Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.° 24 / 2021

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Homenaje a Javier Neves Mujica

CONTENIDO

Hacia el bicentenario de la república: retrospectiva y tendencias

- **ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS:** Javier Neves: maestro y amigo
- **WILFREDO SANGUINETI RAYMOND / ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS:** La contribución de Javier Neves Mujica a la modernización del derecho del trabajo peruano
- **JAVIER NEVES MUJICA:** El Convenio Colectivo en el sistema peruano de las fuentes del derecho.
- **GUILLERMO BOZA PRÓ / JOAQUÍN BRIONES ZEGARRA:** Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de las plataformas digitales.
- **WILFREDO SANGUINETI RAYMOND:** El test de laboralidad y el trabajo prestado a través de plataformas digitales.
- **MIGUEL F. CANESSA MONTEJO:** El mundo del trabajo en las plataformas digitales: una aproximación desde el Derecho Laboral.
- **MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ FLOREZ:** Reflexiones sobre el proceso previo a la queja introducida en el marco del capítulo laboral entre Estados Unidos y Perú.
- **BEATTY EGÚSQUIZA PALACÍN / FERNANDO SEGUNDO FÉLIX CÓRDOVA:** El trabajo infantil en el Perú: pasado reciente y perspectivas.
- **CECILIA GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER:** ¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible.
- **JAVIER HILDEBRANDO ESPINOZA ESCOBAR:** La armonización de las responsabilidades familiares con el trabajo. Estado de la cuestión en el ordenamiento laboral peruano.
- **CARLOS JIMÉNEZ SILVA:** La metamorfosis: la descentralización del trabajo a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones frente a la descentralización productiva.
- **IVÁN BLUME MOORE:** El derecho fundamental a la protección de datos personales en el entorno laboral.
- **ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA:** La ciberseguridad de la información del empleador y la fiscalización del trabajo remoto: alcances y límites.
- **CARLOS ALBERTO QUISPE MONTESINOS:** La protección judicial contra el despido.
- **REBECA KARINA APARICIO ALDANA:** Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos: el uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Análisis de la STC EXP N°. 05532-2014-PA/TC, de 22 de febrero de 2017.
- **JOËL DELHOM:** El movimiento obrero anarquista en el Perú (1890-1930).
- **JUAN DIEGO MOTTA VILLEGAS:** Apuntes para una historia del derecho del trabajo peruano.

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

- **JADDY MILCA LADRÓN DE GUEVARA LANDA:** Regulación del trabajo a distancia: efectos sobre la organización del tiempo y condiciones de seguridad y salud del trabajo
- **KARLA GIAMNINA CÁNOVA TALLEDO:** Seguridad y salud en tiempos de Covid19: teletrabajo & trabajo remoto.

SEGURIDAD SOCIAL

- **LEOPOLDO GAMARRA VÍLCHEZ:** Entre Escila y Caribdis: pobreza y desempleo post Covid-19 en el Perú y el entorno Latinoamericano.
- **MARTÍN FAJARDO CRIBILLERO:** Aldea global y política social.
- **R. ALEXANDRA ORTIZ PÉREZ:** Aportes de la última sentencia del tribunal constitucional a la reforma del modelo de pensiones en el Perú.

TENDENCIAS: LA FISCALIZACIÓN LABORAL A LOS 15 AÑOS DE LA LEY GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

- **DANIEL ULLOA MILLARES:** Lo subsanable en la inspección del trabajo.
- **ESTELA OSPINA SALINAS / FANNY BAUTISTA PUCHURI / ANDREA SÁNCHEZ MATOS / NATALY**
- **POLANCO MONTEZA:** El papel de las y los denunciantes en los procedimientos de inspección del trabajo.
- **MANUEL GONZALO DE LAMA LAURA:** La inspección del trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando?) las "intersecciones" de ambos caminos.
- **LUIS SERRANO DIAZ:** Las Normas Internacionales y los convenios de la organización internacional del trabajo, su impacto en el derecho laboral y en el ejercicio de la función inspectiva de trabajo.

Revista Laborem
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Homenaje a Javier Neves Mujica

Director
Luis Mendoza Legoas

Consejo Editorial
Miguel Canessa Montejo
Ana Cecilia Crisanto Castañeda
Wilfredo Sanguineti Raymond

Lima, 2021

LABOREM es una revista que recibe contribuciones de especialistas de diversos ámbitos académicos, motivo por el cual la publicación mantiene el sistema de citado empleado en los archivos originales.

En su edición electrónica, la revista alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio de los asuntos de trabajo a nivel local y comparado.

Todos los números de LABOREM se encuentran alojados y disponibles para descarga libre en la página de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdtss.org.pe

EDITORIAL

La revista *Laborem 24*, tenía como meta original ofrecer a sus lectores un panorama de las instituciones de la actualidad y del pasado de nuestras relaciones laborales, con ocasión del bicentenario de la república, ofreciendo así un encuentro de reflexiones contemporáneas y retrospectivas de interés.

No obstante, durante el periodo editorial de *Laborem 24* falleció Javier Neves, uno de los principales exponentes del laboralismo en nuestro país, cuya influencia en el mundo de las relaciones de trabajo ha quedado patente en su incansable actividad docente y sus incontables contribuciones académicas a lo largo de su destacadísima trayectoria profesional. Fue un maestro en todo el sentido de la palabra, recurriendo a categorías laborales, diríamos que lo fue a tiempo completo y en jornada continua. Con el rigor académico, espíritu humanista y talante democrático que lo caracterizaban, Javier supo forjar una escuela peruana de Derecho del Trabajo sólida y plural, la que en sus casi cuatro décadas de andadura cuenta con una legión de discípulos. Cumplió también un papel importante en la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Fue uno de sus primeros asociados y durante su permanencia en ella promovió la incorporación de numerosos miembros. Asimismo, fue un gran colaborador de nuestra revista, habiendo publicado parte de sus reflexiones académicas en las revistas núm. 1, 2, 9, 10 y 13 de *Laborem*.

Es así como, sin alterar la temática de la revista (porque muchos de los artículos que recoge abordan temas que fueron tratados con maestría por Javier Neves en sus clases, conferencias y publicaciones), el número que ahora ofrecemos rinde un sentido homenaje a la memoria de Javier Neves. Su recuerdo y ejemplo estarán siempre entre nosotros.

De esta manera, *Laborem 24* presenta en primer lugar una semblanza ("*Javier Neves: maestro y amigo*") a cargo de Alfredo Villavicencio. Un texto que recoge

bellamente un testimonio íntimo, que muchos de quienes fueron cercanos a Javier pudieran sentir como personal. Este documento puede llevar noticia de la personalidad del homenajeado ante otros, que no le conocieron tanto, así como para las futuras generaciones.

También hemos incluido en este homenaje a la semblanza académica que escribieron Wilfredo Sanguineti y Alfredo Villavicencio ("La contribución de Javier Neves Mujica a la modernización del Derecho del Trabajo Peruano"), que se publicó originalmente en el libro homenaje editado en 2009 por la editorial Grijley.

Luego, del propio Javier Neves, hemos re editado un artículo que el presentó para la primera edición de la revista *Laborem* ("*El convenio colectivo en el sistema peruano de las fuentes del derecho*"). Es un texto importantísimo, que formó parte de su bien difundida obra "Introducción al Derecho Laboral". El texto, plenamente vigente, tiene como marco normativo a la Constitución de 1979, por lo cual se han hecho las salvedades pertinentes para su lectura actualizada.

En uno de los debates actuales que involucra a los aspectos fundamentales de la teoría general de nuestra disciplina, es el que se motiva por la irrupción y crecimiento del fenómeno del trabajo prestado a través de plataformas digitales. Los ensayos de Guillermo Boza y Joaquín Briones ("*Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de las plataformas digitales*"), de Wilfredo Sanguineti ("*El test de laboralidad y el trabajo prestado a través de plataformas digitales*") y de Miguel Canessa ("*El mundo del trabajo en las plataformas digitales: una aproximación desde el Derecho Laboral*") reflexionan rigurosamente sobre esta materia, ofreciendo una avanzada en el abordaje de este importante asunto, el mismo que, de facto, se ha extendido entre nosotros, pero sobre el que aún no se han iniciado debates amplios para la conformación de una legislación protectora de los prestadores de servicios a través de plataformas.

Posteriormente, Maria Eugenia Rodríguez Flórez ("*Reflexiones sobre el proceso previo a la queja introducida en el marco del capítulo laboral entre Estados Unidos y Perú*") presenta un artículo que pasa revista por los antecedentes y hechos significativos en la queja interpuesta para la defensa de derechos laborales en el marco del sistema de resolución de controversias existente en el acuerdo comercial peruano norteamericano. Respecto de otro de los llamados "derechos fundamentales en el trabajo" para la OIT, se presenta el texto de Beatty Egúsquiza

Palacín y Fernando Félix Córdova ("*Trabajo infantil en el Perú: pasado reciente y perspectivas*"), que presenta una crítica a la respuesta nacional para prevenir y erradicar el trabajo infantil, una meta que presenta dificultades adicionales en el tiempo presente a causa de la pandemia.

Posteriormente, Cecilia Guzmán-Barrón ("*¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible*") toma como objeto de estudio al régimen del tiempo de trabajo y desarrolla una propuesta ponderada que atiende a los desafíos contemporáneos que esta institución enfrenta. En seguida, el artículo de Javier Espinoza Escobar ("*La armonización de las responsabilidades familiares con el trabajo. Estado de la cuestión en el ordenamiento laboral peruano*") pasa revista a la evolución de las normas nacionales e internacionales, así como las medidas diversas previstas para compatibilizar la vida personal, familiar y laboral.

Carlos Jiménez Silva ("*La metamorfosis: la descentralización del trabajo a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones frente a la descentralización productiva*") que pasa revista a estas instituciones desde su fundamento y su recepción en la normativa dada en el país, durante la emergencia sanitaria. Carlos Quispe Montesinos ("*La protección judicial contra el despido*") presenta un estudio crítico sobre el sistema de protección de la estabilidad laboral, dando cuenta de posibles inconsistencias que, desde la perspectiva del autor, conspiran contra un adecuado reparto de competencias entre las distintas vías jurisdiccionales existentes.

André Cossio Peralta ("*La ciberseguridad de la información del empleador y la fiscalización del trabajo remoto: alcances y límites*") y Rebeca Aparicio ("*Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos: el uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Análisis de la STC EXP nro. 05532-2014-PA/TC, de 22 de febrero de 2017*") presentan dos artículos referidos a las facultades patronales en la relación de trabajo. El primero, a través de una actual apreciación del derecho a la intimidad en el presente tiempo, donde las tecnologías de la información y la comunicación tienen amplio desarrollo entre nosotros. La segunda, con atención en el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, a la luz de un criterio expuesto por el Tribunal Constitucional, que es analizado críticamente por la autora.

También hemos incluido dos artículos de perspectiva histórica. *Laborem 24* edita un trabajo del profesor Joël Delhom (Université de Bretagne-Sud

ERIMIT – EA4327, Francia), que pasa revista por el surgimiento, evolución y ocaso del anarco sindicalismo en el Perú, esto entre finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, dando cuenta de la importancia que el pensamiento y actividad de Manuel González Prada tuvo en este proceso. Luego, Juan Diego Motta Villegas ("*Apuntes para una historia del Derecho del Trabajo Peruano*") responde a una pregunta importante a la llegada del bicentenario de la república: ¿Por qué pensar en la historia del Derecho del Trabajo en el Perú? Así, el autor ofrece un panorama sintético sobre los puntos relevantes de la aparición y desarrollo de la rama jurídica tal y como la conceptuamos hoy.

En la sección sobre *seguridad y salud en el trabajo*, *Laborem 24* presenta dos artículos actuales sobre uno de los puntos que la pandemia ha impulsado hacia el centro del actual interés de nuestras relaciones laborales. Así, Jaddy Ladrón de Guevara ("*Trabajo a distancia y los avances tecnológicos*") reflexiona sobre la forma de prestación de servicios a distancia y las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el contexto de la presente pandemia, dándole importancia al deber de prevención en este complejo marco. Luego, Karla Cánova ("*Seguridad y Salud en tiempos de Covid19: teletrabajo & trabajo remoto*") estudia las implicancias de la aplicación del teletrabajo y el trabajo remoto en nuestro país, sugiriendo el tratamiento que debe ofrecerse en las relaciones laborales para atender los riesgos emergentes durante la actual pandemia.

En el segmento dedicado a la *seguridad social*, la revista contiene tres artículos. Leopoldo Gamarra ("*Entre Escila y Caribdis: pobreza y desempleo post covid-19 en el Perú y el entorno Latinoamericano*") ofrece un trabajo que pone atención a la complicada situación nacional ocasionada por la pandemia actual y la crisis subsecuente, abordando las posibles respuestas que, desde el sistema fiscal, pueden explorarse para procurar el bienestar a pesar de las dificultades que trae la pandemia para los países de la región. Luego, Martín Fajardo Cribillero ("*Aldea global y política social*") reflexiona sobre la protección social frente al desafío de la presente pandemia, señalando posibles desarrollo en línea del quehacer estatal y de los actores sociales del mundo del trabajo. Finalmente, Alexandra Ortiz ("*Aportes de la última sentencia del Tribunal Constitucional a la reforma del modelo de pensiones del Perú*") expone interesantes argumentos para valorar a la reciente sentencia recaída en emitida por el Alto Tribunal (expediente 00016-2020-PI/TC, acción de inconstitucionalidad contra la Ley 31083), en un marco más amplio que el de la propia resolución y que atiende a la amplia problemática de nuestro sistema previsional.

Finalmente, en la sección de *Tendencias*, se presentan cuatro trabajos sobre la inspección laboral, teniendo en cuenta los quince años de la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley núm. 28806 y la reforma que supuso en la fiscalización laboral. En este segmento se presentan trabajos que abordan diversos aspectos de esta importante función en la intervención estatal sobre las relaciones de trabajo.

Así, el profesor Daniel Ulloa ("*Lo subsanable en la inspección del trabajo*") expone ideas para llenar de contenido a un concepto bastante utilizado en la práctica de las fiscalizaciones laborales, pero sobre el que existe una relativa incertidumbre en tanto que permanece desregulado. ¿Qué puede ser subsanado y, por tánto, perdonado, en la intervención fiscalizadora?

Luego, Estela Ospina, Fanny Bautista, Andrea Sánches y Nataly Polanco ("*El papel de las y los denunciantes en los procedimientos de inspección del trabajo*") presentan un estudio multidisciplinario que examina la función que tienen, como coadyuvantes en las investigaciones a cargo de la autoridad, las partes interesadas en formular la denuncia, impulsar la investigación o bien en el resultado de la fiscalización

También se incluye al trabajo de Manuel De Lama Laura ("*La inspección del trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando? las "intersecciones de ambos caminos")*. Una propuesta muy interesante que profundiza en la función protectora de la fiscalización como mecanismo disponible para una tutela administrativa de los derechos de los trabajadores.

Finalmente, se encuentra el trabajo de Luis Serrano Díaz ("*Las normas internacionales y los convenios de la organización internacional del trabajo, su impacto en el Derecho Laboral y en el ejercicio de la función inspectiva de trabajo*"), que pasa revista por los estándares internacionales que se relacionan con la función fiscalizadora a cargo del Estado.

El lector tiene, pues, en manos a la última entrega de la revista Laborem dirigida por su actual director, cumpliéndose con la meta trazada en 2019 de presentar cuatro números semestrales, necesarios para asegurar su continuidad como referente doctrinario del laboralismo peruano.

Guillermo Boza Pró
Presidente SPDTSS

Luis Mendoza Legoas
Director de *Laborem*

Homenaje a Javier Neves Mujica

CONTENIDO

Editorial 3

HACIA EL BICENTENARIO DE LA REPÚBLICA: RETROSPECTIVA Y TENDENCIAS

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS: Javier Neves: maestro y amigo 25

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND / ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS: La contribución de Javier Neves Mujica a la modernización del derecho del trabajo peruano 29

I. La insatisfacción como punto de partida 29

II. La fijación de un nuevo horizonte y la construcción de una escuela ... 32

III. La luz al final del túnel 38

JAVIER NEVES MUJICA: El Convenio Colectivo en el sistema peruano de las fuentes del derecho 41

1. Introducción 41
2. Las fuentes del derecho 41
3. El convenio colectivo como fuente del derecho 43
4. El sistema de las fuentes del derecho en el Perú 46
5. El papel del Convenio Colectivo en el sistema peruano de las fuentes del derecho 49
6. Conclusiones 52
7. Bibliografía utilizada 53

Guillermo Boza Pró / Joaquín Briones Zegarra: Nuevas formas de trabajo e indicios de laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de las plataformas digitales 55

1. Introducción: sociedad de la información y nuevas formas de trabajo 56
2. Trabajo a través de plataformas digitales. Principales características. Apariencia de autonomía 61
3. Situación actual del trabajo a través de plataformas digitales 64
4. Facilitación probatoria. Presunciones legales, prueba indiciaria, cargas probatorias dinámicas, principio de primacía de la realidad 68
   a) Presunción de laboralidad y carga probatoria 68
   b) Los indicios..... 72
   c) Indicios laborales en el trabajo prestado en las plataformas digitales 75
   d) Las cargas probatorias dinámicas..... 80
   e) La actuación del principio de primacía de la realidad 81
5. Conclusiones 82
6. Referencias bibliográficas 83

Wilfredo Sanguineti Raymond: El test de laboralidad y el trabajo prestado a través de plataformas digitales 87

Miguel F. Canessa Montejo: El mundo del trabajo en las plataformas digitales: una aproximación desde el Derecho Laboral 101

Introducción 101

I. Un marco conceptual de las plataformas digitales 103
II. Las plataformas digitales de prestación de servicios 108
III. Los indicios de laboralidad en las plataformas digitales de prestación de servicios 114
IV. Los trabajadores de las plataformas de prestación de servicios 120
V. La protección de los trabajadores de las plataformas de prestación de servicios 128
   1. Una nueva regulación para los trabajadores de plataformas de servicios 130
   2. Un régimen especial para los trabajadores de las plataformas de servicios 133

3. La extensión del régimen laboral general para los prestadores de las plataformas de servicios..... 135

VI. La sindicalización de los prestadores de las plataformas de servicios ... 141

Reflexión final 148

María Eugenia Rodríguez Florez: Reflexiones sobre el proceso previo a la queja introducida en el marco del capítulo laboral entre Estados Unidos y Perú..... 153

I. Introducción 154

II. Un nuevo mecanismo 155

III. Reclamo de los sindicatos peruanos 158

IV. Rol de las capacitaciones y la asesoría técnica 158

V. Rol de las alianzas nacionales e internacionales 162

VI. ¿Cómo se organizó el caso? 164

VII. ¿Afecta el comercio entre las partes?..... 167

VIII. Reflexiones finales 170

Beatty Egúsquiza Palacín / Fernando Segundo Félix Córdova: El trabajo infantil en el Perú: pasado reciente y perspectivas .. 173

I. Introducción 174

II. El trabajo infantil en América Latina y el Caribe 175

III. Alcances en materia de trabajo infantil..... 176

1. Breve reseña y definición del trabajo infantil 176

2. Situación del trabajo infantil en el Perú..... 177

IV. Causas y consecuencias..... 184

1. Causas 184

2. Consecuencias 186

V. Análisis del contexto normativo vigente en torno al trabajo infantil y adolescente. Potencialidades y dificultades. 187

VI. Evaluación de los logros en la erradicación de trabajo infantil..... 189

1. Avances en la búsqueda de la erradicación del trabajo infantil 189

2. Evaluación de los avances en la búsqueda de la erradicación del Trabajo Infantil..... 193

VII. Los efectos esperados de la pandemia en el trabajo infantil en el Perú 197
VIII. Conclusiones 198

CECILIA GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER: ¿Regular el tiempo de trabajo? Una reflexión a propósito del horario flexible 201
I. Introducción 202
II. Breve historia de las normas sobre el tiempo de trabajo 202
1. Los inicios del siglo XX 203
2. La reforma de los noventa 205
III. El rol del estado frente al tiempo de trabajo 207
1. Intereses en juego 208
2. Tutela y flexibilidad 210
IV. Horario flexible: ¿cómo estamos y a dónde vamos? 212
1. Modalidades de horario flexible 213
2. Ventajas y desventajas para los sujetos laborales 215
3. Marco jurídico actual 218
4. Propuesta 219
V. Conclusiones 221
Bibliografía 222

JAVIER HILDEBRANDO ESPINOZA ESCOBAR: La armonización de las responsabilidades familiares con el trabajo. Estado de la cuestión en el ordenamiento laboral peruano 227
I. Introducción 228
II. El derecho del trabajo como respuesta a la cuestión social 228
1. Los primeros pasos del Derecho del Trabajo en el Perú 230
2. El proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo 231
3. Las constituciones peruanas del siglo XX y los derechos laborales. 233
III. Las responsabilidades familiares en la evolución del ordenamiento laboral peruano 239
1. Responsabilidades familiares y regulación constitucional 241
2. El desarrollo legislativo del conflicto entre las responsabilidades familiares y el trabajo: Estado de la cuestión 245
IV. Conclusiones 249
V. Referencias bibliográficas 250

CARLOS JIMÉNEZ SILVA: La metamorfosis: la descentralización del trabajo a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones frente a la descentralización productiva 255

Introducción 256

I. El trabajo a distancia y su diferencia con la descentralización productiva . 259

II. El teletrabajo y su naturaleza jurídica 262

A) ¿Qué supuestos están fuera del teletrabajo? 262

III. El teletrabajo subordinado y el test de laboralidad 263

A) Reconocimiento judicial de la relación de trabajo 264

B) Fiscalización administrativa de la relación de trabajo 266

IV. El teletrabajo independiente y test de laboralidad 268

V. El teletrabajo subordinado y el deber de prevención de los infortunios laborales 268

5.1. Adecuado ambiente físico donde se desarrollará el servicio 270

5.2. Falta de sociabilización o delimitación de fronteras entre la vida personal, laboral y social 270

VI. Conclusiones 272

VII. Recomendaciones 273

VIII. Bibliografía 274

IVÁN BLUME MOORE: El derecho fundamental a la protección de datos personales en el entorno laboral 277

I. Introducción 278

II. Un poco de historia: inviolabilidad de la correspondencia, derecho a la intimidad y protección de datos 279

1. La inviolabilidad de las comunicaciones: de los correos postales al e-mail 279

2. El derecho a la intimidad: reconocimiento, delimitación y protección de la esfera privada 282

3. La protección de datos personales como derecho autónomo 283

III. La protección de datos en la legislación peruana 286

IV. El derecho a la protección de datos personales en el entorno laboral .. 290

1. Videovigilancia 293

2. Tratamiento de los datos personales de los trabajadores en el contexto del COVID-19 295

V. Comentarios finales 298

ANDRÉ JORGE COSSIO PERALTA: La ciberseguridad de la información del empleador y la fiscalización del trabajo remoto: alcances y límites 301

Introducción 302

1. La protección de la información del empleador durante el trabajo remoto: la ciberseguridad..... 306
2. Mecanismos de vigilancia de la productividad durante el trabajo remoto: el nuevo ejercicio del poder de dirección..... 310
3. La ciberseguridad y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del trabajador 313
   A) Monitoreo de correos electrónicos corporativos..... 314
   B) Restricciones al uso de aplicativos webs de mensajería instantánea 321
4. Monitoreo del trabajo remoto: intimidad, vida privada y la fiscalización de los datos de navegación de los trabajadores..... 322

Reflexiones finales..... 324

CARLOS ALBERTO QUISPE MONTESINOS: La protección judicial contra el despido 327

Introducción 328

1. La ampliación de los supuestos de la tutela restitutoria 330
2. El inconsistente contenido de la tutela restitutoria de los despidos incausados y fraudulentos 333
3. Los resarcimientos por daños y perjuicios derivados del despido 336
   3.1. Los daños resarcibles 326
   3.2. Los resarcimientos adicionales a la indemnización por despido 329
4. El proceso constitucional de amparo y los procesos laborales como vías procesales alternativas frente al despido 341
   4.1. El precedente vinculante contenido en la STC N° 0206-2005-PA/TC..... 341
   4.2. El precedente vinculante contenido en la STC N° 02383-2013-PA/TC..... 343
5. Conclusiones 347

Bibliografía..... 348
Libros y artículos 348
Sentencias y plenos jurisdiccionales 349

Rebeca Karina Aparicio Aldana: Derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones y protección de datos: el uso del correo electrónico en el ámbito laboral. Análisis de la STC EXP Nro. 05532-2014-PA/TC, de 22 de febrero de 2017 353

I. Delimitación conceptual..... 354

II. Ejercicio adecuado de los derechos materia de análisis. 359

1. La prohibición de uso personal del ordenador y la referencia a posibles controles..... 361
2. Los tipos de controles que el empleador puede realizar sobre los ordenadores de la empresa..... 362
3. La diferencia entre el ordenador (capacidad de memoria propia del aparato y los programas, redes o sistemas corporativos) y las páginas de redes sociales, correos electrónicos, chats y otros cuya titularidad puede ser diversa y que tienen origen en internet..... 365

III. Crítica al pronunciamiento..... 367

1. Resumen de la sentencia 367
2. Resumen del voto particular 370
3. Crítica a la sentencia 372

Joël Delhom: El movimiento obrero anarquista en el Perú (1890-1930)..... 379

Nacimiento del sindicalismo anarquista..... 380

Aporte conceptual de González Prada..... 382

Apogeo y crisis del movimiento obrero anarquista 389

Algunos comentarios historiográficos..... 394

Referencias bibliográficas..... 397

Juan Diego Motta Villegas: Apuntes para una historia del derecho del trabajo peruano..... 399

I. Introducción a manera de dedicatoria..... 399

II. Sobre el trabajo, la historia y el derecho del trabajo..... 400

1. ¿Por qué *una historia del derecho del trabajo en el Perú?* 400
2. *Derecho del trabajo: historia y vigencia*..... 401

III. La prehistoria del derecho del trabajo y de la libertad sindical en el Perú 403
1. *Trabajo, conflicto y regulación en el Perú antiguo y colonial* 404
2. Características de la organización del trabajo y sectores sociales antes de la aparición del capitalismo en el Perú 406
3. *Formación de relaciones económicas y jurídicas capitalistas: trabajo y conflicto en el siglo XIX* 409

IV. Orígenes del derecho del trabajo y la libertad sindical en el Perú..... 412
1. Sindicatos y derecho del trabajo: La larga marcha de la ley de accidentes de trabajo (1900-1912)..... 414
2. La conquista, por partes, de la jornada de 8 horas y el origen del "curioso" derecho a la libertad sindical en el Perú (1913-1919): 416

V. A manera de conclusión: hacia una historia del derecho del trabajo peruano 421

Bibliografía..... 425

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Jaddy Milca Ladrón De Guevara Landa: Regulación del trabajo a distancia: efectos sobre la organización del tiempo y condiciones de seguridad y salud del trabajo 433

I. Introducción 434

II. Trabajo a distancia y su regulación en el Perú..... 437
1. Trabajo a domicilio 437
2. Teletrabajo 439
3. Trabajo remoto 441

III. Organización del tiempo de trabajo y condiciones de seguridad y salud del trabajo..... 442
1. Flexibilización laboral 443
2. Flexibilidad Numérica Interna: Tiempo de trabajo..... 443
3. Ordenación del tiempo de trabajo..... 444
4. Efectos de la organización del tiempo de trabajo sobre la seguridad y salud de los trabajadores..... 447

IV. Desconexión digital y los desafíos de las nuevas tecnologías 450
V. Conclusiones 453
Bibliografía 454

Karla Giamnina Cánova Talledo: Seguridad y salud en tiempos de Covid19: teletrabajo &trabajo remoto 457
I. Antecedentes 458
II. Alcances conceptuales del teletrabajo 459
III. El teletrabajo y la seguridad y salud en el trabajo en el derecho comparado 460
En el caso de España 460
En el caso de Chile 461
IV. La seguridad y salud en el teletrabajo y trabajo remoto en el Perú 462
Reflexiones finales 465
Bibliografía 467

SEGURIDAD SOCIAL

Leopoldo Gamarra Vílchez: Entre Escila y Caribdis: pobreza y desempleo post Covid-19 en el Perú y el entorno Latinoamericano 471
I. Introducción 472
II. Pobreza y desempleo que el Covid-19 puso en evidencia en América Latina 473
1. El problema del desempleo, el subempleo y la informalidad 474
2. La pobreza acentuada por la crisis económica y sanitaria 475
III. ¿Cómo resolver los problemas? El tema tributario es imprescindible .. 478
1. El papel de la fiscalidad en términos económicos y sociales 478
2. Relación entre tributación, pobreza, desempleo e informalidad 480
3. La recaudación tributaria en el entorno latinoamericano 481
IV. El sistema fiscal peruano y la necesidad de cambios 484
1. Los ingresos tributarios en el Perú 484
2. Los efectos del covid-19 486
3. La reforma de los ingresos fiscales: propuesta concreta 488

V. A modo de conclusión 493
VI. Referencia bibliográfica 494

MARTÍN FAJARDO CRIBILLERO: Aldea global y política social 497
I. Propósito 498
II. La mundialización 498
III. La peste del Covid-19 500
IV. Política Social y Seguridad Social 500
V. Conjunción y ayuda mutua 502
VI. El descompromiso social 503
VII. El Perú 505
VIII. Anexo 506

Carta Social Latinoamericana 506
I. Derechos humanos 506
II. Seguridad social 508
III. Política social 509
IV. Solidaridad 510
V. El trabajo 511
VI. La empresa 512

R. ALEXANDRA ORTIZ PÉREZ: Aportes de la última sentencia del tribunal constitucional a la reforma del modelo de pensiones en el Perú 515
I. Breve diagnóstico de las pensiones en el Perú 516
II. Hacia la reforma de las pensiones 520
III. La inconstitucionalidad del retiro de aportes del sistema nacional de pensiones 524
1. Posiciones debatidas 526
2. Principales argumentos del Tribunal Constitucional 527
IV. Aportes de la sentencia del TC a la reforma de pensiones 530
V. Conclusiones 532
VI. Referencias 534

TENDENCIAS: LA FISCALIZACIÓN LABORAL A LOS 15 AÑOS DE LA LEY GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Daniel Ulloa Millares: Lo subsanable en la inspección del trabajo 539
Introducción 539
La importancia de definir lo subsanable 542
Las normas en cuestión 543
La realidad 547
Hacia una propuesta para no incentivar incumplimientos 556

Estela Ospina Salinas / Fanny Bautista Puchuri / Andrea Sánchez Matos / Nataly Polanco Monteza: El papel de las y los denunciantes en los procedimientos de inspección del trabajo 559
Introducción 559
1. Situación de la inspección en el Perú 560
2. La función del procedimiento de inspección 563
   a El procedimiento de inspección 568
   b. La fase sancionatoria 570
3. Derechos del trabajador denunciante 574
   a) Derecho a gozar de un servicio público inspectivo efectivo, eficiente e independiente 577
   b) Derecho a un tratamiento preferente para las denuncias de afectación de derechos fundamentales o de interés público 577
   c) Derecho al acceso para realizar una denuncia ante la Sunafil y el derecho a la reserva 579
   d) Derecho de acceso a la información 581
   e) Derecho a la colaboración con la inspección 583
   f) Derecho a la comunicación del resultado de la denuncia inspectiva 583
4. Conclusiones 584
5. Bibliografía 586

Manuel Gonzalo De Lama Laura: La inspección del trabajo como vía de tutela de derechos laborales y su relación con el proceso laboral: buscando (¿o identificando?) las "intersecciones" de ambos caminos 589

Introducción 590

1. La misma finalidad: la búsqueda de eficacia del ordenamiento jurídico laboral y la especial atención a la vigencia de los derechos laborales fundamentales 592

2. Identificando los "caminos distintos" y "entrecruces" que hay entre la inspección del trabajo y el proceso judicial 596

2.1. Sobre las competencias que "no tiene" la inspección del trabajo ... 598

2.2. Los problemas que acarrea la conclusión del procedimiento inspectivo por "cuestión litigiosa" en sede judicial 609

2. Reflexión final 612

3. A mi amigo Javier 613

Luis Serrano Diaz: Las Normas Internacionales y los convenios de la organización internacional del trabajo, su impacto en el derecho laboral y en el ejercicio de la función inspectiva de trabajo 615

I. Introducción 618

II. Los tratados internacionales y los derechos laborales 619

III. La organización internacional del trabajo, sus convenios y el derecho laboral 625

1. La organización internacional del trabajo y su importancia 625
2. Objetivo de la organización internacional del trabajo 627
3. El trabajo decente 627
4. Estructura de la OIT 630
5. Situación de los convenios OIT 631
6. Clasificación de los convenios OIT 631
7. Ratificación y sumisión de los convenios OIT 633
8. Otras normas de la OIT 633

IV. Las normas internacionales, los convenios OIT y su impacto en el derecho laboral 634

V. Las normas internacionales y los convenios de la OIT y su impacto en el ejercicio de la inspección del trabajo 636

1. La OIT y la inspección del trabajo 636
2. Las normas internacionales y su impacto en el ejercicio de la inspección del trabajo 638
3. Los convenios OIT y su impacto en el ejercicio de la inspección del trabajo..... 639

VI. Conclusiones..... 641
VII. Bibliografía..... 643

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.° 24 / 2021

HACIA EL BICENTENARIO DE LA REPÚBLICA: RETROSPECTIVA Y TENDENCIAS

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

JAVIER NEVES: MAESTRO Y AMIGO

Alfredo Villavicencio Ríos*

> Cuenta Eduardo Galeano que *un hombre del pueblo de Neguá, en la costa de Colombia, pudo subir al alto cielo.*
>
> *A la vuelta contó. Dijo que había observado desde arriba la vida humana.*
>
> *Y dijo que somos un mar de fueguitos.*
>
> *El mundo es eso, reveló, un montón de gente, un mar de fueguitos.*
>
> *Cada persona brilla con luz propia entre todas las demás.*
>
> *No hay dos fuegos iguales. Hay fuegos grandes y fuegos chicos y fuegos de todos los colores. Hay gente de fuego sereno, que ni se entera del viento, y gente de fuego loco que llena el aire de chispas. Algunos fuegos, fuegos bobos, ni alumbran ni queman; pero otros arden la vida con tanta pasión que no se puede mirarlos sin parpadear, y quien se acerca se enciende.*

No tenemos la menor duda que Javier Neves perteneció destacadamente a esta última categoría de personas, a la de los esos fuegos apasionados que no se les puede quitar la vista de encima y que encienden a quien se les acerca. Por eso todos los que hemos crecido a su vera lo llamamos Maestro Neves, y somos una numerosa legión de discípulos, del más variado ejercicio profesional, orientación política, inclinación artística y singularidad personal.

---

* Doctor en Derecho obtenido por la Universidad de Sevilla, Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (julio 2014-diciembre 2020), Director del Doctorado en Derecho (2011-2017) y de la Maestría en Relaciones Laborales (2008-2014) de la misma Universidad.

Porque eso es un Maestro, porque eso fue Javier: mucho más que sólo un gran profesor y un acucioso académico, fue una persona de gran sensibilidad y cultura, plural y tolerante, con una mirada compleja hasta de lo simple, pero no problemática sino problematizadora, comprensiva en todos los sentidos de la palabra, un modo de ser afectuoso, expresivo y entrañable, siempre dispuesto al abrazo sincero, al tiempo compartido, a la expresión benevolente, sin renunciar jamás a la ironía, que bien usada, como en el caso de Sócrates, el tábano de Atenas, va mucho más allá de lo punzante para poner las cosas en su sitio.

Dedicó su vida a la formación de profesionales del derecho, en todas sus expresiones: abogados, investigadores, funcionarios públicos, gerentes legales, con una visión integral y crítica del derecho, de la vida, de la ciudadanía. Escrupulosamente proba y con un respeto irreductible de la democracia y de los derechos humanos, como expresión sustantiva de ella.

Y lo hizo con tanta calidad, convicción y compromiso, que transitó, con toda naturalidad y a velocidad de rayo, de profesor contratado a profesor principal, y de coordinador de curso, a Jefe de Departamento y Decano, dejando en claro que su compromiso con los jóvenes valores del Derecho, como siempre ha llamado a sus estudiantes, no era un empeño ocasional o secundario, sino vital, prioritario, del que se han beneficiado no sólo sus discípulos laboralistas sino todos los estudiantes de la Facultad en la que ha ejercido los más altos cargos.

Este amor por las y los estudiantes sólo lo compartió con el que sentía por el arte y por los trabajadores trabajadoras y sus organizaciones, como soportes medulares de una sociedad no solo más justa individual y socialmente, sino mejor educada, más culta y asentada en sólidos valores y principios.

El jurista metódico, riguroso, versátil y creativo, estuvo siempre acompañado del ávido y ecuménico consumidor de arte, que nutrío su mirada con poesía de todos los confines: Kavafis, Rimbaud, Li Tai Po, Borges, García Lorca, Vallejo, entre otros. Amplió sus horizontes con el cine de Kurosawa, Bergman, Truffaut, Rohmer, Scola o Tornatore. Y voló siempre entre los colores e impresiones de Van Gogh Monet, Renoir, y los maravillosos acordes de Mozart, Bethoveen, Chopin o Ravel. Sin descuidar la música popular encarnada en Raúl García Zárate, Alicia Maguiña, Chabuca Granda,Tania Libertad, Ana Belén, Joan Manuel Serrat, Chico Buarque, Alfredo Zitarrosa o Soledad Bravo. Y con todos esos

compañeros de vida nos regaló su sabiduría sin más recompensa que el abrazo apretado y el camino compartido.

Luisito Hernández, uno de los poetas que lo acompañó cotidianamente, escribió *"En el sueño, en todo amor está la soñada Coherencia"*. Y la sindéresis, la consistencia, la congruencia en la defensa de los fundamentos y funciones del Derecho del Trabajo y la causa de los trabajadores y trabajadoras, signó también su vida profesional, llevándolo a integrar todas las comisiones de expertos habidas, a participar de manera constante en actividades formativas de las organizaciones de trabajadores, a patrocinar las grandes causas sindicales en el Tribunal Constitucional, llegando a ejercer su magisterio humano y jurídico como un muy recordado Ministro de Trabajo que puso en orden las relaciones laborales de sectores como construcción civil y portuarios, restituyendo su negociación colectiva por rama y poniendo fin a la lamentable época de destrucción civil que vivimos entre el 96 y el 2004.

Finalmente, debo resaltar un singular libro suyo que nos muestra a cabalidad al ser humano multidimensional y entrañable cuya semblanza tratamos de plasmar en estos párrafos. Su título "Palabras más, palabras menos", y en él encontramos sus discursos de padrino de numerosas promociones de Derecho y algunos cuentos en los que están omnipresentes circunstancias y personajes de su querida Facultad de Derecho. De este libro, en el que expresa con libertad sus reflexiones personalísimas en temas tan relevantes en su vida como docencia, universidad, estudiantes, cultura, ética y compromiso, extraemos unos párrafos de su último discurso titulado "*La labor que realmente me expresa es la docencia; el derecho es solo un pretexto*", que condensan inmejorablemente la complejidad, articulación y calidez de su pensamiento.

> *La docencia es fascinante para mí, porque permite entablar un sólido vínculo con los estudiantes en los dos campos: el académico y el afectivo.*
>
> *En lo académico, la responsabilidad del profesor es enorme: prepararse, transmitir, formar, acompañar. Se requiere auténtica vocación.*
>
> *En las "Cartas a un joven poeta", ante la pregunta: ¿cómo descubrir si soy un escritor?, Rilke responde: "reconozca si se moriría usted si se le privara de escribir…. pregúntese….¿debo escribir?", y si su respuesta fuera de asentimiento "entonces construya su vida según su necesidad".*
>
> *Yo me he respondido afirmativamente esas preguntas acerca de la docencia.*

En una tira de Quino, Miguelito le dice a Mafalda: "estoy empezando a sospechar que cuando la maestra pregunta algo no es porque ella no lo sepa". Ella inquiere a su vez si recién se da cuenta o si le está tomando el pelo, y lo manda al cuerno. Y Miguelito defraudado sentencia: "y yo contestándole todo a esa simuladora con mi estúpido tonito paternal¡". A diferencia del profesor escolar, que formula una pregunta que tiene una respuesta que él conoce, el profesor de derecho formula una interrogante que probablemente tenga varias respuestas, algunas de las cuales podría no haber imaginado. No hay actividad más estimulante en lo intelectual y en lo afectivo.

(…)

Y que sea una tarea que genera escasos ingresos económicos, no es relevante. El profesor tiene un gran margen de autonomía para decidir contenidos, prioridades, enfoques, tiempos, etc, respecto de su curso. Nos sucede como al cineasta Buñuel, que, describiendo un período en el que filmaba con bajos recursos, escribió: "la modestia de mis presupuestos era también la condición de mi libertad".

Lo verdaderamente importante, pues, son los salarios indirectos: además de la libertad de cátedra, el reconocimiento y afecto de los alumnos. Nada podría pagar mejor que eso. Más para un viejo solitario, que podría decir -como Serrat en su canción- "que por una sonrisa doy todo lo que soy, porque estoy solo y tengo miedo".

Terminamos esta semblanza con unos versos de Jorge Luis Borges, quien sabiendo más que nadie que las palabras responden a convenciones sociales, escribió un hermoso poema en que afirma:

Si …
el nombre es el arquetipo de la cosa,
EN LAS LETRAS DE 'rosa' está la rosa
Y TODO EL NILO en la palabra 'Nilo'

Visto así que las palabras tienen contenidos o refieren, no tenemos duda que en cada mención de las palabras maestro y amigo, vendrás a nuestro lado, querido Javier. Y entonces nos dirás, golpeándonos la espalda con cariño, "el molino ya no está, pero el viento sigue todavía", citando a tu venerado Vincent Van Gogh.

Hasta siempre Maestro-Amigo

Hasta siempre querido Javier

LA CONTRIBUCIÓN DE JAVIER NEVES MUJICA A LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO PERUANO

Wilfredo Sanguineti Raymond*
Alfredo Villavicencio Ríos**

Esta semblanza académica, publicada en el Libro homenaje a Javier Neves Mujica, "*Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*" (Lima: Grijley, 2009, pp. 3-16), destaca su intensa actividad académica y docente. Se incluye, con el permiso de los autores, como parte del homenaje que rinde Laborem núm. 24 a la memoria del maestro.

Sumario: I. La insatisfacción como punto de partida. II. La fijación de un nuevo horizonte y la creación de una escuela. III. La luz al final del túnel.

I. La insatisfacción como punto de partida

Si existió una característica que identifico a la generación de jóvenes laboralistas de principios de los años ochenta del pasado siglo, fue la insatisfacción frente a la configuración normativa e institucional del Derecho del Trabajo heredada del régimen militar que abandonaría entonces el poder. Si bien sus esquemas

* Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de Salamanca.
** Doctor en Derecho obtenido por la Universidad de Sevilla, Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (julio 2014-diciembre 2020), Director del Doctorado en Derecho (2011-2017) y de la Maestría en Relaciones Laborales (2008-2014) de la misma Universidad.

originarios, basados en la combinación de importantes niveles de protección del trabajador individualmente considerado (la denominada estabilidad "absoluta" y la limitación de los contratos de trabajo de duración determinada a supuestos excepcionales datan de entonces) y un fuerte intervencionismo en lo colectivo (la imposición de un determinado modelo de organización sindical, estructurada alrededor del centro de trabajo, es también una característica de la época), fueron capaces de ofrecer resultados razonablemente favorables en términos de redistribución del ingreso en un contexto de crecimiento económico y alta protección frente a la competencia exterior como fue el inspirado en la lógica de sustitución de importaciones, la situación experimentará un giro radical con la emergencia de la crisis económica, a mediados de los años setenta. El cambio en el ciclo económico, cuyos efectos se prolongarán hasta bien entrados los noventa, no sólo haría inviable el intercambio de contrapartidas sobre el que se basaba el modelo anterior (protección frente a la competencia exterior a cambio de un paquete básico de garantías para los trabajadores), sino que favorecería el desmontaje de sus rasgos más emblemáticos. La estabilidad en el empleo se vería, así, "puesta entre paréntesis" ya durante la ultima fase del gobierno militar mediante la imposición de un "periodo de prueba" de desmesurada duración, en tanto que la negociación colectiva vería anulada su efectividad mediante la imposición de un férreo control estatal sobre los incrementos de salarios. Es más, de forma paralela a estos acontecimientos de orden normativo, se produjo también el descabezamiento del movimiento sindical. La movilización social que condujo a la apertura democrática, que se expresaría de manera singularmente significativa a través del paro nacional de 19 de julio de 1977, trajo consigo el despido de más de cinco mil dirigentes sindicales. Toda una generación de representantes, formada en la etapa reformista, se vio, de tal modo, repentinamente expulsada de los centros de trabajo.

Si bien todos estos cambios tuvieron lugar a lo largo de la denominada "segunda fase" del régimen militar, ninguna alteración se produjo en los mismos con el retorno de la democracia. Antes bien, el gobierno emergente de las elecciones de 1980 optó por mantener en su integridad las modificaciones introducidas en la legislación laboral, sin añadir a ellas prácticamente ningún matiz. La estabilidad en el empleo cedió de tal modo el paso a la precariedad, mientras que la negociación colectiva siguió sujeta a importantísimas limitaciones. La negativa a acceder a la demanda sindical de una "amnistía laboral", que supusiese la readmisión de los dirigentes despedidos hizo el resto. El Derecho

del Trabajo resultante de todo ello era uno que, no solamente se parecía poco a su precedente, pese a que los cambios introducidos eran en muchos casos fruto de modificaciones en apariencia puramente circunstanciales y transitorias, sino que distaba mucho de estar en condiciones de ofrecer una alternativa, no ya en términos de tutela de los intereses de la clase trabajadora, sino de mínimo equilibrio en las relaciones de trabajo. De allí la insatisfacción profunda de buena parte de quienes en esa etapa iniciamos nuestra andadura como laboralistas. Y en particular de aquellos que lo hicimos asumiendo posturas próximas a la defensa de los intereses de los trabajadores.

Así las cosas, el interrogante fundamental para todos los que compartíamos dicha percepción no era otro que el siguiente: cómo y sobre qué bases llevar a cabo una construcción alternativa del ordenamiento laboral que, sin desconocer la necesidad de adaptarse a la situación de crisis, no sucumba ante la insaciable demanda de flexibilidad de los sectores empresariales y sea capaz de preservar los propósitos tuitivos y equilibradores que justifican su existencia. El planteamiento, como puede verse, distaba con mucho de ser uno puramente defensivo, de mero retorno a la situación precedente mediante la recuperación de las "conquistas" del pasado. Una opción a todas luces inviable. Y rechazada además por todos. Pero, por ello mismo, implicaba un desafío de la mayor envergadura.

Es en esta encrucijada del pensamiento laboralista de nuestro país, marcada por la incertidumbre, en la que hay que situar la aportación de Javier Neves Mujica a la renovación del Derecho del Trabajo peruano. Una aportación que, como veremos, no radica solamente, siendo esto ya decisivo, en marcar el camino por el que debe encauzarse la reflexión académica y científica, sino también en contribuir de forma decisiva a la conformación de los grupos de trabajo que se encargarían de llevarla a cabo, así como a la formación de sus integrantes. De allí que su contribución rebase la propia de un jurista más que notable, dotado de una obra científica original, basta, completa y rigurosa, para elevarse a la categoría de maestro de toda una generación de laboralistas, cuyo embrión se construiría precisamente en esos años difíciles.

La siguiente es una reconstrucción, más que de la trayectoria académica del maestro, por lo demás suficientemente conocida por la mayor parte de quienes accedan a esta obra, de las contribuciones que han hecho del magisterio de Javier Neves un hecho singular e irrepetible. Es, por ello, a la vez, nuestra propia

historia. Y la historia de nuestra escuela laboralista, de la que él es no sólo su fundador sino su más emblemático exponente.

II. La fijación de un nuevo horizonte y la construcción de una escuela

El inicio de los años ochenta vino acompañado en el Perú de un acontecimiento normativo de la máxima importancia: la entrada en vigor de la Constitución de 1979. La relevancia de esta norma para el Derecho del Trabajo nacional era evidente, más aun en la situación de crisis en la que se encontraba, toda vez que a través de ella se atribuía el rango de fundamentales a numerosos derechos de los trabajadores, entre ellos nada menos que a la estabilidad laboral y a los derechos colectivos de libre sindicalización, negociación colectiva y huelga, que acababan de ser objeto de importantes restricciones, a la vez que se otorgaba rango constitucional a los principios básicos de aplicación e interpretación que han venido expresando la vocación tutelar del ordenamiento laboral. A pesar de ello, y por sorprendente que parezca hoy, el texto constitucional no suscitó la atención de los juristas del trabajo sino de manera parcial y episódica. Fue así como, todavía a mediados de los ochenta, cuando la norma constitucional se encontraba próxima a cumplir un lustro de vigencia, sus repercusiones sobre la legislación laboral heredada del régimen precedente no habían sido aún apreciadas del todo. Y menos todavía estudiadas en profundidad y de manera sistemática.

Un mérito fundamental de Javier Neves, sólo compartido con Carlos Blancas Bustamante, será, precisamente, el de percibir la extraordinaria importancia del cambio operado a nivel constitucional y sus potenciales efectos sobre nuestro alicaído ordenamiento laboral. El indispensable reposicionamiento de nuestra disciplina y su adaptación a los cambios operados en el contexto sobre el que ha de desplegar sus efectos no debe hacerse exclusivamente, de acuerdo con este punto de vista, ni desde la sola perspectiva de la defensa unilateral de los intereses de la clase trabajadora, como hasta el momento se había venido pensado por quienes desarrollaban su reflexión desde esa "orilla" del pensamiento laboralista, ni tampoco buscando preservar unos presuntos valores o principios "inmanentes" a nuestra disciplina, identificados precisamente con la tutela de dichos intereses, como era común también sostener por entonces. Antes bien, es en el después denominado "bloque de la laboralidad" de la norma constitucional, así como en los valores y principios democráticos e igualitarios que se sitúan en su base,

donde hay que buscar las claves para llevar a cabo la tan necesaria labor de renovación del Derecho del Trabajo nacional. Y también donde hay que situar los límites a su adaptación a los requerimientos de la situación económica y las demandas a ella asociadas.

Este planteamiento, que apreciado con la distancia que dan los años parece casi de sentido común, no lo era entonces. Antes bien, las tortuosas vicisitudes a las se habían visto sujetas en el pasado las constituciones en nuestro país habían terminado por convertirlas poco menos que en documentos programáticos incluso dentro de la conciencia de los juristas, que no acertaban a ponderar en su auténtica dimensión el valor normativo que encerraban sus mandatos. A ello había que sumarle, por lo demás, un cierto desprecio por "lo jurídico", en especial por parte de ciertos sectores de pensamiento vinculados a la izquierda política de la época, que no acertaban a ver en el Derecho más que la instrumentalización formal de los intereses de los sectores más pudientes de la sociedad.

La tarea de estudiar la Constitución con el fin de extraer de ella herramientas útiles con las que enfrentar la situación de impasse que afrontaba nuestro Derecho del Trabajo no es, sin embargo, una asumida por Javier Neves de forma individual. Antes bien, uno de sus méritos más relevantes radica en haberla concebido, desde un inicio, como una tarea colectiva, que debía ser el fruto de la reflexión compartida de quienes teníamos las mismas preocupaciones. Este es el sentido de la creación, hacia 1985, de un círculo de estudios dedicado a la reflexión sobre temas laborales, del que formaríamos parte un grupo de jóvenes laboralistas, todos ellos vinculados a la Pontificia Universidad Católica del Perú, que combinábamos la inquietud académica con el ejercicio profesional al servicio de las organizaciones de trabajadores en diversos centros de promoción. Es el denominado –por autor anónimo– "Grupo Cahuide", que en sus reuniones semanales en casa de su fundador se planteará abordar de manera ordenada y sistemática el estudio de la incidencia de la norma constitucional sobre nuestra disciplina.[1]

La traslación al terreno de la reflexión colectiva de la tarea de "mirar" dentro de la Constitución vendría acompañada dentro del grupo por otra idea clave,

1 Formaron parte del grupo en sus inicios: Martín Carrillo, Juan Carlos Cortés, ambos aún estudiantes, Ernesto de la Jara, José Marco-Sánchez, Wilfredo Sanguineti y Alfredo Villavicencio, además del propio Javier Neves.

introducida también por su mentor, que lo caracterizaría desde su etapa germinal: la de considerar que esa era una tarea que debía ser abordada desde el rigor académico. Tampoco esta opción, vista con ojos de hoy, parece innovadora. Pero entonces lo era. Y además de manera profunda. Hasta ese momento la posición de los juristas del trabajo en nuestro país había estado marcada por la naturaleza de los intereses que en cada caso se defendían, fuesen estos patronales o sindicales. Más que de sustentar planteamientos rigurosos basados en una comprensión sistemática del ordenamiento laboral y sus instituciones, se trataba entonces de defender intereses, siendo la argumentación jurídica un instrumento al servicio de los mismos. Si bien el grupo no es del todo ajeno a esta lógica, dado el origen de sus integrantes y las preocupaciones que animaron su formación, parte de entender que esa defensa debe ser, en todo caso, pasada por el tamiz de la reflexión científica.

Es más, ese es, precisamente, el sentido de la aproximación del grupo a la doctrina juslaboralista española. Más allá de la proximidad cultural y lingüística, lo que despierta desde un inicio el interés del colectivo en formación es la constatación que la misma venía afrontando problemas similares (la adaptación del ordenamiento laboral a los imperativos constitucionales en una etapa de crisis económica) mediante el desarrollo de una reflexión académica, seria y rigurosa que en el Perú no habíamos siquiera iniciado. Providencial resultará, aquí, la existencia en la hemeroteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú de una colección de la Revista de Política Social, editada por el Ministerio de Trabajo español, a partir de la cual nos sería posible acceder a lo más importante de la producción de los académicos españoles sobre estos temas. Algo inusual dentro del contexto de la época, en el que la bibliografía actualizada sobre temas laborales, más aún si era europea, resultaba sumamente difícil de conseguir, abundando más bien los viejos tratados y manuales publicados por casas editoriales argentinas o mexicanas en los años cincuenta, sesenta o setenta, claramente desfasados ya por entonces.

Será también ese interés por la reflexión académica, unido a la convicción sobre la importancia de la contribución de la doctrina española, el que determinará que varios de los integrantes del grupo decidiesen marcharse a realizar estudios de doctorado o postgrado en España en los años siguientes. Algo que, debe recalcarse igualmente, no era frecuente ni fácil en esos años, en los que no existían los puentes con la doctrina española que se crearían después, ni tampoco

mecanismos adecuados de financiación, y que pone de manifiesto bien a las claras la seriedad con la que fue asumido ese compromiso académico.[2]

En la misma preocupación encuentra también su razón de ser, al lado del amor por la docencia, la vinculación de todos los miembros del grupo a la enseñanza universitaria, particularmente a través de las aulas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, nuestra Alma Mater. Una vocación que, en el caso de Javier Neves, se convertirá poco tiempo después en dedicación exclusiva, rompiendo también en esto con los moldes establecidos, que apuntaban siempre hacia un desarrollo simultáneo de la docencia y el ejercicio profesional. Javier Neves es, en este sentido, el primero en optar claramente por la docencia del Derecho del Trabajo como profesión. El primero en convertirse, en virtud de esta opción, en un académico de la disciplina. Un camino que seguirán luego otros miembros del grupo, tanto en la propia Universidad Católica del Perú como en universidades extranjeras.

El momento en el que todas estas piezas terminan por juntarse para dar lugar por fin a un resultado académico tangible está representado por la publicación en 1989 de "Trabajo y Constitución". Esta obra colectiva, de cuya dirección se encargará Javier Neves, recoge cinco estudios de miembros del grupo sobre las principales instituciones y derechos consagrados por la norma fundamental (fuentes y principios, estabilidad laboral, sindicalización, negociación colectiva y huelga).[3] El propósito de este libro, primero en su género entre nosotros, era llevar a cabo "una primera reflexión de conjunto sobre el contenido laboral de la Constitución", como se indica en su presentación. Su aportación, sin embargo,

2 En concreto, los discípulos de Javier Neves que, en los años sucesivos, realizarían este tipo de estudios en la península ibérica son seis: Wilfredo Sanguineti (Universidad de Salamanca), Alfredo Villavicencio, Guillermo Boza y David Lobatón (Universidad de Sevilla), Martín Carrillo (Universidad de Salamanca) y, más recientemente, Elmer Arce (Universidad de Cádiz). Además de ello, deben mencionarse también las estancias, de más corta duración, realizadas por el propio Javier Neves (Universidades de Sevilla, Salamanca y Castilla-La Mancha), así como de Juan Carlos Cortés (Universidad de Salamanca).

3 Estos estudios correrían a cargo, respectivamente, de Javier Neves, Wilfredo Sanguineti, Alfredo Villavicencio, Guillermo Boza y Ernesto de la Jara. A los cinco estudios se une, a modo de introducción, un esclarecedor ensayo sobre "La función histórica del Derecho del Trabajo" del profesor Carlos Palomeque, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. Todo un símbolo del hermanamiento entre el grupo y la doctrina española que se iniciará en esos años y que se mantiene vivo hasta ahora.

es bastante mayor, ya que lo que postula como propuesta de conjunto es nada menos que una revisión sistemática del ordenamiento laboral vigente a partir de los criterios constitucionales. Este objetivo no se expresa de forma totalmente clara en la presentación de la obra, que se conforma con señalar, con bastante modestia, que el "propósito común" que la anima es, apenas, "ofrecer un análisis que incida en los elementos centrales de cada tema, desentrañando las cualidades del derecho reconocido, con apoyo en la doctrina extranjera y nacional cuando la hubiera, e indagando sobre su compatibilidad con la normativa infraconstitucional y la aplicación concreta". De este libro surgirán, sin embargo, aportes fundamentales, que pasarán a formar parte del "sentido común" de nuestra disciplina en los años siguientes, pero que entonces constituían auténticas innovaciones, cuando no rupturas con el pensamiento hasta entonces imperante. Piénsese, por citar solamente algunos ejemplos, en la explicación sistemática de la operatividad de las fuentes y los principios de aplicación e interpretación del Derecho del Trabajo, que hace Javier Neves, en la consideración de la preferencia por los contratos de trabajo de duración indefinida como un elemento esencial del derecho de estabilidad en el empleo, que aparece en el trabajo de Wilfredo Sanguineti, en la consideración de la libertad sindical como un derecho de actividad y no sólo una potestad organizativa, puesta sobre el tapete por Alfredo Villavicencio, o en la determinación de los alcances del valor normativo atribuido por la Carta Magna a los convenios colectivos, desarrollada por Guillermo Boza. Todo ello venía acompañado, por lo demás, de una revisión de las normas de rango inferior a la luz de los criterios previamente delimitados, de forma que la obra, más allá de su modesto título constituía en realidad un auténtico programa de renovación de nuestro ordenamiento laboral, que incluía por igual los criterios básicos para la revisión de sus principales contenidos y las pautas sobre las cuales debía girar la articulación de sus instrumentos de regulación. Como tal, no sólo expresa la madurez del grupo de trabajo creado algo más de dos años antes, sino el tránsito de éste hacia el embrión de lo que sería con el tiempo una auténtica escuela laboralista.

Aún así, tampoco puede ocultarse que "Trabajo y Constitución" es una obra animada por un propósito esencialmente defensivo: tratar de poner límites al proceso de desmontaje de la protección laboral emprendido en los años anteriores mediante el "anclaje" de las instituciones nucleares de la disciplina dentro de referentes constitucionales. Desde esta perspectiva, se trata de una obra con un evidente fundamento "clasista", de defensa de los intereses de los trabajadores

y los valores que sustentan esta opción. De allí que el libro esté dedicado "a los trabajadores, cuyos derechos aquí tratamos, y a los estudiantes de Derecho, que se preparan para defenderlos".

Es importante advertir, en cualquier caso, que el hecho de que el fundamento de la protección privilegiada de la parte laboral se haga reposar en la obra sobre bases constitucionales, reflejando en última instancia el equilibrio de intereses consagrado a ese nivel, permitirá que sus esquemas puedan ser asumidos sin dificultad por todos aquellos que mantengan convicciones democráticas y constitucionales. Esto sentará las bases de una comprensión del fundamento de la disciplina que terminará por emanciparse del tradicional discurso de defensa unilateral de los intereses de un determinado colectivo o grupo social, para asentarse sobre principios y valores compartidos por todos, en tanto que conformadores del consenso básico sobre el que se asienta nuestra forma de Estado. Valores como la democracia, el pluralismo, la dignidad de la persona o la igualdad, de los que los distintos derechos laborales son expresión. Ello determinará a la larga un cambio en la forma de concebir la propia función del Derecho del Trabajo. Este pasará a ser contemplado como un ordenamiento esencialmente equilibrador, dirigido a encauzar el conflicto de intereses que subyace a la relación de trabajo mediante el amparo preferente de la posición de la parte menos favorecida de la misma. "El ordenamiento laboral", podrá así decir Javier Neves años después en su "Introducción al Derecho Laboral", cumple "la función de regular la utilización del trabajo ajeno por un empresario y la obtención de ganancias de él, permitiéndola pero controlándola, y de encauzar los conflictos individuales y sociales que se originan en esa relación", recurriendo para ello a normas que buscan "balancear con la ventaja jurídica la desventaja material" con el fin de "contribuir a la materialización de la justicia y la paz".

Este trascendental cambio de perspectiva permitirá que el grupo, desprendido ya de su dimensión orgánica y convertido más bien en corriente de opinión, pueda expandirse más allá de su núcleo originario, compuesto casi de forma exclusiva por profesionales vinculados al mundo de la asesoría jurídica a las organizaciones de trabajadores, para abarcar también a personas cuya praxis profesional tenía una orientación distinta. El discurso que se postula es uno abierto, moderno, democrático y equilibrado, pero a la vez coherente con los valores democráticos e igualitarios que dan fundamento a nuestra disciplina. De allí, precisamente, que la presente obra congregue a personas que se sitúan de

"ambos lados" del quehacer laboralista, todos los cuales se reconocen discípulos de Javier Neves, no solamente por haber sido en la mayor parte de los casos alumnos suyos, sino por compartir lo esencial de su visión de la disciplina y del quehacer académico. Algo impensable años atrás.

Es en este hecho quizá más que en cualquier otro donde es posible reconocer el papel de maestro de Javier Neves. Y también se encuentra aquí el fundamento más sólido para entender que quienes nos reconocemos como sus discípulos conformamos una verdadera escuela, en la medida en que compartimos, más allá de nuestros destinos laborales concretos, en la asesoría sindical o empresarial o el mundo universitario, una visión común sobre la disciplina que cultivamos, cuya raíz se encuentra en las líneas de reflexión abiertas por nuestro maestro y desarrolladas colectivamente por todos.

III. La luz al final del túnel

Lo anterior no puede hacernos olvidar que, mientras el discurso académico experimentaba un desarrollo francamente espectacular, la evolución política y normativa discurría en nuestro país por derroteros muy distintos, que no hacían más que profundizar hasta el límite de lo socialmente tolerable las líneas de desmontaje de la protección del trabajador individual y reducción de la efectividad de los derechos colectivos iniciadas en los años anteriores. La del Perú se convirtió, así, en los años noventa, como recuerda Oscar Ermida, en "la experiencia más paradigmática de desregulación impuesta en América Latina", debido a "la profundidad de las reformas, por tratarse de una imposición legislativa unilateral de desmejora, por incluir una 'reregulación' del Derecho Colectivo, e inclusive por consolidarse en el marco de una ruptura constitucional".

Durante esta difícil etapa, en la que el Derecho del Trabajo pasó a ser para muchos una disciplina jurídica condenada a la extinción en nuestro país, el desarrollo académico de lo que podía empezar a considerarse nuestra escuela laboralista no sólo no menguó, sino que asumió nuevas y más ricas formas de expresión. Son los años en los que muchos de sus integrantes, liderados nuevamente por el maestro, asumirán de forma decidida la crítica de los cambios introducidos por el régimen fujimorista, sin caer en el oportunismo tan común durante esos años. Y también el período en el que se incorporan al grupo una pléyade de "jóvenes valores", como le gustaba decir a Javier, sin vínculos ya con

la tradición laboralista de los años setenta y ochenta. Del mismo modo, ésta es la etapa en la que la internacionalización del grupo se consolida, al recibir el reconocimiento de dos de los más prestigiosos núcleos de reflexión laboralista, como son, en nuestro continente, la doctrina uruguaya, y en Europa, la doctrina española. La celebración de dos ediciones de los encuentros peruano-uruguayos de Derecho del Trabajo (en Lima y en Montevideo) y de una del encuentro hispano-peruano (en Albacete) dan cumplido testimonio de ello.

Se trata, en todo caso, de una etapa francamente difícil para los laboralistas, en la que se cierran varias de las opciones de desarrollo profesional existentes en el pasado, y en particular la de prestar servicios a las organizaciones de trabajadores, mientras que otras, como la dedicación plena a la docencia, no terminan de abrirse. A pesar de ello, de una manera u otra, la gran mayoría de los integrantes de la escuela no abandonará su dedicación a la disciplina y su vinculación al mundo académico, acogiéndose a diversas opciones novedosas de desarrollo personal y profesional con el fin de "sobrevivir" a la crisis sin tener que poner entre paréntesis su vocación por el Derecho del Trabajo.

Es más, por paradójico que parezca, es precisamente a lo largo de estos años "oscuros" que se produce lo más notable de la aportación científica individual de Javier Neves a nuestro Derecho del Trabajo, situada de forma clara en el terreno de la teoría general del mismo. Una aportación que terminará por condensarse en su "Introducción al Derecho Laboral", libro singular e inusual en nuestro medio e incluso en nuestro subcontinente, auténtica "parte general" del Derecho del Trabajo, dedicada al estudio del sistema de fuentes, ámbito de aplicación y principios de aplicación e interpretación. Una tarea reconstructiva nunca llevada a cabo hasta entonces entre nosotros. La obra contiene, con todo, una alusión clara al papel que siempre ha concedido Javier Neves a la reflexión colectiva y el trabajo en equipo, que han hecho de estos una seña de identidad de su magisterio. Así, aunque este trabajo corresponde de manera más que clara a la autoría del maestro, éste no dejará de apuntar en la parte final de su introducción que "las ideas expuestas aquí pertenecen en mucho a un equipo de trabajo formado en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica en torno al curso de Derecho Laboral". Añadiendo que "muchos de sus antiguos integrantes son hoy en día destacados docentes de nuestra Área Laboral, así como investigadores que en sus tesis u otros trabajos académicos vienen brindando valiosas contribuciones teóricas en esta especialidad". Y concluyendo con un guiño que expresa cla-

ramente su satisfacción por la labor realizada y su confianza en el futuro: "no nombramos a cada uno de ellos porque, afortunadamente para el Derecho del Trabajo peruano, su número es ya elevado".

La reivindicación de esta meritoria y paciente labor tardaría en llegar. Pero lo haría al fin, de la mano del retorno de la democracia y sus instituciones. Si bien los primeros gobiernos democráticos optaron, bien por dificultades objetivas o por falta de voluntad política, por no acometer sino de forma muy tímida y fragmentaria la reconsideración de la obra legislativa de la dictadura, esa tarea sería asumida de forma resuelta en estos mismos años por el Tribunal Constitucional, que ha sabido encontrar en las previsiones de contenido laboral presentes en la Constitución actualmente vigente, de la cual el régimen precedente no consiguió extraer las claves básicas que identifican nuestra disciplina, las herramientas para llevar a cabo una revisión de algunos de los componentes más emblemáticos –a la vez que cuestionables– de la regulación legal precedente. Este es un proceso, al que en otro lugar hemos llamado de "recomposición constitucional" del Derecho del Trabajo peruano, lleno todavía de incertidumbres y limitaciones. Su propia emergencia ha servido, sin embargo, para demostrar el inmenso vigor transformador que poseen entre nosotros de las cláusulas de garantía de los derechos laborales contenidas en la norma fundamental, así como el acierto pleno de quienes, desde la distancia en el tiempo, tuvieron la intuición de ver en ellas una herramienta básica para la transformación democrática de nuestro Derecho del Trabajo y su adaptación al cambio. La vía abierta por Javier Neves y su escuela se encuentra, por ello, más vigente que nunca. Y de seguro contribuirá en el futuro a abrir nuevos caminos para la necesaria construcción de un Derecho del Trabajo capaz de operar como un instrumento útil al servicio de consecución en nuestro país de un desarrollo económico y social pleno y duradero desde bases democráticas y constitucionales.

Salamanca y Lima, julio de 2008.

Wilfredo Sanguineti Raymond
Alfredo Villavicencio Ríos

EL CONVENIO COLECTIVO EN EL SISTEMA PERUANO DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Javier Neves Mujica

Este artículo fue publicado originalmente en la revista Laborem número 1. Fue proporcionado por Javier Neves para su publicación en octubre de 1991. De plena vigencia, se ha querido sumar este trabajo al homenaje que esta revista le rinde.*

1. Introducción

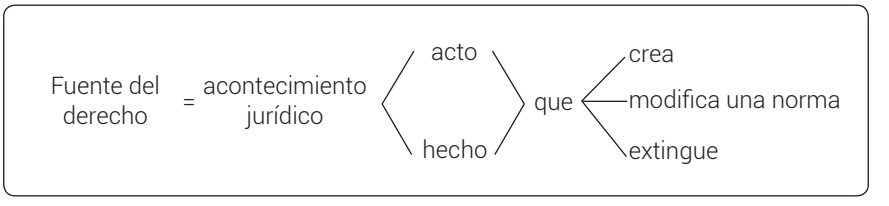
El propósito del presente ensayo es determinar el papel asignado al convenio colectivo en el sistema peruano de las fuentes del derecho, sobre todo en la Constitución misma, pero también en el resto del ordenamiento. Para estos efectos, resulta indispensable abordar tres cuestiones previas al desarrollo del tema central. Estas son las siguientes: 1) ¿Qué son las fuentes del derecho?, 2) ¿El convenio colectivo es una fuente del derecho?, 3) ¿Hay un sistema de fuentes del derecho en el Perú? Cada una de estas interrogantes va a dar lugar a un punto de este ensayo. Seguidamente, se analizará los principales aspectos comprendidos en el tema central. Por último, se formulará las principales conclusiones del estudio.

2. Las fuentes del derecho

De las numerosas definiciones del término «fuentes del derecho» que ofrece la doctrina, consideramos que la aportada por Predieri -y transcrita en seguida contiene especial riqueza: «son los acontecimientos jurídicos (ya sean actos-fuente

* Reseña formulada por los editores de *Laborem* núm. 24.

o hechos normativos-fuente) que en un ordenamiento dan lugar a una norma, de los que deriva la génesis o la causación -como creación, modificación o extinción de normas consideradas como válidas en dicho ordenamiento» (1984, p. 169). De la definición escogida, se podría extraer el siguiente esquema:



Dijimos que la definición proporcionada por Predieri resultaba especialmente rica, porque de entrada permite comprender en el concepto todos los factores en juego. Se trata, en primer lugar, de un acto normativo —como sucederá comúnmente—, que es el caso por excelencia de la ley, pero también de un hecho normativo, figura que refiere a la costumbre cuando posee naturaleza normativa.

En segundo lugar, el acontecimiento jurídico tendrá carácter de fuente del derecho no sólo cuando cree o modifique una norma, sino también cuando la extinga. De este modo, quedan acertadamente comprendidos entre los órganos dotados de potestad normativa —denominados «fuentes en sentido propio» por algunos autores[1]—, además del Poder Legislativo respecto de la ley y el Poder Ejecutivo respecto del reglamento, que pueden crear, modificar o extinguir sus formas normativas correspondientes —llamadas «fuentes en sentido traslativo», por los mismos autores citados—, también ciertos órganos facultados sólo para suprimir normas sin reemplazarlas por otras: el Tribunal de Garantías Constitucionales que puede eliminar una ley inconstitucional y el Poder Judicial que puede hacer lo propio con un reglamento inconstitucional o ilegal (arts. 298.1 y 295 Const., respectivamente).

Finalmente, la clave de la definición está constituida por el concepto de norma[2], Predieri sostiene que es por los efectos de un acto que podemos distinguir si es normativo -y, en consecuencia, fuente del derechoo no: será normativo

1 Ver: ALONSO OLEA (1981 a, p. 413) y DE LA VILLA, GARCÍA BECEDAS y GARCÍA PERROTE (1983, p. 9).

2 Entre nosotros, RUBIO CORREA ha puesto de manifiesto esta característica: «fuente formal de Derecho es aquel procedimiento a través del cual se produce, válidamente, normas jurídicas»(1988, p. 115).

cuando aquel tenga operatividad frente a todos los sujetos del ordenamiento (acto-fuente de normas), y no lo será cuando sólo la tenga frente a quienes estén en una relación especial con el acto (acto-fuente de mandatos) (1984, pp. 169-170). Este aspecto medular es compartido por la doctrina. Así, Alonso Olea precisa que «fuente es una norma general y objetiva que se aplica a un conjunto indeterminado de destinatarios, en virtud de consideraciones generales, no la regulación particular» (1981b, p. 5). Y De la Villa, García Becedas y García Perrote señalan que las normas son «preceptos abstractos (valoración hipotética de conductas), impersonales (mandatos sobre conductas y no sobre sujetos concretos) y generales (pluralidad indeterminada de destinatarios)» (1983, p. 9). De este modo, el contrato o la sentencia -coincidirán los autores mencionados carecerán de naturaleza normativa.

3. El convenio colectivo como fuente del derecho

El productor de normas por excelencia es el Estado. El órgano más destacado en este campo debe ser el Congreso, que dicta las leyes con amplia «libertad política de configuración de contenidos normativos» (García de Enterria y Fernández: 1984, p. 145). El Poder Ejecutivo expide reglamentos, autónomos únicamente en el ámbito interno de la administración y ejecutivos para completar o desarrollar la ley (García de Enterria y Fernández: 1984, pp. 204 y 209-215) y, por excepción, decretos legislativos o medidas extraordinarias, condicionados a actos o hechos habilitantes, respectivamente.

La autonomía privada, entendida como «el poder de la persona para reglamentar y ordenarlas relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte» (Diez Picazo y Gullon: 1982, p. 387), sólo es fuente productora de negocios jurídicos en el Derecho Civil. En el Derecho del Trabajo, sin embargo, la autonomía colectiva plasmada «en la presencia de un poder normativo conjunto de empresarios y trabajadores para la regulación de las relaciones laborales», es fuente válida de normas jurídicas, que además constituyen «la principal particularidad de las fuentes en el Derecho del Trabajo» (Martín Valverde: 1978, p. 5). La forma jurídica utilizada es el convenio colectivo.

El convenio colectivo es definido por la Organización Internacional del Trabajo como «todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o

varias organizaciones de empleadores, por una parte, y por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores, o en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estas últimas, de acuerdo con la legislación nacional» (art. 2.1 Recomendación 91). De los elementos comprendidos en la definición expuesta, nos interesa detenernos en uno: el objeto o contenido del convenio colectivo.

La doctrina ha distinguido tradicionalmente entre las cláusulas normativas y las obligacionales del convenio colectivo. El contenido normativo está «integrado por las cláusulas y estipulaciones que regulan las relaciones de trabajo (condiciones de trabajo y empleo) de empresarios y trabajadores incluidos en la unidad de negociación», mientras que el obligacional o contractual lo está «por cuantas cláusulas definen y regulan las relaciones entre los sujetos negociadores o partes del convenio de cara al cumplimiento del acuerdo» (Palomeque López: 1988, p. 323). La distinción, sin embargo, para algunos, «habría de ser relegada... al desván destinado a recogerlas construcciones jurídicas ya superadas», puesto que «el ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa al convenio colectivo en su conjunto» (Palomeque López: 1988, p. 324).

Si aceptáramos la diferencia entre el contenido normativo y el obligacional del convenio colectivo, sería claro que sólo el primero constituiría una fuente del derecho, ya que el segundo sólo lo sería de la obligación. Si la negáramos, toda la materia del convenio colectivo, unitariamente, adquiriría el carácter de fuente del derecho.

Nuestro ordenamiento contiene dos referencias básicas a la cuestión que nos ocupa. La primera está consagrada en el primer párrafo del artículo 54 de la Constitución: «Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tienen fuerza de ley para las partes»[3]. Esta última expresión ha dado lugar a diversas interpretaciones entre los autores nacionales.

Una primera posición es la de Pasco (a quien siguen Rubio y Bernales: 1983, pp. 180-181), para quien se trata de «una declaración totalmente innecesaria»,

3 La cita y las referencias posteriores a la norma constitucional se corresponden con el artículo 54 de la Constitución Política del Perú de 1979. El sentido normativo de lo aquí tratado por el autor se corresponde con el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 28 de la Constitución Política del Perú de 1993.

puesto que «las convenciones de todo tipo tienen fuerza de ley... [lo que] es un axioma jurídico». Añade en seguida: «lo que caracteriza al contrato colectivo no es su fuerza interpartes sino su fuerza más allá de las partes... que se obligue a personas que no participaron en la concertación del contrato». Y concluye que la expresión «fuerza de ley entre las partes está menoscabando su contenido, desvirtuando su naturaleza y en definitiva declarando una cosa innecesaria» (1980: pp. 89-90).

La segunda posición es formulada por Boza Pro, para quien «lo que ha querido denotar el primer párrafo del artículo 54 de la Constitución es la fuerza normativa del acuerdo alcanzado entre las partes colectivas», lo que a su vez «significa reconocer en él una fuente de derecho» (1989: p. 223)[4]. Para este autor no debe confundirse el carácter normativo o contractual del convenio colectivo, con su eficacia general o limitada, cuestión esta última que se refiere a su aplicación a toda o parte de la unidad de negociación. Dice finalmente: «no... por el hecho de tener naturaleza normativa un convenio colectivo, tendrá necesariamente que tener una eficacia personal general» (1989: pp. 224-226).

Nosotros nos inscribimos en la segunda corriente. Entendemos que la expresión «fuerza de ley para las partes» alude a la naturaleza normativa del convenio colectivo, bien sea sólo de su parte propiamente normativa o bien sea de su conjunto, según se adhiera a una u otra posición sobre la validez de la distinción entre las cláusulas normativas y obligacionales[5]. En definitiva, el convenio colectivo es una fuente del derecho (al menos en su materia normativa), ya que sus mandatos son generales, impersonales y abstractos, independientemente de que se apliquen a todos los trabajadores integrantes de una unidad de negociación (en nuestro medio, comúnmente el centro de trabajo) o sólo a los afiliados a la organización sindical negociadora, directamente representados por ella (frecuentemente ocurre lo primero).

La segunda referencia al carácter del convenio colectivo, la encontramos en el Decreto Supremo 006-71-TR, preconstitucional, que regula el procedimiento de negociación colectiva. De un lado, su artículo 2 lo define en los mismos

4 La cita empleada por el autor también se refiere al articulado de la Constitución de 1979.

5 Y pensamos que alude también a su ubicación en un específico nivel en la jerarquía normativa, que es el ocupado por la ley, asunto que trataremos en el punto 5 de esta monografía.

términos que la citada Recomendación 91 OIT, y del otro, diversos preceptos aluden a rasgos normativos: su forma escrita (art. 2), su necesaria publicidad (arts. 40 y 41), su carácter obligatorio (art. 42) y, sobre todo, su aplicación a las relaciones individuales o colectivas entre empleadores y trabajadores cuya representatividad tengan las organizaciones o personas que hubiesen intervenido en el procedimiento (art. 43). En consecuencia, también para el Decreto Supremo 006-71-TR el convenio colectivo es fuente del derecho objetivo y no sólo de derechos subjetivos, como cualquier contrato.

4. El sistema de las fuentes del derecho en el Perú

La idea de sistema refiere a un conjunto de objetos relacionados entre sí, regido mediante reglas propias. Si se trata del sistema de las fuentes del derecho, estamos ante diversos tipos normativos que tienen una matriz común en la parte orgánica de la Constitución «fuente de fuentes» (Alonso Olea: 1982, p. 19), y se encuentran enlazados unos con otros.

El sistema normativo ha sido gráficamente representado como una pirámide, en la que del vértice a la base van apareciendo los distintos tipos normativos, ordenados según su jerarquía (Kelsen: 1960, p. 147).

Predieri, recogiendo el esquema descrito, plantea una gradación de las fuentes en cuatro niveles: 1) constitucional (en el que diferencia entre las fuentes constitucionales fundamentales y las ordinarias, separación válida para el ordenamiento español del cual se ocupa, pero no para el nuestro); 2) primario, en el que se hallan las fuentes con fuerza de ley; 3) secundario, referido al reglamento; y 4) terciario, que comprende las «manifestaciones de la autonomía privada que establecen reglas válidas erga omnes» (1984; pp. 208 y 254).

En nuestro medio, Rubio Correa (1988: p. 148) distingue también cuatro grados, los tres primeros en coincidencia con Predieri (Constitución, leyes y reglamentos, respectivamente, comprendiendo a las normas equivalentes en los tres casos), pero omite el de la autonomía privada (a la que, sin embargo, reconoce virtualidad normativa, en el caso del convenio colectivo e incluso de los contratos; pp. 210-211) e introduce, como cuarto nivel, el de la reglamentación regional. De otro lado, García Toma establece ocho categorías: 1) la Constitución y tratados sobre derechos humanos; 2) los tratados ordinarios; 3) las leyes; 4) las

leyes regionales o locales; 5) los decretos; 6) las resoluciones; 7) las resoluciones regionales y locales; y 8) «las normas con interés de parte» (1988; pp. 163-164). Estas últimas, incluyen a los contratos (p. 177). Como puede apreciarse, ninguno de los dos autores nacionales mencionados, incorpora expresamente al convenio colectivo en su esquema de frentes del derecho.

Adaptando la fórmula propuesta por Predieri a nuestro ordenamiento, podemos, en nuestro concepto, distinguir los siguientes niveles[6]:

1. Nivel Constitucional
   a. Constitución (art. 87 Const.)
   b. Ley de reforma constitucional (art. 306 Const.)
   c. Tratado internacional sobre derechos humanos (art. 105 Const.)
2. Nivel primario
   a. Tratado internacional, con prevalencia del de integración (arts. 101 y 106 Const.)
   b. Ley orgánica u ordinaria (arts. 194 y 186.1 Const.)
   c. Resolución legislativa (art. 186.1 Const.)
   d. Reglamentos del Congreso y de las Cámaras (art. 177 Const.)
   e. Decreto Legislativo (arts. 188 y 211.10 Const.)
   f. Medida extraordinaria (art. 211.20 Const.)
   g. Norma emanada del órgano legislativo del gobierno regional o local (art. 298.1 Const.)
   h. Convenio colectivo de trabajo (art. 54 Const.)
   i. S entencia del Tribunal de Garantías Constitucionales que declare la inconstitucionalidad de una ley o norma equivalente (arts. 298.1, 300 y 302 Const.)
3. Nivel secundario
   a. Reglamento del Poder Ejecutivo (arts. 211.11, 295 y otros Const.)
   b. Norma emanada del órgano ejecutivo del gobierno regional o local y otros (art. 295 Const.)

6 Se reitera que las referencias corresponden al articulado de la Constitución de 1979.

c. Sentencia del Poder Judicial que declare la inconstitucionalidad o ¿legalidad? de un reglamento o norma equivalente

4. Nivel terciario

a. Reglamento interno de trabajo

b. Costumbre normativa

Queremos resaltar tres cuestiones. La primera es que la base general de la gradación está en el artículo 87 de la Constitución[7], que subordina la ley a la Constitución y el reglamento a la ley, separando claramente tres niveles. La segunda es que la atribución a cada tipo normativo específico de un determinado nivel, opera a veces por mención expresa de la Constitución (como es el caso de los tratados internacionales, los reglamentos del Congreso y de las Cámaras, los decretos legislativos, los convenios colectivos, etc.), pero otras hace falta deducirlo de la vía prevista por aquella para su impugnación (de este modo estarían en el nivel primario las normas que se impugnan por acción de inconstitucionalidad y en cl secundario aquellas para las que se debe utilizar la acción popular); por último, en el caso de otras, como las medidas extraordinarias, es más bien por vía jurisprudencial y doctrinaria que se les asigna cierto nivel. Y, finalmente, la tercera cuestión es que los grados están fijados con amplitud, no suponiendo necesariamente una equivalencia exacta entre las normas que los integran, sino admitiendo relativas preeminencias.

En el caso del convenio colectivo, estamos ante una norma emanada de la autonomía privada, razón por la cual le correspondería en principio el nivel terciario, conforme a la gradación establecida por Predieri. Sin embargo, nuestra Constitución al atribuirle «fuerza de ley para las partes»[8], no sólo le está determinando una naturaleza normativa sino que le está fijando un específico nivel jerárquico, como antes hemos sostenido. La expresión «fuerza de ley» sólo es utilizada en nuestro texto constitucional en otras dos oportunidades (arts.

7 Este artículo de la Constitución de 1979 no tiene un precepto semejante en la vigente, de 1993, que únicamente refiere a los niveles normativos al tratar las garantías constitucionales en el artículo 200º (nota del editor de Laborem 24).

8 Como es sabido, este atributo del convenio colectivo fue reemplazado por la frase "fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado", en la Constitución de 1993. Sobre este tema consúltese el artículo de Javier NEVES "Las fuentes del Derecho del Trabajo en las Constituciones de 1979 y 1993" En Ius et veritas núm. 9 (1994), Lima, pp. 57-64 (Nota del editor de Laborem 24).

177 y 211.10, referidos a los reglamentos del Congreso y de las Cámaras y los decretos legislativos, respectivamente), siempre como remisión de una ubicación en la escala normativa.

5. El papel del Convenio Colectivo en el sistema peruano de las fuentes del derecho

Tenemos dicho hasta ahora que la expresión «fuerza de ley para las partes» que el artículo 54 de la Constitución utiliza para referirse al convenio colectivo, significa la atribución tanto de un carácter normativo como de un determinado nivel jerárquico. Nos interesa ahora abordar la cuestión de la relación entre esta norma especial del Derecho del Trabajo y las demás normas comunes a todo el ordenamiento, sobre todo la ley, en nuestro sistema jurídico.

De la Villa, García Becedas y García-Perrote sostienen que debido al reconocimiento de potestad normativa de los sujetos sociales puede hablarse en el ordenamiento de un «pluralismo jurídico» y agregan que ello significa «situar inequívocamente el poder normativo de los grupos sociales (a través de la negociación colectiva) al mismo nivel, en cuanto a su origen, que el otorgado al Estado (a través de sus potestades legislativa y reglamentaria)» (1983, p. 11).

¿Cómo se relaciona, pues, el convenio colectivo con la ley, si ambas descienden directamente de la Constitución misma -expresión empleada por los autores citados- y tienen igual nivel? «La primacía normativa del Estado es un hecho», afirman los tratadistas españoles, con los que venimos trabajando (p. 12). ¿Pero, cuales son sus funciones y sus límites respecto de la autonomía colectiva?

Nuestra Constitución le encarga al Estado tres funciones concretas en materia de autonomía colectiva: 1) garantizar el derecho a la negociación colectiva; 2) señalar los procedimientos para la solución pacífica de los conflictos; y 3) resolver las controversias entre las partes cuando no hubiera acuerdo entre ellas. En definitiva, el Estado debe regular el procedimiento negocial, lo que podría comprender-además del procedimiento propiamente dicho la regulación sobre los sujetos, ámbitos y contenidos negociales; puede también dirimir cada específica controversia en la que no se hubiera arribado a un arreglo directo entre las partes; y, finalmente, al realizar los actos anteriores debe cuidar siempre de garantizar el ejercicio del derecho en todas sus fases, así como debe emprender las acciones necesarias para la plasmación de ese mandato. El instrumento de

acción estatal es en el primer caso la ley, en el segundo sendas resoluciones y en el tercero diversas políticas y medidas públicas.

Es claro, entonces, que el Estado no puede abstenerse en materia de negociación colectiva, pero lo es también que su indispensable intervención debe en todos los casos producirse dentro de los marcos fijados por la Constitución. En lo que respecta a la regulación del procedimiento y a la dirimencia de los desacuerdos, los límites de la actuación estatal están dados por el respeto a la autonomía colectiva, que supone dejar amplios márgenes para la negociación directa y abrir alternativas a la solución por el Estado de los conflictos, como el arbitraje voluntario. En lo que respecta a la garantía de la negociación colectiva, ella debería materializarse en una legislación promocional.

Un terreno ideal para el análisis de la relación entre la ley y el convenio colectivo, es el de las materias que pueden ser normadas por una y otro. La ley puede ocuparse de todo, especialmente de la regulación de los derechos fundamentales. El convenio colectivo está circunscrito a la materia laboral, espacio en el cual coincidirá con la ley. Es, pues, en este campo donde deben establecerse las relaciones entre estas normas.

La doctrina ha descubierto diferentes modelos de relación entre la ley y el convenio colectivo. Así, para Martín Valverde «el ensamblaje de la autonomía colectiva con la legalidad estatal podría realizarse mediante una determinación por parte de esta última de los campos normativos de una y otra», figura que «no se suele dar en la realidad de los ordenamientos de manera rigurosa». Y agrega: «la más frecuente en los sistemas jurídicos que nos sirven de punto de referencia es una fórmula intermedia en la que se combinan una reserva legal reducida, junto con la posibilidad jurídica de regulación por doble vía, estatal y colectiva, del resto (la mayor parte) de las materias laborales, y un reparto efectivo de tareas normativas entre una y otra, muy flexible y cambiante en el tiempo» (pp. 5-6). Para este autor, cabría identificar hasta cuatro posibles tipos de relación en este campo: 1) supletoriedad de la ley respecto del convenio colectivo, que comúnmente consistirá en una ley mínima que permite su apartamiento por un convenio colectivo mejor; 2) conflicto entre ambas, cuando hubiera regulación simultánea por preceptos incompatibles, que debería resolverse con el principio de norma más favorable; 3) complementariedad, en la cual los preceptos se articulan completándose entre sí; y 4) suplementar edad, en la cual una norma mínima, que será la ley, experimentará su mejora por otra, que será el convenio colectivo (pp. 8-14).

Valdes Dal-Re reconoce también cuatro modelos diferentes: 1) superposición, en el cual los ámbitos coinciden, correspondiendo al convenio colectivo mejorar lo fijado por la ley; 2) distribución funcional, en el cual la ley establece las bases y el convenio colectivo específico; 3) distribución por razón de la materia, donde cada norma regula en forma exclusiva ciertas materias; y 4) interacción permanente, en el que hay una dinámica continuidad entre las normas (1985, p. 9).

¿Cual de estos modelos existe en nuestro sistema jurídico? La respuesta debería distinguir la materia salarial de las demás materias laborales. Respecto de las últimas, opera entre nosotros la figura denominada suplementariedad por Martín Valverde y superposición por Valdes Dal-Re. Respecto de la primera, en cambio, el Estado normalmente no interviene para fijar los incrementos remunerativos de los trabajadores sujetos a negociación colectiva, limitándose a establecer la cuantía de las remuneraciones mínimas vitales y los aumentos salariales del sector de trabajadores no sujeto a negociación colectiva. Tendríamos aquí, pues, de hecho aunque no legisladamente, una suerte de reparto de competencias.

Excepcionalmente, sin embargo, el Estado sí interviene respecto del primer sector, pero más bien para controlar los incrementos salariales, por vía de medidas extraordinarias. Nosotros consideramos inapropiada esta vía, porque está reservada constitucionalmente a materia «económica y financiera», que en concordancia con lo sostenido por Eguiguren no comprende la laboral (1990: p. 230). Pero ¿podría hacerlo por ley? Este tema nos remite a los máximos de derecho necesario en este caso, plasmados en topes salariales que la doctrina discute polarizadamente si caben o no[9]; consistentes en que la «negociación colectiva puede regular la materia en cuestión, pero no es libre de establecer cualquier contenido regulador» (García Perrote Escartin: 1987, p. 287).

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo los admite, pero sujetos a las siguientes condiciones: 1) la intervención del Estado, con el fin de subordinar la negociación colectiva a la política económica del gobierno, es incompatible con la libertad sindical (pfo. 636); 2) también

9 Ver al respecto el interesante número monográfico de la Revista de Trabajo del Instituto Estudios Laborales y de la Seguridad Social, en el que los Departamentos del Derecho del Trabajó de las Universidades españolas responden a la pregunta: «¿ Es constitucional el establecimiento por ley, orgánica u ordinaria, de techos salariales para la negociación colectiva?». Los enfoques tan variados son reveladores de la dificultad de formular una respuesta enfática y concreta.

lo es, la intervención estatal que tenga por efecto impedir el cumplimiento de convenios colectivos ya celebrados (pfos. 640 y 642); 3) una política de estabilización impuesta por el gobierno que afectará la libertad de las partes en la negociación colectiva, debería ser excepcional, limitada a lo necesario, no exceder de un período razonable e ir acompañada de garantías adecuadas para proteger el nivel de vida de los trabajadores (pfos.641 y 642); y 4) sí pueden aplicarse mecanismos tendientes a que las partes tengan voluntariamente en cuenta la política económica del gobierno y el interés general; a) consultas, b) concertación social, y c) procedimientos que promovieran la revisión voluntaria del convenio por las partes; pero, en todo caso, debería utilizarse la persuación y no la compulsión, en el entendido de que las partes son libres para adoptarla decisión final (pfo. 644). En nuestro ordenamiento, la planificación concertada (art. 111 Const.), sería una vía idónea para la ejecución de estas eventuales limitaciones a la autonomía colectiva.

6. Conclusiones

a. Los sujetos laborales tienen como manifestación de su autonomía colectiva, la potestad de producir normas, denominadas convenios colectivos, que constituyen fuentes del derecho.

b. Los convenios colectivos tienen en nuestro ordenamiento «fuerza de ley para las partes» (art. 54 Const.), en el doble sentido, de 1) naturaleza normativa, y 2) nivel primario. Casi siempre, poseen además eficacia general sobre todos los integrantes de la unidad de negociación.

c. Nuestra Constitución no establece en forma expresa y completa un sistema de fuentes del derecho, aunque los elementos centrales de éste pueden deducirse de algunos de sus principales preceptos, por vía directa (atribución expresa de un nivel jerárquico) o indirecta (según la acción prevista para la impugnación de la norma).

d. La ley y el convenio colectivo tienen su fuente en la Constitución misma, reconociéndose una preeminencia relativa a la primera sobre el segundo, pero con el límite de la garantía del derecho impuesta por la Constitución al Estado.

e. En circunstancias normales, la ley fija beneficios mínimos que el convenio colectivo mejora, en materia laboral no salarial. En esta última, se constata más bien un cierto reparto de competencias de hecho, en

virtud del cual el Estado no interviene en la regulación salarial de los trabajadores sujetos a negociación colectiva. Excepcionalmente, el Estado impone topes salariales a la negociación colectiva, desbordando los marcos constitucionales.

7. Bibliografía utilizada

ALONSO OLEA, Manuel

1981a Derecho del Trabajo, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho.

1981b Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación, en AA.VV., Fuentes de la relación laboral y criterios de aplicación en el Estatuto de los Trabajadores, Madrid, Instituto de Estudios Sociales.

1982 Las fuentes del derecho, en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución, Madrid, Editorial Civitas S.A.

BOZA PRO, Guillermo

1989 Negociación y convención colectiva en la Constitución de 1979, en AA.VV., Trabajo y Constitución, Lima, Cultural Cuzco Editores.

DE LA VILLA, Luis Enrique, Gabriel GARCÍA BECEDAS e Ignacio GARCÍA PERROTE

1983 Instituciones de Derecho del Trabajo, Madrid, Editorial CEURA.

DÍEZ PICAZO. Luis y Antonio GULLON

1982 Sistema de Derecho Civil, Madrid, Editorial Técnos S.A., Vol. 1.

EGUIGUREN P., Francisco

1990 Los retos de una democracia insuficiente, Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich Naumann.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ

1984 Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Editorial TECNOS S.A., Vol. 1.

GARCÍA PERROTE ESCARTIN, Ignacio

1987 Ley y autonomía colectiva, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

GARCÍA TOMA, Víctor

1988 Teoría del derecho, Lima, CONCYTEC.

KELSEN, Hans

1960 Teoría pura del derecho, Buenos Aires, EUDEBA.

INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1984 nterrogantes del Derecho Colectivo post constitucional en España, en: Revista de Trabajo, Madrid, No.73.

MARTÍN VALVERDE, Antonio

1978 Concurrencia y articulación de normas laborales, en: Revista de Política Social, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, No.119.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

1985 Libertad Sindical, Recopilaciones de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, Ginebra.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos

1988 Derecho sindical español, Madrid, Editorial Técnos S.

PASCO, Mario

1980 El tema del trabajo y la nueva Constitución, en AA.VV., La nueva Constitución y su aplicación legal, Lima, Francisco Campodónico F., Editores y Ediciones CIC.

PREDIERI, Alberto

1984 El sistema de las fuentes del derecho, en: La Constitución española de 1978, estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y E, García de Enterría, Madrid, Editorial CIVITAS

RUBIO CORREA, Marcial

1988 El sistema jurídico, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

RUBIO CORREA, Marcial y Enrique BERNALES BALLESTEROS

1983 Constitución y sociedad política, Lima, Mesa Redonda Editores. VAL-DES DAL-RE, Fernando

1985 La ordenación de las relaciones laborales: Legislación y negociación colectiva, en AEDIPE, Madrid.

NUEVAS FORMAS DE TRABAJO E INDICIOS DE LABORALIDAD. A PROPÓSITO DEL TRABAJO PERSONAL PRESTADO A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Guillermo Boza Pró*

Joaquín Briones Zegarra**

"La técnica importa, pero más que ella, el hombre."
Javier Neves Mujica***

En el presente artículo, los autores analizan el trabajo prestado a través de plataformas digitales offline a partir de sus principales características. Así, la precariedad laboral en esta nueva forma de empleo demuestra la necesidad de tutela por parte del derecho del trabajo. En esa línea, la facilitación probatoria- a través de presunciones legales, nuevos indicios de laboralidad, cargas dinámicas y el principio de primacía de la realidad- cobra especial relevancia para el reconocimiento del vínculo laboral.

Keywords:

Sociedad de la información, plataformas digitales, nuevos indicios de laboralidad, presunción de laboralidad, nuevas formas de empleo

---

* Profesor principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Asistente de docencia del curso de Derecho Laboral General en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del GIDEPROC-PUCP.

*** Frase extraída del discurso de Javier Neves en la ceremonia de graduación de la Facultad de Derecho PUCP en el año 2005. El párrafo completo reza: *La técnica importa, pero más que ella el hombre; los grandes juristas, sin duda, fueron también grandes humanistas; no nos resignemos a ejercer una profesión deshumanizada, en una sociedad cada vez menos humana*. Texto completo en: https://agendamagna.wordpress.com/2009/01/22/discurso-de-javier-neves-mujica-ceremonia-de-graduacion-en-pucp-derecho/

Javier Neves fue un ejemplo de vida. Su talante humanista inspiró a múltiples generaciones de jóvenes y abogados a cuestionar un *status quo* y una legalidad que pudiera resultar lesiva de los derechos de las personas. Por eso hemos querido iniciar este artículo, con el que rendimos homenaje al maestro, pero sobre todo al amigo querido, con una frase suya que, si bien fue dicha en otro contexto, permite graficar también su posición sobre la función del derecho, y del derecho del trabajo en particular: la centralidad que ocupa la persona humana como sujeto de derecho y el necesario respeto a su dignidad e integridad. En el ámbito de las relaciones laborales esta idea tiene una importancia manifiesta, pues si bien el derecho del trabajo tiene como objeto de estudio las prestaciones subordinadas de servicios, no puede perderse de vista que el centro de gravedad de esta disciplina jurídica, y a quienes brinda su tutela, son personas de carne y hueso que cuentan con su propia fuerza de trabajo como única o principal herramienta para procurarse los medios que requieren para vivir.

1. Introducción: sociedad de la información y nuevas formas de trabajo

En el presente artículo abordaremos un tema que sigue suscitando debate en la comunidad académica, como es el del trabajo prestado a través de las plataformas digitales *offline* o fuera de línea. Independientemente de las posiciones que se han expresado sobre esta particular forma de trabajo y de las distintas técnicas legislativas que se han planteado para su regulación, la realidad expresa que en la mayoría de los casos –el Perú no es la excepción- detrás de las plataformas hay un sinnúmero de personas que prestan servicios en condiciones precarias y que merecen la tutela de nuestro ordenamiento jurídico.

Como se ha sostenido recientemente en otro lugar, el uso de las denominadas tecnologías de la información [TIC], propias de una sociedad de la información, ha impactado a nivel global en diversos ámbitos de la vida de las personas. El mundo del trabajo no es ajeno a este nuevo universo tecnológico, habiéndose intensificado en algunos casos el poder de dirección del empleador y surgido nuevas formas de fiscalización de la actividad del trabajador (Boza, 2021: 7)[1].

1 Algunas de las ideas iniciales de esta sección han sido tomadas de dicho texto.

De igual forma, el desarrollo permanente de las TIC nos ha conducido a la era de la digitalización y la automatización. Como indica Crovi, la digitalización es precisamente "una de las claves técnicas" de la sociedad de la información, en tanto ha permitido nuevas formas de producción. En esa línea, ha "modificado sustancialmente las relaciones interpersonales y los sistemas de producción" (2002: 16). Por ello, no es inusual apreciar en el mundo actual nuevas formas de empleo, como el teletrabajo o los servicios prestados a través de plataformas digitales. Estas modalidades laborales comparten el uso de diversas herramientas tecnológicas, como computadoras, microprocesadores, teléfonos y una interconexión rápida y fluida a través del internet, que permiten la ejecución del servicio de manera deslocalizada. Además, son nuevas formas de trabajo que se han propagado exponencialmente a raíz de la pandemia global de la COVID-19. Producto del confinamiento social obligatorio dictado a nivel mundial, millones de trabajadores se han visto forzados a transitar hacia nuevas formas de trabajo virtual o remoto. Así, encaramos una realidad que revolucionará- si no lo ha hecho ya- el mundo del trabajo como lo conocemos hasta la fecha y que, con bastante seguridad, se convertirá en la nueva normalidad (Boza, 2021: 8).

Sin embargo, estas nuevas formas de empleo han evidenciado- incluso antes de la pandemia, pero con mayor claridad a propósito de ella- una notoria intromisión del empleador en la relación laboral y la consecuente afectación tanto de diversos derechos laborales como de los no típicamente laborales o de ciudadanía laboral. Como anota Blancas, la hiperinformación y la hiperconectividad son dos de los efectos ocasionados por la vertiginosa expansión de las TIC, y la suma de ambos actúa, sin duda, como un factor de eficiencia en el desenvolvimiento de las personas y las empresas (2020: 559-560). Al mismo tiempo, supone un riesgo latente en la esfera de la privacidad y la intimidad de las personas. Por un lado, el uso de las TIC hace posible recabar gran cantidad de datos de distinta índole (hiperinformación). Esta va más allá de la estrictamente científica o técnica, alcanzando incluso la que "se refiere a las personas, a sus características singulares y al desarrollo de su vida", invadiendo el espacio privado. Por otro lado, las TIC permiten la interconexión fluida, permanente y directa entre las personas (hiperconectividad). Se trata de una comunicación en tiempo real que prescinde de las distancias geográficas, facilitando "la toma de decisiones de cualquier naturaleza, la impartición de órdenes e instrucciones, [y] la coordinación de acciones" (ibídem), pero dificultando una separación clara y necesaria entre el hogar y el trabajo para las personas.

Lo que se acaba de señalar se refleja con claridad en el teletrabajo y en la figura del trabajo remoto, en los que la actividad laboral se desarrolla fundamentalmente en el domicilio del trabajador. Por ende, la tecnología permite una presencia constante, penetrante, y, en muchos casos, hasta agobiante del empleador en la vida del trabajador, poniendo en entredicho el derecho a una jornada máxima de trabajo, y en jaque el respeto de la intimidad del trabajador, su salud y la conciliación del trabajo con la vida familiar (Boza, 2021: 8). Esta suerte de "hiperintrusión" en los derechos fundamentales del trabajador ha llevado a regular recientemente en nuestro país el derecho a la desconexión digital, mediante el Decreto de Urgencia Nº 127-2020, reglamentado por el Decreto Supremo Nº 004-2021-TR, de cara a resguardar la intimidad y el descanso entre jornada y jornada de los trabajadores.

Consecuentemente, queda abierta la discusión –que no abordaremos en el presente artículo- de si el derecho a la desconexión digital es un derecho autónomo que requiere de una regulación propia, o si de lo que se trata llanamente es exigir a los empleadores el cumplimiento de ciertos derechos laborales básicos de larga data y con expreso reconocimiento constitucional e internacional. Estos se encuentran vinculados fundamentalmente al tiempo de trabajo, como el derecho a una jornada máxima de trabajo, el derecho al descanso diario, semanal, anual y en días feriados, el derecho a la conciliación del trabajo con la vida familiar y, por supuesto, el derecho a la intimidad personal. En cualquier caso, todavía hay mucho por andar en este terreno, pero, por lo pronto, las citadas normas reconocen a los trabajadores el derecho a desconectarse de los medios telemáticos utilizados para la prestación de sus servicios una vez concluida la jornada de trabajo y durante cualquier periodo que suponga la suspensión de la relación laboral.

En el caso del trabajo personal realizado a través de plataformas digitales, los problemas son de otra índole[2], pero no por ello la situación es menos grave, porque ha revelado la precariedad con la que muchas veces se presta este tipo de

2 Si bien el teletrabajo y el trabajo a través de plataformas digitales comparten la deslocalización en la prestación del servicio; en el caso de las plataformas *offline* no se presenta el problema de la intrusión en la vida íntima de los trabajadores, toda vez que los servicios se prestan en la calle y no en el domicilio del trabajador. De otro lado, como se verá más adelante, la fiscalización de las labores en las plataformas digitales, se realiza, por lo general, de manera indirecta.

labor y que alcanza a millones de personas en el mundo, independientemente de que dicha actividad califique o no como una de naturaleza laboral. Y aunque esto último es todavía una discusión abierta, lo cierto es que, de manera uniforme y militante, las empresas propietarias o administradoras de las plataformas siguen negando que estemos ante contratos de trabajo, dejando carentes de casi toda forma de protección social a choferes, conductores y repartidores vinculados a las plataformas digitales de servicios de transporte de personas y de reparto de mercancías.

Hay diversos estudios que han puesto de manifiesto esta situación. Queremos mencionar brevemente solo tres de ellos: el realizado por Cruz Caicedo (2020: 146 y ss.), como parte de su tesis doctoral, en referencia a las plataformas digitales *online* (aquellas donde toda la actividad se realiza en línea mediante una herramienta telemática y los servicios exigen cierto nivel técnico o profesional: traducción, redacción, marketing, soporte legal, soporte administrativo), y que muestra cómo ha crecido el uso de estas plataformas como consecuencia de la pandemia. En el caso de la plataforma Workana en América Latina, por ejemplo, en solo 4 meses el uso por parte de personas que buscaban algún tipo de trabajo a través de la misma se duplicó: de un millón doscientas mil a cerca de dos millones y medio de personas[3]. En segundo lugar, destaca el llevado a cabo por el profesor Gorelli (2019), fundamentalmente sobre el otro tipo de plataformas de servicios, las *offline*, dirigidas a brindar soporte de servicios de transporte de pasajeros (Uber, Cabify), o de traslado de mercaderías (Glovo, Rappi), y que suponen necesariamente el traslado físico del prestador del servicio (trabajo en la calle). Finalmente, la investigación desarrollada por el Ministerio de Trabajo de Perú (2020), que analiza las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales en nuestro país.

Un denominador común de estas investigaciones es que identifican lo que se denomina el "trabajo de la multitud" o *crowd work*, que consiste en obtener

3 Algo similar ocurrió en el Perú respecto de los servicios de delivery. En Lima Metropolitana, por ejemplo, según datos del INEI (Encuesta Permanente de Empleo 2019-2020) en el último trimestre del 2020 el número de repartidores por delivery habría al alcanzado la cifra de 46,000 personas, lo que equivale a un incremento del 98% respecto del mismo trimestre del año anterior. De otro lado, en lo que va del 2021, este tipo de empleo se encuentra entre los 20 más preferidos (a principios de año estaba en el puesto 59). Véase: https://elcomercio.pe/economia/peru/servicio-delivery-numero-de-trabajadores-en-lima-se-duplico-durante-la-pandemia-noticia/?ref=ecr

la prestación de un servicio, realizada en principio por un trabajador, pero con la posibilidad de "descentralizarla hacia un número indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria" (Todolí, 2015: 3). Es decir, estamos ante un ejército de prestadores sustituibles fácilmente unos por otros, sin una jornada o tiempo de trabajo definido, que cobran por cada micro-tarea realizada, y sin que tengan garantizado, precisamente por esa razón, un ingreso mínimo, además de no contar con condiciones de seguridad y salud en el trabajo y con un régimen de protección social (salud y pensiones). En el caso de nuestro país, el informe del Ministerio de Trabajo concluye que una gran cantidad de repartidores no cuenta con un seguro contra accidentes de trabajo o que su cobertura es muy limitada (por ejemplo, el seguro alcanza únicamente al trayecto desde que se recoge la mercancía y es entregada a su destinatario), y que terminan asumiendo extensas jornadas diarias de trabajo de 12 a 14 horas, a fin de obtener una retribución satisfactoria (MTPE, 2020: 24-26). Para Gorelli, este tipo de escenario laboral genera precariedad e inseguridad económica (2019: 86); y para Cruz Caicedo, un déficit de trabajo decente que conduce a la mercantilización absoluta de la relación y la cosificación del prestador del servicio (2020: 256).

En su más reciente informe, la OIT (2020: 18) ha distinguido a las plataformas digitales (i) basadas en la web, (ii) de aquellas basadas en la ubicación, lo que en buena cuenta equivale a la distinción que previamente ha realizado la doctrina respecto al *crowd work online* y *offline*. Es en estas últimas que el trabajo requiere ser prestado personalmente en un determinado espacio físico. En ese sentido, y toda vez que respecto a esta clase de servicios se suscita el mayor debate sobre su verdadera naturaleza jurídica, nuestro análisis versará sobre esta categoría de plataformas. Precisamente, las particularidades de esta forma de trabajo *offline* a través de plataformas han permitido que algunos defiendan la autonomía con la que se prestaría y así dejarla fuera del ámbito de protección de la legislación laboral, en lo que sería una nueva huida del derecho del trabajo[4]. En esa medida, y es un aspecto que también queremos analizar, cobra especial importancia la facilitación probatoria en materia procesal para determinar la naturaleza de la relación de trabajo, a partir de las presunciones legales, la prueba indiciaria, las cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad. Antes de desarrollar estas herramientas procesales, es preciso analizar

4 Tal es la postura de Gorelli (2019: 85).

previamente las características de esta nueva forma de empleo y la situación laboral de estos trabajadores.

2. Trabajo a través de plataformas digitales. Principales características. Apariencia de autonomía

No todas las plataformas son iguales ni tienen idénticas características. Y, aunque resulte una obviedad decirlo, será necesario analizar cada caso a fin de establecer si el trabajo que se realiza a través de una determinada plataforma digital califica o no como un contrato de trabajo, pues las diversas y muy particulares características del trabajo que se presentan, algunas de ellas de aparente signo contrario, como se verá luego, dificultan de entrada su calificación jurídica. Por esa razón, Sanguineti ha señalado que no es extraño que este tipo de actividad "sea objeto de las más disímiles valoraciones jurídicas: desde la que quienes consideran que representa una forma de trabajo independiente, en la que el profesional decide libremente prestar sus servicios cuando lo considere oportuno, hasta la de aquellos que entienden que encierran auténticas prestaciones de trabajo dependiente, en la que existe además un control particularmente penetrante e invasivo, basada en una inédita combinación de taylorismo y panopticismo facilitada por el uso de algoritmos" (2020: 4). No obstante, consideramos que, a partir del desarrollo jurisprudencial[5] realizado hasta la fecha en distintos países, e incluso de lo establecido en los propios términos y condiciones para el uso de estas plataformas que deben aceptar los conductores o repartidores, y que figuran en internet, es posible extraer algunas características comunes a todas ellas.

Las empresas propietarias de estas plataformas sostienen dos cosas: de un lado, que actúan como intermediarias de la oferta y la demanda de un servicio determinado (como si de una agencia de colocación de empleo se tratara); y, de otro, y consecuencia de lo anterior, que los prestadores de servicios o repartidores son colaboradores, trabajadores autónomos o emprendedores. Por lo tanto, entre estos y la plataforma no hay relación laboral. Pero, ¿actúan realmente las plataformas como intermediarias?[6] Para responder, repasemos algunas de las

5 Al respecto véase, por ejemplo, las sistematizaciones realizadas por De León y Pizzo (2019: 63 y ss.), y Puntriano (2019: 143-152).

6 Gorelli, citando a BELTRÁN DE HEREDIA, responde en sentido negativo: "Hay plataformas (…) que no se limitan a actuar como un mero y simple intermediario

características del servicio que se realiza a través de las mismas, desde un doble ángulo: los derechos que se le reconocen al prestador del servicio (conductor o repartidor), y las atribuciones que se reserva la propietaria o administradora de la plataforma[7].

Desde la perspectiva del prestador del servicio, en primer lugar, estamos ante un trabajo deslocalizado, que se realiza "en la calle", pues implica necesariamente el desplazamiento físico del chofer o repartidor para la materialización del trabajo. En segundo lugar, se parte de la idea de que el prestador tiene libertad para fijar cuánto (jornada) y cuándo (horario) trabaja. Estamos, en ese sentido, ante un tipo de trabajo de tiempo flexible. De otro lado, en concordancia con lo anterior, se reconoce al prestador la potestad de rechazar las solicitudes de servicio[8]. En cuarto término, algunas plataformas (no todas) no exigen exclusividad, pudiendo los choferes y repartidores afiliarse a más de una plataforma. Finalmente, las herramientas de trabajo (como el vehículo, los gastos de mantenimiento del mismo o el teléfono que se utiliza para descargar el aplicativo que permite la conexión con la plataforma y los clientes que realizan los pedidos) corren por cuenta del prestador.

Las características citadas permiten identificar ciertos rasgos de autonomía en el trabajo realizado y, al mismo tiempo, muestran la ausencia de los elementos o notas que solían acompañar a una relación típica de trabajo –sobre lo que volveremos más adelante-, y que actuaban, además, como indicios o rasgos de la laboralidad de la relación contractual, como el trabajo realizado en jornada completa y en un horario determinado, en las instalaciones del empleador, a

sin ánimo de lucro, sino que se configuran como empresas que tienen como objetivo desarrollar la prestación del servicio a los usuarios" (2019: 84). En igual sentido opina TODOLÍ: "Este nuevo tipo de empresas no se dedican exclusivamente a conectar oferentes con demandantes sino que exige una serie de requisitos a los conductores con objeto de conseguir una buena prestación del servicio para el cliente. (…) [E]n mi opinión, los consumidores (…) acuden a una plataforma específica para obtener un servicio de concreto" (2015: 7-8).

7 Un listado más exhaustivo de indicios de autonomía, de un lado, y de trabajo subordinado, de otro, pude verse en: Sanguineti (2020: 6).

8 Sin embargo, TODOLÍ, citando a Sprage, advierte: "(…) [Q]ue exista cierta libertad en la ejecución de forma inherente al tipo de trabajo ello no va a desvirtuar la relación subordinada. En ese sentido, lo importante no será cuánto control el empresario ejerce, sino cuánto control el empresario se reserva el derecho a ejercer" (2015: 11).

plazo indeterminado y de manera exclusiva. A esto podría sumarse que el control o fiscalización del servicio prestado, como manifestación de la subordinación, elemento definidor de la relación laboral, no está presente con claridad. Al menos, no lo está de la manera tradicional.

Ahora bien, si analizamos las atribuciones que suelen reservarse las empresas propietarias o administradoras de las plataformas, la autonomía podría ser más aparente que real. En primer lugar, las condiciones del servicio las fija la plataforma. Una de esas condiciones, tal vez la más importante, es la determinación de la retribución por cada trabajo realizado. En segundo lugar, hay una exigencia de utilizar cierto material, instrumental o logos que permitan identificar la marca de la plataforma. En tercer término, la conexión entre el cliente y el repartidor o conductor se realiza necesariamente a través de la plataforma. En cuarto lugar, la plataforma establece un sistema de evaluación del servicio por parte de los clientes que le permite a la plataforma establecer un ranking de los choferes o repartidores. Precisamente, es a partir de esta clasificación, de la ubicación de los prestadores y de su disponibilidad real que se formulan algoritmos que permiten a la plataforma una distribución eficiente de los servicios solicitados por los clientes. Finalmente, la plataforma se reserva el derecho de desconectar del aplicativo a los prestadores en cualquier momento sin justificación alguna[9].

¿Qué se pone en evidencia? Primero, que la plataforma busca uniformidad en la prestación de servicios. En segundo lugar, que la calidad del servicio es importante, porque como señala Todolí (2015: 6), el éxito del negocio es posicionar la marca y mantener una alta consideración de la misma para llegar al mayor número de clientes. Y es que, como señeramente estableciera la sentencia emitida por la Corte del Distrito Norte de California (caso Douglas O'Connor contra Uber Technologies Inc.), la rentabilidad del negocio de las plataformas va más allá de la administración y/o suministro del aplicativo, los principales ingresos de la plataforma (en este caso de Uber) no provienen tanto de la distribución del software, sino de la generación de los viajes por los conductores y, en definitiva, la actividad de la plataforma no sería viable sin el trabajo prestado

9 GORELLI lo reseña: "Realizada la prestación, es habitual que la empresa requiera, a través de la plataforma, la evaluación del servicio, que sirve de esta manera como un instrumento de control que permite 'calificar' al prestador de servicio de cara a estar en mejor posición para ser seleccionado a través del algoritmo informático que adjudica los servicios o incluso para ser expulsado de la aplicación" (2019: 92).

por los conductores[10]. Por eso es que las plataformas, para tener el control de la situación, i) establecen unilateralmente las condiciones y términos del servicio, como si de un contrato de adhesión se tratara (su contenido no se negocia, lo que refleja el carácter asimétrico de la relación), ii) evalúan la calidad del trabajo prestado por choferes y repartidores (indirectamente, a través de los usuarios del servicio), y iii) pueden, sin explicación alguna, desconectarlos de la plataforma.

3. Situación actual del trabajo a través de plataformas digitales

Habiendo puesto en entredicho la aparente autonomía con la que se realizaría el trabajo en las plataformas digitales *offline*, conviene detenerse en la realidad de estos conductores y repartidores. Debido a que las plataformas reservan exclusivamente toda la información concerniente al servicio, resulta difícil determinar con precisión el estado actual de estos trabajadores. Sin embargo, la OIT, a partir de una encuesta realizada a más de 12,000 trabajadores en 100 países a nivel mundial, brinda algunos datos objetivos al respecto (2021: 3).

Así, se tiene que más del 90% de repartidores o choferes son hombres jóvenes, menores de 36 años, que cuentan con un alto nivel de educación. Estos acuden a las plataformas debido, principalmente, al desempleo o falta de oportunidades alternativas, la flexibilidad laboral y la mejor remuneración que obtienen en comparación a los repartidores o conductores "tradicionales". Adicionalmente, un porcentaje importante de estos trabajadores son migrantes[11] que tienden a ocuparse más como repartidores que como conductores de taxi. A pesar de que muchos cuentan con estudios universitarios, utilizan estas plataformas, principalmente, por la inexistencia de oportunidades laborales.

En ese marco, los trabajadores de las plataformas digitales *offline* están expuestos a una serie de transgresiones que corroboran la precariedad de su trabajo. La mayoría afirma laborar largas jornadas: 65 horas semanales para el caso de conductores; y 59, para los repartidores (OIT, 2021: 23). Además, en la ejecución del servicio, muchos de ellos denuncian ser víctimas de agresión o

10 Una reseña y análisis de la citada sentencia puede verse en Gauthier (2015: 8-10).

11 Este porcentaje varía en cada país. Para el caso de Argentina y Chile, por ejemplo, el 70% de estos trabajadores son migrantes venezolanos (OIT, 2021: 139).

tratos discriminatorios por parte de los clientes, agentes policiales, o dueños de restaurantes (ibídem: 191).

Esta trágica situación se condice con la data recabada por el Ministerio de Trabajo en nuestro país. De conformidad con el informe del Grupo de Trabajo creado para analizar la situación sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales, en el Perú los repartidores de estas plataformas laboran una jornada promedio de 13 horas diarias. La retribución varía en función de cada plataforma, siendo que la tarifa básica oscila entre 1 y 2 soles por kilómetro recorrido. En adición ello, los repartidores manifiestan ser víctimas de acoso sexual o violencia por parte de los clientes, situación que terminan tolerando por la valoración que estos emiten a través de los sistemas de calificación (MTPE, 2020: 8). Esta realidad se vuelve más alarmante al considerar que, a raíz de la pandemia de la COVID-19, el número de repartidores en nuestro país ha aumentado considerablemente[12].

En lo que refiere a seguridad social, y como consecuencia de la negación del estatus de asalariados, la OIT concluye que estos trabajadores se ven impedidos de acceder a prestaciones básicas como el seguro contra accidentes de trabajo o las pensiones por invalidez o jubilación (2021: 176). En el Perú, además, los repartidores denuncian que todo implemento de seguridad es asumido por su propia cuenta. Asimismo, en el caso de una plataforma, el seguro de accidentes aplica únicamente por el periodo en que el repartidor transporta la mercadería, excluyendo cualquier contingencia por el lapso en que la recoge y después que la entrega (MTPE, 2021: 10).

En la mayoría de los casos y los países, el reconocimiento y tutela del vínculo laboral ha sido producto de procesos judiciales (OIT, 2021: 231-233). Y toda vez que esta nueva forma de servicios ha sido amparada por la vía judicial antes que por la legislativa, es provechoso reparar en el desarrollo que la jurisprudencia comparada ha elaborado al respecto. Como anota la doctrina[13], las jurisdicciones alrededor del mundo no ha sido siempre uniformes en establecer el carácter laboral o autónomo de estos servicios, siendo que los fallos varían en función de cada plataforma y país.

12 Véase supra la nota 4.

13 Véase las sistematizaciones realizadas por De León y Pizzo (2019: 63-74), Puntriano (2019: 143-150), Gorelli (2019: 95-98) y Calderón (2019: 242 y ss.).

Sin embargo, advertimos que la más reciente jurisprudencia se inclina ya por reconocer el vínculo laboral entre las plataformas y sus respectivos repartidores y/o conductores. Así, con el propósito de coadyuvar la labor que seguramente tendrá nuestra judicatura, detengámonos en dos actuales fallos que optan por confirmar la naturaleza laboral de estos servicios respecto a dos de las más populares plataformas digitales en operan en el Perú: Uber[14] y Glovo[15].

El primero fue emitido por la Corte Suprema del Reino Unido en el caso Aslam contra Uber, en febrero de este año[16]. La Corte reconoció el vínculo laboral de los conductores esencialmente porque es Uber (i) quien fija unilateralmente la remuneración, así como los demás términos contractuales; (ii) quien dirige la actividad controlando la información que es suministrada a los choferes y que obtiene a partir de los sistemas de evaluación; y quien (iii) establece indicaciones sobre cómo prestar el servicio (fijando modelos de vehículos y restringiendo las comunicaciones entre conductores y pasajeros al mínimo). Todos estos factores, en opinión de la Corte, acreditan la subordinación a la que están sujetos los conductores[17].

14 Estas sentencias no son las únicas que reconocen el vínculo laboral de los servicios en esta plataforma. Así, véase: i) en Uruguay, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo en el caso Queimada, E. vs Uber B.V. (3/6/2020), ii) en Estados Unidos, la sentencia de la Corte de Apelaciones de California (1º Distrito, Div 4) (A160706) (10/08/2020), iii) en España, la sentencia de la 3º Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (81/2018) (24/01/2018). Esta última no reconoce el vínculo laboral expresamente, pero sí establece que "la actividad desarrollada por Uber no es un mero servicio de intermediación, sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros".

15 En Perú, Glovo ha sido adquirida por "Delivery Hero", y la plataforma ha pasado a denominarse PedidosYa. Por lo demás, la mecánica del negocio es la misma. Así, cabe mencionar que en España los tribunales también han declarado trabajadores a los repartidores de plataformas similares a Glovo, como Takeiteasy, Roofoods o Deliveroo. Para el caso de esta última, véase la reciente sentencia del 24º juzgado Social de Barcelona (Nº 259/2020) (fecha 18/11/2020).

16 Esta decisión es el producto final de un largo litigio por el reconocimiento de los derechos laborales de los conductores, obteniendo resultados favorables en las instancias previas. Con el pronunciamiento de la Corte, los representantes de Uber han indicado que respetaran el fallo, garantizando a 70,000 conductores en Reino Unido los derechos a un salario mínimo, vacaciones y pensiones. Véase: https://www.theguardian.com/technology/2021/mar/16/uber-to-pay-uk-drivers-minimum-wage-holiday-pay-and-pension?CMP=Share_AndroidApp_Other

17 Fundamentos Nº 93-97 del fallo.

El segundo fallo fue dictado por el Tribunal Supremo español en setiembre del 2020 (Sentencia Nº 805/2020). Unificando jurisprudencia, el Tribunal concluye, a partir de nuevos indicios de laboralidad, que Glovo no es una simple intermediaria entre los clientes y los "*riders*". De forma similar al caso de Uber, el Tribunal español justificó su decisión en (i) la fijación unilateral de la remuneración y forma de pago; (ii) la ajenidad de la información; (iii) la ajenidad de la marca; (iv) la fiscalización de los repartidores mediante GPS; (v) las instrucciones sobre cómo prestar el servicio; y (vi) los sistemas de evaluación[18]. Estos indicios, como desarrollaremos más adelante, adquieren un rol trascendental en el ámbito procesal para el reconocimiento laboral de estas nuevas formas de empleo.

Por su parte, frente a este escenario, la doctrina advierte que, al margen de admitirse o no el vínculo de subordinación en este tipo de actividades, la cuestión reside en determinar la regulación que les resulta aplicable. Y es que las particularidades de estos servicios, fundamentadas en la *flexibilización* del trabajo, divergen con la lógica de las normas laborales del régimen general. Así, según Lizama y Lizama, extender el régimen laboral estándar a las plataformas digitales "tendría como consecuencia la extinción de este modelo de negocio o bien, en el mejor de los casos, una utilización mínima" (2020: 217). Por eso, Todolí, al igual que los autores citados, sugieren la creación de una legislación laboral especial que reglamente el trabajo a través de tales plataformas (2015: 21)[19].

Independientemente de la regulación que se adopte, la revisión de la situación precaria que viven diariamente estos trabajadores a nivel global -y particularmente en nuestro país- justifica, acreditada la laboralidad de la relación, la actuación del Derecho de Trabajo. Para ello, es imprescindible contar con herramientas que, en el marco de un proceso, faciliten el reconocimiento del vínculo laboral

18 Para mayor detalle, véase los fundamentos 18-21 de la Sentencia Nº 805/2020 (Tribunal Supremo Español, 2020: 16-18).

19 Al respecto, España ha aprobado recientemente la denominada "Ley Rider", mediante la que se reconoce el vínculo laboral de estos repartidores y, en consecuencia, la aplicación del régimen laboral general. La aprobación de esta norma ha generado, no obstante, descontento de ambas partes de la relación. Incluso algunos repartidores, en protesta a dicha norma, prefieren ser considerados como trabajadores autónomos. Véase: https://www.youtube.com/watch?v=ppqbEZHT2IY

con sus consecuencias en estas nuevas formas de empleo. A continuación, desarrollamos algunas de ellas.

4. Facilitación probatoria. Presunciones legales, prueba indiciaria, cargas probatorias dinámicas, principio de primacía de la realidad

La aparente dicotomía entre los derechos de los prestadores de servicios y las atribuciones de la propietaria o administradora de la plataforma puede dificultar, sin duda, la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del trabajo prestado a través de las plataformas digitales. No olvidemos la cerrada negativa de reconocer en tales casos la existencia de un contrato de trabajo y de considerar esta actividad una prestación autónoma de servicios, en la que incluso el acreedor de la prestación personal no sería la plataforma sino el cliente que solicitó el servicio.

Esto nos conduce, en consecuencia, a la necesidad de acudir a herramientas procesales que faciliten la actividad probatoria, como las presunciones legales, la prueba indiciaria y las cargas dinámicas, y que se requieren para identificar la verdadera naturaleza de la relación de trabajo que estamos tratando. A continuación, nos detendremos en cada una de ellas.

a) Presunción de laboralidad y carga probatoria

Para entender el concepto de presunción es preciso antes desarrollar el concepto de carga de la prueba. Esta es, en última instancia, una regla de juicio que le indica al juez cómo debe fallar frente a la insuficiencia probatoria de un hecho. En ese sentido es también una regla de conducta dirigida a las partes, pues establece con anterioridad al proceso qué hechos deberá probar cada parte. No se trata pues de una obligación o sanción que la ley imponga a los litigantes, sino la consecuencia lógica de que, ante un hecho no probado, el juzgador no podrá atribuir la consecuencia jurídica que el ordenamiento prevé para tal supuesto de hecho (Montero Aroca, 2011: 120-122).

En nuestro ordenamiento procesal laboral, la "regla" de la carga de la prueba está recogida en el artículo 23.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, "NLPT"). Dicha norma contempla que "la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice

alegando hechos nuevos", todo ello sujeto a determinadas reglas especiales de distribución de la carga probatoria establecidas en la propia NLPT y de otras que por ley se puedan disponer. Precisamente, este reparto sobre qué hechos deberá probar cada parte no puede ser ajeno a la realidad material. Es por eso que, considerando la mejor aptitud de una parte frente a la otra para probar determinados hechos, la ley invierte la carga de la prueba. Estas inversiones se materializan, en buena cuenta, mediante presunciones[20].

En esa línea, la Ley Procesal del Trabajo, en el artículo 23.2, establece expresamente la llamada presunción de laboralidad. Si bien no es la única presunción que recoge nuestro ordenamiento procesal laboral, sí resulta ser aquella una presunción determinante al momento de acreditar la existencia de una relación laboral. Recordemos que las presunciones legales permiten tener por cierta determinada situación, eximiendo de la prueba a la parte a favor de quien se consagra[21], pero normalmente son presunciones que pueden ser desvirtuadas, es decir, que admiten acreditar lo contrario (presunciones relativas o *iuris tantum)*. Es el caso de la presunción de laboralidad. El citado precepto señala que "acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario". Con esto se evidencia la intención legislativa de presumir (y preferir) la indeterminación del plazo de los contratos de trabajo conforme prevé el artículo 4 de la LPCL y, en adición a ello, de relevar al demandante de la carga probatoria de los elementos restantes de la relación laboral. Así, cuando lo que sea materia de controversia en el proceso sea la naturaleza laboral de los servicios, bastará –y precisamente en eso consiste la presunción de laboralidad– que el demandante acredite que estos fueron prestados de forma personal para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo, sin que sea necesario acreditar los otros elementos esenciales de la relación laboral, es decir, que dichos servicios fueron remunerados y subordinados.

20 Sobre el particular, Priori y Pérez Prieto destacan que "las presunciones tienen naturaleza material, sin embargo, al encontrarnos en el proceso, estas influyen para *darle seguridad a cierto hecho que, según la experiencia, el ordenamiento ha determinado que la necesita*" (cursiva nuestra) (2012: 340).

21 En tal sentido, FAJARDO recuerda que "las presunciones legales constituyen herramientas que emplea el legislador para facilitar la prueba en determinados casos, en aras de tutelar una situación sustancial que le parece relevante en caso de controversia" (2016: 336).

Como resulta evidente, esta presunción supone un cambio radical en nuestro ordenamiento jurídico que, de conformidad con la lógica compensadora del derecho del trabajo, se manifiesta en este caso en el proceso laboral. Con dicha presunción, el ordenamiento laboral se propone combatir el ocultamiento de auténticas relaciones de trabajo, tradicionalmente conseguido a través de la aplicación indebida o fraudulenta de figuras contractuales de naturaleza mercantil o civil. En tal sentido, como señala Sanguineti, la presunción de laboralidad opera como un mecanismo de garantía de "la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos evasivos que en ese ámbito pueden producirse" (2003: 42). Sin embargo, se trata también, al igual que la presunción del artículo 4 de la LPCL, de una presunción *iuris tantum* y, en consecuencia, "susceptible de ser enervada mediante la acreditación, por quien niega para sí la condición de empleador" de la inexistencia de tales servicios o que, habiéndose estos producidos, la prestación no era de naturaleza laboral (ibídem: 45). Conforme a lo adelantado, desde una perspectiva procesal se ha producido una inversión de la carga probatoria: ya no es el demandante quien debe cumplir con acreditar todos los elementos del contrato de trabajo porque este se presume, sino que, por el contrario, será la parte demandada quien tiene la carga de probar que la relación presumida como laboral no lo es.

La presunción de laboralidad es una institución que tiene acogida en el derecho comparado. No son pocas las legislaciones laborales que la establecen, aunque también su origen puede encontrarse en la jurisprudencia (presunción judicial). En este extremo conviene destacar una figura similar de reciente creación jurisprudencial por la Corte Suprema de California en el año 2018: el denominado "Test ABC". En el caso *Dynamex,* la Corte estableció que un prestador será independiente sólo si la contraparte a la que se imputa la calidad de empleador demuestra que el trabajador a) está libre de control y dirección sobre la forma en que se presta el servicio; b) realiza una actividad que está fuera del giro usual de la empresa; c) se dedica habitualmente de forma independiente a un oficio, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad[22]. Como se aprecia, el indicado test parte también de la base de una presunción de laboralidad que puede ser desvirtuada, pero establece unos hechos concretos que debe probar la parte demandada si quiere desacreditar la

22 Véase la sentencia completa en: https://scocal.stanford.edu/opinion/dynamex-operations-west-inc-v-superior-court-34584

naturaleza laboral de los servicios. Se distancia así de la presunción de laboralidad de nuestra legislación, la cual sólo exige al demandante acreditar el carácter personal de los servicios realizados para que se presuma la existencia de una relación laboral y, más allá de trasladar la carga de la prueba de la inexistencia de la relación laboral al demandado, no le impone a este una forma concreta de materializar dicho ejercicio probatorio.

La consecuencia lógica de que la parte demandada no cumpla con desvirtuar la presunción de laboralidad es que esta quede firme. No obstante, a tenor de lo resuelto por los tribunales laborales, cabe preguntar si es suficiente acreditar la prestación personal de servicios para que opere automática y plenamente la presunción en cuestión. Conviene precisar que la presunción de laboralidad no impide que el demandante (trabajador) pueda aportar elementos probatorios en el proceso que le permitan al juzgador desentrañar la verdadera naturaleza de la relación y encausarla como un contrato de trabajo cuando corresponda, y en esta tarea el principio de primacía de la realidad cumple un rol fundamental. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha precisado que la aludida presunción no exime al juzgador de analizar debidamente los medios probatorios aportados por el demandado destinados a destruirla (Cas. Lab. N° 608-2017-Lima). Añadiendo, en una posición que podría suponer el debilitamiento de dicha presunción (Boza, 2020: 40), que se trata de un medio establecido en la norma procesal para facilitar la probanza de la existencia de la relación laboral, "pero no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios racionales de carácter laboral de la relación bajo discusión", y que deben ser exigidos por el juez a los trabajadores que la invoquen (Cas. Lab. N° 14440-2013-Lima; Cas. Lab. N° 608-2017-Lima).

En ese sentido, coincidimos con Fajardo en que el argumento utilizado por la Corte Suprema "no resulta razonable pues la finalidad de esta institución es precisamente aligerar la carga probatoria del demandante de tal forma que él no tenga que demostrar la existencia de los elementos de remuneración y subordinación (…). Ergo, lo correcto es que el demandante sólo debe probar que prestó servicios personales para que el juez deba presumir que la relación bajo discusión es de carácter laboral y de duración indeterminada" (2016: 338). Sin duda, el establecimiento de la presunción de laboralidad no impide que el demandante aporte prueba sobre la naturaleza de la relación contractual, pero eso no significa que esté obligado a hacerlo. La ley es clara en el establecimiento de

la presunción y del presupuesto que ha fijado para su aplicación. Lamentablemente, el criterio jurisprudencial comentado termina vaciando de contenido y utilidad a la aludida presunción.

b) Los indicios

Esta suerte de empobrecimiento o aniquilamiento de la presunción de laboralidad nos conduce entonces a tener que acudir a otros medios procesales para determinar la naturaleza laboral de la relación contractual. Y en el ámbito del derecho del trabajo, y del proceso laboral concretamente, el uso de los indicios cumple un papel gravitante en esa tarea. Es de sobra conocida la multiplicidad de casos en los que no se aprecia con claridad la existencia de la relación laboral, y otros en los que se produce su ocultamiento bajo la apariencia de contratos de naturaleza civil o mercantil. Precisamente, en estos casos, la presencia de determinados indicios, a partir de hechos o circunstancias concretas[23]- pueden permitir inferir o identificar la existencia de algo que no es evidente o que no queda claro de manera directa y, de manera articulada con el principio de primacía de la realidad, que trataremos más adelante, otorgarle a la relación contractual la verdadera naturaleza que le corresponde. Lo más probable es que sea la suma de varios indicios, y no la de uno solo, lo que permita determinar la existencia de una relación de trabajo.

Como enseñaba Neves, hay características que han acompañado durante mucho tiempo a la relación laboral que han sido denominados como elementos típicos del contrato de trabajo (2016: 45-46). Además, su presencia en un caso concreto contribuye "a calificar una relación como laboral, cuando alguno de los elementos esenciales (en especial, la subordinación) no está plenamente acreditado" (ibídem). Es decir, dichas características cumplen también la función de ser rasgos o indicios de laboralidad de la relación de trabajo. Sucede, sin embargo, que hoy en día algunas de esas características o elementos típicos del contrato de trabajo, como la jornada completa y continua de trabajo, la indeterminación del plazo del contrato, la exclusividad, o el desarrollo de la actividad en el centro de trabajo, ya no están presentes más o ya no lo están con

23 La Nueva Ley Procesal de Trabajo, en su artículo 23.5, precisamente establece que "Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes."

tanta claridad en muchísimas relaciones de trabajo. Esto se refleja, precisamente, en las particularidades del servicio prestado a través de las plataformas digitales, pues, en su mayor parte, no se cuenta con ellos como elementos configuradores de esta nueva forma de empleo, como se aprecia en el siguiente cuadro, tornando inocua su función de servir como indicios de laboralidad de cara concluir si en tal supuesto estamos o no ante un contrato de trabajo[24]:

¿Por qué no es posible concluir la naturaleza laboral del trabajo realizado en las plataformas digitales offline a partir de las notas típicas e indicios tradicionales de laboralidad?	
Elemento típico / indicio de laboralidad	**Manifestación en plataformas digitales**
Jornada completa y continua	- Los repartidores y/o conductores deciden, en principio, la duración de su jornada y el horario de trabajo (cuándo conectarse y cuánto trabajar). - El servicio se presta a través de microtareas, las que no necesariamente deben ejecutarse de forma continua.
Duración indeterminada del contrato	- La relación entre la plataforma y el conductor y/o repartidor se limita a la ejecución de cada microtarea. - La plataforma puede dar de baja al repartidor y/o conductor en cualquier momento y si justificación alguna.
Exclusividad del empleador	- Los repartidores o conductores comúnmente utilizan más de una plataforma.
Prestación en el local de la empresa	- No existe un lugar fijo para la prestación del servicio. - La actividad es deslocalizada, se realiza "en la calle".

Vistas así las cosas, y como ya ha ocurrido en ocasiones anteriores, será necesario replantear el "método indiciario", adecuando indicios anteriores o acudiendo a otros nuevos que ayuden a determinar cuándo estamos o no ante una verdadera relación de trabajo (cfr. Sanguinteti, 2020: 2-3). Y, en ese sentido, una referencia obligada es la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, que ofrece diversas alternativas de cara a acreditar la existencia de

24 Esta es una situación, como señala Sanguineti, que ya podía advertirse en los años noventa como consecuencia del avance de la tecnología y de un mundo globalizado que impusieron grandes cambios en la organización de las empresas y en la forma de realizar el trabajo, contribuyendo "a abrir nuevas interrogantes sobre la aptitud de las notas típicas de la laboralidad, y en particular de la subordinación, para seguir cumpliendo su rol en la etapa postindustrial que se abría entonces" (2020: 2).

una relación de naturaleza laboral. Las recomendaciones constituyen un bloque importante del ordenamiento internacional del trabajo y, aunque no tengan carácter vinculante, como recordaba Ermida, son -entre ellas muy especialmente la 198- "orientaciones para los jueces a la hora de solucionar casos concretos", de modo tal que "los tribunales laborales pueden aplicar la recomendación (así como cualquier otra), tanto en la integración del derecho (en caso de vacío legal) como en la interpretación de las normas vigentes" (s/f: 47)[25].

La citada Recomendación apuesta porque los Estados miembros cuenten con una política nacional que garantice una protección efectiva de los derechos laborales de las personas que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo (art. 1), y que combata las relaciones de trabajo encubiertas bajo la apariencia de acuerdos contractuales no laborales con el propósito de ocultar la verdadera situación jurídica de dicha relación (art. 4.b). Para tal efecto, las legislaciones nacionales deberían contar con mecanismos que permitan determinar la existencia de una relación laboral (art. 11), como el establecimiento de un número amplio de indicios o la consagración de una presunción legal de existencia de una relación de trabajo, a partir de la presencia, precisamente, de uno o más de esos indicios.

Entre los indicios específicos que propone la indicada Recomendación, y que en nuestro país han sido recogidos en parte por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional[26], se encuentran algunos que podrían identificarse como

25 Sin duda, es en sede judicial donde una recomendación de la OIT puede desplegar toda su impronta interpretativa, lo que se puede corroborar en la jurisprudencia comparada. Véase en Uruguay, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo (1ºT) en la causa Queimada, E contra Uber. El Tribunal confirmó la relación laboral de los conductores apoyándose en que: "El material normativo como herramienta utilizada para encartar o descartar los hechos como una relación de trabajo o como otra forma de comprometer trabajo, hoy por hoy en Uruguay, se encuentra representado por la Recomendación n. 198 de OIT", (Sentencia Nº 89/2020, fundamento 4.4.2.2.).

26 Véase la STC, Exp. N° 03917-2012-PA/TC, que señala lo siguiente: "Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo encubierta entre las partes mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de

elementos esenciales del contrato de trabajo. Uno de dichos indicios sería, por ejemplo, que el trabajo sea "ejecutado personalmente" (prestación personal); que esté sujeto al pago de "una remuneración periódica" (remuneración); o que se realice "según las instrucciones y bajo el control de otra persona" (subordinación). A estos se suman otros indicios, como i) la integración de la persona que presta el servicio en la organización de la empresa; ii) que el trabajo requiera de la disponibilidad del prestador del servicio e implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona para quien se realiza; iii) que la retribución que percibe quien presta el servicio constituya su única o principal fuente de ingresos; iv) que se le reconozcan al prestador del servicio beneficios de naturaleza laboral, como descansos semanales o anuales; o que el riesgo del trabajo lo asuma quien se beneficia del mismo.

Como ya se ha expresado en otra oportunidad, no se trata de una propuesta de *numerus clausus* o lista cerrada de indicios, sino simplemente de una enumeración que se hace a título ejemplificativo. En consecuencia, a partir de las consideraciones de cada caso podrán presentarse otra clase de indicios o signos, que bien siendo nuevos o que simplemente supongan un *aggiornamento* o reinterpretación de los ya conocidos, ayuden a la determinación de la relación de trabajo (Boza, 2020: 36).

c) Indicios laborales en el trabajo prestado en las plataformas digitales

Precisamente, las características del trabajo realizado a través de las plataformas digitales de servicios de transportes de pasajeros y de mercancías son un espacio para reflexionar sobre el reconocimiento de nuevos indicios o la redefinición de algunos indicios ya establecidos, bien por la doctrina[27], la jurisprudencia[28] o la normativa internacional del trabajo.

---

remuneración a la demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones de salud (fundamento 24)".

27 Sobre el particular: Todolí (2019: 4-6) y Sanguineti (2020: 1-8). De igual manera, los trabajos de De León y Pizzo (2019: 53-61), Gorelli (2019: 99-105) y Puntriano (2019: 139-141), antes citados.

28 Al respecto, puede verse para el caso español la sentencia en casación Nº 805/2020, de fecha 25 de setiembre de 2020, del Tribunal Supremo que enlistó una serie de indicios

De lo expuesto anteriormente, consideramos que podemos movernos en tres escenarios. En primer lugar, resultan aplicables algunos de los indicios que están recogidos expresamente en la Recomendación 198 OIT. Así, para empezar, hay que tener en cuenta que el trabajo que se realiza a través de una plataforma digital supone claramente una prestación personal y, además, que el pago de la retribución de cada tarea realizada se efectúa por intermedio de la propia plataforma. En este punto habría que advertir que esta modalidad retributiva de micro pagos es una forma de salario a destajo que evita el tiempo muerto (Gauthier, 2016: 5) y el consiguiente pago por el tiempo que el prestador se encuentra a disposición de la plataforma. Esta situación encierra una paradoja, porque supone, sin duda, un mayor beneficio para las plataformas, que solo retribuyen por la tarea estrictamente realizada; pero, al mismo tiempo, no puede perderse de vista que el contexto de *crowd work* o trabajo de multitud en el que los repartidores y conductores prestan sus servicios tiene un impacto a la baja en el monto de las tarifas que la plataforma les fija y paga por cada encargo. Esto obliga a los repartidores o conductores a aceptar el mayor número posible de solicitudes o encargos a fin de obtener un ingreso digno, lo que cuestiona la libertad de la que supuestamente gozan para decidir cuándo y cuánto trabajan.

Pero tal vez los indicios más relevantes en el caso sean dos que están estrechamente vinculados. Por un lado, la principal herramienta de trabajo la proporciona la empresa propietaria o administradora de la plataforma, que es precisamente el soporte técnico de la propia plataforma para realizar el servicio requerido. Esto supone, al mismo tiempo, la integración del conductor o repartidor en la empresa (plataforma) como única manera de poder brindar el servicio. Al respecto, Todolí acota que no se trata de una coordinación entre plataforma y prestador, sino de la imposición unilateral de reglas por parte de la plataforma que deberá cumplir todo aquel que desee prestar el servicio (2015: 12). Así, el repartidor o conductor no cuenta con "su" propia plataforma para brindar el servicio, sino que precisa de una marca y plataforma que le son ajenas para trabajar. En esa medida, el aporte del vehículo o teléfono móvil resulta nimio[29] frente a lo que aporta la plataforma, pues, como indica Gorelli, "lo esencial es

para el caso de plataformas digitales.

29 Como indicó el Tribunal Supremo Español (TSE) en setiembre del año pasado: "Los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital de Glovo, (…), al margen de la cual no es factible la prestación del servicio (f.21.4)." Sentencia Nº 805/2020.

la plataforma, que no sólo es el mecanismo de intermediación con los clientes, sino también el instrumento a través del cual se organiza y gestiona la prestación de trabajo" (2019: 105).

No se trata, en consecuencia, de un emprendimiento propio el que tienen repartidores y conductores, sino de la inserción de estos en la estructura de un negocio que no es el suyo. En tal sentido, la jurisprudencia española ha señalado que "es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca"[30].

En segundo lugar, hay un conjunto de nuevos indicios asociados a este tipo de trabajo[31], desarrollados a partir de lo señalado en el párrafo anterior. Se pone el énfasis así en la "ajenidad de la marca" que se promociona como consecuencia del servicio prestado. No es la marca o el nombre del prestador el que se promociona sino el de la plataforma, que a esta le interesa que se posicione y consolide para asegurar el éxito del negocio. Como señala Todolí, al utilizar una marca ajena poco importa el trato directo que el trabajador tenga con los clientes, pues quien se beneficiará -o perjudicará- en última instancia es el titular de la marca, lo cual es signo de una relación laboral y no de autonomía, pero además, como agrega el mismo autor, la interposición de una marca entre el prestador del servicio y el cliente, impide que aquel actúe en nombre propio en el mercado (2019: 6). De otro lado, se habla de la "ajenidad de la información", en la medida que el '*know how'* del negocio o, lo que es lo mismo, de la información de cómo funciona este (como clientes, rutas, costos, evaluaciones, etc.), y que resulta esencial para poder prestar el servicio, la tiene de manera

30 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo Nº 1818/2019 (fundamento 4, p.11; fecha 25/07/2019). En igual sentido las sentencias del 1º Juzgado de lo Social de Madrid (Nº 130/2019) y del 33º Juzgado de lo Social de Madrid (Nº 53/2019).

31 Como se dijo, se trata de una lista abierta que crece con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Así, por ejemplo, TODOLÍ destaca la reputación online, la propiedad de la información, la capacidad de crecimiento, el know how, la ajenidad de la marca, entre otros (2019: 4-7). Por su parte, la sentencia del TSE Nº 805/2020 agrega la fijación unilateral de la remuneración y la existencia de sistemas de evaluación, indicios que también han sido acogidos por la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Aslam* vs *Uber*.

exclusiva la empresa propietaria o administradora de la plataforma. Esto es una clara muestra de quién gestiona el negocio y de quién simplemente recibe la información y la aplica para la prestación del servicio (ibídem). En la práctica, el manejo de la información se traduce en una forma de control, poniendo en cuestionamiento la supuesta autonomía de estos trabajadores[32].

Finalmente, es posible adecuar o interpretar ciertos indicios que denotan, de manera indirecta o solapada, manifestaciones de las facultades de organización, control y sanción del trabajo realizado por los conductores o repartidores. Se ha señalado la necesidad del posicionamiento de la marca como parte del éxito del negocio de la plataforma. En esa medida, es indispensable que el servicio esté sujeto a determinados estándares que la plataforma requiere controlar. Por eso se pide a los clientes que califiquen a los choferes y repartidores y, a partir de esas evaluaciones, lo que supone una forma de control indirecto, y de la información que se tiene del rechazo de las solicitudes de servicios, se establecen rankings y algoritmos que permiten al dueño o al administrador de la plataforma realizar el reparto de las rutas y los encargos según sus necesidades, prefiriendo implícitamente a unos conductores y repartidores respecto de otros[33]. Como indica Gorelli, ello demuestra "no solo que se cuenta con un sistema de control *a posteriori*, sino también que existe un ejercicio del poder sancionador por parte del empresario" (2019:.102). En la práctica, este sistema de premiación y penalización en la asignación de pedidos demuestra que la supuesta libertad de los trabajadores en la elección de horarios y pedidos no es real (Sanguineti, 2020:

32 Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso Aslam contra Uber, sostiene que "si es que el conductor, al ser avisado de una carrera, pudiese ver el historial promedio del pasajero, ello le permitiría rechazar a los pasajeros de bajo puntaje que podrían ser considerados como problemáticos. Sin embargo, el conductor no es informado del destino del pasajero hasta que este no ingresa al vehículo y, consecuentemente, ya no tiene la oportunidad de rechazar la carrera en el supuesto que no quiera manejar a ese particular destino" (f. 96, p. 29 traducción libre).

33 Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo Nº 1818/2019 (f.21.3): "La empresa ha establecido un sistema de puntuación que, entre otros factores, se nutre de la valoración del cliente final. El establecimiento de sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de clientes constituye un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo." En similar sentido se pronunció el Tribunal del Reino Unido en el caso Aslam, en referencia al sistema de calificación efectuados por los clientes: "La cuestión no reside determinar si este sistema de control se encuadra con los intereses comerciales de Uber, sino si coloca a los conductores en una posición de subordinación. Y plenamente lo hace". *Ibíd.* (f. 97 p. 30).

7). Desde nuestro punto de vista, estamos aquí ante auténticas manifestaciones de la organización y sanción de la actividad de los prestadores, que incluso llevan a la desconexión o baja de los choferes y repartidores del aplicativo sin que se requiera justificación alguna, lo que equivaldría a una suerte de despido digital[34].

Todas estas, en definitiva, son nuevas formas (indirectas) de entender la subordinación, diferentes a la tradicional. Y relativizan, por cierto, la libertad que, en principio, tienen choferes y repartidores de fijar turnos y horarios de trabajo, y de rechazar encargos. Por el contrario, el cálculo de la retribución por tarea realizada (micro tareas, micro retribuciones), y la (potencial) gran cantidad de repartidores, así como la facilidad para sustituirlos, terminan forzando a los prestadores a estar a disposición permanente de la plataforma. En nuestro país, esto último se evidencia con el sistema de puntuación que rige los beneficios, prioridades y penalidades que aplican algunas plataformas. Como señala el MTPE, ello produce un efecto perverso para los repartidores en la elección de turnos, toda vez que "existe una relación cíclica entre los horarios y los puntos otorgados: si no se toman horas no se reciben puntos, y si no se tienen puntos no se asignan horas" (2020: 8). Este círculo vicioso no hace otra cosa que demostrar que la supuesta autonomía de dichos trabajadores en la realidad no es tal.

En suma, la jurisprudencia comparada y la doctrina han ido identificando un conjunto de indicios que reflejan i) la unilateralidad o asimetría de la relación contractual (las condiciones y el precio del servicio, al igual que las retribuciones de los encargos o tareas realizados los fija la plataforma); ii) que la organización y administración del negocio recae exclusivamente en la plataforma (la marca es de la plataforma, el uso de distintivos por parte de los repartidores y conductores para el posicionamiento de la marca, la información de los clientes de la plataforma, o la inserción de los repartidores y conductores en la organización de la empresa, porque sencillamente sin su trabajo no tendría viabilidad el negocio); iii) que la herramienta principal de trabajo la proporciona la plataforma (el acceso y uso de la plataforma misma); iv) formas de control de la actividad (sistemas de geolocalización, valoración del servicio prestado por los clientes y

34 En el mismo sentido, DE LEÓN Y PIZZO expresan: "La posibilidad de dar de baja la cuenta de los prestadores del servicio, que las empresas denominan en última instancia 'rescisión del contrato', no deja de ser un despido con todas las letras, instituto típico de la relación de trabajo dependiente" (2020: 59).

elaboración de rankings a partir de ella) y un régimen disciplinario respecto de la misma (asignación de encargo y de franjas horarias en función de los rankings, posibilidad de dar de baja a la cuenta sin justificación alguna). Todo lo dicho, en definitiva, son manifestaciones de una relación contractual de naturaleza laboral.

En consecuencia, la presencia de estos nuevos indicios de laboralidad permitirá al juez, en un caso concreto, reconocer en el trabajo realizado en una plataforma digital la existencia de una verdadera relación subordinada y, como tal, amparada por el derecho del trabajo. Sin perjuicio de ello, existen otras herramientas procesales que coadyuvan a la tutela de esta nueva forma de trabajo: las cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad.

d) Las cargas probatorias dinámicas

Como ya hemos indicado, el reparto sobre qué hechos deberá probar cada parte no puede ser ajeno a la realidad, y para lograr este objetivo en ocasiones la ley establece presunciones que suponen una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, en muchos casos puede que esta inversión legal sea insuficiente para tutelar los derechos de la parte más desfavorecida de la relación material, como ha ocurrido, por ejemplo, con el caso de la presunción de laboralidad y su debilitamiento por parte de la jurisprudencia ordinaria. Es frente a esta insuficiencia que nace la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la misma que propone que, al interior del proceso y con prescindencia del rol de actor o de demandado que se ostente, la carga probatoria puede ser trasladada a aquella parte que cuente, en el caso concreto, con mejor capacidad para aportar la prueba (Hernández, 2015: 6). Es decir, como sostienen Priori y Pérez Prieto, cuando "el demandante, a pesar de ser el que alega un hecho, no se encuentra bajo ninguna circunstancia en condiciones de probar el hecho que alega, pero la parte contraria sí puede probar en contra de lo alegado, entonces el juzgador deberá invertir la carga de la prueba y solicitarle al demandado que, en vista de su mejor posición sobre el hecho a probarse, es el llamado a probar en contra de lo alegado por su contraparte" (2012: 339).

Así, la teoría de las cargas dinámicas se distingue de las presunciones, toda vez que la inversión de la carga no se produce con anterioridad al proceso, sino al interior del mismo, cuando así lo decida el juez atendiendo a las circunstancias del caso. Claro está, ello no supone una facultad irrestricta del juez que conlleve

a la indefensión de alguna de las partes[35], y es el temor de que esto ocurra una de las razones por las que la indicada teoría no es admitida de manera pacífica por la doctrina[36]. No obstante, un sector de la doctrina procesalista comulga con sus postulados al entender que "las cargas probatorias dinámicas están para garantizar el derecho fundamental a probar, ahí cuando la ley incurra en un error, teniendo en cuenta que la realidad siempre supera a la previsión legal" (2012: 339). En el ámbito del proceso laboral, esta teoría ha sido utilizada para resolver conflictos en materia de seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, así como despidos discriminatorios (Hernández, 2015: 11-17).

Creemos que en el caso de los repartidores y conductores de las plataformas digitales, esta dinamización de las cargas probatorias podría manifestarse como una herramienta adicional que permita dilucidar la real naturaleza subordinada de estos servicios. Así, por ejemplo, ante la imposibilidad de un repartidor para acreditar el registro de horas laboradas o el criterio para la asignación de pedidos, la carga probatoria puede ser traslada a las plataformas que, precisamente –como se ha visto- por el manejo de la información que poseen para la administración del negocio, son quienes en mejor condición están para probar estos hechos.

e) La actuación del principio de primacía de la realidad

Finalmente, una breve referencia al principio de primacía de la realidad como herramienta esencial recogida por nuestra legislación[37] y jurisprudencia[38] para calificar la verdadera naturaleza de los servicios prestados a través de plataformas digitales. Es de sobra conocido entre nosotros que este principio faculta y exhorta al juzgador a atribuir las consecuencias jurídicas de aquello que constata en el plano fáctico, con prescindencia de la calificación formal que las partes realicen al respecto. Debemos recordar que los "términos y condiciones del servicio" redactados y utilizados por las plataformas digitales, que son la base de las rela-

35 Según HERNÁNDEZ, se trata de una herramienta excepcional y de uso sólo para casos extremo (2015: 7). Por su parte, para PRIORI Y PÉREZ PRIETO, "el reiterado uso de la inversión dinámica de la carga probatoria debería dar lugar a una modificación legislativa en base a la experiencia" (2012:.339).

36 Al respecto véase FERRER (2019: 53 y ss.).

37 Artículo 2.2 de la Ley Nº 28806 y artículo 40 de la Ley Nº 27809.

38 Véase por todas la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 1944-2002-AA/TC, fundamento 3.

ciones contractuales celebradas entre las pates, niegan cualquier vínculo laboral con sus repartidores o conductores, y les atribuye a estos la categoría o condición de "socios conductores", "*riders*", "repartidores independientes", "intermediarios comerciales" o "simples mandatarios". Frente a estas calificaciones conviene recordar también lo señalado por Neves: "(…) ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello" (2016: 41). De esta manera, el principio de primacía de la realidad permite prescindir de los rótulos y analizar la verdadera naturaleza de los servicios que en la práctica se evidencia, y si en los hechos se constata la inexistente o aparente autonomía de los repartidores y conductores, el juez deberá reconocer la relación laboral entre las partes. En consecuencia, el indicado principio, de la mano con las anteriores herramientas procesales descritas en el presente artículo, opera como una llave de cierre de la facilitación probatoria de la naturaleza laboral del trabajo realizado a través de las plataformas digitales *offline*.

5. Conclusiones

- En la sociedad de la información, el uso y desarrollo permanente de las TIC nos ha llevado a la era de la digitalización y automatización, irrumpiendo nuevas formas de empleo, entre ellas el trabajo prestado a través de plataformas digitales. Estas formas de trabajo han puesto en evidencia un entorno de precariedad y la afectación de diversos derechos laborales y no propiamente laborales o de ciudadanía laboral.
- Las particularidades del trabajo prestado a través de plataformas digitales, como la aparente libertad de los repartidores y conductores para decidir cuánto y cuándo trabajan, han permitido a las plataformas construir un discurso sobre la autonomía con la que aquellos prestarían sus servicios, y mantener así una cerrada negativa a reconocerles naturaleza laboral, en lo que constituiría una nueva forma de huida del derecho del trabajo.
- Las notas típicas que acompañaron al contrato de trabajo durante mucho tiempo, como la jornada completa y continua de trabajo, o la prestación del servicio en las instalaciones de la empresa, no están presentes en el trabajo realizado a través de plataformas digitales, por lo que carecen de utilidad como indicios de laboralidad de dichos servicios.

Esto, sin embargo, no supone que los conductores y repartidores de tales plataformas califiquen como auténticos trabajadores autónomos.

- La jurisprudencia comparada más reciente se inclina por reconocer el carácter laboral de los servicios prestados a través de plataformas *offline*. En tales casos se han acuñado una serie de "nuevos indicios de laboralidad" para corroborar que la supuesta autonomía que se predica de los conductores y repartidores, en el plano fáctico, realmente no es tal.
- La presunción de laboralidad, como herramienta procesal de facilitación probatoria contenida en la NLPT, pone el peso de la carga probatoria en la parte demandada, siendo esta la llamada a descartar la naturaleza laboral de la relación contractual. Sin embargo, esta presunción legal, que puede resultar valiosa para tutelar el trabajo prestado por conductores y repartidores en las plataformas digitales, ha sido desdibujada por cuestionables pronunciamientos de la Corte Suprema, que exigen al demandante probar elementos adicionales a la prestación personal.
- Frente a la insuficiencia de las presunciones legales, de manera excepcional, la teoría de las cargas probatorias dinámicas se presenta como una herramienta complementaria al juez de cara a establecer si el trabajo realizado a través de las plataformas digitales tiene o no carácter laboral.
- Independientemente del rótulo de autonomía que las plataformas otorgan a estas nuevas formas de empleo, el principio de primacía de la realidad, plenamente asentado en nuestro ordenamiento jurídico, permite reconocer como auténticas relaciones de trabajo a aquellas situaciones que en el plano fáctico cumplen con ser prestaciones personales, remuneradas y subordinadas, como ocurre con frecuencia en el caso de diversas plataformas digitales *offline*.

6. Referencias bibliográficas

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos (2020). El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías. El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en época de cambios. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: SPDTSS.

BOZA PRÓ, Guillermo (2020). Derecho del Trabajo, Lima: PUCP.

BOZA PRÓ, Guillermo (2021). Prólogo del libro de Tino Vargas Raschio (2021). *El trabajo a distancia y su regulación en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.

CALDERÓN PAREDES, Cecilia. (2019). El impacto de las nuevas formas organizativas propias de la economía basada en medios tecnológicos en el mundo del trabajo. THEMIS, núm. 75.

CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA (2018). Sentencia en el caso Dynamex del 30 de abril de 2018, S222732.

CORTE SUPREMA DEL REINO UNIDO (2021). Sentencia en el caso Uber BV contra Aslam y otros, del 19 de febrero de 2021, EWCA Civ 2748.

CROVI DRUETTA, Delia (2002). Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la esperanza. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. XLV, núm. 185.

CRUZ CAICEDO, Maritza (2020). Trabajo en línea en las plataformas digitales: Condiciones para lograr el trabajo decente. Tesis doctoral. Universidad Externado de Colombia. Doctorado en Derecho: Bogotá.

DE LEÓN, Lorena y Nicolás PIZZO (2019). Trabajo a través de plataformas digitales. Análisis del fenómeno en Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria

ERMIDA URIARTE, Oscar (s/f). "La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores". Relats. Consulta: 10 de marzo de 2021. http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf

FAJARDO MORI, Martín (2016). La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Derecho & Sociedad, núm. 46.

FERRER BELTRÁN, Jordi. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *Contra la Carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

GAUTHIER GUAZZONI, Gustavo (2015). El Derecho Laboral ante el reto de la economía comparida: apps, smartphones y trabajo humano. Revista Derecho del Trabajo, núm 9.

GAUTHIER GUAZZONI, Gustavo (2016). Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo. XXVII Congreso: Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan (2019). *Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo*. En QUIÑONES INFANTE, S. (coord.), El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios eh homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario. Lima: PUCP.

HERNÁNDEZ, Manuel (2015). Carga dinámica de la prueba. El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. La Plata: Asociación Argentina de Derecho Procesal.

JUZGADO DE LO SOCIAL DE BARCELONA (2020). Sentencia Nº 259/2020 del 24º Juzgado Social de Barcelona, del 18 de noviembre de 2020.

JUZGADO DE LO SOCIAL DE MADRID (2019). Sentencia Nº 130/2019 del Primer Juzgado de lo Social de Madrid del 4 de abril de 2019.

JUZGADO DE LO SOCIAL DE MADRID (2019). Sentencia Nº 53/2019 del Trigésimo tercer Juzgado de lo Social de Madrid del 11 de febrero de 2019, RJ/2019/279.

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (2020). Informe final del grupo de trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma, creado mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR: Lima.

MONTERO AROCA, Juan (2011). Dos perspectivas complementarias: Derecho y carga de la prueba. En: La prueba en el proceso civil. Sexta edición. Navarra: Thomson Reuters.

NEVES MUJICA, Javier (2016). Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: PUCP

OIT (2021). World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work. Ginebra.

PRIORI POSADA, Giovanni y Roberto PÉREZ-PRIETO DE LAS CASAS (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. Ius Et Veritas, núm. 45.

PUNTRIANO ROSAS, César (2019). *La subordinación en las nuevas plataformas de servicios*. En QUIÑONES INFANTE, S. (coord.), El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios eh homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario. Lima: PUCP.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2003). La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en el Perú. Laborem, núm. 3. Lima: SPDTSS

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2020). El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy. Trabajo y Derecho, núm 69.

TODOLI SIGNES, Adrián (2015). El impacto de la "uber economy" en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. IUSLabor 3.

TODOLI SIGNES, Adrián (2019). El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales. Revista de treball, economia i societat, núm. 92.

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO URUGUAYO (2020). Sentencia Definitiva Nº 89/2020 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno, en el caso Queimada contra Uber, del 3 de junio de 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE OVIEDO (2019). Sentencia Nº 1818/2019 del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo del 25 de julio de 2019, RJ 2019/1607.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2018). Sentencia Nº 81/2018 de la Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo del 24 de enero de 2018, RJ/2017/2017.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL (2020). Sentencia Nº 805/2020 del 25 de setiembre de 2020, RJ/2020/2924.

EL TEST DE LABORALIDAD Y EL TRABAJO PRESTADO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES*

Wilfredo Sanguineti Raymond**

En este artículo, el profesor Sanguineti estudia al problema contemporáneo más debatido en el mundo del trabajo: la calificación jurídica de los servicios prestados a través de la intervención de las plataformas digitales. Así, el autor arriba a una conclusión crítica sobre pronunciamientos judiciales dados en España, que apuntan a la supuesta autonomía de los prestadores del servicio, destacando así las virtudes de la corriente judicial opuesta, con arreglo a la teoría general del Derecho del Trabajo.***

A lo largo de su andadura histórica, los elementos definitorios del trabajo objeto del Derecho del Trabajo han demostrado poseer una extraordinaria capacidad de adaptación a la diversidad de perfiles bajo los cuales comparece en la realidad el fenómeno económico y social de la prestación de trabajo asalariado. Si bien las peculiaridades de su configuración interna –y, en particular, el carácter elástico y flexible de la noción de subordinación, sobre la cual pivotan de manera sustancial– han causado muchas veces perplejidad y convertido la labor de calificación en una operación compleja y no siempre unívoca, estas mismas características les han permitido ir absorbiendo una gama cada vez más amplia

* El presente artículo constituye una versión actualizada del texto que, bajo el titulo de "El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy", fue publicado como columna de Opinión en el número 69 de *Trabajo y Derecho*, correspondiente al mes de septiembre de 2020.

** Catedrático de Derecho del Trabajo Universidad de Salamanca

*** Reseña efectuada por los editores de la revista *Laborem* núm. 24.

y diversa de prestaciones, incorporándolas al estatuto protector, conforme el trabajo asalariado ampliaba su presencia dentro de la sociedad y la demanda de tutela se extendía a sectores diversos de aquellos cuya movilización dio origen a las primeras normas laborales. Estas pasaron, de tal forma, de comprender esencialmente al proletariado industrial, a extender su radio de acción a los trabajadores del campo y los servicios, a los trabajadores a domicilio y los vendedores comisionistas, a quienes desarrollan profesiones liberales en régimen de dependencia e incluso a los cuadros y directivos de las empresas, sin que para ello fuese necesario realizar cambio sustancial alguno en la configuración básica de dichos elementos. Si acaso, únicamente modificaciones en la manera de detectar su presencia o realizar su aplicación.

Particular relevancia dentro de este proceso de adaptación posee, antes que nada, la conceptuación de la subordinación como un poder jurídico antes que de hecho, cuya apreciación no debe llevarse a cabo aisladamente y exigiendo la presencia constante de órdenes, sino atendiendo, de manera más flexible, a la implantación de la prestación de trabajo en el marco de una organización estructurada y dirigida por otro sujeto. O, en todo caso, bajo el poder de disposición ajeno. Una idea que sería puesta de manifiesto de forma especialmente clara entre nosotros hace décadas por el Tribunal Supremo a través de su Sentencia de 10 de enero de 1968, en la que este optó por prescindir de la exigencia de un ejercicio efectivo y reiterado del poder de dirección, sustituyéndolo por la comprobación de la inserción del trabajador en el "círculo rector y organizativo del empresario". Esta flexibilización de la manera de entender el elemento crucial y de más difícil determinación del contrato de trabajo vino acompañada, desde etapas muy tempranas, de una paralela adaptación, también por obra de la jurisprudencia, del método a través del cual ha de llevarse a cabo la valoración de la presencia de los elementos definitorios de la laboralidad en aquellos supuestos en que estos no se evidencian de manera clara y directa, por lo general por no existir ese sometimiento explicito del trabajador a las directivas del empresario. La solución radica en estos casos, como es sabido, en deducir de manera oblicua o referencial dichos elementos, recurriendo al examen de la presencia de determinadas circunstancias de hecho que son capaces de actuar como indicios o síntomas de su existencia, por tratarse de circunstancias típicas que suelen acompañar a una relación de trabajo asalariado. Así, aunque ninguno de ellos posee un valor definitorio absoluto, puesto que pueden faltar en supuestos cuya naturaleza laboral es indudable o presentarse con cierta similitud en figuras

afines, la concurrencia de varios proporciona a los jueces una presunción de la existencia de vínculo laboral, capaz de inclinar la balanza en esta dirección.

Con todo, cambios profundos en las formas de realización del trabajo y organización de las actividades empresariales, producidos a partir de los años noventa como consecuencia del desarrollo tecnológico y el incremento de la competencia global, contribuirían a abrir nuevos interrogantes sobre la aptitud de las notas típicas de la laboralidad, y en particular de la subordinación, para seguir cumpliendo su rol tradicional en la etapa postindustrial que se abría entonces. En particular, la emergencia formas de trabajo a distancia basado en el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como de modalidades de trabajo autónomo coordinado que compartían rasgos hasta entonces exclusivos del trabajo asalariado, hizo a muchos dudar de la pertinencia de seguir haciendo reposar sobre su presencia la aplicación de las normas laborales y los condujo a proponer diversos criterios alternativos.

Pronto se advertiría, no obstante, que lo que ponían entredicho esas formas novedosas de trabajar no era la idoneidad de los referidos rasgos identificadores, sino la aptitud de algunos de los indicios más utilizados para detectar su presencia, como la asistencia a un centro de trabajo, el cumplimiento de un horario o la dirección y el control inmediatos, siendo posible deducir otros adaptados al nuevo contexto en el que se desarrollan esas actividades, a partir de los cuales llevar a cabo esa tarea. El resultado terminó siendo, así, antes que un replanteamiento de los mojones de lo laboral, una recomposición del sistema de indicios que permite deducir su presencia en casos concretos, basada en una atenta observación de la realidad.

Pues bien, a mediados de la pasada década, cuando ese debate parecía estar cerrado, han vuelto a emerger fórmulas inéditas de trabajo, asociadas ahora al despliegue de la denominada *gig economy* o economía de las plataformas, que arrojan nuevas dudas sobre el particular, al revestir una morfología que las aparta de los moldes clásicos, pese a desempeñar una función económica y social muy próxima a la del trabajo asalariado. Por supuesto, el interrogante que plantean estas prestaciones, que nacen sometidas a una calificación *inter partes* que las sitúa extramuros del Derecho del Trabajo, no es otra que la de determinar si esta exclusión responde a su naturaleza o a un puro propósito elusivo. Esta es una cuestión, no obstante, que pone en tensión, una vez más, las referidas no-

tas distintivas, así como el método utilizado para su detección, haciendo surgir nuevamente voces que se instalan en el escepticismo, cuando no planteamientos que abogan por su reemplazo por fórmulas de tutela aplicables exclusivamente a quienes trabajan de ese modo, bien dentro del Derecho del Trabajo o bien fuera de él.

Nada permite afirmar, sin embargo, que estas nuevas formas de trabajar están en condiciones de escapar a la dinámica de adaptación registrada en etapas anteriores. Antes bien, como se podrá apreciar en las páginas siguientes, el método indiciario de calificación, al cual subyace una comprensión abierta de la naturaleza de los elementos identificadores del contrato de trabajo capaz de acomodarse a las muy diversas configuraciones que es capaz de asumir el trabajo asalariado, es lo suficientemente flexible como para permitirnos solventar, con dosis suficientes de razonabilidad, los interrogantes planteados por las mismas, aportando en cada caso una respuesta a la cuestión de su existencia o no en función de sus singulares características. Lo que hace falta es, por ello, profundizar en el análisis esas características, para desentrañar a partir de ellas la presencia o ausencia de tales elementos.

Esto es lo que haremos a continuación, comenzando por la identificación de los rasgos característicos de la economía de las plataformas, para luego pasar revista a los perfiles singulares del trabajo prestado a través de ellas, con el fin de aplicar realizar una aplicación del test de laboralidad adaptado a estos.

La economía de las plataformas o de los pequeños encargos, si se atiende a la denominación de *gig economy* con la que se la conoce igualmente, constituye un modelo de negocio surgido hacia finales de la primera década del presente siglo a través del cual se busca ofrecer productos o servicios de forma más directa, rápida y barata a los consumidores mediante el recurso a un instrumento nuevo, facilitado por el desarrollo tecnológico, como son las plataformas digitales, que posibilitan la conexión con un amplio universo de consumidores, facilitan una veloz atención de sus necesidades y permiten una reducción significativa de los costes de transacción, incluyendo entre estos los laborales, a través del uso de algoritmos que automatizan la toma de decisiones relativas a las transacciones que constituyen su objeto y permiten un control automatizado de su puesta en práctica.

Al menos en España, el arranque de este modelo de negocio se produjo coincidentemente con la crisis económica iniciada de 2008. Esto generó dos fenómenos que contribuyeron a su rápida implantación: una reducción de los ingresos de la población, que impulsó la demanda de bienes y servicios a precios reducidos y una fuerte destrucción de empleo, que generó la necesidad de fuentes alternativas de ingresos para muchas personas. Esta expansión de las plataformas vino acompañada de una marcada diversificación de sus actividades y formas de actuación. Al extremo de poder decir que estas se encuentran presentes hoy en un gran número de actividades y que no hay dos iguales. Si acaso, a los efectos de esta columna de Opinión, que mira a su impacto laboral, podemos clasificarlas en cuatro grupos fundamentales: a) *plataformas de intercambio, venta o alquiler*, que realizan una labor de intermediación entre quien ofrece un bien o un servicio y quien lo requiere, entre otros espacios en los del alquiler de inmuebles o vehículos, el transporte, la venta de productos de segunda mano, la restauración o la búsqueda de empleo; b) *plataformas de prestación de servicios profesionales*, dedicadas a la puesta en contacto entre profesionales que operan de forma independiente y clientes potenciales, en ámbitos como la traducción, la asesoría jurídica, el diseño de páginas Web, las reparaciones del hogar o las clases particulares; c) *plataformas de externalización on line de tareas*, por medio de las cuales se facilita la realización de tareas simples y repetitivas (*microtareas*) que pueden ser realizadas a través de Internet por una multitud de trabajadores no cualificados (*micro workers*) situados en cualquier lugar, dando lugar al fenómeno conocido como *crowsourcing* (externalización a través de una multitud) *on line*; y d) *plataformas de trabajo a demanda off line*, que reclutan y organizan a un conjunto de trabajadores que deben prestar presencialmente un servicio, por lo general de corta duración (*microservicios*), cuando este es requerido por un cliente, por lo que se sitúan en la base del denominado *crowsourcing off line*, que abarca cinco actividades básicas: transporte de personas, reparto de paquetería y comida, limpieza y servicios a domicilio, cuidado de personas y servicios turísticos.

Como es evidente, no todos estos muy distintos tipos de plataformas pueden ser contemplados por el Derecho del Trabajo de la misma manera. Así, resulta claro que, cuando la plataforma desarrolla una función de mera intermediación, no está en condiciones de generar fricción alguna con aquél. Este es el caso de las plataformas del primer y del segundo tipo. Las cosas varían cuando las plataformas deciden dar un paso más y optan por encargarse de organizar la

prestación del servicio, como puede ocurrir tratándose de las del tercer tipo y sucede necesariamente en las del cuarto. Y, muy en particular, tratándose de las plataformas de transporte y de reparto.

Para captar la clase de problemas laborales que pueden plantearse en el seno de estas plataformas conviene hacer un breve repaso de sus características y forma de operar más comunes. Estas pueden ser resumidas a través de nueve notas básicas: a) realización por la plataforma de una función de intermediación entre los usuarios y los prestadores del servicio, siendo también esta la que fija las condiciones de su realización, incluido el precio; b) gestión automatizada a través de algoritmos, que cumplen una triple función: asignación de encargos a los prestadores de los servicios, fijación de la tarifa o precio y evaluación del desempeño de los primeros, de la que puede depender la asignación de nuevos encargos o incluso su permanencia en la plataforma; c) recurso a evaluaciones por los usuarios, mediante encuestas o cuestionarios *on line*, como fórmula de control de la calidad del servicio; d) pago de los servicios por el cliente a la plataforma; e) uso de sistemas de geolocalización para el seguimiento de la prestación del servicio; f) elección de la franja horaria de trabajo y libre aceptación o rechazo de los pedidos por el prestador del servicio; g) aportación por este de medios materiales (un teléfono móvil y el medio de transporte); h) desarrollo de microtareas, es decir prestaciones de escasa duración y entidad, retribuidas con micropagos, que se ciñen al estricto tiempo del desempeño; e i) recurso a una masa crítica de prestadores de servicios, mediante el reclutamiento de un número muy amplio de estos, que permite a la plataforma cubrir la demanda pese a las libertades de elección de horarios y aceptación o rechazo de pedidos.

Con estas características, no es de extrañar que el trabajo desarrollado a través de estas plataformas sea objeto de las más disímiles valoraciones jurídicas: desde la de quienes consideran que representa una forma de trabajo independiente, en la que el profesional decide libremente prestar sus servicios cuando estime oportuno, hasta la de aquellos que entienden que encierran auténticas prestaciones de trabajo dependiente, en las que existe además un control particularmente penetrante e invasivo, basado en una inédita combinación de taylorismo y panopticismo facilitada por el uso de algoritmos. De igual forma, tampoco ha de sorprender que sus efectos sociales sean materia de juicios contradictorios: bien como una fórmula que abre nuevas oportunidades de acceso a un empleo e incremento de los ingresos a través de ocupaciones flexibles y adaptadas a la

disponibilidad y la voluntad de cada persona; o bien como un mecanismo que, debido a su singular lógica de ajuste del tiempo de trabajo y la retribución, las fórmulas de control de las que se sirve y la imagen de autonomía del colaborador que proyecta, es capaz de dar lugar a consecuencias muy negativas para las personas que la practican: inestabilidad profesional e ingresos insuficientes, sometimiento a fórmulas intensas de control, aumento de las exigencias ordinarias en materia de tiempo de trabajo y disponibilidad, incremento de los riesgos laborales, dificultad para la defensa de los derechos a nivel individual y colectivo e incluso ausencia o limitaciones en materia de protección social.

De lo anterior se desprende que el trabajo a demanda *off line* a través de plataformas digitales plantea dos órdenes de problemas, bien que estrechamente relacionados: de un lado, un problema de *calificación jurídica*, asociado a la determinación de su naturaleza autónoma o subordinada; del otro, un problema de *régimen jurídico*, relacionado con la aptitud de la regulación que se le asigne como consecuencia de esa calificación para limitar los antes referidos riesgos sin sofocar sus aspectos positivos. Un resultado que no puede considerarse asegurado ni siquiera en caso de atribuírsele naturaleza laboral, ya que pudiera ocurrir que, incluso dentro del Derecho del Trabajo, la regulación que le sea de aplicación no esté en condiciones de satisfacer esa necesidad, debido a las peculiaridades de esta forma de trabajar.

El planteamiento del primero de dichos problemas, en el que centraremos a continuación nuestra atención debido a que representa el presupuesto lógico ineludible para el abordamiento del segundo, se encuentra condicionado por la adopción por las plataformas de la que ha sido denunciada como una política de hechos consumados, en virtud de la cual estas se instalan en todos los países, incluido el nuestro, aplicando sus propias reglas, de acuerdo con las cuales quienes colaboran con ellas son trabajadores autónomos, retando a las legislaciones laborales vigentes y presentándolas como una reliquia del pasado.

La trascendencia del problema no es, por lo demás, escasa, si se tiene en cuenta que según datos proporcionados por la asociación de empresarios del sector, ya en 2019 solo las plataformas digitales de reparto daban ocupación a casi 15.000 personas. De allí que la cuestión de la calificación de estas relaciones esté siendo objeto de un intenso debate, no solo doctrinal sino judicial, existiendo pronunciamientos contradictorios, tanto a nivel de los juzgados de

lo social, (al menos 10 a favor de la laboralidad y cinco en contra) como de los tribunales superiores de justicia (dos en un sentido y uno en el otro), por lo que es previsible un pronunciamiento en unificación de doctrina del Tribunal Supremo en un futuro no demasiado lejano.

Dicho esto, la cuestión que se nos coloca delante no es otra que la siguiente: ¿cómo enfocar los problemas de calificación en una hipótesis tan singular como esta, en la que concurren tres sujetos: la plataforma digital, el colaborador que presta el servicio y el usuario?

La clave para responder a esta pregunta reside en determinar cuál es el papel de la plataforma en la prestación del servicio: si esta opera solo como un medio de comunicación entre el cliente y el prestador del servicio, que es quien organiza y dirige su propia actividad; o la misma desempeña un papel decisivo en la organización y la dirección de la prestación ese servicio, actuado quien la ejecuta por cuenta y bajo la dirección de ella. Dicho con pocas palabras, de lo que se trata es de establecer si plataforma intermedia solamente o es quien presta el servicio valiéndose del trabajo de quienes colaboran con ella.

En el caso del Derecho del Trabajo español contamos con una valiosísima herramienta para ofrecer una respuesta esta cuestión. Se trata del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, que ofrece una definición deliberadamente amplia y flexible de los elementos definitorios del trabajo objeto de protección, al indicar que este existirá siempre que se presten servicios retribuidos por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. No se requieren, pues, ni horarios, ni jornadas estrictas, ni asistencia a un centro de trabajo, ni órdenes constantes. Sólo el sometimiento a una esfera de organización ajena. Aunque se ha dicho que se trata de una definición diseñada conforme a la lógica del fordismo, su capacidad para amoldarse a las características de otros sistemas productivos es indudable. Lo único que hay que hacer es acomodar la búsqueda de indicios del sometimiento a ese espacio de poder a los rasgos particulares de cada uno de ellos.

Es más, este es un proceso que viene siendo realizado por el Tribunal Supremo, al haber este declarado, por ejemplo, la existencia de una relación de trabajo pese a que el trabajador tenía libertad para elegir sus horarios y jornada, no recibía instrucciones constantes, podía aceptar o rechazar trabajos, aportaba medios para la realización del trabajo y podía incluso ser sustituido por otra

persona o subcontratar la prestación, siempre que el antes referido poder pueda ser apreciado por otros medios, como la fijación general de las condiciones de desarrollo de la prestación, la determinación de los precios o tarifas y la selección de los clientes; y se demuestre además que el trabajador carecía de la estructura empresarial y la organización necesarias para el desarrollo por su cuenta de la actividad. Muestras de ello las encontramos en las sentencias de dicho tribunal de 11 de noviembre de 2017 y 24 de enero y 8 de febrero de 2018, aunque existen más.

La solución a los problemas de calificación en situaciones como las que venimos analizando ha de ser, en todo caso, necesariamente casuística, no solamente porque, como hemos visto, no hay dos plataformas iguales, sino porque estas van modificando organización y sistemas de trabajo conforme se van detectando en ellas indicios de laboralidad.

Por supuesto, la dificultad radica en estos casos en el hecho de que conviven en esta clase de relaciones rasgos típicos del trabajo autónomo o por cuenta propia con otros característicos del dependiente o por cuenta ajena. Así, entre los indicios de trabajo autónomo que suelen acompañar al trabajo a través de plataformas de prestación de servicios pueden contarse, donde los hay, estos siete: a) libertad de elección de las horas o la franja de disponibilidad; b) libertad para aceptar o rechazar los encargos asignados; c) retribución por pedido y no en función del tiempo; d) posibilidad de ser sustituido y de subcontratar el trabajo; e) posibilidad de colaborar con varias plataformas o tener otro empleo; f) aportación de los medios materiales necesarios (teléfono móvil, bicicleta, moto o patinete); y g) no compensación de los gastos relacionados con el desempeño de las tareas. Mientras que, entre los indicios de trabajo subordinado, también cuando los hay, pueden enunciarse estos once: a) organización general del servicio por la plataforma, en cuyo sistema se incorporan los trabajadores, sin posibilidad de introducir cambios; b) uso de la marca de la plataforma para prestar el servicio; c) consideración de la plataforma como el elemento de mayor valor y relevancia para la organización y prestación del servicio, frente al carácter secundario y menos valioso de los medios de transporte y el teléfono móvil aportados por el trabajador; d) canalización de las relaciones con los clientes a través de la plataforma, sin intervención del trabajador; e) fijación tanto del precio de los servicios como de las retribuciones por la plataforma; f) realización de procesos de selección de los colaboradores también por la plataforma; g) fijación igual-

mente por esta de reglas sobre la manera de realizar el trabajo e impartición de formación sobre ellas; h) realización personal de la prestación; i) continuidad de las prestaciones y duración de la relación a lo largo del tiempo, de forma que no se trata de prestaciones esporádicas o aisladas; j) existencia de medios de control especialmente intensos, que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado, por tres vías distintas: la gestión algorítmica, las valoraciones de los clientes y la geolocalización constante; y k) creación de sistemas de puntos en función del cumplimiento de las reglas, la aceptación de pedidos y la satisfacción de los clientes, con consecuencias sobre la elección de franjas horarias, la atribución de nuevos pedidos o incluso la permanencia en la plataforma.

Mientras las seis sentencias de juzgados de lo social y tribunales superiores de justicia que ponen en entredicho la laboralidad de estas relaciones conceden un peso determinante a los indicios del primer tipo, las doce que optan por afirmarla hacen lo propio con los del segundo. Por supuesto, para determinar cuál de estas dos calificaciones debe prevaler no basta con comprobar qué lista de indicios es más extensa, ya que no nos encontramos delante de una cuestión puramente cuantitativa, sino más bien cualitativa. Por esta razón, es preciso tener en cuenta aquí que los indicios de un lado representan otros tantos argumentos en contra de la calificación de la relación desde el lado contrario. Y que la calificación final debe ser una que, basándose en los elementos de juicio de uno de ellos, sea capaz de negar o neutralizar los del otro, dando una explicación satisfactoria de la economía global del vínculo. Esto significa que no basta con afirmar la concurrencia, incluso abundante, de indicios de un tipo, si no se consigue ofrecer una explicación convincente de la simultánea presencia de indicios del otro, ya que lo que procederá en tal caso será la realización del mismo procedimiento desde el lado contrario, para ver si es posible llegar por esa vía a un resultado global más satisfactorio.

Es aquí donde reside la gran debilidad de las sentencias que afirman la existencia de trabajo autónomo. Estas conceden gran relevancia a la libertad de elección de horarios y aceptación de pedidos, así como a la aportación de medios materiales, mientras que ni siquiera aluden por lo general a otros indicios que pudieran negar esa autonomía, como la organización general del servicio por la plataforma y, sobre todo, la existencia de intensas formas de control sobre la actividad de los prestadores de los servicios, de las que pueden derivarse además consecuencias negativas para estos. Amen de no explicar por qué o cómo, si el

prestador del servicio es autónomo, se encuentra sujeto a esos mecanismos, cuya similitud con los típicos poderes de organización, control y disciplinario del empresario salta a la vista, seguramente porque el encaje de estos elementos en una relación de trabajo autónomo es sumamente difícil –si no imposible– de realizar.

¿Qué ocurre si invertimos la lente y vemos las cosas desde el lado de la laboralidad?

Como advierten las sentencias que la declaran, existen numerosos elementos de juicio que permiten afirmarla. Entre ellos muy especialmente las referidas facultades de organización, control y disciplinaria en cabeza de la plataforma, así como la ajenidad sobre los elementos esenciales del negocio, su gestión y las relaciones con los clientes. El problema radica, por supuesto, en la presencia de indicios de signo contrario. Y, en particular, de aquellos que permiten negar de plano la laboralidad. No la aportación de medios auxiliares, la asunción de gastos, el pago por pedido o incluso la posible sustitución del trabajador, que pueden ser compatibles con una relación laboral aunque no sean habituales en ella, sino la libertad de elección de horarios y aceptación de pedidos, que excluirían de raíz la existencia de subordinación. Las sentencias que optan por esta calificación ofrecen un argumento esencial para explicar la presencia de este elemento o negar su capacidad de excluir la laboralidad: esa doble libertad no es real, debido a la previsión de un sistema de reputación digital basado en puntos, que premia la aceptación de ciertos turnos y penaliza el rechazo de pedidos, a los efectos de tener prioridad para la elección de turno y la asignación de nuevos pedidos. Existen, no obstante, más argumentos que abonan en esta dirección, toda vez que en una fórmula de trabajo basada en la continua realización de microtareas asociadas a micropagos, las cuales pueden ser desarrolladas por una multitud de personas, se registra una muy dura competencia por asumir encargos, sin los cuales no se percibe retribución alguna, que garantiza la disponibilidad de los trabajadores más eficazmente incluso que si estuviese prevista. Aunque, en el fondo, la clave se encuentra en el sistema de *crowdsourcing*, que no requiere de la estandarización de tiempos y tareas del fordismo, puesto que el recurso a una gran cantidad de trabajadores y el uso de la tecnología de plataforma garantizan la disponibilidad del personal requerido en cada momento sin necesidad de imponerla. La clásica disponibilidad del trabajador individual se ve sustituida, de tal forma, como se ha recalcado en un estudio recientemente publicado en estas páginas, por una suerte de disponibilidad plural y difusa de los trabajadores

vinculados a la plataforma, todos atentos a ejecutar los servicios que esta ofrece a su clientela.

Lo dicho supone que desde la laboralidad existen argumentos suficientes para levantar las objeciones que a esta pueden plantearse, mientras que no parece haberlos para realizar una operación semejante desde la perspectiva opuesta. De allí que el Tribunal Supremo no haya dudado en determinar el carácter laboral del trabajo prestado a través de esta clase de plataformas a través de su Sentencia de 23 de septiembre de 2020, pronunciada por unanimidad del pleno de su Sala Cuarta, que ha establecido a través de ella una doctrina unificada que resulta aplicable a los niveles inferiores.

En esta sentencia la máxima instancia judicial española lleva a cabo un análisis detenido del caso, vinculado con un repartidor de la empresa Glovo, trayendo a colación su jurisprudencia previa sobre la flexibilidad de los elementos del contrato de trabajo y los indicios que prueban su presencia, dentro de la cual lo verdaderamente novedoso es la manera como se niega la relevancia de los indicios contrarios, vinculados como se sabe con las libertades de los repartidores de elegir la franja horaria de desarrollo de sus actividades y aceptar o rechazar pedidos. Esta puesta en cuestión se lleva a cabo en la sentencia recurriendo a dos argumentos encadenados que, aunque no sean originales desde el punto de vista conceptual, resultan inéditos dentro de su jurisprudencia: a) las aludidas son libertades condicionadas por el sistema de puntuación, que penaliza opciones aparentemente libres de los repartidores, que compiten entre sí por las franjas más productivas y por tomar los encargos, haciendo que intenten estar disponibles el mayor tiempo posible; y b) el sistema productivo no requiere un horario rígido impuesto, ya que las microtareas se reparten entre una pluralidad de repartidores que cobran por el trabajo realizado, lo que garantiza que haya siempre repartidores dispuestos a aceptar el horario que alguno no elija.

Antes de concluir es importante observar que la declaración de laboralidad de estas relaciones no permite solventar todos los problemas de índole laboral a ellas asociados. Y, en particular, según se ha denunciado, la dificultad de garantizar al trabajador el grado de ocupación efectiva necesario para obtener una retribución suficiente. Para ello no basta con llevar a cabo una, sin duda muy útil, "aclaración" de las notas de laboralidad, "distinguiendo lo accesorio o instrumental —el uso de los medios tecnológicos— de lo esencial —la existencia de

auténticas relaciones subordinadas"–, para la que han empezado a darse pasos desde el espacio público en la última etapa. A su lado deberá realizarse también una adaptación de la normativa laboral ordinaria. Entre tanto, continuamos encandilados todos con el problema de la calificación.

EL MUNDO DEL TRABAJO EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO LABORAL*

Miguel F. Canessa Montejo**

Este estudio sirva de homenaje a Javier Neves, amigo, maestro y iuslaboralista, quien cultivó entre aquellos afortunados que pudimos rodearlo su magisterio moral. El abogado es un profesional del Derecho que brinda sus conocimientos y habilidades para la defensa de los intereses de sus patrocinados, noble profesión. El jurista es la persona que interioriza los valores del Derecho y, en base a ello, aporta su reflexión jurídica, coherente y comprometida para la sociedad. Muchos somos abogados, pero muy pocos, como Javier, son iuslaboralistas.

Introducción

El mundo del trabajo siempre ha estado condicionado al desarrollo de las fuerzas productivas, especialmente en el período industrial, donde los medios tecnológicos aplicados a la producción incrementan la productividad y transforman las relaciones. En la actualidad, se discute si estamos inmersos en una cuarta etapa de la revolución industrial[1], lo cierto es que el proceso productivo

---

* Este artículo tiene como antecedente una investigación realizada para la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que también aborda el teletrabajo y que sirve de insumo para el debate de las organizaciones sindicales colombianas sobre el trabajo digital.

** Abogado y sociólogo por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor universitario, investigador y consultor internacional.

1 Cfr. SCHWAB, Klaus (2016) *La cuarta revolución industrial.* Barcelona: Editorial Debate. Este autor identifica las cuatro revoluciones industriales bajo estos rasgos. La primera

se viene transformando con la incorporación de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, TIC). Los dos ejemplos más claros son la robótica y las plataformas digitales.

La robótica es introducida desde la década de los setenta en el proceso productivo[2], alcanzando su predominio en este siglo, con la sustitución de labor rutinaria de los trabajadores industriales por máquinas automatizadas en la cadena de producción de bienes. En cambio, las plataformas digitales -un fenómeno más reciente- es el uso de programas y aplicaciones (o apps) que permite la ejecución de tareas solicitadas por una persona en la red, de modo que la prestación de servicios se implementa por su intermediación. A su vez, las plataformas reimpulsan el teletrabajo -una de las modalidades de trabajo a distancia- al facilitar sus tareas sustentado en la digitalización de las labores. Con las plataformas digitales y el teletrabajo no desaparece el empleo, a diferencia de la robótica, sino más bien lo redefine bajo el marco del trabajo digital.

El trabajador digital es aquel que realiza labores en base al uso de internet, las computadoras, las aplicaciones u otras herramientas informáticas, con independencia del espacio o lugar físico desde donde lo ejecuta -las instalaciones de una empresa, su domicilio o un espacio público-[3] y si la prestación del servicio se implementa físicamente (off-line) o virtual (on-line).

revolución industrial fue la introducción del vapor para la producción mecanizada. La segunda revolución industrial fue la introducción de la electricidad y la cadena de montaje en la producción en masa. La tercera revolución industrial fue el desarrollo de semiconductores, la computadora, la informática personal e internet en la producción automatizada. La cuarta revolución industrial es el uso de la inteligencia artificial, el aprendizaje de la máquina, el uso del internet con la integración de las redes que lo diferencia de la tercera revolución industrial. Lo discutible se asienta en que algunos interpretan que esta cuarta etapa, en realidad, es una prolongación de la anterior.

2 Cfr. CORIAT, Benjamin (1996). *El taller y el robot. Ensayos sobre el fordismo y la producción en masa en la era de la electrónica.* México DF: Editorial Siglo XXI, 3ª. Edición, traducción de Rosa Ana Domínguez Cruz, p. 17.

3 Cfr. CEDROLA SPREMOLLA, Gerardo (2018). "Economía digital e Industria 4.0: reflexiones desde el mundo del trabajo para una sociedad del futuro". En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Bérgamo: ADAPT, Vol. 6, No. 1, enero-marzo, p. 274-275.

La importancia del trabajo digital seguirá en aumento, conforme lo refleja el incremento del número de empresas y trabajadores que lo componen, y el peso económico adquirido por la riqueza producida em el sector.

La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019 es un aporte esencial para abordar el trabajo digital[4]. Tomando en consideración a la Declaración como paradigma, este estudio es un insumo para promover el debate jurídico sobre el trabajo digital.

Por eso en este estudio nos centramos en describir las tendencias del trabajo en las plataformas digitales desde la formulación de un marco conceptual de las plataformas digitales y caracterizar su estructura y funcionamiento. Analizar el plano laboral de las plataformas con la elaboración de los indicios de laboralidad ajustados a ese escenario y su aplicación sobre los prestadores de servicios, abordando las modalidades de trabajo y sus condiciones laborales. La protección jurídica está en el centro del debate de las plataformas digitales, por lo que se hace un recorrido sobre las propuestas normativas y su viabilidad. Finalmente, la problemática del sindicalismo en las plataformas, señalando sus obstáculos y plateando recomendaciones, así como describiendo prácticas sindicales implementadas.

El estudio se reduce al análisis jurídico desde el aspecto teórico, excluyendo a la valiosa jurisprudencia laboral comparada que se vienen produciendo sobre las plataformas digitales que termina apuntalando muchos de los planteamientos del estudio. Corresponde, por su importancia, abordarla en un posterior trabajo que complemente a este estudio.

I. Un marco conceptual de las plataformas digitales

La aparición de las plataformas digitales en los países de capitalismo maduro condujo a que las primeras investigaciones que buscaron conceptualizarlo se desarrollaron en inglés y, conforme el modelo de negocio se expandió rápidamente en el contexto de la globalización, esos conceptos fueron incorporados como anglicismos al castellano. Así, términos como *collaborative economy, sharing economy, gig-economy, on-demand economy, crowdwork, crowdsourcing,* etc.,

4 Cfr. Declaración del centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo, 2019 (ilo.org)

comenzaron a poblar las investigaciones, resultando difícil traducir la noción que está detrás de estos términos a nuestro idioma, por lo que mayormente se mantuvo la denominación original.

La amplia definición de economía colaborativa -*collaborative economy*- comprende la conexión entre grupo de personas dispersas por medio del uso del internet para hacer un mejor uso de sus bienes, habilidades y cosas útiles.[5]. El principal medio digital recurrido en internet para este tipo de interconexión es la plataforma. De este modo, el término de economía colaborativa alude a que las personas recurren a la plataforma para que terceros puedan disponer de sus bienes o activos infrautilizados, ya sea de manera gratuita u onerosa, evitando a intermediarios. Esta amplitud conceptual conduce a que sean incluidos una amplia variedad de modelos de negocios.

La Unión Europea se refiere a la economía colaborativa como "modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro."[6].

Lo primero que llama la atención de estas definiciones sobre la economía colaborativa es la relación triangular que se constituyen con la interconexión, confirmando que la plataforma cumple un rol de intermediación. Esto lo distingue del teletrabajo, donde predomina la relación bilateral. A su vez, el otro

5 Cfr. STOKES, Kathleen, CLARENCE, Emma, ANDERSON, Lauren y RINNE, April. *Making sense of the UK Collaborative Economy* (2014). London: Nesta, p. 10-11.

6 COMISIÓN EUROPEA (2016). *Una agenda europea para la economía colaborativa*. Bruselas: COM (2016) 356 final, p. 3.

rasgo definidor es que la relación triangular tiene por finalidad el uso de un bien o la prestación de servicios, alejándolo de la producción industrial definido en la elaboración de bienes o mercancías.

En otras palabras, el énfasis de la economía colaborativa es que las plataformas digitales permiten que particulares o empresas puedan conectarse entre ellas -como clientes y proveedores- para lograr una finalidad común: alquilar o vender un bien, la prestación de un servicio, etc. Sin embargo, la intermediación de la plataforma puede tener un ánimo de lucro, es decir, lograr la interconexión entre particulares o empresas con la finalidad de obtener una ganancia o beneficio. Esto lleva a cuestionar si las plataformas digitales constituidas con ese ánimo puedan identificarse al interior de la economía colaborativa.

El principal argumento es la oposición conceptual entre colaboración y lucro. La colaboración tiene un carácter desinteresado mientras el lucro está impregnado por obtener un beneficio. No obstante, las plataformas digitales que solo busquen mantener sus costos de mantenimiento y operatividad por la intermediación, no deberían ser excluidas de la economía colaborativa. Por ello, resulta difícil justificar que la noción de economía colaborativa *-collaborative economy-* es apropiada para definir a las plataformas digitales en general. Afirmar que su ánimo de lucro no les hace perder el carácter colaborativo en su rol de intermediación termina ocultando su verdadera finalidad. Las plataformas digitales con ánimo de lucro carecen del carácter desinteresado de una colaboración, sin que esto signifique poner en tela de juicio la intermediación que cumplen en el mercado.

Por ello se postula que las plataformas digitales que se centran en la intermediación de prestaciones de servicios deben ser excluidas de la economía colaborativa, a diferencia de las plataformas para el uso o la venta de bienes que encajan en su concepto. El argumento principal es que: "cuando hablamos de prestación de servicios difícilmente se puede hablar de colaboración entre particulares, puesto que el sujeto que realiza la prestación no está poniendo en el mercado un bien infrautilizado (esencia de la economía colaborativa) sino ofreciendo su tiempo a cambio de dinero -como cualquier profesional o trabajador-. Por ello, cuando se habla de plataformas donde se ofrecen servicios, no se estaría ante la economía colaborativa sino ante la llamada economía bajo

demanda o «*Gig*» *economy*"[7]. Así, el negocio "colaborativo" tiene como elemento principal el alquiler del bien y no la prestación de servicios[8].

En cambio, se pone el acento de la crítica cuando la plataforma se organiza más allá de la intermediación. Esto se fundamenta bajo los siguientes términos: "Inicialmente la terminología de «economía colaborativa» se empleó para designar aquellas plataformas digitales que tenían como finalidad ayudar al intercambio de bienes o servicios entre particulares, actuando aquéllas como meras intermediarias del servicio. Actualmente, sin embargo, esa etiqueta se sigue aplicando a muchas empresas que, pese a organizarse mediante plataformas digitales, no tienen finalidad colaborativa, pues no actúan como meras intermediarias, sino que intervienen activamente en la definición de las condiciones de uso de la plataforma y obtienen importantes beneficios económicos. Dicho de otro modo, se trata de plataformas que no actúan como meras intermediarias, sino que también prestan el servicio subyacente. De ahí, pues, que resulten más apropiadas las etiquetas de «economía digital», «*gig economy*», «*on demand economy*», o «trabajo 3.0»"[9]. Aquí no es el tipo de plataforma -alquiler de bien o prestación de servicios- que lo excluye de la economía colaborativa, ambas pueden estar siempre que sean solo intermediarias. Pierden ese carácter intermediario cuando, en realidad, la plataforma se organiza en función de ejecutar el servicio subyacente[10]. Esta crítica tiene un punto de encuentro con el ánimo de lucro, porque la organización productiva de la plataforma para la ejecución del

7 TODOLÍ SIGNES, Adrián (2018). "Prólogo". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 28.

8 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017a). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 14.

9 SERRANO OLIVARES, Raquel (2017). "Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad". En: *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* de Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (directores). Albacete: Editorial Bomarzo, p. 19.

10 Cfr. CALVO GALLEGO, Francisco Javier (2017). "Uberpop como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el Derecho del Trabajo". En: *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* de Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (directores). Albacete: Editorial Bomarzo, p. 355.

servicio subyacente tiene por finalidad incrementar el beneficio del propietario frente a lo que solo puede conseguir con la intermediación.

Dado que la economía colaborativa es poco precisa para describir a las plataformas digitales, como alternativa se nos plantea a la *gig economy*. El término *gig* proviene de la música popular para describir la performance en la interpretación de una canción por una persona o un grupo musical. Esto trasladado a la economía alude a la prestación del servicio de una manera ocasional y corta[11], con lo que reduce el concepto a las plataformas de prestaciones de servicio.

Una descripción del término lo encontramos en De Stefano cuando señala que la *gig economy* suele entenderse en referencia a dos formas de trabajo: el *crowdwork* que son las actividades laborales que implican una serie completa de tareas por medio de plataformas en línea y el *work on-demand via apps* que es la ejecución de una tradicional actividad laboral (transporte, limpieza, mensajería, administración, etc.) canalizados por medio de aplicaciones (apps) administrados por compañías, que también intervienen en el establecimiento de regulaciones mínimas del servicio, la selección y administración de la fuerza de trabajo[12]. La referencia a formas de trabajo excluye a las plataformas digitales de venta o alquiler de bienes carentes de esta característica y se centra en los servicios proporcionados por particulares. Este concepto de *gig economy* es asumido por la academia[13].

11 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2017a). "El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa". En: *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* de Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (directores). Albacete: Editorial Bomarzo, p. 194.

12 Cfr. DE STEFANO, Valerio (2016). *The rise of the "just-in-time workforce": On-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy".* Geneva: International Labour Office, Conditions of Work and Employment Series No. 71, p.1.

13 Cfr. BERG, Janice, FURRER, Marianne, HARMON, Ellie, RANI, Uma y SILBERMAN, M. Six (2019). *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, p. 1. STOKES, Kathleen, CLARENCE, Emma, ANDERSON, Lauren y RINNE, April. *Loc. Cit*. LEÓN ORDOÑEZ, Gisela C. (2018). "Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 110. PLAZA ANGULO, Juan José, PATIÑO RODRÍGUEZ, David y GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, Rosario (2018). "Nuevo contexto

De este modo, nuestro interés por las plataformas digitales se centra en aquellas que ofrecen la intermediación para la prestación de servicios por particulares, dejando de lado las plataformas que ofrecen la intermediación para el alquiler o la venta de bienes.

II. Las plataformas digitales de prestación de servicios

El éxito de las plataformas digitales de prestaciones de servicios se explica por una serie de causas tecnológicas y económicas. En primer lugar, la mencionada revolución digital permite el incremento de los rendimientos y la reducción de los costos de producción, en razón que puede alcanzarse un costo marginal cero[14], es decir, la prestación del servicio digital puede reproducirse en gran número sin que esto signifique incrementar sus costos. Por ejemplo, si una empresa elabora una plataforma para la intermediación de la prestación de un servicio entre particulares, ni bien se haya cubierto el costo del algoritmo que permite la intermediación, los costos de la plataforma no se van a elevar por el incremento del número de intermediaciones, por el contrario, esos incrementos representan un mayor beneficio. En segundo lugar, al cubrirse el costo de la creación de la plataforma, su expansión en el mercado global es más barato porque su acceso puede producirse desde cualquier lugar, de modo que puede prestar el servicio en distintos lugares de manera simultánea. La reducción de los costos de transacción le permite a la plataforma volverse una empresa global que aprovecha las economías de escala, consiguiendo la expansión de la marca en base a la confianza de los clientes y dificultando el ingreso de otras plataformas competidoras por elevar sus costos de entrada[15]. En tercer lugar, las plataformas facilitan la externalización de servicios profesionales a las empresas. Por un lado,

para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 57. GINÈS i FABRELLAS, Anna (2020). "La (des)protección social de los trabajadores en plataformas digitales". En: *Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real* de Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (directores). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 216.

14 Cfr. CEDROLA SPREMOLA, Gerardo (2018). *Óp. Cit.,* p. 265.

15 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2015). "El impacto de la «Uber Economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo". En: *IUSLabor.* Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, p. 6-7.

la externalización del servicio se produce hacia un particular y no a otra empresa, lo que hace disminuir sustancialmente los costos, más aún, si el prestador es un trabajador autónomo al que no se les aplica la protectora legislación laboral[16]. Por otro lado, la externalización se produce de manera inmediata y ante cada requerimiento del cliente, permitiendo un acceso rápido y efectivo al mercado de servicios profesionales[17].

No perdamos de vista que detrás de las plataformas digitales hay una empresa dirigida por personas que son sus propietarias que administran y controlan el negocio por medio de un staff de profesionales. La dirección empresarial siempre lidera a la plataforma, pero que parece desaparecer en la virtualidad propia del mundo digital.

El éxito de las plataformas digitales gira en torno al algoritmo[18] porque les permite administrar el modelo del negocio. La función principal del algoritmo consiste en la asignación más eficiente para la realización de las actividades de los profesionales y los recursos disponibles de la plataforma. De este modo, el algoritmo efectúa el ajuste entre la oferta y demanda[19]. A su vez, el algoritmo permite gestionar a los prestadores de servicios por medio de las instrucciones que reciben, lo que caracteriza a las plataformas[20] y estos solo son diseñados, implementados y modificados por la propia plataforma[21].

La división de las plataformas de la *gig economy* entre *crowdwork* y *work on-demand* donde la prestación de servicios es el punto de encuentro, pone la luz sí la plataforma solo cumple el rol de intermediación o si también prestan el servicio subyacente.

16 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017a). *Óp. Cit.,* p. 20.

17 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2017a). *Óp. Cit.,* p. 197.

18 El algoritmo es definido por el diccionario de la lengua española como el conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema.

19 MERCADER UGUINA, Jesús R. (2017). *El futuro del trabajo en la era de la globalización y la robótica*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 91.

20 Cfr. BERG, Janice y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 9-10.

21 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2018). "La figura del trabajador de plataforma: las relaciones entre las plataformas digitales y los trabajadores que prestan sus servicios". En: *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura* de Francisco Pérez de los Cobos (director). Madrid: Wolters Kluwer, p. 27.

En el *crowdwork*[22] o la externalización de tareas, la plataforma convoca a un número extenso de personas previamente registradas para la realización de una tarea solicitada por un cliente, quien fija el precio por su cumplimiento. La prestación del servicio se implementa en la propia plataforma para quedar registrada, con lo que es *on line*, y la plataforma cobra una comisión al cliente por la tarea terminada. Por ejemplo, la plataforma Amazon Mechanical Turk ofrece mundialmente a las personas registradas en su web para realizar en forma virtual la tarea de analizar datos solicitada por un cliente. Las personas que aceptan la oferta registran la tarea solicitada en la plataforma desde el lugar de sus residencias, apoyándose en sus propias habilidades, conocimientos y herramientas. El cliente recibe las tareas cumplidas y selecciona aquella que cumple con sus requerimientos, efectuando el pago en la plataforma.

En el *work on-demand* o el trabajo a pedido por aplicación, la plataforma invita a una persona registrada en su aplicación con geolocalización para cumplir una tarea local solicitada por un cliente dada su cercanía para su realización, por lo que la prestación del servicio se implementa fuera de la plataforma, con lo que es *off line* y la plataforma fija el precio por la prestación del servicio, cobrando una comisión al prestador en el pago del cliente. Por ejemplo, la plataforma Uber convoca a un conductor registrado en su aplicación y que se encuentra disponible conforme a la geolocalización para que transporte a un cliente de un lugar a otro. Efectuado el transporte del cliente, éste paga por el servicio de manera electrónica en la plataforma. Justamente la OIT señala que este tipo de plataforma sería la predominante en Latinoamérica, es decir, las plataformas de servicios basadas en la localización tienen mayor presencia en el mercado de la región, especialmente los servicios de transporte y los servicios de mensajería y/o reparto a domicilio[23].

Estas dos formas de trabajo en las plataformas de prestaciones de servicios tienen una amplia variedad, conforme a la actividad económica en que se ubiquen, por lo que es erróneo considerarlas de manera uniforme. En realidad, la heterogeneidad de las plataformas es su peculiaridad que, a su vez, influye sobre

22 Un término similar es crowdsourcing que alude a grupo de personas (crowd) y externalización (outsourcing). Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 3.

23 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2020a). *Panorma Laboral 2020. América Latina y el Caribe.* Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, p. 80.

los prestadores de servicios. Un listado de plataformas vinculadas a su actividad económica retrata la heterogeneidad: Uber, Lyft (transporte de pasajeros), Deliveroo, Glovo, Rappi (transporte de mercancías o mensajería), Helping, Clintu (limpieza del hogar), TaskRabbit, Wayook (servicios del hogar), Sandman (guías turísticos), Linkinfood, Chefly (cocineros), Sharing Academy, Classgap (profesores particulares), Amazon Mechanichal Turk, Clickworker (micro tareas).

En ese sentido analicemos sucintamente la estructura organizacional de dos empresas de plataformas exitosas en la región. Por un lado, la plataforma de servicios de transporte Uber y, por otro lado, la plataforma de servicios de mensajería Rappi, lo que nos permita comprender el modelo del negocio.

Uber es una empresa estadounidense fundada en marzo de 2009 (San Francisco) por Garret Camp y Travis Kalanick que por medio de una aplicación móvil proporciona a sus clientes la conexión con un conductor para que le proporcione un transporte de pasajeros particular. Conforme a la empresa, su rol es una intermediación tecnológica entre el cliente y el conductor por medio de la aplicación, rechazando que su función sea prestar el servicio de transporte particular (servicio subyacente). El éxito de la empresa estadounidense le ha permitido expandirse mundialmente, en la actualidad se ubica en más de 10 mil ciudades alrededor del mundo, con una plantilla de 22 mil empleados, cerca de 4 millones de conductores registrados en su aplicación, 91 millones de clientes y 10 billones de viajes completados a nivel mundial. El éxito del modelo del negocio se ha expandido a otro tipo de prestaciones: Uber Eats (servicio de entrega de alimentos a domicilio), Uber Flash (realizar repartos), Uber Shopping (asociado con locales para el reparto de mercancías), Uber Freight (transporte de mercancías con camiones). Uber es una empresa privada de acciones que cotiza en el mercado bursátil de New York desde 2019 y está organizada bajo un esquema triangular. En primer lugar, Uber Technologic Inc. (con sede en San Francisco) responsable de la organización y administración del grupo empresarial, con el control directo de su servicio en Estados Unidos y China. En segundo lugar, Uber B.V. (con sede en Amsterdam) responsable del servicio en el resto del mundo y de los aspectos legales de la compañía a nivel mundial. En tercer lugar, la empresa Uber ubicada en cada país donde presta el servicio.

La plataforma de transporte de mensajería y/o reparto Rappi es una empresa colombiana fundada por Felipe Villamarín, Sebastián Mejía y Simón Borrero

en 2015, que por medio de una aplicación móvil proporciona a sus clientes la conexión con un mensajero o repartidor para que recoja y entregue la mercancía, medicina o alimento al lugar prescrito. Al igual que Uber, la empresa sostiene que es una plataforma de intermediación tecnológica entre el cliente y el repartidor. El éxito de la empresa ha llevado a que rápidamente se extienda con su modelo de negocio a nueve países de la región: Colombia, Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, México, Perú y Uruguay, dando forma a una empresa multinacional con sede en Bogotá. También ha expandido sus prestaciones de servicios a otras modalidades, como Rappi Mall (servicio con los supermercados), Rappi Cash (servicio de dinero en efectivo), Rappi Entertainment (música, juegos, apuestas). La información de la organización empresarial es muy reservada y todavía no cotiza en la bolsa de valores[24]. Por lo general, las plataformas de servicio de mensajería en Latinoamérica están constituidas como sociedades por acciones simplificadas, con menores formalidades y menor capital social. Asimismo, Rappi es la empresa matriz propietaria de las demás empresas del resto de la región[25], aunque no hay precisión sobre qué tipo de control real que ejerce sobre ellas.

Sin embargo, la heterogeneidad de las plataformas y de sus prestadores de servicios no puede ensombrecer la centralidad que ocupa la prestación del servicio en este modelo de negocio, por lo que la calificación del trabajador -asalariado o autónomo- resulta fundamental para la aplicación de la normativa laboral. La relación triangular de las plataformas digitales no debe opacar el rol que cumple cada uno de los sujetos de las relaciones de producción[26].

La clave para despejar jurídicamente esta duda proviene de la *praxis* de la plataforma digital. Si su rol es solo de intermediación entre los clientes -particulares o empresas- con los prestadores del servicio, parece difícil sostener que

24 Cfr. http://www.rappi.com

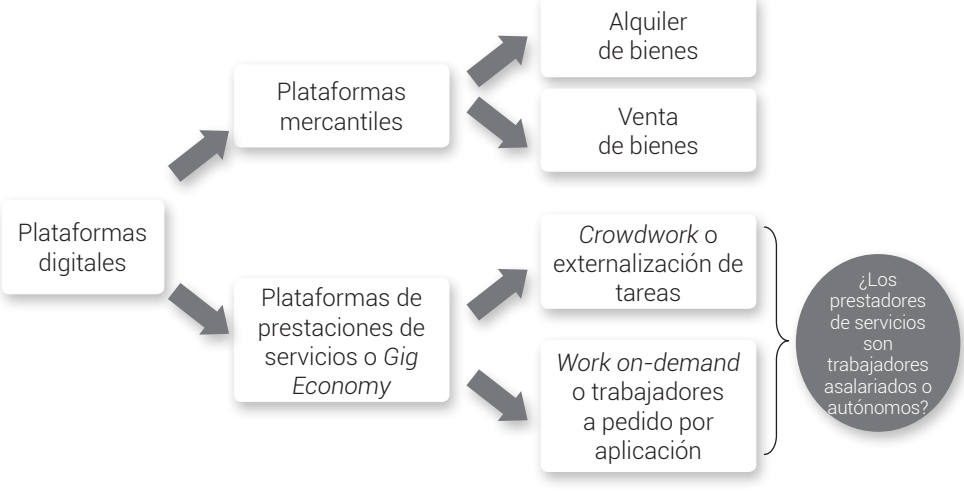
25 MUGNOLO, Juan Pablo, CAPARRÓS, Lucas y GOLCMAN, Martín (2020). *Análisis jurídico sobre las relaciones de trabajo en los servicios de entrega de productos a domicilio a través de plataformas digitales en Argentina*. Buenos Aires: Oficina de País de la OIT para Argentina, p. 12.

26 Cfr. TRILLO PÁRRAGA, Francisco (2018). "El trabajo en plataformas virtuales: a propósito del caso Uber". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 228.

existe una relación laboral. Por el contrario, si la plataforma está organizada para intermediar y prestar el servicio subyacente, simulando que el prestador es un trabajador autónomo o contratista independiente ajeno a la plataforma, nos encontraríamos ante una relación laboral[27]. Aunque este criterio también ha merecido críticas en su formulación. En primer lugar, porque la laboralización generalizada e indiscriminada del trabajo en las plataformas no es una respuesta adecuada por la gran variedad de supuestos existentes[28]. En segundo lugar, porque prestar el servicio subyacente puede responder a un modelo de negocio basado en la autonomía y la coordinación[29], aunque esto último parece difícil de generalizar en este tipo de negocio.

La figura 1 clasifica a las plataformas digitales entre mercantiles y prestaciones de servicios (*gig economy*) centrando el análisis de la laboralidad de los prestadores de servicios.

Figura 1: Clasificación de las plataformas digitales



27 Cfr. GINÈS i FABRELLAS (2020). *Óp. Cit.,* p. 230.

28 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2017b). "La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social". En: *Temas Laborales.* Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, No. 138, p. 146,

29 Cfr. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, María Yolanda (2018). "El trabajo en plataforma ante los tribunales: un análisis comparado". En: *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura* de Francisco Pérez de los Cobos (director). Madrid: Wolters Kluwer, p. 78.

III. Los indicios de laboralidad en las plataformas digitales de prestación de servicios

En la mayoría de las plataformas digitales de la *gig economy* o prestación de servicios consideran a los prestadores como trabajadores autónomos o contratistas independientes, por lo que son excluidos de la aplicación de la legislación laboral (salario mínimo, seguridad social, vacaciones, etc.) y asuman los riesgos por la prestación del servicio[30]. Inclusive, las plataformas de *crowdwork* suelen exigir a los prestadores que se califiquen como autónomos[31], y esto se materializa en los contratos que suscriben las plataformas y los prestadores. En efecto, en los contratos de ingreso y registro en la plataforma establecen las condiciones de la prestación del servicio y el tipo de relación jurídica entre el prestador con la plataforma y con el cliente, respectivamente. En realidad, son contratos de adhesión porque el prestador carece del poder para negociar las condiciones con la plataforma. En muchos casos, el propio contrato le otorga a la plataforma la potestad de modificarlo unilateralmente[32]. La exclusión de los costos laborales y la asunción de los riesgos por el prestador termina favoreciendo la competitividad de las plataformas respecto a la empresa tradicional porque sus costos son inferiores[33].

La calificación de trabajador autónomo en el contrato de ingreso a la plataforma digital no es suficiente argumento para excluir la aplicación de la legislación laboral si se identifican elementos de la relación laboral. Conforme al principio de la primacía de la realidad, existe una prevalencia de los hechos o la práctica sobre los documentos o los acuerdos[34], con independencia de la voluntad de las partes, por lo que no es relevante su intencionalidad sino la demostración de los hechos[35]. En otras palabras, el contrato de ingreso a la plataforma no es

30 Cfr. DE STEFANO, Valerio (2016). *Óp. Cit.,* p. 5.

31 Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 13.

32 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2018). *Óp. Cit.,* p. 25-26. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 25.

33 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017b). "Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales". En: *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* de Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (directores). Albacete: Editorial Bomarzo, p. 224.

34 Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo (2015). *Los principios del Derecho del Trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 4ª. Edición, p. 271.

35 Ídem., p. 282.

sustancial para evitar que los prestadores sean calificados como asalariados dentro de un proceso judicial aplicando el test de laboralidad[36].

El test de laboralidad recibe el respaldo normativo internacional en la Recomendación No. 198 sobre la relación de trabajo (2006)[37] de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), cuando recoge la presunción de la existencia de la relación laboral ante ciertos indicios: "9. A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, *la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador* sin perjuicio de la manera en que se caracteriza la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes (la cursiva es mía)".

La división jurídica entre trabajador asalariado y trabajador autónomo no ha estado exenta de dificultades por la propia naturaleza de la *praxis* del trabajo que rehúsa encorsetarse en categorías legales. Sin embargo, esto no ha impedido que sobre la base de las características recurrentes poder identificar los elementos de la relación laboral del asalariado en oposición a la relación civil -o mercantil- del autónomo.

En la tradición laboral latinoamericana se identifican tres elementos esenciales del contrato de trabajo: la prestación personal, la remuneración y la subordinación jurídica[38]; en oposición al contrato de obra: la ejecución, la retribución

36 El test de laboralidad se centra en el juicio para determinar la existencia o no de una relación laboral, siendo uno de los componentes del principio de la primacía de la realidad. Tengamos presente que el principio también se aplica a otro tipo de controversias similares: el monto de las remuneraciones, la categoría del trabajador, etc.

37 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R198

38 Un sector de la doctrina española agrega como otro elemento esencial del contrato de trabajo a la ajenidad, que subraya la apropiación de los frutos por el empleador desde el momento mismo de su producción. Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y DE LAS CASAS BAAMONDE, María Emilia (2006). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Thomson-Reuters Aranzadi, 24ª. Edición, p. 69. Sin embargo, el carácter de trabajo por cuenta ajena del contrato de trabajo no es exclusivo de éste, porque también está presente en modalidades contractuales civiles, tales como, el contrato de arrendamiento de servicios, por lo que pierde su rasgo diferenciador. Cfr. OJEDA AVILÉS, Antonio (2007). "Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato". En: *Derecho PUCP*. Lima: Fondo Editorial

y la autonomía[39]. En base a la identificación de esos tres elementos se apoya el test de laboralidad para distinguir entre asalariados y autónomos.

El primer elemento del contrato de trabajo es la prestación personal -*intuitu personae*-, entendida que la persona del trabajador es insustituible en la prestación del servicio, no puede ser reemplazado por un tercero al ser una obligación personal y directa. El segundo elemento es la remuneración, que responde al pago como contraprestación al trabajador por su labor efectuada. El tercer elemento es la subordinación jurídica, que consiste en el vínculo jurídico que somete al trabajador a recibir las instrucciones del empleador y cumplirlas para ejecutar la prestación del servicio. En base a la subordinación jurídica se sustentan los tres poderes del empleador sobre el trabajador: dirección, control y disciplina.

La subordinación jurídica es la que ha merecido la mayor atención para identificar al asalariado dentro de una relación contractual de prestación de servicios, tomando en cuenta la complejidad que viene alcanzando el mundo del trabajo. Muestra de ello es la evolución jurisprudencial del concepto de la subordinación jurídica que busca adecuarse a estas transformaciones, evitando quedar obsoleta o sujeta a interpretaciones pétreas. Este esfuerzo queda retratado en estos términos: "Esta política jurisprudencial ha llevado a una evolución de la noción jurídica de subordinación. Ésta ya no resulta, únicamente, de la sumisión a unas órdenes en la ejecución propiamente dicha del trabajo, sino también de la integración del trabajador en una organización colectiva del trabajo diseñada por y para otros. Tal ampliación del criterio de la subordinación hace que su manejo sea más inseguro, y sobre todo más complejo. Desde el momento en que un trabajador tiene una cierta autonomía en la ejecución de su trabajo, para caracterizar su contrato hay que comprobar si existen otros indicios que revelen su posible estado de subordinación. Es la técnica llamada de haz de indicios, que se ha convertido en una característica común del Derecho del trabajo en los países europeos. Dicha técnica no consiste en verificar que todos los indicios se encuentran en la situación analizada, sino, por el contrario, en inducir la unión de varios de ellos la existencia de un vínculo de subordinación"[40].

de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 60, p. 383-386.

39 Cfr. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (2000). *El contrato de locación de servicios*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 101-159.

40 SUPIOT, Alain (Coordinador) (1999). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 49.

En otras palabras, los indicios de laboralidad se constituyen sobre las características del trabajo asalariado en el modelo industrial del siglo pasado, pero el modelo de negocio de las plataformas es distinto. Por lo que, en palabras de Todolí, "es necesario buscar herramientas que permitan identificar correctamente los sujetos que necesita protección a pesar de que las formas organizativas hayan cambiado. Estas herramientas es lo que yo llamo los «nuevos indicios de laboralidad» derivado de la digitalización"[41]. Así, el test de laboralidad debe tener la flexibilidad en adaptarse a estos datos de la realidad.

Por ejemplo, la jurisprudencia estadounidense en el *caso Borello* hace una recopilación de los indicios de laboralidad para implementar el test. La Corte Suprema de California señala que estos incluyen: a) si el que realiza los servicios se dedica a una ocupación o negocio distinto; b) el tipo de ocupación, con referencia a si, en la localidad, el trabajo generalmente se realiza bajo la dirección del empleador o por un especialista sin supervisión; c) la habilidad requerida en la ocupación particular; d) si el empleador o el trabajador proporcionan los instrumentos, herramientas y el lugar de trabajo para la persona que realiza el trabajo; e) el período de tiempo durante el cual se prestarán los servicios; f) el método de pago, ya sea por el tiempo o por el trabajo; g) si el trabajo es o no parte del negocio regular del director; y h) si las partes creen o no que están creando la relación de empleador-empleado[42]. Luego, en el propio fallo, la Corte lo complementa con: 1) la oportunidad del presunto empleado de ganancias o pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial; 2) la inversión del presunto empleado en equipo o materiales requeridos para su tarea, o su empleo de ayudantes; 3) si el servicio prestado requiere una habilidad especial; 4) el grado de permanencia de la relación laboral; y 5) si el servicio prestado es una parte integral del negocio del supuesto empleador[43].

Posteriormente, la Corte Suprema de California redefine los indicios de laboralidad del test Borello en una sola prueba que contiene tres elementos -o también conocida como la prueba ABC-: "Por las razones que se explican a continuación, llegamos a la conclusión de que para determinar si, según la

41 TODOLÍ SIGNES, Adrián (2018). *Óp. Cit.,* p. 30.

42 Cfr. SUPREM COURT OF CALIFORNIA. *Decided 23th.,* March 1989. Case No. S003956 (S. G. BORELLO & SONS, INC., Plaintiff and Appellant, v. DEPARTMENT OF INDUSTRIAL RELATIONS, Defendant and Respondent), p. 5.

43 Ídem., p. 7.

definición de autorizar o permitir trabajar, se considera que un trabajador es el tipo de contratista independiente al que no se aplica la orden salarial, conviene recurrir a un estándar, comúnmente conocida como la prueba ABC, que se utiliza en otras jurisdicciones en una variedad de contextos para distinguir a los empleados de los contratistas independientes. Bajo esta prueba, un trabajador se considera apropiadamente un contratista independiente al que no se aplica una orden de salario solo si la entidad contratante establece: (A) que el trabajador está libre del control y la dirección del contratante en relación con el desempeño del trabajo, tanto bajo el contrato para la realización de dicho trabajo como sí de hecho ocurre; (B) que el trabajador realiza un trabajo que está fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante; y (C) que el trabajador se dedica habitualmente a un oficio, ocupación o negocio establecido independientemente de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad contratante (la traducción es mía)"[44]. La sentencia introduce un profundo cambio en el análisis de la laboralidad estadounidense. Adopta el criterio de que existe una presunción *iuris tantum* en favor de la relación laboral en la controversia sobre la calificación del prestador[45]. En otras palabras, la prueba ABC presume que todos los trabajadores son asalariados y que solo pueden ser calificados como contratistas independientes o autónomos, si la empresa contratante demuestra que el trabajador en cuestión cumple cada una de las tres condiciones[46].

Si resaltamos los poderes de dirección y de control del empleador que provienen de la subordinación jurídica, destacan entre los indicios de laboralidad: "(la) integración del trabajador en la organización de la empresa (…); la ausencia de elección por parte del trabajador de cuándo y dónde trabajar; (el) trabajo desarrollado única o principalmente para otro; (el) suministro de herramientas, materiales y maquinarías por parte de la persona que requiere el trabajo; (la) no asunción de riesgos, beneficios y perdidas, por el trabajador; (la) mínima continuidad y estabilidad en el trabajo; (la) ausencia de decisiones sobre cuestiones

44 Ídem., p. 7.

45 La presunción *iuris tantum* sobre la existencia de un contrato de trabajo en una prestación de servicios es comúnmente recogido por los ordenamientos nacionales. Por ejemplo, el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina. El artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo colombiano. El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral peruana.

46 Cfr. SUPREME COURT OF CALIFORNIA. *Decided 30th., April 2018.*, p. 64.

importantes de la organización empresarial; (las) inversiones específicas en el trabajo por parte del empresario (los paréntesis son míos)"[47].

Hay otra serie de características de las labores en las plataformas que pueden prestarse como indicios de laboralidad: proveer de formación, adiestramiento, guía o entrenamiento a los prestadores respecto al servicio que prestan; elegir o limitar el precio que el prestador puede percibir; realizar funciones de inventario o logística en beneficio del prestador; establecer controles de entrada en la plataforma; desactivar a los prestadores por razones de rendimiento o disciplinarias; establecer posibilidades de evaluar al prestador; no permitir que el prestador pueda compartir su reputación *on line* en otras plataformas; limitar las posibilidades del prestador de elegir a sus clientes; entregar al prestador algún elemento productivo necesario para la realización de la labor; exigir la exclusividad al prestador de servicios; proveer de seguro o cualquier otro elemento que reduzca el riesgo; gestionar los impuestos en nombre del prestador; etc.[48]

Resulta importante recuperar la mención a la falta de poder de negociación del prestador con la plataforma, porque eso denota una subordinación económica y social del trabajador[49]. El rol de la norma laboral por proteger la libertad del trabajador frente al poder del empleador se reproduce en términos sociales en el contrato del prestador y la plataforma. Por lo que, si bien no se puede presumir la laboralidad en las plataformas, si no existen indicios, la subordinación puede ensombrecerse ante una aparente libertad contractual del prestador en este tipo de contratos.

En conclusión, en base a los indicios de laboralidad se puede calificar si un prestador de una plataforma de prestación de servicios es un asalariado o un autónomo, con independencia de lo establecido en el contrato de ingreso a la plataforma.

47 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, María Yolanda (2018). *Óp. Cit.,* p. 70-71.

48 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017a). *Óp. Cit.,* p. 63-64.

49 Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio (2000). "La «huida» del derecho del trabajo. Tendencias y límites de la deslaboralización". En: *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)* de Manuel Alarcón Caracuel y María del Mar Mirón Hernández. Madrid: Marcial Pons, p. 48-49.

IV. Los trabajadores de las plataformas de prestación de servicios

La afirmación de las plataformas digitales que son empresas tecnológicas que solo cumplen un rol de intermediación entre clientes y prestadores de servicios, donde éstos son trabajadores autónomos o contratistas independientes que no tienen una relación laboral con aquellas o con los clientes es uno de los pilares del modelo de negocio. Dicha afirmación es puesta en tela de juicio, conforme lo subrayan los párrafos anteriores, en base a la descripción de las prestaciones de servicios en las plataformas. Sin embargo, lo que corresponde es aplicar los indicios de laboralidad a la propia *praxis* de las plataformas de la *gig economy*.

Las peculiaridades de la prestación de servicios en las plataformas digitales dificultan recurrir mecánicamente a la concepción tradicional de subordinación -elemento determinante de la relación laboral-, por lo que desde la jurisprudencia[50] y la doctrina existe un esfuerzo argumentativo para redefinirlo en este nuevo escenario. En primer lugar, no es incompatible con la subordinación jurídica del trabajador contar con un ámbito de autonomía en el desarrollo de la prestación laboral[51]. Por ejemplo, la prestación al no realizarse en el espacio físico de la plataforma otorga una mayor independencia al prestador; el prestador directo no tiene un superior jerárquico; las instrucciones de la prestación son sustituidas por criterios generales o manual de recomendaciones; no existen horarios definidos o tiempos de trabajos obligatorios[52]. En segundo lugar, la legislación laboral ha extendido su aplicación a trabajadores con una autonomía significativa, por ejemplo, los trabajadores a distancia, los altos cargos directivos o los artistas[53]. En tercer lugar, la acumulación de los indicios que evidencien la subordinación no es lo fundamental, sino la medición del grado y la intensidad

50 En la tercera parte analizamos la jurisprudencia laboral comparada sobre la laboralidad en las plataformas digitales.

51 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2015). *Óp. Cit.,* p. 9.

52 Cfr. POQUET CATALÁ, Raquel (2018). "Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p.183-184.

53 Cfr. GUERRERO VIZUETE, Esther (2018). "La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco conceptual necesitado de delimitación". En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Bérgamo: ADAPT, Vol. 6, No. 1, enero-marzo, p. 205-206.

de este control e influencia de la plataforma en la configuración y control de los servidores subyacentes[54].

Un rasgo del trabajo autónomo es la obligación del resultado de la prestación, en oposición al trabajo asalariado donde la obligación es la actividad. Así el interés de la plataforma es que el prestador cumpla con la prestación -la obligación del resultado-, sin estar interesado en la forma cómo cumple con la prestación -la obligación de la actividad-. Sin embargo, esto podría cuestionarse si se evidencia que la plataforma ejerce una supervisión sobre la prestación del servicio. Por ejemplo, si la función que cumple el algoritmo en la plataforma se reduce a la intermediación entre cliente y prestador, o si también monitorea la propia actividad de la prestación.

En la investigación de Möhlmann y Zalmanson concluyen que la propia gestión algorítmica de las plataformas son prácticas de supervisión, gobernanza y control realizadas sobre muchos trabajadores remotos. Estos trabajadores realizan tareas en plataformas en línea, pero pueden ser autónomos y no estar empleados oficialmente por la empresa. Sostienen que la gestión algorítmica se caracteriza por el seguimiento y la evaluación continua del comportamiento y el desempeño de los trabajadores, así como la implementación automática de decisiones algorítmicas, sin que intervenga otra persona, por lo que se les priva de cualquier comentario o negociación con un supervisor y el sistema no tiene transparencia porque los trabajadores no conocen el conjunto de reglas que rigen los algoritmos[55]. Si bien la investigación de Möhlmann y Zalmanson se centran en los prestadores de servicios del *crowdwork*, podría extenderse sobre los prestadores a pedido de aplicaciones, en tanto se verifique que existe el control de las plataformas sobre su prestación física o local. Por ejemplo, en el caso específico del trabajo a pedido por aplicaciones del transporte de pasajeros, como las plataformas Uber o Lyft, la geolocalización de la aplicación les permite monitorear de manera permanente el desempeño del conductor durante la prestación del servicio.

54 Cfr. CALVO GALLEGO, Francisco Javier (2017). *Óp. Cit.,* p. 359.

55 Cfr. MÖHLMANN, Mareike y ZALMANSON, Lios (2017) "Hand son the wheel: Navigating algorithmic management and Uber´s autonomy", *Proceedings on the International Conference on Information Systems (icis 2017)*. Seul, 10-13 de diciembre, p. 4-5.

Al lado de esto, también la supervisión de la prestación por un algoritmo revela que pueden surgir situaciones de trato injusto sobre el prestador, porque carece de un interlocutor que le sea capaz de explicar las instrucciones o justificar con argumentos el rechazo de la prestación en el *crowdworker* o la magra evaluación en el trabajo a pedido[56]. Esto nos lleva a la evaluación de la prestación que realizan los clientes.

Las plataformas de la *gig economy* están muy interesadas en la participación de los clientes para evaluar la prestación del servicio, porque les permite contar con la información sobre el desempeño del prestador en su labor y en base a dicha evaluación tomar decisiones en la continuidad o el apartamiento del prestador para futuras prestaciones. El control no se implementa directamente, sino que el cliente registra en la plataforma su evaluación por el servicio recibido. No obstante, la simple evaluación es insuficiente para afirmar la laboralidad de la prestación porque requiere que venga diseñado con determinados niveles de rendimiento para la adopción de decisiones[57]. Lo resaltante es la voluntad por controlar la calidad de la prestación. A su vez, este sistema de control muestra que la exigencia de satisfacción de los clientes sobre la prestación es determinante para el funcionamiento del modelo de negocio, por lo que la profesionalidad de los prestadores se vuelve una demanda para las plataformas[58].

La desactivación del prestador por la plataforma puede equipararse al despido del asalariado. Pero también la sola amenaza de la desactivación es una herramienta de sometimiento del prestador que lo vuelve más dócil frente a las exigencias de la plataforma y el cliente[59]. Esto cuestiona la independencia del trabajador autónomo, uno de sus principales rasgos. En efecto, si entendemos la independencia del trabajador autónomo "como aquel que no existe interven-

56 Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 80.

57 Cfr. GINÈS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi (2016). "*Sharing economy vs. uber economy* y las fronteras del Derecho del Trabajo: las (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital". En: *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Vol. 1, p. 24.

58 Cfr. MELIÁN GONZÁLEZ, Santiago y BULCHAND GIDUMAL, Jacques (2018). "Trabajar en la economía colaborativa ¿es realmente una cuestión de recursos ociosos? En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 67.

59 Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 84.

ción ajena que determine su modo de ejecución, es un concepto de contornos rígidos y precisos que no admite graduaciones"[60]. Sin embargo, los ejemplos del control ejercido por los algoritmos de las plataformas ponen en tela de juicio esa autonomía del prestador. En resumen, si existen indicios de control de la plataforma sobre la prestación resultaría difícil sostener que el prestador es un trabajador autónomo.

Podemos agregar otros elementos en nuestro análisis sobre la autonomía del prestador. En primer lugar, lo que se valora no es solo el ejercicio del control sobre la prestación sino también que la plataforma mantiene la reserva para ejercitar dicho control[61]. En otras palabras, si se demuestra que la plataforma goza de esa potestad, aunque no lo ejerza, no desvirtúa la titularidad del derecho. En segundo lugar, la autonomía del prestador en aceptar la propuesta de la tarea de la plataforma resulta inexistente si viene acompañada con sanciones, como la reducción de tareas asignadas o la extinción del vínculo[62]. No puede existir autonomía en el prestador si su decisión está condicionado a algún tipo de sanción por la plataforma. Por ejemplo, en Uber se espera que los conductores acepten todos los viajes propuestos o que no se ausenten por un largo período de tiempo de la plataforma sin prestar servicios, porque en esos supuestos cabe la posibilidad de desactivarlo[63].

También el carácter autónomo del trabajador se asienta en que tiene su propia organización productiva para ejecutar la prestación[64], en este caso, distinta a la plataforma. Por lo que si el prestador está integrado a la organización productiva de la plataforma tendremos un indicio de laboralidad que puede evidenciarse con la imposición de regulaciones al prestador[65], la organización

60 MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín (2009). *Derecho del Trabajo.* Madrid: Editorial Tecnos, 18ª. Edición, p. 48.

61 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2015). *Óp. Cit.,* p. 11.

62 Cfr. GOERLCIH PESET, José María y GARCÍA RUBIO, María Amparo (2018). "Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores de plataforma". En: *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura* de Francisco Pérez de los Cobos (director). Madrid: Wolters Kluwer, p. 54-55.

63 Cfr. GINÈS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi (2016). *Óp. Cit.,* p. 19.

64 Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo (2007). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Tecnos, 28ª. Edición, p. 281.

65 Cfr. POQUET CATALÁ, Raquel (2018). *Óp. Cit.*, p. 185.

del servicio[66], el trato con los clientes[67], etc. Para un sector de la doctrina española, la falta de organización propia del prestador muestra que en realidad hay una ajenidad en el mercado[68], por lo que sería otro indicio de laboralidad. Pero previamente señalamos que el trabajo por cuenta ajena es un rasgo compartido por los asalariados y un grupo de autónomos, de modo que no es un rasgo único de la relación laboral.

El aporte de las herramientas o medios de producción para la prestación del servicio es una característica de los autónomos, a diferencia de los asalariados que reciben las herramientas de su empleador. Por lo general, en las prestaciones de la *gig economy* son los propios prestadores que aportan los medios que permiten la prestación. Así, en las plataformas de transporte los conductores proporcionan los vehículos o, en las plataformas de mensajería los mensajeros proporcionan las bicicletas. Esto también se reproduce con las plataformas de *crowdwork* donde los prestadores recurren a sus computadoras y otras herramientas para cumplir con la tarea solicitada. A pesar de lo señalado, el aporte principal para la prestación del servicio proviene de la plataforma con su *software*[69]. Sin la aplicación no resulta posible que se materialice la intermediación entre el cliente y el prestador del servicio, ni la información que permita señalar el lugar del destino del transporte o la mensajería, ni el monto del precio por la prestación del servicio, etc. Por ello, en estos casos, el aporte del prestador ni es tan significativo[70] ni puede compararse económicamente al costo de la elaboración y mantenimiento de la aplicación. A esto debe agregarse que el valor mercantil de la plataforma es la marca que le pertenece al propietario de la plataforma[71]. Así el precio de la acción bursátil de la empresa propietaria de la plataforma no

66 Cfr. SERRANO OLIVARES, Raquel (2017). *Óp. Cit.*, p. 26.

67 Cfr. GOERLCIH PESET, José María y GARCÍA RUBIO, María Amparo (2018). *Óp. Cit.*, p. 55-56.

68 La ajenidad en el mercado es un término acuñado por el desaparecido profesor Alarcón Caracuel para referirse que el asalariado no tiene un acceso directo al mercado para ofrecer sus servicios, que esto solo es posible por la mediación de su empleador. Cfr. ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón (1986). "La ajenidad en el mercado. Un criterio definitorio del contrato de trabajo". En: *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo.* Madrid: Civitas, No. 28, p. 495-544.

69 Cfr. SERRANO OLIVARES, Raquel (2017). *Óp. Cit.*, p. 42.

70 Cfr. CALVO GALLEGO, Francisco Javier (2017). *Óp. Cit.*, p. 366.

71 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017a). *Óp. Cit.*, p. 62.

responde al número de bicicletas, vehículos, computadoras, proporcionados por los prestadores, sino por la exitosa cobertura lograda en el mercado global por la aplicación. Tampoco el cliente que contrata con la plataforma para remitir un paquete tiene el interés por conocer al mensajero de su envío, su toma de decisión se apoya en el prestigio de la plataforma.

La definición de la jornada y horario de trabajo es una característica del trabajador autónomo. En el caso de las plataformas se afirma que los prestadores no tienen fijadas ni las jornadas ni los horarios, sino más bien depende de la libertad del prestador conectarse a la plataforma. Sin embargo, hay que considerar que el modelo del negocio de las plataformas se sostiene sobre la abundancia de prestadores que están registrados y participan en las prestaciones, de modo que siempre se cuenta con personas que puedan cumplir las tareas solicitadas, por lo que la libertad de conexión del prestador es relativa en tanto no afecta la fluidez en las prestaciones de servicios. Pero también se materializan ciertas conductas desde la plataforma que vacían de contenido la libertad del prestador en definir su jornada y horario de trabajo. Por ejemplo, la imposición desde la plataforma de un sistema de productividad que les exige la conexión de un mínimo de horas al día y/o semana de manera periódica[72]. A la vez, los bajos ingresos que percibe el prestador por el servicio realizado o la tarea cumplida presionan para que extienda su jornada de trabajo o, inclusive, las ofertas recibidas se concentran en determinadas horas del día que condicionan su jornada[73], pudiendo caer en un mero formalismo jurídico alejado de la realidad. Finalmente, hay que llamar la atención de que las plataformas pagan el resultado de la tarea realizada o el servicio prestado, por lo que se equipara a una remuneración por destajo, donde el tiempo del trabajo requerido para cumplir la prestación carece de importancia para la plataforma y su cliente[74].

La autonomía del trabajador se muestra en la fijación y cobro de la prestación del servicio. Por lo general, en un servicio de intermediación, la plataforma cobra por dicho servicio y deja en libertad al cliente y el prestador fijar las condiciones de la prestación, especialmente, el monto de dinero como contraprestación.

72 Cfr. GINÈS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi (2016). *Óp. Cit.,* p. 20.

73 Cfr. DE STEFANO, Valerio (2016). *Óp. Cit.*, p. 5-6. Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.*, p. 69.

74 Cfr. TODOLÍ SIGNES (2017a). *Óp. Cit.,* p. 27.

Aunque en muchas plataformas no se produce la fijación y el cobro de la prestación en esos términos.

En las plataformas de transporte o mensajería, la plataforma fija el precio de la prestación del servicio en función a criterios como la distancia, el peso de la carga, la premura del servicio, la densidad del tráfico, etc., sin que el prestador del servicio participe en su fijación. Posteriormente, al producirse el pago por el cliente, mayormente en la propia plataforma, ésta hace cobro de su servicio en función a un porcentaje definido por ella misma sobre el precio del servicio, trasladando el resto del dinero al prestador. Se sostiene que el pago directo del cliente a la plataforma y no al prestador es considerado un indicio de laboralidad[75]. Sin embargo, también existe un sector de la doctrina que relativiza que esta modalidad de pago -también conocida como el pago del *escrow*- sea un indicio de laboralidad[76].

El pago en las plataformas del *crowdwork* es distinto. Aquí el propio cliente es quien señala el precio dispuesto a pagar por la tarea solicitada, de modo que la plataforma lo oferta a los prestadores. Luego de realizada y registrada la tarea en la plataforma, el cliente selecciona aquella que cumple con sus requerimientos y procede a efectuar el pago electrónicamente en la plataforma. En su pago está incluido el monto que le cobra la plataforma por el servicio. Aquellas tareas realizadas y registradas en la plataforma no seleccionadas por el cliente no reciben ningún tipo de pago o compensación. Inclusive, los casos en que el cliente declare desierta la tarea solicitada no le generan ninguna obligación para justificar su rechazo. De este modo, pueden producirse tareas impagas o rechazos injustificados[77]. En realidad, esto ejemplifica la vulnerabilidad de los prestadores de micro tareas a nivel mundial. Así, las prestaciones rechazadas muestran horas de trabajo no remuneradas o, también se esconden extensas jornadas de trabajo solo para la búsqueda de tareas ofertadas por plataformas[78]. Los bajos ingresos de estos prestadores lo retrata una encuesta desarrollada por la OIT en 2017, donde se establece que en ese año un trabajador de micro tareas ganaba U$ 4,43 la hora si solo consideraba el trabajo remunerado, pero si incluía el total de

75 Cfr. GINÈS I FABRELLAS, Anna y GÁLVEZ DURÁN, Sergi (2016). *Óp. Cit.,* p. 26.

76 Cfr. MERCADER UGUINA, Jesús R. (2017). *Óp. Cit.*, p. 94.

77 Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.*, p. 79.

78 Ídem., p. 51.

horas de su jornada se reducía a U$ 3,31. La misma encuesta resalta que cerca del 48% de los trabajadores estadounidenses de micro tareas ganaban menos que el salario mínimo federal de U$ 7,25 si se consideraba las horas de trabajo remunerado, pero este porcentaje se elevaba hasta 64% si se tomaba el total de horas dedicadas a la plataforma[79].

Lo que resulta controversial en el pago de los prestadores por las plataformas digitales es el cobro de comisiones. Conforme al artículo 7 del Convenio núm. 181 sobre agencias de empleo privadas[80], la norma internacional del trabajo prescribe: "1. Las agencias de empleo privadas no deberán cobrar a los trabajadores, ni directa ni indirectamente, ni en todo ni en parte, ningún tipo de honorario o tarifa". Si bien las plataformas digitales no son calificadas como agencias de empleo privadas -aunque las propias plataformas reconocen su rol de intermediación con lo que tienen una similitud significativa con las agencias de empleo privadas-, es una posición firme y de larga data de la OIT que los trabajadores no deberían pagar comisiones para trabajar[81].

El carácter personal de la prestación del trabajo asalariado significa que no puede derivarlo a otro trabajador por medio de una subcontratación o contrato de reemplazo. Por el contrario, el trabajador autónomo puede apoyarse en terceros para la prestación del servicio o puede laborar simultáneamente para distintas personas o empresas, sin estar impedido legalmente. En el caso de las plataformas de *crowdworker*, los prestadores reconocen que prestan servicios de manera simultánea a varias plataformas, pero la explicación proviene por los bajos ingresos que obtienen por las tareas realizadas, de modo que son compelidos a buscar tareas en otras plataformas[82]. También existen plataformas digitales que establecen en sus cláusulas como una obligación de los prestadores su exclusividad, lo que es incompatible con la clasificación de los trabajadores autónomos[83],

79 Ídem., p. 52.

80 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C181

81 Cfr. BERG, Janine y otros (2029). *Óp. Cit.*, p. 116.

82 Ídem., p. 70.

83 Cfr. DE STEFANO, Valerio (2016). *Óp. Cit.*, p. 14. BERG, Janine y otros (2029). *Óp. Cit.*, p. 114.

aunque hay plataformas que permiten la subcontratación para la ejecución de los servicios solicitados[84].

Finalmente, otra característica del trabajo autónomo es que el prestador asume el riesgo de la prestación, a diferencia de la relación salarial donde los riesgos son asumidos por el empleador. Las plataformas sostienen que su rol de intermediación tecnológica las excluye en asumir los riesgos de la prestación que le corresponden al prestador y tampoco son responsables por los daños que eventualmente pueda causar el prestador. Aquí compartimos el criterio de que el traslado legal de los riesgos al prestador va a depender del tipo de diseño de la plataforma, en aquellas que se demuestren una relación salarial no puede haber una asunción excesiva de los riesgos y responsabilidades[85]. Esto significa que la asunción de riesgos por el prestador no puede ser una prueba que desvirtúe el indicio de laboralidad, en razón esta asunción es consecuencia que sea un trabajador autónomo y no viceversa.

El análisis jurídico de las prestaciones de servicios en las plataformas digitales, nos lleva a concluir que la afirmación excluyente de las plataformas de la *gig economy* sobre la ausencia de una relación laboral con los prestadores es rebatible. No puede postularse una presunción de que son trabajadores autónomos o contratistas independientes quienes prestan los servicios en este tipo de plataformas, corresponde analizar cada plataforma digital para arribar a dicho resultado. Sin embargo, si el modelo de negocio de una plataforma con sus prestadores se reproduce de manera similar en otras plataformas del mismo sector o de la misma actividad económica, se les podría extenderse el resultado del test de laboralidad.

V. La protección de los trabajadores de las plataformas de prestación de servicios

La forma típica de trabajo se caracteriza por la prestación personal realizada por un asalariado de manera continua, a tiempo completo, bajo un contrato de

84 Cfr. MERCADER UGUINA, Jesús R. (2018). "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 159.

85 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2018). *Óp. Cit.,* p. 27.

plazo indeterminado, y sujeto a la subordinación jurídica para un solo empleador. La forma atípica de trabajo descrita por la OIT son las distintas modalidades de empleo que no se ajustan al empleo típico, entre ellas: 1) el empleo temporal; 2) el trabajo a tiempo parcial; 3) el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades con múltiples partes; y, 4) las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente[86].

Siguiendo el criterio expuesto por la OIT, las prestaciones de servicios de las plataformas de la *gig economy* podrían ubicarse entre el empleo temporal y el trabajo a tiempo parcial. En efecto, las prestaciones de servicios de las plataformas tienen características del trabajo ocasional porque la contratación es por plazos muy cortos o de forma esporádica o intermitente, incluyendo el trabajo por encargo[87]. También comparte rasgos del trabajo a tiempo parcial, especialmente, las plataformas de trabajo a pedido por aplicación donde la prestación puede ser por apenas algunas horas, especialmente cuando el empleador no está obligado a ofrecer un número específico de horas de trabajo, lo que se denomina los contratos de cero horas de la legislación británica[88]. Otra agrupación se da bajo la denominación "formas de empleo casual" donde aparecen figuras como los mencionados contratos de cero horas, el trabajo a llamada, los freelances o el trabajo a través de plataformas on line[89].

La aplicación de la regulación laboral sobre las formas atípicas de trabajo, específicamente, sobre los prestadores de servicios de las plataformas de la *gig economy* tiene como premisa la demostración de la relación laboral a su interior. En otras palabras, el esfuerzo por demostrar que la prestación del servicio en este tipo de plataformas se enmarca dentro de un contrato de trabajo, con independencia de la denominación establecida por las partes. Este esfuerzo sigue enfrentando

86 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015). *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects.* Geneva: International Labour Office, p. 7.

87 Ídem., p. 7-8.

88 Ídem., p. 8-9.

89 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2020). "Trabajo en plataformas digitales y regulación ¿una respuesta colectiva? En: *Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real* de Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (directores). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 154-155.

dos dificultades. Por un lado, forzar el encaje de estas nuevas modalidades de prestaciones de servicios en una regulación laboral elaborada para la forma típica de trabajo. Por otro lado, excluir a prestadores de servicios vulnerables porque el test de laboralidad concluye que son trabajadores autónomos.

La doctrina jurídica ha respondido estas dificultades bajo tres propuestas. En primer lugar, proponer una nueva regulación que aborde la forma atípica de la prestación de servicios protegiendo al prestador, pero sin reconocerle la condición de asalariado, sino constituyendo una tercera categoría. En segundo lugar, elaborar un régimen especial para este tipo de prestaciones de servicios, considerando a los prestadores como asalariados, pero con una regulación distinta al régimen general dada sus particularidades. En tercer lugar, extender la aplicación del régimen laboral al considerarlos como asalariados, porque no existen dificultades conceptuales que lo eviten.

1. Una nueva regulación para los trabajadores de plataformas de servicios

El planteamiento de una nueva regulación para los prestadores de servicios de plataformas lo justifican en que esta modalidad de trabajo atípica tiene una protección insatisfactoria por la normativa laboral -aunque fuese extendida-, dado que su diseño normativo difiere sustancialmente de esa realidad. La normativa laboral tiene dificultades para regular una relación de trabajo intermitente u ocasional que se produce sucesivamente o cuando existen casos de pluriempleo[90], como se produce en las plataformas. El desafío es plantearse una regulación que contemple esa forma atípica de trabajo capaz de proteger aquellos aspectos que se requiera hacerlo[91].

La nueva regulación busca alejarse de la dicotomía binaria entre asalariado o autónomo para postular una tercera categoría intermedia que algunas legislaciones europeas han recogido. Por ejemplo, la normativa italiana con

90 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2017a). *Óp. Cit.,* p. 217-218.

91 Cfr. GAUTHIER, Gustavo (2018). "Una relectura de la subordinación: la incipiente jurisprudencia sobre la naturaleza del vínculo de UBER y los conductores". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 290-291. GUERRERO VIZUETE, Esther (2018). *Óp. Cit.*, p. 214-215.

el trabajador para subordinado o la normativa española con el trabajador autónomo económicamente dependiente, aunque en este último caso no es una categoría intermedia sino una modalidad del trabajo autónomo. Sin embargo, este planteamiento recibe una serie de críticas. En primer lugar, si la plataforma solo cumple un rol de intermediación, el prestador no puede ser considerado un asalariado de la plataforma. Bajo este supuesto, tampoco existe una relación laboral con el cliente porque el prestador no tiene un cliente mayoritario al que le presta el servicio rutinariamente sino tendría cientos de clientes sucesivos[92]. Por ello, carece de sustento postular una tercera categoría. En segundo lugar, si la plataforma interviene en la prestación del servicio subyacente, el prestador sería un trabajador asalariado de la plataforma[93]. Aquí tampoco se justifica la propuesta de una tercera categoría de trabajador. En tercer lugar, si la nueva categoría busca resolver la zona gris entre asalariados y autónomos tiene serias dificultades para trazar claras fronteras jurídicas. Cualquier nueva regulación que otorgue un nivel de protección inferior a esta tercera categoría respecto a los asalariados podría alentar el fraude o la simulación de contrataciones para sortear los costos laborales y las responsabilidades de la prestación[94]. En cuarto lugar, una regulación especial menos protectora para las plataformas puede provocar una diferencia injustificada de regímenes jurídicos con las empresas tradicionales, con las que comparte su actividad económica[95].

El contenido de una nueva regulación debe tener como finalidad proteger a los prestadores de servicios de las plataformas digitales. Las propuestas del estudio de las formas atípicas de trabajo de la OIT es un buen aporte para el diseño normativo de la nueva regulación. El estudio plantea cuatro políticas. En primer lugar, la necesidad de llenar los vacíos regulatorios sobre la igualdad de trato y su protección; el tiempo de trabajo a tiempo parcial, de guardia y eventual, proporcionando salvaguardias a los trabajadores con respecto al control de sus horarios y la provisión de horas mínimas; las áreas grises de la ley

92 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017a). *Óp. Cit.*, p. 71.

93 Ibidem.

94 Cfr. DE STEFANO, Valerio (2016). *Óp. Cit.*, p. 19.

95 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2020). "Trabajo en plataformas: una oportunidad de llevar el Derecho del Trabajo al s. XXI". En: *Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa real* de Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (directores). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 53-54.

respecto a clasificaciones erróneas sobre el empleo; la definición de la responsabilidad conjunta y compartida en acuerdos laborales de múltiples partes; y, la garantía que todos los trabajadores tengan acceso a la libertad de asociación y los derechos de negociación colectiva[96]. En segundo lugar, el fortalecimiento de la negociación colectiva, buscando el desarrollo de la capacidad de los sindicatos para organizar a los trabajadores y garantizar su representación efectiva en la negociación colectiva[97]. En tercer lugar, el fortalecimiento de los sistemas de protección social para garantizar su cobertura. En algunos casos, esto puede requerir la adaptación de los sistemas de seguridad social existentes, por ejemplo, eliminando o reduciendo los umbrales de horas mínimas, ingresos o duración del empleo para que los trabajadores con contratos atípicos no queden excluidos de la cobertura. Los cambios incluyen hacer que los sistemas sean más flexibles con respecto a las contribuciones requeridas para calificar sobre los beneficios, permitir interrupciones en las contribuciones y mejorar la portabilidad de los beneficios entre los diferentes sistemas de seguridad social y situaciones laborales. Estas modificaciones al sistema de seguridad social deben complementarse con esfuerzos para garantizar un piso de protección social o un nivel básico universal de cobertura[98]. En cuarto lugar, la introducción de políticas de apoyo que ayuden a los trabajadores a gestionar los riesgos y adaptarse mejor a las transiciones en su vida laboral. Deberían incluir políticas que apoyan el pleno empleo; los programas de seguro de desempleo adaptados a las contingencias, como la reducción del horario de trabajo durante períodos de recesión económica, así como las ausencias temporales de trabajadores en formación y estudio o que necesiten atender responsabilidades personales y familiares; las responsabilidades de cuidado que deben abordarse mejor en el lugar de trabajo, mediante la licencia para el cuidado de los padres y los ancianos, así como asegurando la provisión de servicios de cuidado[99]. Este listado de materias dentro de una política protectora para una nueva regulación de los prestadores de servicios de las plataformas digitales requiere ajustarse al marco normativo propio de cada ordenamiento nacional, sin que esto le haga perder su finalidad principal.

96 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2015). *Óp. Cit.*, p. 317.

97 Ibidem.

98 Ibidem.

99 Ídem., p. 318.

Otro instrumento valioso para formular una nueva regulación lo encontramos en las disposiciones del Convenio núm. 175 de la OIT sobre el trabajo a tiempo parcial de 1994[100]. La norma internacional del trabajo equipara la protección de los trabajadores a tiempo completo con los trabajadores a tiempo parcial sobre el derecho de sindicación, el derecho de negociación colectiva, el derecho de actuar en calidad de representantes de los trabajadores, el derecho a la seguridad y la salud en el trabajo, la prohibición de la discriminación en materia de empleo y ocupación (artículo 4). La adopción de medidas que aseguren un salario básico (artículo 5), protección de la maternidad, la terminación de la relación de trabajo, las vacaciones anuales y feriados pagados, y las licencias por enfermedad (artículo 7). La adaptación de los regímenes de seguridad social de forma que los trabajadores puedan gozar de condiciones equivalentes a las de los trabajadores a tiempo completo (artículo 6).

2. Un régimen especial para los trabajadores de las plataformas de servicios

El planteamiento de un régimen especial lo fundamentan en que la normativa laboral no considera las particularidades de la prestación del servicio en las plataformas, de una manera minuciosa y precisa[101]. La finalidad es un tipo normativo que adopte una regulación laboral acorde a estas particularidades, facilitando incluir a los prestadores de servicios como asalariados, "pero modificando aquellos preceptos que son incompatibles con este nuevo modelo de relaciones laborales y adaptándolos a las especialidades de la nueva industria"[102].

El contenido del régimen especial tendría en las políticas normativas promovidas por la OIT, reseñadas en el acápite anterior, una fuente en su elaboración y complementado con las precisiones que exige la problemática de la prestación de servicios en las plataformas. Por ejemplo, la autonomía del prestador en la ejecución de la prestación, la falta de pago de las horas no remuneradas, la au-

100 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C175

101 Cfr. DAGINNO, Emanuele (2015). "*Uber law*: perspectiva jurídico-laboral de la *sharing/on- demand economy*". En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo*. Bérgamo: ADAPT, Vol. 3, número 3, julio-septiembre, p. 28.

102 TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017a). *Óp. Cit.*, p. 72.

sencia de garantías de las evaluaciones de los clientes, el derecho de negociación colectiva, las contribuciones de la seguridad social, etc.

Este régimen especial que califica al prestador como asalariado debe tener en consideración el respeto a la autonomía del prestador en la fijación de su jornada y horario de trabajo porque es una característica especial del prestador[103]. Mantener esta atribución no perjudica a la plataforma, aunque nada impide que recíprocamente surja la obligación de un número de horas mínimas de conexión. También debe considerarse que los prestadores pueden laborar en varias plataformas, por lo que la regulación prohibiría disposiciones que exijan la exclusividad de su servicio[104]. En el caso de la asunción de los daños y las responsabilidades por el prestador, la regulación debería evaluar si la independencia de la ejecución de la prestación no impide formalizar una responsabilidad solidaria de la plataforma y del prestador frente al perjudicado.

La controversia sobre el salario de los prestadores del tiempo de trabajo no remunerado en el *crowdwork* o el tiempo de espera a disposición de los trabajos a pedido por aplicación podría resolverse con el reconocimiento del derecho de los trabajadores a un salario mínimo vigente que no sea inferior al de su lugar de trabajo. En el caso específico de los prestadores de *crowdworker* podrían los clientes comprometerse a pagar el salario mínimo en el lugar del trabajador[105].

Las evaluaciones de los clientes que causan el despido del prestador en la plataforma es una materia que requiere regularse. La normativa debería exigir que las evaluaciones negativas deban estar motivadas para evitar arbitrariedades y estar abiertas a un procedimiento interno que permita contradecirlas[106]. Asimismo, el registro de las evaluaciones en la plataforma debe estar debidamente prescrito en los términos del servicio para reducir el desequilibrio de poder de las plataformas y los clientes sobre el prestador[107].

El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva como instrumento jurídico que resuelva las deficiencias propias de las prestaciones de servicios en

103 Ídem., p. 74.

104 Ibidem.

105 Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 108.

106 Ídem., p. 112.

107 Ibidem.

las plataformas y aproveche su adaptación a la especificidad de las plataformas. Por ejemplo, la diferencia entre la plataforma de transporte de pasajeros y la plataforma de mensajería. Un tema por considerar es el modelo nacional de negociación colectiva centralizada o descentralizada que tiene una directa influencia sobre su aplicación efectiva en las plataformas.

La cobertura de la seguridad social requiere adaptarse a las particularidades de las plataformas globales, especialmente, las plataformas del *crowdwork* donde la ubicación geográfica de las plataformas, los clientes y los prestadores suele ser distinta. La formulación de mecanismos que aseguren el pago de las contribuciones de la seguridad social. Por ejemplo, la obligación de la plataforma en depositar electrónicamente a la seguridad social la contribución correspondiente por cada prestación de servicio.

3. La extensión del régimen laboral general para los prestadores de las plataformas de servicios

El planteamiento de la extensión de la regulación laboral a los prestadores de las plataformas de la *gig economy* tiene una serie de argumentos. En primer lugar, la equivocación en afirmar que la normativa laboral está completamente desactualizada y que le impide regular esta forma de trabajo[108]. Los ordenamientos nacionales regulan el trabajo ocasional, intermitente o discontinuo, estableciendo una serie de derechos y obligaciones entre las partes, evitando la falta de respeto de condiciones básicas laborales. Lo que puede criticarse es que dicha regulación resulta imprecisa para esta forma atípica de trabajo. Sin embargo, eso conduce a una reforma de una legislación preexistente aplicable. En segundo lugar, la mencionada desigualdad en el poder de negociación o económico entre las plataformas y los prestadores, con independencia de la forma en que se ejecute la prestación, está presente en la relación laboral común y justifica el carácter tuitivo de la norma laboral[109]. En tercer lugar, la reducida visión contractualista

108 Cfr. DE STEFANO, Valerio (2016). *Óp. Cit.*, p. 6. TRILLO PÁRRAGA, Francisco (2018). *Óp. Cit.,* p. 238-239.

109 Cfr. TODOLÍ SIGNES, Adrián (2015). *Óp. Cit.*, p. 12. SÁNCHEZ OCAÑA, José Miguel (2018). "La Uber Economy y el fenómeno de la economía colaborativa: el mundo del trabajo en disputa". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 99. SERRANO OLIVARES, Raquel (2017). *Óp. Cit.*, p. 35.

de las relaciones laborales, en vez de acercarlo a una visión que subraye su carácter salarial[110]. En cuarto lugar, la protección laboral de la persona con independencia de su carácter subordinado o autónomo, centrándose más bien en un derecho de la actividad profesional que exija, a su vez, una transformación profunda del Derecho del Trabajo[111].

Este último argumento nos conduce al tema de la extensión del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo fuera de la relación laboral, para incluir a los prestadores autónomos de las plataformas. Estamos ante un supuesto distinto al reconocimiento de los prestadores como asalariados, luego de la aplicación del test de laboralidad.

Este planteamiento tiene sus raíces en lo postulado por los profesores Freedland y Kountouris, resumido en estos términos: "las propuestas doctrinales de modernización del derecho del trabajo elaboradas en los últimos años pasan todas, por ampliar el ámbito subjetivo del derecho del trabajo. Ello no significa, en todos los casos, ampliar la definición del contrato de trabajo, sino por el contrario librar al Derecho del trabajo del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, todas las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería ampliarse a todo el «mundo del trabajo». Ello tendría como primera consecuencia que el trabajo personal, esté formulado bajo la dependencia o independencia, seguiría sujeto al Derecho del trabajo"[112].

Los profesores ingleses definen el derecho del trabajo como la regulación legal que tiene por objeto alguno o todas las relaciones de los trabajadores con aquellos para quienes, y con quienes trabajan, y de la gobernabilidad, en su sentido más amplio, de su entorno y de las condiciones de trabajo[113]. De este modo, relativizan el contrato de trabajo como definidor de la regulación laboral

110 Cfr. BIRGILLITO, Marialaura (2018). "(«Au-delà de» La calificación jurídica de los conductores de Uber: ¿Nuevos paradigmas sociales u operaciones de ingeniería jurídica?". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 290-291.

111 Cfr. GUERRERO VIZUETE, Esther (2018). *Óp. Cit.*, p. 217.

112 TODOLÍ SIGNES, Adrián (2017a). *Óp. Cit.*, p. 40.

113 Cfr. FREEDLAND, Mark y KOUNTOURIS, Nicola (2012). *The legal construction of personal work of relations*. Oxford: University Press, p. 14.

para trasladarlo hacia al plano de las relaciones que existen entre las personas que están en el mundo del trabajo. Así la regulación laboral se extiende sobre el íntegro de los trabajadores -asalariados o autónomos- por la relación que cumplen en el mundo del trabajo.

La extensión del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo a los autónomos es un tema que escapa al objetivo de este estudio, pero revela que el debate sigue abierto sobre esta materia, especialmente, por la relevancia en proteger a las personas que laboran en el mundo del trabajo. Existe un proceso en marcha por las legislaciones laborales en extender su ámbito de aplicación, por ejemplo, la protección de los pasantes, los aprendices, los contratistas independientes y los subcontratistas[114], aunque la mayoría conservan al contrato de trabajo como el elemento definidor de su ámbito de aplicación. A su vez, el numeral 1 del artículo 2 del Convenio núm. 190 de la OIT sobre la violencia y acoso en el mundo del trabajo[115] establece un ámbito subjetivo de protección con carácter universal, es decir, la norma internacional del trabajo se les aplica a las personas ubicadas en el mundo del trabajo: los trabajadores, los empleadores y las personas, en general, sin que la relación salarial sea la frontera que determine la protección[116].

Resulta menos controversial trasladar el análisis hacia los derechos humanos laborales, que es un ordenamiento consolidado sobre la base de los instrumentos internacionales de los derechos humanos ratificados por los Estados. En efecto, "los derechos humanos laborales son todos aquellos derechos en materia laboral consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos que reconocen universalmente como titular a la persona, respetando la dignidad humana y satisfaciendo las necesidades básicas en el mundo del trabajo"[117]. La

114 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). *Acabar con la violencia y el acoso en el mundo del trabajo. Quinto punto orden del día. Informe V (1)*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 107ª. Reunión, 2018, párrafos 70-72.

115 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

116 Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco (2020). "La violencia y el acoso sexual en el mundo del trabajo: aspectos sustantivos". En: *IX Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 93.

117 CANESSA MONTEJO, Miguel Francisco (2008). *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 23.

protección internacional de los derechos humanos laborales es a la persona, con independencia de la categoría que ocupa dentro del proceso productivo. En otras palabras, para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es relevante si el trabajador es asalariado o es autónomo, lo resaltante es su condición humana que le otorga la titularidad de un conjunto de derechos básicos, que incluye un listado de derechos laborales. Aquí no se extienden los derechos humanos laborales hacia los autónomos. Los trabajadores autónomos son titulares de estos derechos porque son personas.

La aplicación de los derechos humanos laborales en el ordenamiento nacional está condicionada por dos aspectos. Por un lado, el instrumento internacional que recoja el derecho laboral debe estar ratificado por el Estado para incorporarse al ordenamiento. Por otro lado, los derechos humanos laborales son recogidos en términos generales por el instrumento internacional. En muchos casos requiere el desarrollo legislativo nacional para otorgarle la debida aplicabilidad. Sin embargo, algunos derechos humanos laborales tienen aplicación directa, como la prohibición a la discriminación o la libertad sindical. En resumen, los derechos humanos laborales protegen indistintamente a los asalariados y los autónomos.

Este argumento conduce a que cualquier restricción en el acceso al derecho de sindicación y de negociación colectiva de los trabajadores asalariados y autónomos contradice el pleno reconocimiento de estos derechos como derechos humanos en base a la situación laboral de la persona. Esta contradicción es más evidente para un derecho como la negociación colectiva, que ha sido ampliamente reconocido como un componente esencial de la libertad sindical[118].

Las plataformas digitales están desplegadas globalmente en las diversas actividades económicas. Este despliegue mundial conduce a interrogarse ¿cuál es la norma laboral aplicable para una plataforma internacional? Más aún cuando concurren varias legislaciones laborales por el carácter triangular de la prestación del servicio.

El supuesto de las plataformas de *crowdwork* y de *work on-demand* son distintas porque en éste la prestación del servicio es física y local, a diferencia

118 Cfr. DE STEFANO, Valerio (2017). "Non-Standard Work and Limits on Freedom Association: A Human Rights-Based Approach". En: *International Law Journal.* Oxford: University Press, Vol. 46, No. 2, July, p. 195.

de aquélla que la prestación es virtual, lo que dificulta precisar la norma laboral aplicable.

En el caso de la plataforma de *work on-demand* o trabajo a pedido por aplicación, con independencia del lugar de residencia de la plataforma, el prestador ejecuta la prestación localmente, es decir, lo realiza en su lugar de residencia. De este modo, caben solo dos supuestos. Por un lado, la plataforma digital, el cliente y el prestador del servicio tienen la misma residencia. Por otro lado, solo el cliente y el prestador del servicio tienen la misma residencia, mientras la plataforma digital tiene su residencia legal en otro país. En el primer supuesto no existe controversia que la norma laboral aplicable es la nacional porque no existe ningún elemento internacional. En cambio, la situación jurídica es distinta en el segundo supuesto porque si existe un elemento internacional. Conforme al Derecho Internacional, para determinar la legislación aplicable en una relación laboral internacional se aplica el principio *lex loci laboris*, que consiste en la selección de la norma laboral del lugar en que se produce la prestación. En este caso es la norma laboral del lugar de residencia del prestador del servicio.

En el caso de las plataformas de *crowdwork* es más común que la plataforma, el cliente y el prestador del servicio no coincidan en el mismo lugar y, además, no hay una prestación física sino una prestación virtual en la plataforma. Coincido con Triguero que esto no impide aplicar el principio de *lex loci laboris* también a los prestadores de este tipo de plataformas: "Por mucho que éstos operen a través de las mencionadas plataformas con la particularidad que tienen, éstos se han de regir por Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Estado en cuestión donde presten sus servicios profesionales, donde materialicen esa idea o proyecto que origina la ocupación, por más que el resultado a posteriori se pueda exportar a otros países"[119].

Las organizaciones sindicales españolas respaldan esta interpretación de que "el marco jurídico-laboral de aplicación debe ser el del país en el cual los trabajadores hacen su actividad laboral y no el del país en el cual la plataforma tiene

119 TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel (2018). "«Gig economy» y prestación de servicios profesionales: puntos críticos". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 209.

su sede social"[120]. También la Confederación Europea de Sindicatos señala que las plataformas deben reconocer que "todo el trabajo que se lleva a cabo por su intermedio se realiza fundamentalmente en un lugar de trabajo. Por consiguiente, descarta la idea comúnmente aceptada según la cual el trabajo basado en aplicaciones es difícil regular porque las plataformas no tienen un emplazamiento físico, sino que están alojadas en la nube virtual. Por el contrario, considera que deberíamos deducir que existe trabajo allí donde el trabajador está realizando la tarea o actividad de que se trate"[121].

Finalmente, merece mencionarse en este apartado la importancia adquirida por los códigos de conducta como forma jurídica de regulación al interior de una plataforma digital internacional con sus prestadores y con sus clientes. La noción clásica es que: "Los códigos de conducta son declaraciones, de principios o de política, formulados por escrito, en las que la empresa manifiesta su propósito de atenerse a un comportamiento determinado. Por eso, la información sobre el código debe hacerse pública fuera de la empresa para que sea conocida por los consumidores, los proveedores y otros agentes, mediante la publicidad, los informes anuales que divulga la empresa, cartas de fiscalización o certificaciones de terceros que, a su vez, se dan a conocer al exterior"[122].

Si bien los códigos de conducta son regulaciones propias de las plataformas porque su elaboración es interna, no puede dejarse de lado que tienen una importancia fundamental dentro de un contexto internacional caracterizado por la ausencia de un poder trasnacional que las regule[123], de modo que constituyen una nueva *lex mercatoria* para este tipo de empresas. Sin embargo, la propia

120 ARGEMIR, Gina (2018). "La posición de los sindicatos ante el trabajo a través de plataformas virtuales". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 632.

121 JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris (2018). *Representación, voz y negociación colectiva: la sindicalización en la economía del trabajo esporádico y por encargo.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Serie Condiciones de Trabajo y Empleo, No. 94, p. 31.

122 DILLER, Janelle (1999). "¿Una conciencia social en el mercado mundial? Dimensiones laborales de los códigos de conducta, el etiquetado social y las iniciativas de los inversores". En: *Revista Internacional del Trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, Vol. 118, número 2, p. 115.

123 Cfr. CALVO GALLEGO, Francisco Javier (2017). *Óp. Cit.*, p. 352.

evolución de los códigos de conducta muestra que su incumplimiento puede derivar en la presentación de acciones judiciales que los vuelve exigibles[124].

El Código de Conducta elaborado por una plataforma de *crowdwork* en 2015, fue mejorado por la organización sindical alemana IG Metall y promovido para su adopción por otras plataformas digitales, logrando que se adhieran 8 plataformas. Lo novedoso del Código de Conducta es que establece normas salariales locales[125]. El Código de Conducta de Sharing España es otro ejemplo de ese proceso de regulación de las propias plataformas[126]. La tarea pendiente es lograr que los códigos se extiendan dentro de las plataformas e incorporen regulaciones que protejan al prestador en la ejecución de las prestaciones.

VI. La sindicalización de los prestadores de las plataformas de servicios

Los prestadores de servicios de las plataformas de la *gig economy* son titulares del derecho de sindicalización, sin que su pertenencia a la categoría de autónomos ponga en tela de juicio su derecho. El artículo 2 del Convenio núm. 87 de la OIT[127] consagra el derecho de los trabajadores y de los empleadores sin ninguna distinción de constituir organizaciones y de afiliarse a las mismas.

Asimismo, los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT en reiteradas oportunidades despejan cualquier duda al respecto. Por ejemplo, el Comité de Libertad Sindical afirma: "En base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores -con la sola excepción de los miembros de las fuerzas armadas y la policía- deberían tener derecho de constituir las organiza-

124 Cfr. COMPA, Lance (2016). "Replantar un campo: Derecho Internacional del Trabajo para el siglo XXI". En: *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No. 18, p. 102-113.

125 Cfr. VANDAELE, Kurt (2018). *Will trade unions survive in the platform economy? Emerging patterns of platform workers´ collective voice and representation in Europe.* Brussels: European Trade Union Institute, Working Paper No. 2018.05, p. 22.

126 Cfr. CASTELLANO BURGUILLO, Emilia (2017). "Plataformas de empleo y plataformas de trabajo: aspectos fundamentales". En: *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos* de Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano (directores). Albacete: Editorial Bomarzo, p. 273-274.

127 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C087

ciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo, en el caso de los trabajadores de la agricultura, *los trabajadores autónomos en general*, o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse (la cursiva es mía)"[128]. Asimismo, resulta violatorio del Convenio 87 impedir la conformación o el funcionamiento de sindicatos de trabajadores independientes porque no trabajan bajo subordinación o dependencia[129].

De este modo, los prestadores de plataformas de servicios tienen el derecho a constituir una organización sindical conformado por asalariados o autónomos, o de manera conjunta; así como afiliarse a una organización sindical existente.

Sin embargo, el ejercicio del derecho de sindicalización tiene serias dificultades en las plataformas de prestación de servicios. En primer lugar, la alta movilidad de los prestadores entorpece su organización y la elección de representantes, explicable por el propio modelo de negocio de las plataformas[130]. En segundo lugar, los prestadores pueden tener intereses divergentes que socavan la sindicalización o el funcionamiento del sindicato[131]. Por ejemplo, existe un interés diferenciado entre los prestadores que tienen en la plataforma su principal fuente de ingreso y aquellos que solo le representa un complemento por contar con un puesto de trabajo estable fuera de la plataforma. También la distribución dispersa geográficamente de los prestadores de plataformas de *crowdwork*. En tercer lugar, la falta de contacto entre los prestadores debilita sus vínculos y la confianza de la acción común[132]. La prestación de servicios es eminentemente individual, aislado de los demás prestadores. En cuarto lugar, el modelo de negocio de las plataformas propicia la competencia entre los prestadores, como ocurre en las plataformas de *crowdwork*. La oferta abierta de la plataforma convierte en rivales a los prestadores. En quinto lugar, existen restricciones legales

128 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical.* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 6ª. Edición, párrafo 387.

129 Ídem., párrafo 389.

130 Cfr. POQUET CATALÁ, Raquel (2018). *Óp. Cit.*, p. 188.

131 Cfr. DAGNINO, Emanuele (2015). *Óp. Cit.*, p. 24.

132 Ídem., p. 24-25.

en algunos ordenamientos nacionales que impiden a los autónomos agruparse conjuntamente con los asalariados en una organización sindical.

A pesar de estos obstáculos, en las entrevistas de prestadores de plataformas de *crowdwork* se expresa el deseo de organizarse sindicalmente para contar con una representación ante la plataforma[133]. Existe una conciencia entre los prestadores que su vulnerabilidad es usada por las plataformas, por lo que el reto del sindicalismo es superar estos obstáculos. La formulación de una estrategia sindical sobre las plataformas de servicios es una exigencia que no puede dejarse de lado, ya sea porque el número de trabajadores latinoamericanos en este tipo de plataformas viene crecido sostenidamente -como en las otras formas atípicas de trabajo- o porque las plataformas digitales van a continuar expandiéndose por las otras actividades económicas. Por ello, el sindicalismo de la región enfrenta el reto de reformular su acción sindical[134] y abrir sus organizaciones a los autónomos[135].

El movimiento sindical debe plantearse como primera tarea el reconocimiento de que las prestaciones de servicios en las plataformas de la *gig economy* sean consideradas como trabajo y que los prestadores sean categorizados como trabajadores, con independencia de que la prestación sea clasificada en una relación de empleo[136].

La apertura de las organizaciones a los autónomos significa que el sindicalismo abandone tradiciones locales y reestructurarse internamente para permitir la afiliación de los prestadores de plataformas de servicios[137]. Dicha reestructuración debe buscar integrar esos intereses dispersos de los prestadores para promover una representación colectiva ante las plataformas[138]. Por ejemplo, en Italia las

133 Cfr. BERG, Janine (2019). *Óp. Cit.,* p. 89.

134 Cfr. RASO DELGUE, Juan (2018). "América Latina: el impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales". En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Bérgamo: ADAPT, Vol. 6, No. 1, enero-marzo, p. 13.

135 Cfr. GOERLICH PESET, José María (2018). "Economía digital y acción sindical". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 602.

136 Cfr. JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris (2018). *Óp. Cit.,* p. 3.

137 Ídem., p. 9-10.

138 Cfr. GOERLICH PESET, José María (2018). *Óp. Cit.,* p. 599.

acciones sindicales se enfocaron por atender las necesidades de los prestadores, por medio de: la elección de una representación específica de este tipo de trabajadores al interior de la conferencia sindical; la reestructuración en la composición de los sindicatos en base a la clasificación del empleo; y la conformación de un foro que permitiese su participación para abordar los temas más acuciantes[139].

Los canales de comunicación en la red entre el mundo sindical y los prestadores deben ser una de las prioridades, porque les permite contar con un instrumento de acercamiento. Un buen ejemplo es la web FairCrowdWork, respaldado por la organización sindical alemana IG Metall, que proporciona información a los prestadores sobre los derechos laborales, las obligaciones legales de las plataformas y los recursos que le pueden proporcionar los sindicatos[140]. Esta iniciativa recibe el respaldo de la Federación Sindical Internacional IndustriALL que agrupa a los trabajadores del sector, alentando a los sindicatos nacionales a involucrarse en esta iniciativa[141]. En esa perspectiva, los sindicatos deben transformarse en nodos de organización para los prestadores[142], lo que les permite superar los intereses divergentes, la dispersión geográfica, los problemas idiomáticos, etc., llevando el sindicalismo a las plataformas digitales.

La organización sindical de los prestadores de las plataformas de servicios tiene entre uno de sus principales objetivos negociar los términos de la prestación del servicio y las condiciones laborales, reconocidos en el artículo 3 del Convenio núm. 87 y en el artículo 4 del Convenio núm. 98 de la OIT[143], respectivamente. Los trabajadores autónomos son titulares del derecho a la negociación colectiva[144], por lo que no cabe controversia sobre el ejercicio del derecho. Recientemente la Comisión de Expertos se pronuncia con claridad en una solicitud directa dirigida al gobierno belga sobre este tema: "La Comisión toma nota de que la información proporcionada por el Gobierno en respuesta a los alegatos de los sindicatos se

139 Cfr. JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris (2018). *Óp. Cit.,* p. 10.

140 Cfr. BERG, Janine y otros (2019). *Óp. Cit.,* p. 106.

141 Cfr. INDUSTRIALL (2020). Los trabajadores no manuales en un mundo laboral cambiante | IndustriALL (industriall-union.org)

142 Cfr. ARGEMIR, Gina (2018). *Óp. Cit.,* p. 634.

143 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C098

144 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018). *Óp. Cit.*, párrafo 1285.

refiere principalmente a personas de la llamada economía "colaborativa" (que, en los términos de la ley de 18 de julio de 2018, consiste en servicios de bajo valor económico aportado fuera de la actividad ocupacional), que lo distingue de otros trabajadores de plataforma Sin embargo, la Comisión toma nota de que el Gobierno también indica que los trabajadores de plataformas no cubiertos por el régimen de economía colaborativa son considerados por defecto como autónomos y que las disposiciones de la legislación laboral, incluido el derecho a la negociación colectiva, solo se aplican si el trabajo se realiza en el contexto de una relación de subordinación. A este respecto, y sin perjuicio de la clasificación jurídica que se aplica a los distintos tipos de trabajadores de plataformas, la Comisión recuerda que el párrafo 209 de su Estudio general de 2012 sobre los convenios fundamentales indica que el derecho de negociación colectiva debe aplicarse también a las organizaciones que representen a los trabajadores autoempleados"[145].

Al igual que en el derecho de sindicalización, la negociación colectiva enfrenta obstáculos para su plasmación en las plataformas de la *gig economy*, muchas de ellas extensiones de aquella. El estudio de la OIT los identifica: promover los intereses comunes y superar la competencia entre los trabajadores; determinar un sitio (o sitios múltiples) de encuentro, ya sea virtual o de preferencia real, para vencer el aislamiento; identificar la contraparte negociadora; y, apuntar a una fuente de poder a la hora de formular una reivindicación colectiva[146].

La negociación colectiva es el mecanismo idóneo para regular las distintas materias de la prestación del servicio mencionados previamente, sin depender de la labor legislativa que suele ser lenta y desfasada por los rápidos cambios que se materializan en la economía digital[147], aunque algunos autores sostienen que la negociación colectiva no tiene los marcos reguladores adecuados para afrontar esta tarea[148]. Además, hay una serie de dificultades para materializar la

145 https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID,P13100_LANG_CODE:4023519,en:NO

146 Cfr. JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris (2018). *Óp. Cit.,* p. 42.

147 Cfr. MORENO DÍAZ, Juan Manuel (2018). "La negociación colectiva como medio fundamental de reconocimiento y defensa de las nuevas realidades derivadas de la industria 4.0". En: *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Bérgamo: ADAPT, Vol. 6, No. 1, enero-marzo, p. 222.

148 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2017a). *Óp. Cit.,* p. 215.

negociación colectiva, como la delimitación de las unidades de representación y negociación, puesto que existe una pluralidad de actores que concurren[149].

Sin embargo, existe un número de convenios colectivos celebrados en las plataformas digitales que cuestiona esos reparos. El convenio colectivo de la plataforma australiana Airtasker con la Confederación Unions New South Wales que establece condiciones de trabajo superiores a los previstos en los términos de servicio de la plataforma[150].

El convenio colectivo sectorial sueco suscrito por el sindicato nacional de trabajadores del transporte se aplica en la plataforma de transporte Bzzt[151]. El ejemplo sueco muestra que la extensión de los convenios colectivos sectoriales hacia las plataformas ubicadas en esa actividad económica es un mecanismo legal para fortalecer la negociación colectiva, con la ventaja que su diseño regulador evita la competencia desleal entre las empresas. Por ejemplo, el convenio colectivo español del sector del auto taxi podría extender su aplicación sobre plataformas de transporte, como Uber España, salvo que posteriormente la propia empresa suscriba un convenio de empresa[152].

El convenio colectivo danés de la plataforma de servicios de limpieza a domicilio Hilfr.dk con el sindicato 3F es otro ejemplo que por medio de la negociación colectiva se protege a los prestadores y evidencia que este derecho fundamental es un medio adecuado para regular las relaciones con las plataformas digitales. Lo novedoso de convenio colectivo es que establece la regla que los trabajadores pueden firmar un contrato de trabajo de asalariado y paralelamente un contrato de autónomo (o free lance). "Los trabajadores autónomos tienen la posibilidad de proponerse como empleados subordinados, con acceso a un salario mínimo por hora de 19 euros, licencias por enfermedad, vacaciones, pagas e indemnización en caso de despido. El acuerdo también prevé un sistema de garantías en caso de cancelación de turnos: si la «llamada» se cancela dentro de las 36 horas

149 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C (2020). *Óp. Cit.,* p. 164.

150 Cfr. JOHNSTON, Hannah y LAND-KAZLAUSKAS, Chris (2018). *Óp. Cit.,* p. 39-40.

151 Ídem., p. 40.

152 Cfr. DORMIDO ABRIL, Julia (2018). "Cuestiones derivadas de la indeterminación salarial del convenio colectivo con respecto a los trabajadores de Uber". En: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* de Adrián Todolí Signes y Macarena Hernández Bejarano (directores). Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, p. 621.

anteriores al inicio del servicio, el cliente estará obligado a pagar la mitad del importe adeudado. No falta la protección en el ámbito de los datos personales (según las normas del consentimiento específico e informado) y un medio para solicitar la eliminación de las revisiones falsas o parciales, que a menudo tienen un impacto perjudicial en las condiciones de trabajo de los contratados"[153] Así se reconoce en la plataforma la convivencia de dos tipos de prestadores: los autónomos y los asalariados, que su condición está fijado por el número de horas que presta el servicio en la plataforma.

El convenio colectivo británico de la empresa Hermes y el sindicato GMB Unión de 2018, donde se establecen regulaciones a favor de los transportistas autónomos que prestan su servicio a través de la plataforma, que permite su afiliación a la organización sindical y la elección entre adherirse a las condiciones del convenio o permanecer en la situación previa, como trabajadores autónomos[154].

También en la ciudad de Boloña (Italia) se suscribió un acuerdo "la Carta de derechos fundamentales del trabajo digital" (31 de mayo de 2018) en que participaron el sindicato local de repartidores en bicicleta de mercancías, las tres principales confederaciones sindicales, el ayuntamiento y algunas plataformas locales de entrega alimentos para regular las normas mínimas sobre la remuneración, las condiciones de trabajo y los seguros. La Carta se aplica a dos colectivos diferentes de las plataformas: asalariados (lavatori) y autónomos (collaboratori)[155]. Ante la oposición de plataformas más grandes en suscribir el acuerdo, como Deliveroo, Fodora y JustEat, el alcalde de la ciudad invitó a los consumidores a boicotearlos[156].

En este proceso de materialización de los sindicatos en las plataformas de servicios se ubica el *Documento de Frankfurt sobre el trabajo basado en plataformas*

153 ALOISI, Antonio y DE STEFANO, Valerio (2020). "Maquinas, algoritmos, plataformas digitales: facultades ampliadas y libertades virtuales. Notas sobre el futuro (del Derecho) del Trabajo". En: *Cambiando la forma de trabajar y de vivir. De las plataformas a la economía colaborativa* de Macarena Hernández Bejarano, Miguel Rodríguez-Piñero Royo y Adrián Todolí Signes (directores). Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 33.

154 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. (2020). *Óp. Cit.,* p. 175.

155 Ídem., p. 172-174.

156 Cfr. VANDAELE, Kurt (2018). *Óp. Cit.,* p. 17.

(6 de diciembre de 2016)[157] suscrito por los sindicatos europeos y estadounidenses que elaboran un programa sindical para los prestadores de servicios, tanto en los países desarrollados y en vías de desarrollo. El Documento de Frankfurt se plantea como los ejes de la acción sindical: el cumplimiento de la legislación nacional y los principios internacionales, la aclaración legal de este tipo de trabajadores, el derecho a la sindicalización, los salarios, la protección social, la resolución de conflictos, la transparencia, la gobernanza del trabajo, la cooperación entre trabajadores y empleadores.

A pesar de las dificultades y obstáculos mencionados para el libre ejercicio de la libertad sindical, existen ejemplos que muestran como el sindicalismo ha sabido superarlos y enfrentar estos retos sirviéndose de la misma tecnología que sustenta a las plataformas digitales.

Reflexión final

Las plataformas digitales son espacios virtuales en la red que permiten la ejecución de programas o aplicaciones con diversos fines, desde la búsqueda de información (los motores de búsqueda) hasta el intercambio de datos, imágenes o mensajes (las redes sociales). Dentro de esa variedad de plataformas digitales, interesan las que plasman un modelo de negocio que conectan a clientes o usuarios que requieren un servicio y prestadores particulares o profesionales que pueden realizar el servicio. Este tipo de plataformas digitales pueden clasificarse, siguiendo el criterio de De Stefano, en plataformas de externalización de tareas o *crowdwork* y las plataformas de trabajo a pedido o *work-on-demand via apps*, donde las primeras convocan a un número extenso de personas o prestadores previamente inscritos para la realización de una tarea solicitada por un cliente, cumpliéndose la prestación de manera virtual (*on-line*) y quedando registrada en la plataforma; y las segundas solo invitan a una persona o prestador que por la geolocalización de la aplicación puede cumplir la tarea solicitada por el cliente, cumpliéndose la prestación de manera física (*off-line*) que puede materializarse con transportar una persona, llevar un paquete o mensajería, limpiar una casa, etc.

157 https://www.igmetall.de/download/20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf

La heterogeneidad de las plataformas y de los prestadores de servicios no puede ensombrecer la centralidad que ocupa la prestación del servicio en este modelo de negocio, por lo que se introduce la naturaleza laboral como definidor para la aplicación del ordenamiento laboral en este tipo de relaciones triangulares (cliente, plataforma y prestador del servicio). La clave para despejar esta interrogante es analizar el rol que cumple la plataforma dentro de la prestación del servicio. Si el rol de la plataforma es solo de intermediación entre el cliente y el prestador parece difícil sostener que exista una relación laboral. Por el contrario, si la plataforma está organizada para intermediar y prestar el servicio subyacente, simulando que el prestador es un trabajador autónomo o contratista independiente ajeno a la plataforma, nos encontraríamos ante una relación laboral. La calificación del trabajador autónomo en el contrato de ingreso a la plataforma no es suficiente argumento para excluir la legislación laboral si se identifican elementos de la relación de trabajo. El principio de la primacía de la realidad cumple un rol fundamental para valorar la existencia de la relación laboral en este tipo de casos, porque establece la prevalencia de los hechos o la práctica sobre los documentos o los acuerdos, con independencia de la voluntad de las partes, por lo que no es relevante su intencionalidad sino la demostración de los hechos. El test de indicios de laboralidad es uno de los componentes del principio y se centra en determinar la existencia o no de la relación laboral. La Recomendación No. 198 sobre la relación de trabajo (2006) de la OIT promueve la aplicación entre los Estados miembros del test de laboralidad para proteger a los trabajadores, en base a la existencia de la relación de trabajo que se determina de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador.

Al lado de los tradicionales indicios de laboralidad, como el control sobre la prestación, la autonomía en la aceptación de la oferta, el aporte de las herramientas, la definición de la jornada y el horario de trabajo, la fijación del precio por la prestación del servicio, la asunción de los riesgos, etc. La nueva teoría del Derecho del Trabajo resalta otros indicios contextualizados a las nuevas formas de trabajo, como la integración del trabajador a la organización de la empresa, la relativa autonomía del trabajador en la prestación del servicio, el trabajo desarrollado única o principalmente para otro, la exclusión del prestador por razones de rendimiento, la limitación de elección de los clientes, etc.

En las plataformas digitales que tienen un control sobre el servicio subyacente se evidencia con el empleo del algoritmo que les permite seguir y evaluar

el desempeño del prestador remoto, la aplicación de sistemas de evaluación diseñado con determinados niveles de rendimiento para la adopción de decisiones y que son realizados por el cliente sobre el prestador, la potestad del ejercicio del control sobre la prestación, el aporte principal proviene de la plataforma, la imposición de un sistema de productividad que socava la libertad de conexión del prestador, la fijación del precio en función a la prestación del servicio. Por ello, no puede postularse una presunción de que los prestadores de las plataformas de servicios son autónomos, se requiere un análisis caso por caso para arribar a dicho resultado.

La OIT ha descrito las formas atípicas de trabajo predominantes: el empleo temporal, el trabajo a tiempo parcial, el trabajo temporal a través de agencia y otras modalidades con múltiples partes, y las relaciones de trabajo encubiertas y el empleo por cuenta propia económicamente dependiente. Las prestaciones de servicios de las plataformas se ubicarían entre el empleo temporal y el trabajo a tiempo parcial. Para proteger los trabajadores vulnerables de las formas atípicas de trabajo, la doctrina jurídica plantea tres opciones normativas.

En primer lugar, una nueva regulación para los trabajadores de plataformas de servicios por medio de la creación de una tercera categoría intermedia que, sin reconocerle el carácter laboral, lo proteja con normas de protección social. Lo controversial de la propuesta reside en que la dicotomía binaria asalariado o autónomo sigue adecuado a las prestaciones de las plataformas, porque donde su rol sea de mera intermediación el prestador es un autónomo y donde también controle la prestación del servicio subyacente el prestador es un asalariado. A su vez, cualquier nueva regulación que otorgue un nivel de protección inferior a esta tercera categoría respecto a los asalariados podría alentar el fraude o la simulación de contrataciones para sortear la aplicación de la normativa laboral.

En segundo lugar, la adopción de un régimen especial para los trabajadores de plataformas de servicios que, reconociendo su condición de asalariado, incorpore una regulación que responda a las particularidades de la prestación de servicios. Por lo que debería incluir la autonomía del prestador, el salario mínimo en las plataformas, la falta de pago por las horas no remuneradas, las garantías de las evaluaciones de los clientes, las contribuciones de la seguridad social, el derecho de negociación colectiva, etc.

En tercer lugar, la extensión del régimen laboral general para los prestadores de las plataformas de servicios, en razón que el ordenamiento laboral regula algunas formas atípicas de trabajo, como el ocasional, intermitente o discontinuo, revela que la norma laboral no está desactualizada para abordar este tipo de prestación. La desigualdad del poder de negociación que existe entre prestador y plataforma, que también está muy presente en el contrato de trabajo, es uno de los fundamentos del carácter tuitivo de la norma laboral. El Derecho del Trabajo está embarcado en un proceso de extensión del ámbito subjetivo de su campo jurídico donde el contrato de trabajo no lo constriñe sino ampliarse hacia el mundo del trabajo. Los derechos humanos laborales que protegen a las personas en el mundo del trabajo, con independencia del carácter contractual que tengan (asalariados o autónomos); o el reciente Convenio No. 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el mundo del trabajo (2019) que también protege a todas las personas que están en el mundo del trabajo, son ejemplos claros de este proceso normativo.

El Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación consagra en su artículo 2 el derecho de los trabajadores y de los empleadores sin ninguna distinción de constituir organizaciones y de afiliarse a las mismas. Por ello, no existe controversia que los prestadores de plataformas de servicios tienen el derecho a organizar sindicalmente o afiliarse a un sindicato, con independencia de que sean asalariados o autónomos. Sin embargo, el ejercicio del derecho de sindicalización tiene serias dificultades en las plataformas de prestación de servicios. En primer lugar, la alta movilidad de los prestadores entorpece su organización y la elección de representantes, explicable por el propio modelo de negocio de las plataformas. En segundo lugar, los prestadores pueden tener intereses divergentes que socavan la sindicalización o el funcionamiento del sindicato. En tercer lugar, la falta de contacto entre los prestadores debilita sus vínculos y la confianza de la acción común. La prestación de servicios es eminentemente individual, aislado de los demás prestadores. En cuarto lugar, el modelo de negocio de las plataformas propicia la competencia entre los prestadores. La oferta abierta de la plataforma convierte en rivales a los prestadores. En quinto lugar, existen restricciones legales en algunos ordenamientos nacionales que impiden a los autónomos agruparse conjuntamente con los asalariados en una organización sindical, a pesar de la regulación del Convenio 87 de la OIT.

Para superar estos obstáculos, el movimiento sindical debe plantearse el reconocimiento de que las prestaciones de servicios en las plataformas sean consideradas como trabajo y que los prestadores sean considerados trabajadores, con independencia de que la prestación sea clasificada en una relación de empleo. La apertura de las organizaciones sindicales a los trabajadores autónomos. El uso de las propias plataformas digitales como canales de comunicación con este grupo de trabajadores. La implementación de negociaciones colectivas con las plataformas para convenir las condiciones contractuales y de prestación de los servicios. La existencia de convenios colectivos en diferentes países del mundo avala el ejercicio del derecho de negociación colectiva en esta actividad económica.

REFLEXIONES SOBRE EL PROCESO PREVIO A LA QUEJA INTRODUCIDA EN EL MARCO DEL CAPÍTULO LABORAL ENTRE ESTADOS UNIDOS Y PERÚ

María Eugenia Rodríguez Florez*

Este artículo describe el proceso detrás de la presentación de la queja introducida ante la Oficina de Asuntos de Comercio y Trabajo (OTLA) bajo los capítulos 17 (trabajo) y 21 (solución de controversias) del Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú en el año 2015. La motivación es que estas notas puedan contribuir a otros actores sociales que busquen utilizar mecanismos de gobierno en la promoción y/o defensa de derechos laborales. Las descripciones aquí presentadas, se basan en el artículo original publicado por la autora en el *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, *9*(2).**

Keywords:

Libertad sindical, derechos laborales, responsabilidad empresarial, ayuda internacional, solidaridad transfronteriza.

* Economista de la Universidad Central de Venezuela, Magíster en Políticas Públicas de la Universidad de Chile y Magíster en Relaciones Laborales e Industriales de Cornell University. Correo electrónico: mer336@cornell.com

** Rodriguez-Florez, M. E. (2020). Trade Mechanisms as a Way to Improve Labor Rights Compliance and Its Policies. A Case Study from The United States-Peru Free Trade Agreement. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies, 9(2).*

I. Introducción

Las negociaciones de un acuerdo de libre comercio no solo traen oportunidades para los gobiernos y las empresas. Las federaciones sindicales han aprendido que también son una oportunidad para reforzar sus relaciones y construir solidaridad transfronteriza a favor de impulsar mejoras en las áreas de incumplimiento de los derechos laborales. Para ello, es esencial mejorar las instituciones y los actores que dan forma a las relaciones laborales de los sectores vinculados con el comercio internacional. Fomentando así, el cumplimiento de los deberes acordados y la protección de los derechos garantizados en dichos acuerdos.

Este artículo describe las principales el proceso detrás de la presentación de la queja introducida ante la Oficina de Asuntos de Comercio y Trabajo (OTLA) bajo los capítulos 17 (trabajo) y 21 (solución de controversias) del Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Perú.[1] El objetivo al documentar este proceso es ofrecer una mirada a los desafíos técnicos y políticos por los que deben navegar sindicatos u otros actores sociales que deseen utilizar mecanismos de gobierno como una herramienta alternativa para defender derechos laborales.

Esta queja fue introducida el 23 de Julio del 2015 por International Labor Rights Forum, Perú Equidad, y siete organizaciones sindicales en Perú: Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP), Confederación De Trabajadores Del Perú (CTP), and Confederación Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT), Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú (FTTP) y Federación Nacional de Trabajadores Textiles del Perú (FNTTP). Esta es la primera queja que es aceptada bajo este tratado y se encuentra actualmente en proceso. La queja fue aceptada por la OTLA el 21 de julio de 2015.

Es importante aclarar, que si bien la queja fue aceptada y la OTLA expresó "importantes preocupaciones sobre si el sistema vigente para proteger el derecho a la libertad sindical de los trabajadores empleados con contratos consecutivos ilimitados de corta duración en los sectores del NTE es suficiente para proteger el derecho a la libertad sindical," el informe no reporta ninguna violación del gobierno peruano con respecto al acuerdo comercial. Dado que la queja aún

1 Para una discusión más detallada del contexto, las reacciones de las partes involucradas, cómo ha avanzado la queja hasta enero 2020 y sus expectativas se recomienda revisar el artículo original publicado por la autora en el *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, *9*(2).

está abierta, ambos gobiernos continúan en conversaciones y en colaboración en aras de abordar las recomendaciones sugeridas.[2] Tal como afirman Agusti-Panareda et al (2015) "la mayoría de las quejas han sido atendidas a nivel del punto de contacto nacional o a través de consultas ministeriales. Este avance limitado puede explicarse, en parte, por el fuerte componente político inherente al procedimiento de ejecución [...] "[3]

II. Un nuevo mecanismo

El TLC entre Estados Unidos y Perú establece un compromiso claro para que cada parte supervise y haga cumplir su legislación laboral. Concretamente, el Perú y los Estados Unidos se comprometieron a i) "reafirmar sus obligaciones" como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), (ii) "Cada parte adoptará y mantendrá en sus estatutos y reglamentos, y prácticas [...] la Declaración de la OIT sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998);" (iii) "no derogar ni renunciar a las protecciones de sus leyes laborales para fomentar el comercio con la otra Parte o para atraer inversiones; "y, (iv) asegurar que los trabajadores puedan acceder a "procedimientos justos, equitativos y transparentes en la aplicación de las leyes laborales."[4] Especialistas indican que el compromiso es, básicamente, mostrar suficiente esfuerzo para hacer cumplir sus códigos laborales.

Adicionalmente, se establece un sistema de supervisión que busca hacer responsable a las partes de los compromisos adquiridos (recuadro 1). Powell y Chavarro (2008) describen el nuevo mecanismo de la siguiente manera: "La

2 OTLA ofreció cuatro recomendaciones, resumidas de la siguiente forma: i) "implementar instrumentos jurídicos para garantizar que el uso de contratos a corto plazo en los sectores no tradicionales no restrinja el derecho de libre asociación de los trabajadores;" (ii) ampliar las oficinas del SUNAFIL en todas las regiones, iii) aumentar el apoyo de su SUNAFIL a sus actividades de fiscalización, y iv) "ampliar los tribunales laborales de primera instancia y aumentar el presupuesto del poder judicial para casos laborales." Ver USDOL. *Public Report of Review of U.S. Submission 2015-01 (Peru),* 2016a. Consultado Julio 2019, de U.S. Department of Labor: https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/legacy/files/Public_Report_of_Review_of_US_Submission_2015-01.pdf

3 Véase: AGUSTI-PANAREDA, J., Franz Christian EBERT y Desirée LECLERCQ. "Normas Laborales y Acuerdos Comerciales de la OIT: Un argumento de coherencia." *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 36 (2015): 347.

4 USTR, *The United States - Peru Trade Promotion Agreement - Summary of the Agreement,* nd. Consultado en Julio 2019, Office of the United States Trade Representative - USTR.GOV

solución de controversias del Capítulo 21 establece procedimientos de panel de controversias que establecen altos estándares de apertura y transparencia a través de audiencias públicas abiertas, divulgación pública de presentaciones legales de las partes, experiencia laboral especial o ambiental para disputas en estas áreas y oportunidades para que terceros interesados presenten opiniones. A pesar de que el Capítulo 21 enfatiza la promoción del cumplimiento a través de consultas y remedios que mejoran el comercio, establece un mecanismo de aplicación innovador que incluye sanciones monetarias para hacer cumplir las obligaciones comerciales, laborales y ambientales del acuerdo comercial."[5]

Recuadro 1: Sistema de Supervisión
El TLC tiene un sistema de supervisión para hacer que los socios rindan cuentas de sus compromisos. La Oficina de Comercio y Asuntos Laborales (en adelante OTLA) de la Oficina de Asuntos Laborales Internacionales del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos recibe quejas -y determina si aceptarla o no- de cualquier persona que alegue que cualquiera de las partes no cumple con sus obligaciones bajo el capítulo laboral. Si la OTLA acepta la queja para su revisión, la OTLA llevará a cabo un proceso que permite al público presentar información -por expediente o audiencias públicas- sobre la queja. Una vez finalizada la revisión, OTLA publica un informe con un resumen de las actuaciones, conclusiones y recomendaciones.[6 7] Si la OTLA considera que su contraparte no está cumpliendo con sus compromisos, OTLA puede invocar consultas cooperativas para determinar si la otra parte está fallando en "hacer cumplir efectivamente su legislación laboral". Después de esas consultas, también es posible invocar el mecanismo general de solución de controversias del Acuerdo solicitando más consultas o reuniones con la Comisión de Libre Comercio. Si el primero no puede resolver la diferencia, la cuestión debe remitirse al grupo especial de solución de controversias. Este grupo especial puede celebrar más consultas, procedimientos de panel o suspender beneficios si el asunto no se resuelve.[8 9]

Source: Office of the Secretary of Labor, *op. cit.*

5 Ver POWELL, S. J.; CHAVARRO, P. A. *Toward a Vibrant Peruvian Middle Class: Effects of the Peru-United States Free Trade Agreement on Labor Rights, Biodiversity, and Indigenous Populations*. Fla. J. Int'l L., 2008, vol. 20, p. 93.

6 Consultado previamente en "la Oficina del Representante comercial de los Estados Unidos y el Departamento de Estado.

7 Office of the Secretary of Labor, *Bureau of International Labor Affairs; Notice of Reassignment of Functions of Office of Trade Agreement Implementation to Office of Trade and Labor Affairs; Notice of Procedural Guidelines*, 2006. Consultado en Octubre 2019, de Federal Register: https://www.federalregister.gov/documents/2006/12/21/E6-21837/bureau-of-international-labor-affairs-notice-of-reassignment-of-functions-of-office-of-trade#p-30

8 Office of the Secretary of Labor *op*.

9 USTR, nd, *op*.

Esta característica, contrasta con otros mecanismos laborales como los ofrecidos por la OIT, no son vinculantes. Por ejemplo, aunque el Perú ha ratificado los ocho[10] Convenios Fundamentales de la OIT -todos vigentes-, Perú ha enfrentado alrededor de 374 procedimientos de quejas sólo para casos de libertad sindical en la OIT desde la década de 1950.[11]

De igual forma, Paiement (2018) destaca que "los TLC ofrecen un lugar tentador para que los sindicatos y los grupos defensores de los derechos de los trabajadores presten atención a las infracciones sistemáticas de los derechos cuando los tribunales nacionales resultan incapaces o no están dispuestos a proteger los derechos laborales. "Además, recomienda tener en cuenta "el uso estratégico [en el derecho laboral transnacional] del lugar arbitral como un medio potencial para hacer respetar derechos transnacionales del trabajo, y el objetivo más amplio de lograr justicia social y económica para los trabajadores, dondequiera que trabajen."[12]

El capítulo laboral también estableció un "mecanismo de cooperación y creación de capacidades" que permite a ambas partes trabajar en conjunto en temas laborales de interés común.[13] Por su parte, Powell y Chavarro (2008) indican que "el objetivo del mecanismo de cooperación laboral es la búsqueda de actividades cooperativas bilaterales o regionales relacionadas con leyes y

10 Convenios Fundamentales: 8 de 8, Convenios de Gobernanza (Prioridad): 3 de 4, Convenios Técnicos: 65 de 178. Véase: OIT, Ratificaciones *para perú*,nd. Consultado en noviembre de 2019, de NORMLEX - Information System on International Labour Standards: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102805

11 Perú es miembro desde 1919. Perú tiene 161 casos cerrados desde los años 50, 14 casos activos y 19 denuncias de seguimiento en materia de Libertad sindical. Véase: OIT. *Supervisión de la aplicación de las Normas Internacionales del Trabajo para Perú,*2019. Consultado en noviembre de 2019, de NORMLEX - Information System on International Labour Standards: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11110:::NO:::

12 Ver PAIEMENT, P., *Leveraging Trade Agreements for Labor Law Enforcement: Drawing Lessons from the US-Guatemala CAFTA Dispute*, Georgetown Journal of International Law 49, no. 2 (2018): 675-692.

13 USTR, *The United States - Peru Trade Promotion Agreement - Summary of the Agreement,* nd. Consultado en Julio 2019, from Office of the United States Trade Representative - USTR.GOV

prácticas vinculadas con la Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo."[14]

III. Reclamo de los sindicatos peruanos

Los sindicatos peruanos buscan modificar o derogar el Decreto No. 22342 (también conocida como la Ley de Exportaciones No Tradicionales) que permite la continua renovación de contratos a corto plazo en los sectores de exportación no tradicional. Dado que existía un consenso de que la acción laboral local no era suficiente para obtener cambios legislativos, el mecanismo ofrecido por el TLC se convirtió en una alternativa viable para añadir presión internacional al gobierno peruano a mejorar las condiciones laborales.[15]

La queja afirma que el gobierno peruano no protege el derecho de libertad sindical. Argumentan que los empleadores de los sectores exportadores no tradicionales pueden despedir a los trabajadores afiliados a un sindicato mediante el argumento jurídico de que el contrato ha expirado porque los trabajadores fueron contratados en virtud del Decreto No. 22342.

IV. Rol de las capacitaciones y la asesoría técnica

Las negociaciones y la implementación del Tratado de Libre Comercio (TLC) abrieron una ventana de oportunidad para canalizar recursos al sector orientado a la exportación. Dichos recursos, buscaban fortalecer las instituciones y los actores de dicho sector a favor de que pudiesen tomar ventaja de los beneficios que el comercio internacional ofrece.

En el 2009, el Solidarity Center[16] (SC) publicó un informe llamado "Sociedad Peruana, Trabajadores y Derecho Laboral" el cuál se inició durante las negociaciones del TLC. Su objetivo era identificar lagunas legales, aplicación

14 Ver POWELL, S. J.; CHAVARRO, P. A., *op. cit.*

15 Es importante destacar esta acción generó controversias en Perú, diferentes actores consideran que este mecanismo no es el correcto para perseguir cambios legislativos. Ver RODRIGUEZ-FLOREZ, M. E. (2020). Trade Mechanisms as a Way to Improve Labor Rights Compliance and Its Policies. A Case Study from The United States-Peru Free Trade Agreement. *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, *9*(2).

16 Organización internacional de derechos de los trabajadores con sede en EE. UU.

de la ley débiles y violaciones recurrentes de los derechos laborales. Entre sus conclusiones, se enumeraban leyes y reglamentos que contradicen los derechos fundamentales de los trabajadores establecidos por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).[17] Una vez que inicia la implementación del TLC (1ero. de febrero de 2009), se amplia la ventana de oportunidad de continuar canalizando recursos hacia el sector exportador.

Entre febrero 2010 y marzo de 2013, USAID financió un proyecto liderado por el Solidarity Center llamado "Empoderar a los trabajadores, fortalecer las organizaciones de trabajadores y mejorar la observancia de los derechos laborales en Perú." El objetivo de este proyecto era "aumentar la participación y constructiva de los sindicatos con instituciones estatales y tripartitas y a nivel internacional en temas de importancia estratégica para los trabajadores vulnerables."[18] En este proyecto, se trabajó con dieciséis sectores económicos,[19] desarrollando capacidades en las siguientes áreas: i) capacitación de trabajadores vulnerables en alfabetización económica y derechos laborales fundamentales, (ii) creación de capacidad organizativa sindical y, (iii) sindicatos en redes y promoción. Un resultado relevante de este proyecto fue el diseño de un formulario para *documentar violaciones de derechos laborales* (recuadro 1), que fue desarrollado entre el SC y el Programa Laboral de Desarrollo (PLADES). [20, 21]

17 El informe describe cómo el lento proceso judicial y la falta de aplicación -como los casos con multas no aplicadas- dificultan la toma y aplicación de decisiones jurídicamente vinculantes y crean una cultura de impunidad. También señaló otras cuestiones, como las restricciones legales y las barreras que impiden la huelga de los trabajadores, y el aumento del empleo indirecto que socava las protecciones de los trabajadores, entre otros problemas. Ver: Solidarity Center Staff, *Peruvian Society, Workers and Labor Law,* 2009. Consultado en septiembre 2019, Yumpu: https://www.yumpu.com/en/document/read/11354288/peruvian-society-workers-and-labor-law-solidarity-center

18 Solidarity Center, *Solidarity Center Trade Union Capacity Building Program: Empowering Workers, Strengthening Worker Organizations, and Improving Labor Rights Enforcement in Peru. USAID Cooperative Agreement #: CA AID-527-A-10-00002. Final Report,* 2013. Retrieved

19 Por ejemplo, cemento, alimentos, agroindustria, textil, minería, entre otros.

20 Solidarity Center (2013), *op. cit.*

21 PLADES también creó una base de datos para ordenar los casos.

Recuadro 2: Formulario para documentar violaciones de derechos laborales
Demandante: nombre del sindicato, número de identificación del caso archivado, fecha, número de personas involucradas, personas involucradas características -género, edad, es miembro del sindicato o no.- **Demandado:** nombre comercial, número de impuesto, dirección, número de teléfono, representante legal (abogado), número de teléfono del representante legal, industria. Descripción: tipo de caso legal, caso prima facie. **Seguimiento:** número de identificación del caso, identificación del foro -administrativo, judicial, internacional- y observaciones. Además, para cada foro, hay una lista de sus etapas. Por ejemplo, administrativo -conciliación, inspección laboral, etc.-, internacional -OIT, punto de contacto nacional OCDE, etc.- **Postura:** lista de posibles resultados como responsable, sin responsabilidad, apelación, denegada, aceptada, proceso de conciliación, etc. **¿Cómo se cerró el caso?** fecha, número de identificación del caso, resolución administrativa o judicial en nombre del demandado/demandante, informe o procedimientos de conciliación en nombre del demandado/demandante.

Durante este proyecto, las dos federaciones textiles de Perú, Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú (FTTP) y Federación Nacional de Trabajadores Textiles del Perú (FNTTP) recibieron capacitación sobre derechos laborales bajo el marco legal del nuevo acuerdo comercial. Además, ambas federaciones "utilizaron el formulario de documentación[22] para organizar información sobre doce nuevos casos e inspecciones laborales relacionadas que demuestran[23] la vinculación entre contratos temporales y violaciones de los derechos sindicales en el sector textil." La información que sistematizaron utilizando el formulario de documentación laboral sirvió como prueba de cómo el Decreto 22342[24] permite violaciones sistemáticas de los derechos laborales fundamentales.[25]

Una de las principales lecciones del proyecto de USAID y el SC fue que los sindicatos se tomaron consciencia de que están inmersos en una red internacional que exige cierto compromiso de las partes involucradas y ofrece diferentes

22 Este formulario fue revisado y editado por otros actores involucrados en la defensa de los derechos laborales. Véase: Solidarity Center (2013), *op. cit*

23 Durante el proyecto, el formulario se utilizó para documentar 105 casos de violaciones de derechos laborales en dieciséis sectores. Véase: Solidarity Center (2013), *op. cit*

24 Para una discusión profunda sobre esta ley, ver: A. Solozarno. *International Pressure on the Peruvian Government to Repeal Decree 22342: Corporate Social Responsibility and Labor Reform in Peru*, 2015. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, *40*, 805-848.

25 Solidarity Center (2013), *op. cit*

mecanismos para hacerlos cumplir. Los líderes de sindicales reforzaron la idea de que podrían seguir utilizando esos mecanismos para resaltar prácticas que socavan sus derechos laborales y aumentar la presión para cambiar o mejorar esas prácticas.[26]

De forma análoga, en el marco del mecanismo de cooperación y creación de capacidades, el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos (USDOL) firmó un Acuerdo de Cooperación de dos años con el Solidarity Center para "apoyar la implementación de proyectos de fortalecimiento de la capacidad sindical en Perú" del 27 de diciembre de 2012 al 26 de diciembre de 2014.[27]

Este acuerdo de cooperación se centró en actividades, tales como "capacitación, asistencia técnica e iniciativas de promoción." Sus dos objetivos a corto plazo fueron: "(1) fortalecer la capacidad de los sindicatos para organizarse y representar eficazmente a los trabajadores vulnerables en sectores clave orientados a las exportaciones, y (2) mejorar la promoción sindical de los trabajadores vulnerables en la observancia de los derechos laborales y la reforma de las políticas." Además, el proyecto se centró más en sectores caracterizados por la alta precariedad debido a la externalización y la alta prevalencia de contratos a corto plazo. El proyecto también ofreció capacitaciones[28] diseñadas para ayudar a los sindicatos a mejorar sus capacidades para proteger sus derechos.[29]

Dado que los sindicatos suelen acudir a las agencias gubernamentales para solicitar inspecciones, o para presentar reclamaciones sobre violaciones de derechos laborales, un elemento clave durante la capacitación fue aprender a rastrear sus casos fácilmente a través de la organización de sus documentos legales. Por

26 Centro Solidario (2013), *op.*

27 Sin embargo, el SC solicitó y proporcionó una extensión sin costo hasta el 30 de abril de 2015.

28 Estas capacitaciones abarcaron temas como la organización interna, cómo desarrollar capacidades, mecanismos internacionales para proteger los derechos laborales, liderazgo, comunicaciones y asesoría legal, entre otros.

29 O'BRIEN AND ASSOCIATES INTERNATIONAL. *Independent Midterm Evaluation of the Strengthening the Institutional Capacity of the Peruvian Labor Inspection System Project.* 2017. Consultado en Octubre 2019, de DOL.GOV: https://www.dol.gov/sites/dolgov/files/ILAB/evaluation_type/midterm_evaluation/Final_Evaluation_Report_Strengthening_the_Institutional_Capacity_of_the_Peruvian_Labor_Inspection_System_12_09_2017_without_PII_0.pdf

esta razón, el SC continuó promoviendo el uso del formulario de documentación de derechos que se creó durante el proyecto financiado por USAID entre 2010 y 2013. Como resultado, los sindicatos aprendieron los criterios para identificar casos emblemáticos de violaciones sistemáticas de los derechos laborales. Los criterios para identificarlo fueron: (1) si hay muchos empleados afectados; (2) si el fallo es muy grave; o (3) si las violaciones fueran contra los derechos laborales fundamentales. Estos criterios les ayudaron a priorizar los casos que posteriormente usarían en la queja.

Es importante destacar que dichos proyectos construyeron y reforzaron capacidades que los sindicatos han venido trabajando por años en conjunto con organizaciones laborales del Perú como PLADES, Perú Equidad y CEDAL. Pues no es la primera vez que los sindicatos peruanos utilizan mecanismos internacionales para defender o promover sus derechos laborales.

V. Rol de las alianzas nacionales e internacionales

Con los casos documentados, la FTTP y la FNTTP destacaron la necesidad de promover acciones del gobierno para proteger a los trabajadores bajo este reglamento y desarrollaron una "campaña conjunta de promoción" para crear conciencia sobre los efectos generalizados del Decreto 22342. Durante la campaña conjunta, ambas federaciones aprendieron a coordinar acciones y construyeron una red de defensa y alianzas de múltiples partes interesadas con organizaciones globales como "Worker Rights Consortium, Social Accountability International, Maquila Solidarity Network, el International Labor Rights Forum y el U.S. Labor Education in the Americas Project" y con algunas marcas de ropa.

Este tipo de alianzas sirvió para concretar apoyo de diferentes organizaciones al proyecto de ley N° 761/2011-CR que buscaba modificar el Decreto 22342 presentado por el congresista y exsindicalista, Justiniano Apaza. Apaza propuso derogar los artículos 32, 33 y 34. El proyecto proponía que los trabajadores previstos en el Decreto 22342 estuvieran en virtud del Decreto-Ley 728 que rige el sector privado. A enero 2020, dicho proyecto aún está a la espera.

Entre quienes sumaron apoyo destaca el Secretario General de la Unión Mundial IndustriAll, Jyrki Raina, quien visitó Perú en mayo de 2013 para abo-

gar por los 80 mil trabajadores textiles que son contratados bajo este sistema.[30] Adicionalmente, Fair Labor Association envió una carta al presidente Humala en marzo de 2013 solicit**ándole** su respaldo al proyecto de ley. De igual forma lo hicieron, ejecutivos de 47 Brand, The Life is Good Company, New Balance, Nike, PVH Corp, y VF Corporation quienes argumentaban que dicha práctica podría ser un obstáculo para el cumplimiento de sus códigos de conducta.[31]

Para presentar la queja, los sindicatos también necesitaban crear una de red apoyo nacional e internacional. Por ello, las dos federaciones textiles solicitaron a la Coordinadora de Centrales Sindicales del Perú[32] que también firmara la presentación en su nombre para dar la sensación de amplio apoyo entre los trabajadores. A su vez, tal como lo argumenta DiCaprio (2004) dado que "hay pocos, si los hay, casos de presentación de quejas donde el peticionario se presentó unilateralmente sin la consulta y cooperación de grupos laborales en el país demandado."[33] La FTTP y la FNTT también necesitaban solidaridad transfronteriza, por lo que tuvieron que ponerse en contacto con los sindicatos estadounidenses para obtener el apoyo de actores locales y así mejorar sus posibilidades de éxito en la aceptación de la misma.

La mayoría de los actores involucrados en la presentaci**ón** de la queja reconocen el papel del Centro de Solidaridad en este proceso. Por ejemplo, destacan su rol como punto de enlace entre los sindicatos peruanos con la Federación Americana de Trabajo y Congreso de Organizaciones Industriales (AFL-CIO)

30 J. PÁUCAR. *El régimen laboral textil real es una amenaza para trabajadores y empresarios,* 2013, Lima, Perú. Consultado en julio de 2019, de https://lamula.pe/2013/5/14/el-actual-regimen-laboral-textil-es-una-amenaza-para-trabajadores-y-empresarios/jorgepaucar/

31 Es importante destacar que Fair Labor Association (FLA) desde el 2011 considera como una reiteración la violación el uso de múltiples contratos a corto plazo para realizar actividades comerciales permanentes. En consecuencia, las marcas o proveedores afiliados al FLA tendrían que trabajar juntos para eliminar la práctica u ofrecer gradualmente una reparación para los trabajadores afectados. FLA ha sido muy activa en la sensibilización sobre el uso excesivo de la contratación de trabajadores temporales y continúa animando a las marcas a trabajar con su cadena de suministro y los sindicatos para reducir esta práctica.

32 Integrado por la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP), la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP), la Confederación de Trabajadores del Perú (CTP) y la Confederación Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT).

33 Ver DICAPRIO, A. *Are Labor Provisions Protectionist: Evidence from Nine Labor-Augmented US Trade Arrangements*. Comp. Lab. L. & Pol'y. *J.*, 2004, vol. 26, p. 1.

y con el Foro Internacional de Derechos Laborales (ILRF). Su actuación ha permitido a los sindicatos tener una comunicación más fluida durante todo el proceso con el resto de los involucrados.

VI. ¿Cómo se organizó el caso?

Para presentar el caso, la queja trató de abordar cuatro factores clave: i) identificar cómo el gobierno peruano incumple sus compromisos en virtud del TLC; (ii) identificar el canal que permite que el error se convierta en un patrón; (iii) encontrar ejemplos -bien documentados- que ilustren violaciones sistemáticas y,(iv) ofrecer una idea de cuántos trabajadores se ven afectados por esta falla.

La queja afirma que el gobierno peruano no protege el derecho de libertad sindical (derecho fundamental de la OIT). Argumentan que los empleadores de los sectores exportadores no tradicionales pueden despedir a los trabajadores afiliados a un sindicato mediante el argumento jurídico de que el contrato ha expirado porque los trabajadores fueron contratados en virtud del Decreto No. 22342.

Si bien el número promedio de trabajadores con contratos en virtud del Decreto 22342 representa una pequeña parte de la fuerza laboral -entre el 2,18y el 2,3% del total de la fuerza laboral privada y formal en Perú durante 2013 y 2017-,[34] la mayoría de los trabajadores empleados bajo este régimen pertenecen al sector textil tal como lo muestra la información publicada por el Ministerio de Trabajo. La Tabla 1 muestra que Lima tiene alrededor del 64% de esos contractos bajo el Decreto 22342 en Perú. El número promedio de contratos presentados por el sector textil en la capital fue de 127.148, lo que representa aproximadamente el 84% del total de contratos en Lima, y alrededor del 54% del total de contratos presentados en Perú que utilizaron el Decreto 22342. Estos

34 Entre 2013 y 2017, el número medio de trabajadores contratados mensualmente en virtud del Decreto 22342 ha sido de entre 68.888 y 76.123 trabajadores. Véase: Mincetur. *Posición del Gobierno del Perú respecto de la comunicación presentada por organizaciones de la Sociedad Civil por un supuesto incumplimiento del Perú en sus compromisos laborales y ambientales, contenidos en el acuerdo comercial entre el Perú y la Unión Europea.* 2018. Consultado en Julio 2019, de Acuerdos Comerciales: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/union_europea/2018/PosicionPeru-ComercioyDesarrolloSostenible.pdf

números sugieren que el sector textil es el sector que hace un uso m**ás** intensivo de los contratos a corto plazo bajo la ley de exportaciones no tradicionales.

TABLA 1: Número de contratos presentados por el sector manufactura (sector textil) 2002-2014 – Decreto No. 22342

	2002	2004	2006	2008	2010	2012	2014
Preparación e hilado de fibras textiles, productos textiles	16.988	19.565	25.077	29.124	36.462	31.238	30.547
Fabricación de Tejidos y Artículos de Punto y Ganchillo	14.724	15.972	18.989	22.914	17.772	12.479	7.364
Confección de prendas de vestir, excepto prendas de cuero	34.373	70.045	99.751	95.714	99.415	96.425	72.368
Otras clasificaciones textiles			2.065	5.002	8.724	3.878	3.064
Sub Total Sector Textil (1)	**66.085**	**105.582**	**145.882**	**152.754**	**162.373**	**144.020**	**113.343**
Total Lima (2)	**86.581**	**126.776**	**171.216**	**179.504**	**196.025**	**164.539**	**131.921**
% (1) / (2)	76%	83%	85%	85%	83%	88%	86%
Total Renovaciones – Lima – textil (3)	**46.743**	**66.173**	**91.139**	**127.731**	**111.764**	**109.667**	**89.506**
% (3) / (1)	71%	63%	62%	84%	69%	76%	79%
Total Peru (4)	**155.174**	**186.525**	**246.314**	**272.227**	**273.146**	**254.565**	**243.866**
% (2)/ (4)	56%	68%	70%	66%	72%	65%	54%
% (3)/ (1)	43%	57%	59%	56%	59%	57%	46%

Fuente: Cálculos de la autora con datos de Anuarios Estadísticos, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de Perú.

Para ilustrar "el fracaso sistemático" de los compromisos del gobierno peruano bajo el TLC, los sindicatos textiles pasaron alrededor de un año recopilando hechos y pruebas de más de cien casos utilizando el formulario de documentación laboral creada por el Solidarity Center y PLADES.[35] Este formulario contribuyó a que los sindicatos pudiesen colectar y organizar información sólida. Pues para una reclamación internacional, los hechos deben estar muy bien definidos.

35 PLADES no participó directamente en el proceso, ni suscribió la queja porque estaban trabajando en un proyecto de USDOL y SUNAFIL para ese entonces, dicho proyecto estaba enmarcado en el acuerdo de cooperación del tratado.

De igual forma, los líderes sindicales seleccionaron los casos en base a las siguientes consideraciones: ¿es una violación de un derecho protegido por el TLC? ¿La práctica representa un patrón con el tiempo? ¿Muestra la falta de acción del gobierno peruano? ¿Afecta al comercio? Dado que no todos los casos tienen suficiente evidencia para todos esos factores, era necesario identificar casos emblemáticos que ilustraran la falla sistemática del Estado peruano con el TLC.

El criterio de selección era que el caso ejemplificara una violación sistemática de un derecho laboral fundamental -en este caso, represalia por las actividades sindicales utilizando el Decreto 22342-. El documento de la queja describe el comportamiento de cinco empresas con más registros de violación de derechos laborales en el sector textil, y que sirven a clientes estadounidenses (aquí la vinculación con el comercio). Estas firmas son Topy Top S.A., Hialpesa, Inca Tops S.A., Corporación Texpop S.A. y F**á**brica de Tejidos Pisco S.A.C.

Para reforzar las pruebas sobre la relación entre el uso de leyes de contratación -con menores costos laborales para promover las exportaciones- y las violaciones de los derechos laborales en las industrias no tradicionales. El documento también incluy**ó** casos de agroindustria que retratan el mismo patrón, pero en virtud de la Ley N° 27360 aprobada en el 2000. Las firmas incluidas fueron Camposol, Grupo Palmas y Sociedad Agrícola Virú. A diferencia del sector textil, el número promedio de trabajadores contratados mensualmente en virtud de la Ley N° 27360 ha estado creciendo fuertemente durante los últimos años, por ejemplo, entre 2012 y 2019, de 210.298 a 314.769, lo que representa en 2018 el 9,5 por ciento de la fuerza laboral privada total en Perú.[36]

En resumen, la queja presentó ocho casos emblemáticos, cinco del sector textil y tres de agroindustria elegidos de alrededor de cientos de casos.

La queja presentada también señaló que el gobierno peruano no puede garantizar que los trabajadores contratados bajo el Decreto 22342 y la Ley 27360 tengan acceso a un "procedimiento justo, equitativo y transparente en la aplicación de las leyes laborales." La comunicación atribuyó esta falta a la carencia de

36 Fuente Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Base de Datos de Planilla electrónica.

recursos y mecanismos para supervisar y hacer valer los derechos laborales por parte de la Superintendencia Nacional de Inspección de Trabajo (SUNAFIL).[37]

Adicionalmente, la queja señala que la pasividad del gobierno para liderar cambios legislativos que mejoren estos procesos contribuye a que los trabajadores no puedan obtener respuestas más expeditas a sus casos. Para sustentar esta declaración, los firmantes afirmaron que desde el 2014 y para los años subsiguientes, la Ley 30222 dictaminó que SUNAFIL adoptaría un enfoque preventivo. Como resultado, cuando un inspector identifica una infracción laboral, sólo podría ofrecer orientaciones a los empleadores sobre cómo mejorar sus prácticas laborales -en lugar de aplicar una multa- y luego concluir el procedimiento de inspección. En otras palabras, los dirigentes sindicales argumentaban que "antes de la ley, SUNAFIL aplicaba multas, ahora SUNAFIL les da muchas oportunidades de remediar, pero siguen haciendo las mismas malas prácticas."

Sin embargo, la clave para reforzar este punto fue la incorporación del Sindicato Único de Trabajadores de SUNAFIL. Una vez que ellos se enteraron de la queja, contactaron a los subscritores de esta y expresaron su interés en suscribirla para mostrar los problemas que enfrentaban como empleados de SUNAFIL. Al explicar cómo la falta de presupuesto y los inspectores socavan su capacidad para hacer cumplir los códigos laborales en Perú, los inspectores del trabajo ayudaron a exponer la gravedad de este caso. El factor crítico fue que los inspectores de trabajo vincularon sus demandas como sindicato -porque como trabajadores, también tienen derecho a derechos- con la defensa de los derechos laborales de los trabajadores peruanos -porque son una parte clave en la aplicación de los códigos laborales. -

VII.¿Afecta el comercio entre las partes?

Dado que no ha habido ningún cambio legislativo que cree mecanismos para proteger el derecho de libre sindicalización de los trabajadores contratados en virtud del Decreto 22342 y la Ley 27360. Los signatarios esperan que eventualmente la OTLA invoque el Mecanismo General de Solución de Controversias en este proceso y, eventualmente, un Panel de Solución de Controversias si el primero no puede resolver la disputa.

37 USTR, nd, *op.*

El único caso que ha terminado en un panel de controversias es Guatemala. En consecuencia, es la única referencia[38] que se puede usar (a la fecha) para evaluar si existe un incumplimiento de los compromisos del Tratado de Libre Comercio en el marco del capítulo laboral.[39] Lo anterior implica analizar cómo los miembros de un eventual panel interpretarían y evaluarían cuestiones tales como: "no dejar de aplicar eficazmente", "curso de acción o inacción sostenido o recurrente" y, "de una manera que afecte al comercio entre las partes" en el caso peruano. Sin embargo, es importante tener en consideración dos aspectos: (i) El Panel de Guatemala no creó jurisprudencia. Es decir, que un eventual nuevo panel no necesitaría seguir estos criterios, ya que podría desarrollar sus propias directrices para resolver la controversia. (ii) El capítulo laboral con Perú es más amplio que el capítulo laboral de Guatemala porque incluye más normas sujetas al arbitraje.

En el caso de Guatemala, a pesar de que el Panel reconoció que "una falta de aplicación de las leyes laborales puede aliviar a un empleador de los costos de sindicalización." El Panel también planteó la cuestión de "si esos efectos eran de escala y duración suficientes para conferir una ventaja competitiva." Por ejemplo, solicitó al menos pruebas aproximadas de (i) la importancia de las cantidades en el ahorro de costos (para los costos de sindicalización, compensación y costo de sanción) a los costos laborales totales de cada empresa y, (ii) el impacto del despido -u otras represalias- en la capacidad de los demás trabajadores para organizarse y negociar colectivamente. Por consiguiente, el reclamante debería haber demostrado que los efectos han sido significativos y lo suficientemente

38 A pesar de que enfoque aplicado por el panel de Guatemala es visto como "una creación de dificultades significativas en términos de traer casos exitosos en el futuro" Ver HARRISON, J. *The Labour Rights Agenda in Free Trade Agreements*. The Journal of World Investment & Trade, 2019, vol. 20, no 5, p. 705-725.

39 Adicionalmente, es relevante tener presente otros desafíos que se podrían presentar. Por ejemplo, AGUSTI-PANAREDA et al (2015) afirman que la inclusión "de los principios de la Declaración [de la OIT] [también] trae un grado de incertidumbre" debido a "la falta de orientación global sobre la aplicación de esos principios". Como resultado, los órganos de solución de controversias en virtud de acuerdos comerciales "podrían intentar desarrollar el significado de los conceptos indefinidos [...] A nivel de socio comercial, esta variación puede dar lugar a incertidumbre entre las partes de los respectivos acuerdos comerciales relativos a sus respectivas obligaciones, en particular si a lo largo del tiempo surgen diferentes significados en virtud de diferentes acuerdos comerciales para las mismas partes."

largos como para que las empresas pudieran disfrutar de una ventaja competitiva durante el período controvertido.[40]

A pesar de que el Panel declaró que el reclamante no necesita presentar "prueba de los costos u otros efectos con ningún grado particular de precisión", el Panel exigió "determinar que se ha acumulado una ventaja competitiva". Esto significa que es responsabilidad del reclamante demostrar que los antecedentes que han presentado sobre los costos laborales generan algún cambio en las condiciones de competencia. Así mismo, El Panel también declaró que no requieren "pruebas extraídas de los registros de los empleadores" y que la "determinación [de la ventaja competitiva] no depende del peso o la importancia de ese empleador dentro de su sector económico particular." [41]

Dado que el Panel no lleva a cabo una investigación independiente -como lo hace una comisión antidumping- no hay directrices definidas sobre cómo recopilar información, ni un incentivo para que las empresas colaboren con el proceso. Por consiguiente, esta aclaración anterior es pertinente por dos razones:

- Los reclamantes tienen amplias opciones para seleccionar la mejor información disponible para aproximar sus pruebas.
- Dado que la ventaja no depende de la importancia de un empleador específico en la industria, se puede inferir que la participación del mercado estadounidense que tiene la empresa o el país no es relevante ni para determinar si hay una ventaja o no. Esto es importante porque aísla cuestiones como la penetración del mercado y se centra en el hecho de que existe un comercio entre las partes.[42]

40 Ver International Trade Administration. *Dominican Republic - Central America - United States Free Trade Agreement. Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty. In the Matter of Guatemala – Issues Relating to the Obligations Under Article 16.2.1(a) of the CAFTA-DR. Final Report of the.* 2017. Consultado enero 2020, de Trade.gov: https://legacy.trade.gov/industry/tas/Guatemala%20%20%E2%80%93%20Obligations%20Under%20Article%2016-2-1(a)%20of%20the%20CAFTA-DR%20%20June%2014%202017.pdf

41 Véase: INTERNATIONAL TRADE ADMINISTRATION, op. *cit.*

42 Este punto es relevante porque las exportaciones del sector textil peruano a Los Estados Unidos disminuyeron en un 12 por ciento durante 2012, y desde entonces, han tenido una lenta recuperación. En cambio, el sector agrícola ha aumentado sus exportaciones a los Estados durante los últimos diez años.

Aunque la comunicación peruana puso en duda si el sistema en vigor es suficiente para proteger el derecho de libre sindicalización de los trabajadores contratados en virtud del Decreto 22342 y la Ley 27360, la comunicación no ofrece pruebas claras de si esta situación está otorgando una ventaja competitiva a las empresas involucradas.

En contraste, el gobierno peruano afirmó que entre 2012 y 2017, las remuneraciones en el sector textil mostraron una tendencia positiva, y no hubo diferencias significativas entre las remuneraciones de los sindicatos y los miembros no sindicales.[43] Si bien, el informe no ofrece más información sobre este análisis estadístico y a pesar de que es un resultado inusual en la literatura que compara diferentes resultados laborales entre trabajadores sindicales y no sindicalizados. El argumento sugiere que no existe una ventaja competitiva generada por menos costes laborales debido a los trabajadores no sindicalizados del sector textil.

VIII. Reflexiones finales

La motivación signatarios para introducir esta queja fue mejorar sus condiciones laborales y, por lo tanto, su nivel de vida. Desde que los sindicatos del sector textil han retratado cómo el Decreto 22342 promueve empleos precarios en múltiples foros, han centrado sus esfuerzos en cambiarlo. Sin embargo, La falta de apoyo político para cambiar el Decreto en el Congreso ha cerrado en repetidas ocasiones cualquier posibilidad interna de conseguir cambios legislativos que mejoren su situación. Por esta razón, los sindicatos han utilizado todos los mecanismos disponibles -nacionales e internacionales- para diversificar sus acciones e impulsar reformas regulatorias y estructurales, que se traduzcan en una mayor aplicación de la legislación laboral y por ende en mejores prácticas en su lugar de trabajo.

Los proyectos financiados por USAID y USDOL canalizaron recursos hacia el sector exportador buscando fortalecer a los actores e instituciones vinculados al comercio. Dichas capacitaciones contribuyeron a crear y a robustecer las capacidades de los trabajadores para hacer valer sus derechos laborales. Ofreciendo así a los sindicatos la oportunidad no sólo de conocer sus derechos en este nuevo marco, sino también de cómo documentar casos e identificar los

43 Véase: MINCETUR, (2018), op. *cit.*

mecanismos disponibles para hacerlos cumplir. Durante las capacitaciones, los sindicatos también accedieron a redes internacionales, que ofrecían la posibilidad de construir solidaridad transfronteriza y obtener asistencia técnica adicional.

La relevancia de las capacitaciones radica en que los trabajadores no pueden defender derechos sino los conocen y sino saben cuáles son las instituciones y mecanismos que deben velar por los mismos. Además, los trabajadores no pueden defender sus derechos sino tienen pruebas sólidas de que sus derechos han sido vulnerados.

Lamentablemente, los fondos destinados a empoderar a los trabajadores mediante la capacitación son escasos en los países en desarrollo -hay otras prioridades como la alimentación, el agua o las inmunizaciones. - Por esta razón, la ayuda internacional orientada a promover los derechos laborales desempeña un papel crucial en la promoción del crecimiento con inclusión. Por lo que, los mecanismos de cooperación en los acuerdos de libre comercio son un activo valioso para mejorar los derechos laborales a nivel mundial.

Sin embargo, la ayuda internacional pone en evidencia el nivel de dependencia que tienen los sindicatos de los recursos externos para financiar actividades de mediano y largo plazo. Para ilustrar, el proceso de preparar la queja requirió habilidades técnicas en múltiples disciplinas. Desafortunadamente, no todos los sindicatos pueden costear con sus propios recursos el pago de la asistencia técnica requerida para estos procesos. Abriendo así la pregunta sobre quién tiene la última palabra sobre las estrategias y acciones que los sindicatos desarrollarían en las próximas etapas de esta queja: ¿la agenda de los sindicatos, o la agenda de las ONGs que apoyaran el proceso técnico?

Además, se debe reconocer que el papel de las alianzas internacionales no es sólo añadir presión, canalizar recursos, difundir el mensaje y crear conciencia. La solidaridad transfronteriza desempeña un papel esencial, especialmente en la dinámica política estadounidense. Los sindicatos peruanos necesitan el apoyo de los sindicatos americanos y otras organizaciones para mantener esta queja en la agenda de Estados Unidos, por lo que es necesario mantener una comunicación constante con sus aliados internacionales.

Por último, es importante tener presente que estos mecanismos toman su tiempo. A pesar de que la queja no ha tenido mayor dinamismo, el contexto

político y las prioridades puede cambiar en cualquier momento. Por ello, los signatarios deben estar preparados en el caso de que esta queja avance. Los sindicatos -y los de la ONG que la avalaron- todavía tienen que encontrar la manera de ofrecer pruebas claras sobre si la violación de la libertad sindical para los trabajadores contratados en virtud del Decreto 22342 y la Ley 27360 otorga o no una ventaja competitiva a las empresas involucradas.

EL TRABAJO INFANTIL EN EL PERÚ: PASADO RECIENTE Y PERSPECTIVAS

Beatty Egúsquiza Palacín*
Fernando Segundo Félix Córdova**

"El trabajo infantil hostiga, humilla y daña a los niños que lo prestan, pero no siempre conmueve a quienes lo conocen y, mucho menos, los compromete"
Liliana Hebe Litterio

Resumen

La pandemia a causa de la Covid-19 viene generando estragos en la economía del país y a su contracara más relevante, el mercado de trabajo, particularmente sobre el trabajo infantil. En el periodo 2012-2019 este último se redujo, principalmente en el tramo 2012-2016, con un estancamiento desde entonces. Frente a esta situación, las políticas públicas de prevención y erradicación del trabajo infantil, desde el marco normativo hasta la implementación de estrategias, han mostrado un carácter desarticulado, situándose en desventaja para erradicar el trabajo infantil en tiempos de pandemia. De persistir esta situación de inoperancia, se estima que el país retrocederá al menos seis años en cuanto a sus avances acumulados en materia de trabajo infantil.

Palabras clave

Trabajo adolescente, trabajo infantil, pandemia.

* Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

** Ingeniero Economista por la Universidad Nacional de Ingeniería. Ha sido consultor para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), para el Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo (DESCO) y asesor del Despacho Viceministerial de Promoción del Empleo y Capacitación Laboral del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

SUMARIO: I. Introducción. II. El trabajo infantil en América Latina y el Caribe. III. Alcances en materia de trabajo infantil. *1. Breve reseña y definición del trabajo infantil, 2. Situación del trabajo infantil en el Perú.* IV. Causas y consecuencias. 1. Causas. *A) Pobreza. B) Educación. C) Tolerancia social.* 2. Consecuencias. V. Análisis del contexto normativo vigente en torno al trabajo infantil y adolescente. Potencialidades y dificultades. VI. Evaluación de los logros en la erradicación de trabajo infantil. *1. Avances en la búsqueda de la erradicación del trabajo infantil. 2. Evaluación de los avances en la búsqueda de la erradicación del trabajo infantil.* VII. Los efectos esperados de la pandemia en el trabajo infantil en el Perú. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

El trabajo infantil es un tema muy sensible de aparición no reciente, con cifras alarmantes; además, la persistencia del fenómeno tiene antecedentes históricos que ha llevado a que se contemple el trabajo infantil como un mecanismo de formación de los niños, niñas y adolescentes.

Creemos que en su gran mayoría la población peruana, consciente o inconscientemente conoce las consecuencias adversas que puede generar esta problemática, siendo la más grave el perjuicio que puede acarrear en la salud e integridad de las niñas, niños y adolescentes, y, por otro lado, la perpetuación de la pobreza en las familias.

Este año ha sido designado por la OIT como el Año Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil con el fin de promover medidas legislativas prácticas para erradicar el trabajo infantil en todo el mundo; asimismo, el año pasado por primera vez en la historia de la OIT, los 187 Estados Miembros han ratificado el Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. Sin duda estos avances son importantes, no obstante, cada Estado necesita implementar políticas públicas eficientes para hacer frente a este gran problema.

En la presente investigación trataremos de caracterizar este fenómeno, identificar a través de estadísticas la realidad sobre el asunto; luego señalaremos la definición, causas y consecuencias del trabajo infantil; así, también, analizaremos los avances efectuados por el Estado Peruano desde el año 2012, para, finalmente, presentar algunos efectos de la pandemia sobre el trabajo infantil.

II. El trabajo infantil en América Latina y el Caribe

En el periodo 2008-2016 la proporción de niñas y niños en trabajo infantil se redujo de 10.8% a 7.3%. Pese a este avance, cabe notar la desaceleración de los progresos: de 2008 a 2012 la disminución fue de -2.0 puntos porcentuales; de 2012 a 2016, -1.5 puntos porcentuales. En el 2016, en la región 10.5 millones de niñas, niños y adolescentes estaban en situación de trabajo infantil, de los cuales el 60% realizaba trabajos peligrosos.

Las estadísticas globales señalan que son más los niños que las niñas en condición de trabajo infantil. Sin embargo, esta brecha parece deberse a que la presencia de niñas es invisibilizada, pues, con frecuencia, ni siquiera las personas cercanas o la propia comunidad reconocen que las niñas se encuentran en esta condición, debido a que ellas realizan principalmente labores agrícolas de pequeña escala, trabajo doméstico para terceros, trabajo en comercios familiares ubicados en domicilios particulares o tareas domésticas intensivas en el propio hogar; pero, también, al hecho que ellas están más expuestas a realizar tareas domésticas intensivas y/o a jornada completa[1]. Que las niñas asuman la mayor parte tareas relacionadas al cuidado y esta sea invisibilizada, incrementa sustancialmente su exposición al trabajo infantil de todo tipo y puede conducir, con el tiempo, a que sean excluidas de las políticas públicas que buscan revertir este problema. Los roles de género se trasladan al mercado laboral y en el trabajo infantil.

En 2019 la Organización Internacional el Trabajo (OIT) señalaba que el 52% del trabajo infantil se concentraba en el sector de la agricultura. Además, prevalece en los quintiles de riqueza más bajos (o los más pobres) sin negar que exista en el resto de segmentos poblacionales de no pobreza. Adicionalmente, su concentración territorial era bastante rural[2].

En el escenario impuesto por la pandemia de la Covid-19 se espera que los avances alcanzados en materia de trabajo infantil retrocedan, dado que las diversas medidas sanitarias de contención han implicado la desaceleración de la

1 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). "No dejar a las niñas atrás. Trabajo infantil y género en América Latina y el Caribe" Iniciativa Regional América Latina y el Caribe Libre de Trabajo Infantil, 2018, p. 2-4.

2 Consultar https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_710347/lang--es/index.htm

producción, el desempleo, la baja cobertura de la protección social, la falta de acceso a seguridad social y los mayores niveles de pobreza.

En un primer ejercicio, se estima que a causa de la pandemia en América Latina y el Caribe el trabajo infantil se incrementaría al menos entre 109 000 y 326 000 niñas, niños y adolescentes, que se sumarán a los 10.5 millones que ya se encontraban en esta situación[3].

III. Alcances en materia de trabajo infantil

1. Breve reseña y definición del trabajo infantil

Según el profesor Javier Neves "la cuestión del trabajo infantil ha captado la atención del Derecho del Trabajo desde sus inicios. Sin duda que una de las principales razones por las que aún en pleno apogeo del Estado Liberal, abstencionista por definición en materia de derechos económicos y sociales de la población, se diera la intervención en la regulación protectora de los trabajadores, fue el dramático impacto sobre la vida y la salud que produjo el trabajo infantil al sujetarse a las reglas contractuales del Derecho Civil"[4].

Es así que las primeras regulaciones previstas en el Derecho Laboral fueron las relacionadas al trabajo de los niños, niñas y adolescentes, pues, conforme lo señaló Martín Valverde, buscaron advertir a los poderes públicos que la explotación masiva de los niños acarrearía en la sociedad a medio y largo plazo una grave depauperación de la salud pública de la población[5].

Es por esta atención que se le exigía para el Derecho del Trabajo que, en el ámbito nacional, se promulgó en 1918 la Ley Nº 2851, relativa al Trabajo de las Mujeres y los Menores; y, en el ámbito internacional, al año siguiente, la OIT aprobó uno de sus primeros convenios, que sería el Convenio Internacio-

3 Organización Internacional del Trabajo – OIT y Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). La pandemia por la Covid-19 podría incrementar el trabajo infantil en América Latina y el Caribe". Nota Técnica N°1, junio 2020, p. 11

4 NEVES MUJICA, Javier. "El trabajo infantil en el ordenamiento jurídico internacional". En: *Ius et Veritas*. Pontifica Universidad Católica del Perú. N° 23. 2007, p. 133.

5 MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 69.

nal del Trabajo Nº 5, relativo a la edad mínima para el trabajo en las empresas industriales[6].

Según la OIT, trabajo infantil es "todo trabajo que priva a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico. Así pues, se alude al trabajo que es peligroso y prejudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño; interfiere con su escolarización puesto que les priva de la posibilidad de asistir a clases, les obliga a abandonar la escuela de forma prematura, o les exige combinar el estudio con un trabajo pesado y que consume mucho tiempo[7]".

2. Situación del trabajo infantil en el Perú

En general, la población con menos de 14 años que realice actividades para obtener algún ingreso se considera en condición de trabajo infantil. Pero también podemos incluir a quienes, siendo adolescentes, lo hacen sin el cumplimiento de requisitos exigidos para ello.

Un primer acercamiento a las dimensiones de este problema en el país nos remite a las fuentes de información oficiales, como lo es la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO[8]) en el periodo 2012-2020. En el periodo pre-pandemia,

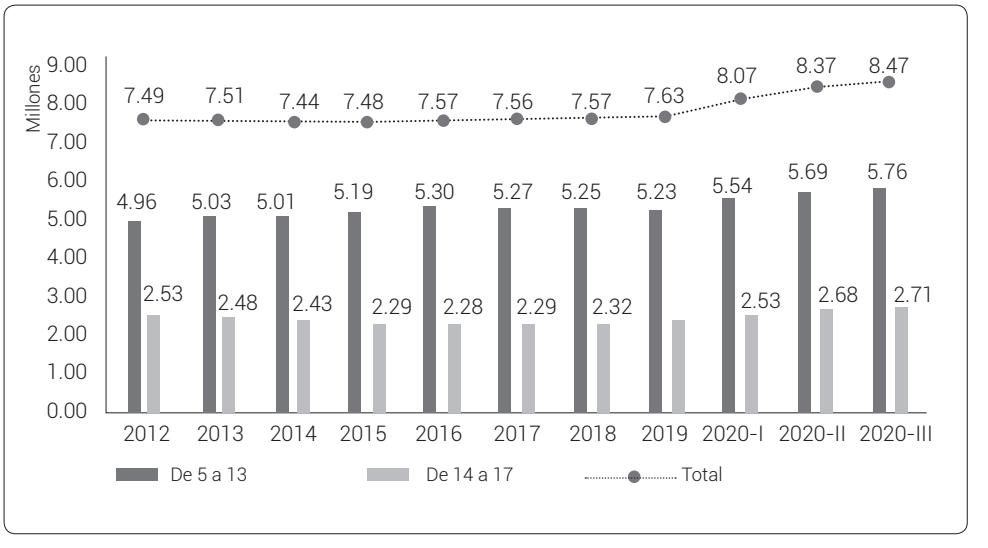
6 En España una de las primeras normas fue La Ley Nº 1873, Ley Benot, la importancia estriba en que incorporó algunos elementos normativos que habían de quedar de manera permanente en el ordenamiento con unos u otros contenidos de valores numéricos: edad mínima de admisión al trabajo, fijación de jornadas máximas de trabajo, prohibición del trabajo nocturno. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín, GARCÍA MURCIA, Joaquín. Ob. cit., p. 69.; posteriormente se dictó la Ley de 13 de marzo de 1900 (Reglamento aprobado por R.D. de 13-11) establecía las condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños de ambos sexos con arreglo a una óptica protectora, imponiendo así límites al trabajo de las medias fuerzas por razón de edad (incapacidad absoluta para todo trabajo de los menores de diez años, o de nueve en el caso de que acreditasen saber leer y escribir y limitaciones en edades superiores). PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y DE LA ROSA ÁLVAREZ, Manuel. *Derecho del Trabajo.* Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1996, p. 78. Para el caso de América Latina la legislación se inició con la Ley Argentina de fecha 14 de octubre de 1907. DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, Tomo I, México, 1970, p. 161.

7 www.ilo.org/ipec/facts/lang--es/index.htm

8 Encuesta Nacional que realiza el Perú todos los años y que tiene por objetivo generar

de 2012 a 2019, la cantidad de niñas, niños y adolescentes entre 5 y 17 años se incrementó levemente, de 7.49 millones a 7.63 millones. En los primeros 3 trimestres de 2020, este segmento poblacional sobrepasó los 8 millones de personas.

Perú: Niñas, niños y adolescentes de 5 a 17 años

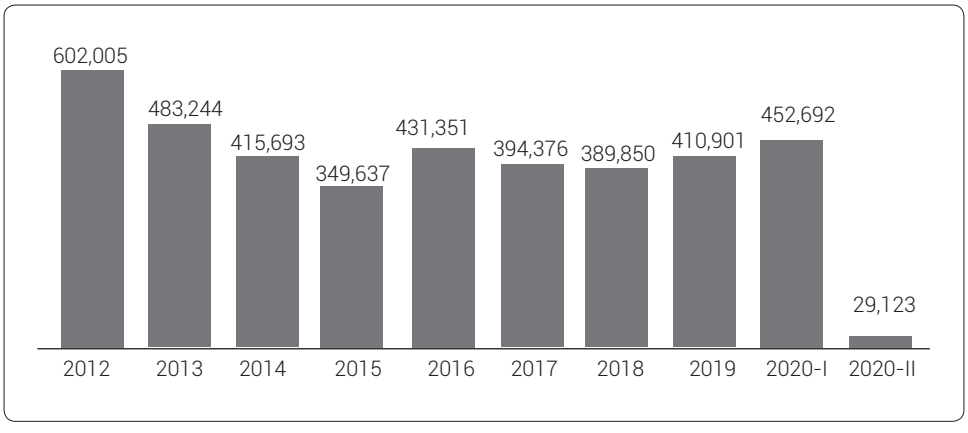


Fuente: INEI – ENAHO (varios años)
Elaboración: Propia.

Entre la población de 5 a 13 años (por debajo de la edad mínima para trabajar), en el periodo 2012-2019, la cantidad de quienes trabajaban para obtener algún ingreso disminuyó de 602 005 a 410 901 personas. No obstante, los progresos sostenidos de disminución se registraron entre los años 2012 y 2015. En 2016 ocurre un retroceso importante, y desde entonces se registra un estancamiento con ligero ascenso fluctuante. Así, entre el año 2018 y el primer trimestre de 2020 puede notarse un incremento sostenido, es decir, un retroceso a la situación cercana al año 2013.

indicadores para conocer la evolución de la pobreza y de las condiciones de vida de las personas, desde el año 2012 ha incorporado dos preguntas a fin de hacer seguimiento a los indicadores de trabajo infantil.

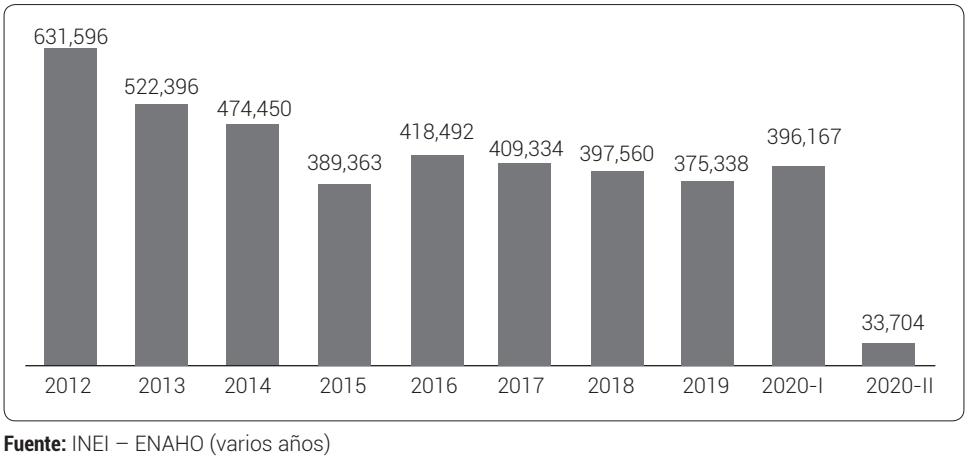
Perú: Niñas, niños y adolescentes de 5 a 13 años que trabajan para obtener algún ingreso



Fuente: INEI – ENAHO (varios años)
Elaboración: Propia.

Con respecto a la población de 14 a 17 años encontrándose en la edad permitida para trabajar (en general), en el periodo 2012-2019 disminuyó de 631 596 a 375 338 personas. Aunque estando en la edad permitida para trabajar, este segmento etario también experimento sus mayores avances en el tramo temporal 2012-2015, para luego revertirse y disminuir levemente en el periodo 2016-2019. En el 2020, el primer trimestre registró el incrementó a 396 mil 167 adolescentes que trabajaban.

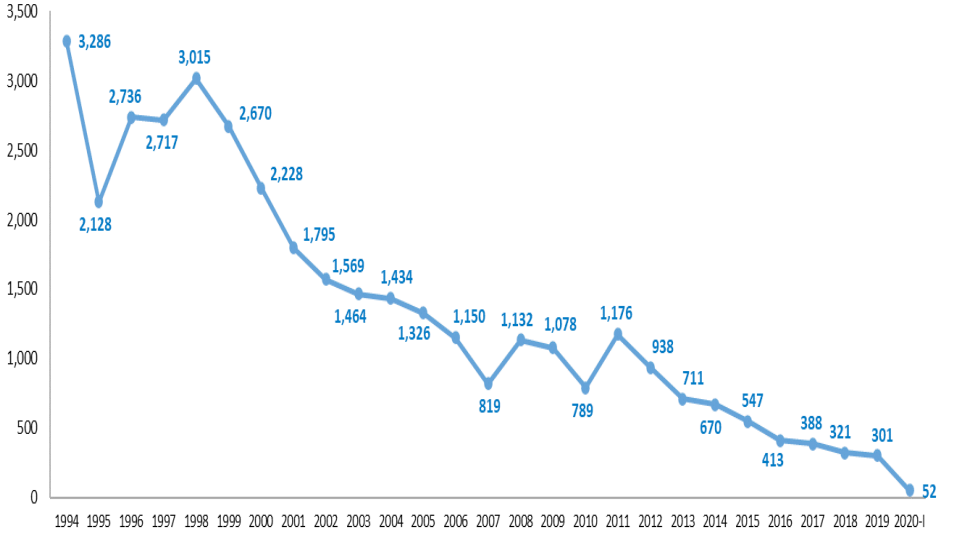
Perú: Adolescentes de 14 a 17 años que trabajan para obtener algún ingreso



Fuente: INEI – ENAHO (varios años)
Elaboración: Propia.

Sin embargo, en todo este periodo, no más del 0.2% de estos adolescentes que trabajaban tenía autorización para el trabajo adolescente. De hecho, estas autorizaciones ya venían disminuyendo desde la última década del siglo XX.

Perú: Autorizaciones para trabajo de adolescentes



Fuente: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) – Anuarios Estadísticos (2012-2019) y Leyendo Números (2020-I)
Elaboración: Propia.

Tal vez el año 2020 cerró con una magnitud de trabajo infantil de 5 a 13 años igual o más elevada que su primer trimestre, considerando los estragos económicos, laborales y de empleo inducidos por la pandemia. Lo propio podría decirse en el caso del segmento de 14 a 17 años.

Entre las características socioeconómicas del trabajo infantil en el periodo 2012-2019 en nuestro país cabe destacar las siguientes[9]:

- Por cada 100 infantes y adolescentes de 5 a 13 años que trabajaban, 47 fueron mujeres en 2012 y 48 en 2019. En el caso de los adolescentes de 14 a 17 años que trabajaban, por cada 100 de ellos 42 fueron mujeres en 2012 y 40 en 2019. Es posible, como sucede en el mundo, que se esté subestimando la presencia de mujeres en el trabajo infantil,

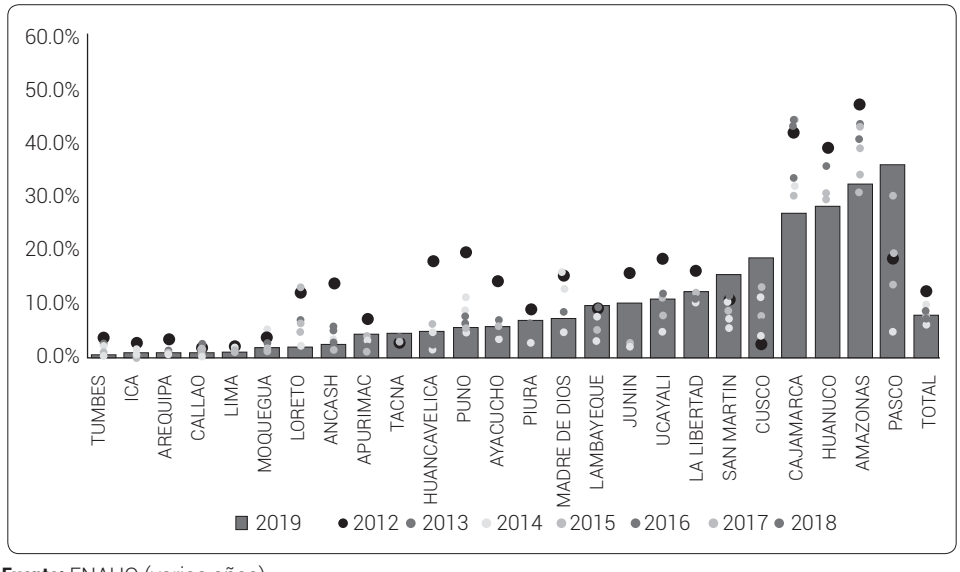
9 Se utiliza las bases de datos disponibles de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO).

en razón a la invisibilización por la cual se acepta que realicen trabajos vinculados al cuidado, dentro o fuera del hogar.

- Por cada 100 infantes y adolescentes de 5 a 13 años que trabajaban, 62 pertenecían a hogares pobres en 2012 y 45 en 2019. En el caso de los adolescentes de 14 a 17 años que trabajaban, *por cada 100 de ellos 42 integraban hogares pobres en 2012 y 33 en 2019.* Al parecer, es más probable que un niño/a menor de 14 años se vincule al mercado de trabajo frente a uno de 14 a 17 años de, cuando ambos provienen de un hogar pobre.
- En cuanto a matrícula y asistencia a clases, por cada 100 infantes y adolescentes de 5 a 13 años que trabajaban 69 estudiaban en 2012 y 75 en 2019. En el caso del grupo de 14 a 17 años, que prácticamente no contaron con autorización para el trabajo adolescente*, por cada 100 que trabajaban 47 estudiaban en 2012 y 59 en 2019.* Posiblemente los datos captados reflejen la realidad del trabajo infantil en sus formas menos peligrosas.
- Por cada 100 infantes y adolescentes de 5 a 13 años que trabajaban, 90 pertenecían a hogares con 4 a más miembros en 2012 y 86 en 2019. En el caso de los adolescentes de 14 a 17 años que trabajaban, por cada 100 de ellos 88 integraban hogares con 4 a más miembros en 2012 y 85 en 2019. *Cuando el hogar es más numeroso en miembros, las posibilidades de recurrir al trabajo infantil para el afronte económico son más elevadas.*
- Por cada 100 infantes y adolescentes de 5 a 13 años que trabajaban, 86 pertenecían a hogares con no más de 3 miembros que percibían ingresos por trabajo en 2012 y 92 en 2019. En el caso de los adolescentes de 14 a 17 años que trabajaban, por cada 100 de ellos 70 integraban hogares con no más de 3 miembros que percibían ingresos por trabajo en 2012 y 78 en 2019. *Cuando el hogar tiene pocos miembros que aporten al sustento económico, las posibilidades para que niñas, niños y adolescentes se vinculen al mercado de trabajo son más altas.*
- Por cada 100 infantes y adolescentes de 5 a 13 años que trabajaban, 13 trabajaban más de 24 horas semanales en 2012 y 8 en 2019. En el caso de los adolescentes de 14 a 17 años que trabajaban, *por cada 100 de ellos 25 trabajaban más de 36 horas a la semana en 2012 y 16 en 2019.*

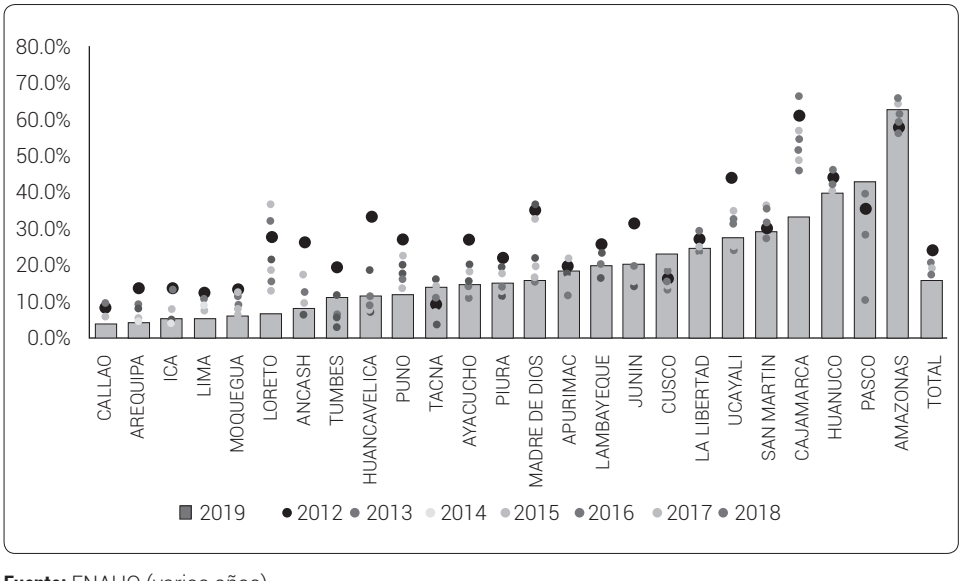
- Por cada 100 infantes y adolescentes de 5 a 13 años que trabajaban, 75 trabajaban en zonas rurales en 2012 y 72 en 2019. En el caso de los adolescentes de 14 a 17 años que trabajaban, por cada 100 de ellos 52 trabajaban en zonas rurales en 2012 y 55 en 2019. *El trabajo infantil es un fenómeno principalmente rural en el país, principalmente* cuando la edad está por debajo de los 14 años.
- *Las regiones donde la proporción de niños y adolescentes de 5 a 13 años d que trabajaban se incrementó en términos netos de 2012 a 2019 fueron Pasco, Cusco, San Martín, Lambayeque y Tacna.* En 2019, las regiones con proporciones de trabajo infantil en el rango de edad 5 a 13 años, por encima del promedio nacional (7.9%) fueron Lambayeque (9.6%), Junín (10.2%), Ucayali (10.8%), La Libertad (12%), San Martín (15.4%), Cusco (18.6%), Cajamarca (26.7%), Huánuco (28%), Amazonas (32.3%) y Pasco (35.8%), siendo muchas de estas regiones con amplias zonas rurales.
- *Las regiones donde la proporción de adolescentes de 14 a 17 años que trabajaban se incrementó en términos netos de 2012 a 2019 fueron Amazonas, Pasco y Cusco.* En 2019, las regiones con proporciones de trabajo adolescente en el rango de edad 14 a 17 años, por encima del promedio nacional (15.6%) fueron Madre de Dios (16.1%), Apurímac (18.8%), Lambayeque (20.2%), Junín (20.7%), Cusco (23.7%), La Libertad (25.3%), San Martín (30%), Cajamarca (34.3%), Huánuco (40.4%), Pasco (44.1%) y Amazonas (64.2%).

Perú: Proporción de la población de 5 a 13 años en situación de trabajo infantil según regiones



Fuente: ENAHO (varios años)
Elaboración: Propia.

Perú: Proporción de la población de 14 a 17 años que trabaja según regiones



Fuente: ENAHO (varios años)
Elaboración: Propia.

IV. Causas y consecuencias

1. Causas

A continuación, desarrollaremos algunas de las causas del trabajo infantil:

A) *Pobreza*

Se conoce que una de las razones principales (pero no única) [10], por la que los padres envían a sus hijos a trabajar, es la carencia de recursos económicos[11]. Es más, las encuestas de la ENAHO 2015[12] y de la ETI 2015[13] lo demuestran, es decir, la situación económica de la familia es importante para explicar la participación de los niños, niñas y adolescentes[14].

La pobreza en las familias genera que los niños, niñas y adolescentes – en adelante NNA- ingresen al mundo laboral a edades tempranas y en jornadas extensas con la finalidad de solventar en muchos casos sus gastos personales – que no pueden ser atendidos por la familia- y los de su familia[15].

10 A nadie escapa la pobreza como escenario condicionante del trabajo infantil. Dicha situación de pobreza –que tiene factores estructurales en su base- es el resultado inmediato de los altos niveles de desempleo y sub-empleo adulto. ALARCON GLASINOVICH. Walter. *El trabajo de niños y adolescentes en América Latina*. Oxfam, 2000, Lima, p. 154.

11 BULLRICH J., Eduardo. *La asistencia social de menores*. Buenos Aires. Jesús Menéndez, 1919, p.158.

12 Señala que la participación de los niños en actividades económicas se asocia con los ingresos laborales desde una perspectiva macro. Ver: OIT. OIT. *Magnitud y características del trabajo infantil en el Perú:* Informe de 2015 – Análisis de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) y de la Encuesta sobre Trabajo Infantil (ETI). 2016, p. 58.

13 Señala que el principal motivo por el cual trabajan los niños de 10 a 17 años es la necesidad de apoyar a sus padres y otros familiares. Ver: Ibidem, p. 131.

14 Esta causa debe entenderse como un fenómeno social, político y económico que nunca se produce debido a la falta de un solo elemento, es consecuencia de múltiples factores, que, relacionados entre sí, se definen como la falta de lo necesario para asegurar el bienestar material, como alimentación, vivienda, educación, tierras, salud, vestido, para citar solo algunos. Existen, incluso, análisis realizados en diferentes países que sugieren que en algunos casos las niñas y los niños de las familias pobres, aportan hasta la cuarta parte del ingreso del hogar. BORRAYO GONZÁLEZ, Brenda. *El trabajo infantil causas, efectos y acciones educativas para evitar que se perpetúe la pobreza*. 2012, p. 21.

15 Pueden encontrarse algunas vivencias de niños, niñas y adolescentes en situación de trabajo infantil en: SILVA PANEZ, Gisselle *Del trabajo infantil a la educación superior*. Fundación SM, 2014.

B) ***Educación***

Acerca de la educación como causa, se precisa que según el nivel educativo de los padres estos decidirán que sus hijos trabajen o no; adicionalmente, las condiciones en las que se brinda la educación, las diferencias entre la calidad educativa rural y urbano influyen en el incremento del trabajo infantil. Es por ello que se señala que "el precoz ingreso a la actividad laboral obedece bien a la inexistencia de oportunidades de estudiar para progresar –como sucede en el área rural–, o bien a que, aun cuando existen las oportunidades, estas se encuentran fuera del alcance de los jóvenes en situación de pobreza"[16].

Con relación a lo expuesto, puede afirmarse, entonces, que la falta de condiciones idóneas para la educación produce que muchos NNA sean expulsados de los centros educativos y acogidos por el trabajo infantil; a pesar de que existen pruebas fehacientes de que la educación es considerada como una de las salidas más eficaces -y no única- para superar la pobreza y, a la vez, disminuir las horas de trabajo de los NNA.

Lamentablemente, a la fecha, en nuestro país no se implementan políticas públicas eficientes que permitan mejorar la educación.

C) ***Tolerancia social***

Un factor importante en el análisis del trabajo infantil y adolescente es la percepción social del fenómeno. Si la sociedad es permisiva con el trabajo infantil y no considera que los NNA deben ser protegidos contra toda forma de explotación laboral, entonces se generan condiciones para la reproducción del fenómeno y disminuyen las probabilidades de que una estrategia que busque revertir el problema obtenga los resultados deseados.

Debe indicarse, entonces, que el trabajo infantil es visto como algo cotidiano para la gran mayoría de las personas; las que incluso consideran que es "un elemento esencial del proceso de socialización del niño, que es importante para el desarrollo de su personalidad, la aceptación de roles y la interiorización de las normas sociales (…); es percibido como una herramienta para la disciplina y la

16 OIT. Trabajo decente y juventud en América Latina, 2013, p. 88.

educación que fomenta la responsabilidad y evita que los niños permanezcan en las calles y se involucren en actividades ilícitas"[17].

En muchos lugares de nuestro país se observa NNAs trabajando en ocupaciones peligrosas, lo cual, sin embargo, es visto como natural; por ello, esta tolerancia social existente no contribuye a la prevención y erradicación del trabajo infantil.

2. Consecuencias

Entre las consecuencias del trabajo infantil tenemos la afectación de la educación[18], la salud física y psíquica de los NNA que trabajan, ya que "están expuestos a una amplia variedad de riesgos mecánicos, biológicos, físicos, químicos, relacionados con el polvo, ergonómicos, de bienestar/ higiene y psicosociales, así como a largas horas de trabajo y malas condiciones de vida"[19].

En el Perú, existe una relación directa entre el nivel de escolaridad y los ingresos de los trabajadores y trabajadoras, los que aumentan en función del número de años de estudio[20]. Muchas veces las familias que recurren al trabajo infantil realizan un intercambio entre el ingreso futuro (que deriva de la decisión

17 III Conferencia Global sobre trabajo infantil. Brasil, 2013, p. 13. Coincidimos con lo señalado por Walter Alarcón, cuando indica que es necesario "promover en la ciudadanía la progresiva internalización de valores y actitudes hacia la infancia basada en el respeto de sus derechos. En el campo específico del trabajo infantil, a nivel del sentido común el trabajo de niños no es percibido como un problema. Por ser tan antigua y cotidiana su existencia, se ha llegado a asumir casi como un fenómeno natural y no social. Como no es un problema entonces no hay nada que hacer" ALARCON GLASINOVICH. Walter. Ob. cit., p. 156.

18 Las tasas de asistencia/matrícula escolar son inferiores entre los niños, niñas y adolescentes que trabajan respecto a los que no trabajan. Esta situación se presenta en todos los grupos de edad. Además, a medida que aumenta la tasa de trabajo infantil, se reduce la asistencia/matrícula escolar. Si bien hay aquí una relación de causalidad en doble vía entre trabajo infantil e inasistencia escolar, esto es, ambos son a la vez causa y efecto, lo cierto es que ante la ausencia de trabajo infantil (incluyendo una adecuada oferta educativa y un cumplimiento a cabalidad de la prohibición del trabajo infantil), las niñas y niños permanecerán más tiempo en la educación, lo cual redundará en mayores oportunidades para lograr, cuando sean jóvenes, una inserción laboral positiva. Ver en: OIT. *Manual para empleadores y trabajadores sobre trabajo infantil peligroso*. Ginebra, 2011, p. 31.

19 Ídem. Asimismo, Un análisis más amplio de los riesgos del trabajo infantil en los NNA lo podemos ver en: OIT. *Niños en trabajos peligroso. Lo que sabemos, lo que debemos hacer*. Ginebra: OIT, 2011.

20 BALBÍN TORRES, Edgardo y BASTIDAS ALIAGA, María. *Las mujeres y trabajo decente el Perú*. Asociación de Desarrollo Comunal. Lima, 2011, p. 131.

de inversión en la educación de los hijos) por el ingreso presente (logrado con el trabajo infantil)[21].

El trabajo infantil no solo limita las posibilidades de éxito del individuo, sino su grado de competitividad y calificación ya que éstos no se adaptan a las necesidades de un mercado moderno y competitivo[22].

En resumen, el trabajo infantil aumenta el desempleo y la informalidad porque en el futuro los que lo realizan serán adultos sin formación expuestos a la decisión arbitraria del mercado laboral; condiciona los ingresos laborales futuros de quienes lo realizan; deteriora el capital humano de los futuros ciudadanos; impide acumular capital ya que quien lo realiza muchas veces sólo vive el día a día; perpetúa el ciclo de pobreza ya que en muchos casos quien lo realiza opta por trabajar y desertar en el estudio lo que tendrá como consecuencia que en el futuro no reciban una remuneración digna y por ende posiblemente inducirá a que también sus hijos se encuentren inmersos en trabajo infantil. Lamentablemente, los NNA en situación de trabajo infantil desarrollan una especie de transmisión intergeneracional de restricciones y exclusión.

V. ANÁLISIS DEL CONTEXTO NORMATIVO VIGENTE EN TORNO AL TRABAJO INFANTIL Y ADOLESCENTE. POTENCIALIDADES Y DIFICULTADES.

La regulación del trabajo adolescente se encuentra establecida en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley N° 27337 (CNA), normativa que, lamentablemente, es bastante antigua ya que data del año 2000 y, adicionalmente, existen actualmente muchas contradicciones entre el CNA, la Ley Nº 27651, el Decreto Supremo Nº 003-2010-MINDES[23]. Por ello, la necesidad de una reforma legislativa es urgente y, asimismo, la última norma mencionada debería

21 MPTE. *Estrategia Nacional de Prevención* … Ob. cit., p. 33.

22 Cfr. PILOTTO CARREÑO, Luigino. "Trabajo infantil en el Perú". En: AA.VV. *Homenaje Aniversario de la SPDTSS, 25 años de las Bodas de Plata de la Sociedad*. Editorial El Búho, p. 334.

23 Sugerimos revisar con mayor amplitud las contradicciones existentes en materia de trabajo infantil en: EGÚSQUIZA PALACIN, Beatty. Fiscalización laboral, trabajo infantil, trabajo adolescente y trabajo doméstico. Alcances y propuestas. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, Editorial El Búho, pp. 631 – 644.

ser actualizada periódicamente[24] ya que a la fecha han transcurrido más de diez años y, con las últimas novedades y progresos tecnológicos, existen otros riesgos que no se encuentran dispuestos en esa normativa.

Por otro parte, el Convenio N° 138 (CIT 138) de la OIT regula la edad mínima de admisión al trabajo y establece que los trabajos ligeros pueden ser desempeñados por menores que tengan como mínimo trece años y algunos países pueden establecerlo en 12 años. Nuestro actual CNA dispuso el trabajo ligero en 12 años, posteriormente la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (ENPETI) consideró la edad mínima en 14 años, descartando la aplicación de la figura excepcional del trabajo ligero[25]. En relación al trabajo ligero a la fecha lamentablemente, aún no tenemos una relación de trabajos considerados ligeros después de casi quince años de ser ratificado el CIT 138[26].

El CNA señala como edad mínima para el trabajo ligero la de doce años y el Decreto Supremo Nº 015-2012-TR lo establece en catorce años, en este escenario de contradicción debería aplicarse la norma más favorable para los NNA que vendría a ser la última de estas normas (que reconoce como edad mínima a partir de los 14 años); en consonancia con este razonamiento, encontramos que el CIT 138 señala que debemos elevar la edad de admisión en el empleo; por lo tanto, consideramos que ya sería una avance que la edad mínima de admisión en el empleo se establezca en 14 años, sin considerar como válido el trabajo ligero. Es más, el Protocolo de Actuación en materia de Trabajo Infantil, recoge esta interpretación y señala en su numeral 13.1.1. que si el inspector de trabajo identifica a un NNA menor de 14 años trabajando se considera trabajo infantil prohibido.

Recientemente se ha publicado el Decreto Supremo N° 018-2020-TR, que regula el procedimiento administrativo de autorización previa a los y las adolescentes para que realicen trabajo por cuenta ajena o en relación de dependencia. Esta normativa no es nueva, puesto que este procedimiento ya se encontraba

24 La necesidad de la actualización de la relación de trabajos y actividades peligrosas ha sido dispuesta por el segundo párrafo del artículo 48º CNA, el párrafo diez de la Recomendación núm. 146, y por el propio Decreto Supremo Nº 003-2010-TR.

25 MPTE. *Estrategia Nacional de Prevención* … Ob. cit., pp. 14 y 21.

26 Convenio núm. 138, párrafo 3 del Artículo 7, *"La autoridad competente determinará las actividades en que podrán autorizarse el empleo o el trabajo de conformidad con los párrafos 1 (trabajos ligeros) y 2 del presente artículo (…)"*

regulado por una normativa de rango inferior y bastante antigua (Resolución Ministerial N° 128-94-TR que aprueba la Directiva Nacional N° 007-94-DNRT sobre Autorización de Trabajo Adolescente).

Los cambios planteados en esta normativa son bastante interesantes como la posibilidad de ampliar el plazo de autorización, que es posible realizar el trámite de manera virtual, que sea un procedimiento de evaluación previa con silencio administrativo negativo, y la incorporación del requisito de una copia del contrato de trabajo. Sin duda esto permitirá una mayor formalidad, seguridad y protección de los derechos laborales de los adolescentes, ya que antes sólo se pedían los datos del empleador.

Sin embargo, también se incluye la posibilidad de cumplir este requisito presentando un "proyecto de contrato de trabajo". Ahora bien, ese precontrato no está contemplado en nuestra normativa laboral y tampoco se sabe cuál es su naturaleza, si es un contrato, es un precontrato, o una oferta contractual, y, en consecuencia, qué efectos jurídicos produciría si no se llega a perfeccionar.

De otro lado, lamentablemente se sigue contemplando en el artículo 6 que cada Dirección o Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo, debe remitir trimestralmente a la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales de la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), el registro actualizado de autorizaciones que se hayan otorgado en dicho período y esta a su vez coordina con la SUNAFIL las acciones de fiscalización. Consideramos que ya es necesario un Registro Virtual de Autorización de Trabajo Adolescente al que tenga acceso la inspección del trabajo, sin tener que transitar de una oficina a otra, y que esta información le permita programar sus operativos de fiscalización de manera oportuna.

VI. EVALUACIÓN DE LOS LOGROS EN LA ERRADICACIÓN DE TRABAJO INFANTIL

1. Avances en la búsqueda de la erradicación del trabajo infantil

En el 2012, mediante Decreto Supremo Nº 015-2012-TR, se aprobó la Estrategia Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil

(ENPETI)[27], política pública en materia de trabajo infantil. La ENPETI[28] enmarca sus resultados en el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia 2012-2021 (PNAIA)[29], instrumento marco de política pública del Estado Peruano en materia de infancia y adolescencia que busca el desarrollo integral de los NNA.

La ENPETI es liderada por el MTPE e implementó durante sus primeros años tres pilotos (Semilla, Carabayllo y Huánuco) y culmina este año. Estas intervenciones tenían como objetivo validar modelos de intervención multisectorial ajustados a las particulares características que asume el trabajo infantil en las zonas urbana y rural.

A continuación, presentaremos un resumen de las características de cada uno de ellos y el número de beneficiarios[30]:

PILOTOS	CARACTERÍSTICAS	BENEFICIARIOS
SEMILLA (Se desarrolló en las regiones de Huánuco, Pasco y Huancavelica)	El Centro de Desarrollo y Autogestión (DyA), Desco y World Learning, se asociaron para presentar una propuesta al Departamento de Trabajo de los Estados Unidos y obtuvieron como resultado iniciar las acciones con el Proyecto Semilla. El principal objetivo era aportar a la formulación de políticas públicas en materia de trabajo infantil, por ello, contó con cinco componentes: (i) Servicios de educación y capacitación técnica para adolescentes, (ii) Fortalecimiento de capacidades productivas para las familias, (iii) Políticas públicas que incorporen el enfoque de trabajo infantil, (iv) Investigación, realizaron estudios sobre las dimensiones y facetas de la problemática, (v) Sensibilización a NNA, líderes de la comunidad, funcionarios públicos, docentes y ciudadanos.	Atendió a 6,627 NNA, 3,000 familias y 3,058 productores.

27 El antecedente inmediato es el Plan Nacional para la prevención y Erradicación del Trabajo Infantil 2005-2010.

28 La ENPETI articula y consolida la respuesta de las distintas entidades públicas en torno al objetivo de prevenir y erradicar el trabajo infantil y prioritariamente sus peores formas. MPTE. *Estrategia Nacional de Prevención* … Ob. cit., p. 9.

29 El PNAIA tiene como Resultado Esperado N° 6 que las niñas, niños y adolescentes se encuentren protegidos frente al trabajo infantil, y como Resultado Esperado N° 8 que las y los adolescentes se encuentran protegidos frente al trabajo peligroso. Ambos resultados se encuentran alineados a la ENPETI.

30 OIT. *Magnitud y características del* … Ob. cit., pp. 159- 164.

PILOTOS	CARACTERÍSTICAS	BENEFICIARIOS
HUÁNUCO (Se desarrolló en 12 distritos de la Región Huánuco)	Participaron el MTPE, el Programa Juntos del MIDIS y el MINEDU. Presentaba dos componentes: (i) Provisión de servicios pedagógicos que incentiven la conclusión oportuna de la educación básica regular, y la mejora de la calidad del aprendizaje de los NNA beneficiarios del programa. (Educación Primaria con desarrollo de capacidades pedagógicas para docentes y Educación Secundaria con programa de escuela secundaria rural mejorada), (ii) Entrega del Bono PETI (prevención y erradicación de trabajo infantil). Consistía en la entrega de una transferencia monetaria a las familias con trabajo infantil, a través del Programa Juntos. El requisito era aprobar el año de manera satisfactoria. El bono otorgado ascendía a S/.300.00 para el nivel primaria y S/.500.00 para el nivel secundario.	Benefició a 4,376 NNA.
CARABAYLLO (Se desarrolló en el distrito de Carabayllo)	Participaron la Municipalidad de Carabayllo, el MTPE, el MINEDU y las organizaciones de la sociedad civil, fue seleccionada debido a que concentra un alto número de NNA que desarrollan trabajos peligrosos y además de ello porque tienen un compromiso constante de la Municipalidad. Otorgó servicios de seguimiento escolar, refuerzo escolar y de psicología.	Benefició a 510 NNA y 421 familias.

Actualmente, existe un Comité Directivo Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (CPETI[31]), creado mediante Resolución Suprema N° 018-2003-TR, y que constituye una instancia de coordinación multisectorial que respalda la política nacional en materia de trabajo infantil; adicionalmente, en cada una de las regiones existen los Comités Directivos Regionales para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil (CDRPETIs) que lideran en sus regiones el proceso de implementación de la ENPETI.

Por otro lado, se viene implementando el Modelo Municipal de Detección y Erradicación del Trabajo Infantil en los distritos de Carabayllo (Ordenanza N° 439-2020/MDC) y Comas (Ordenanza N° 573-2019/MDC). A través de esta normativa se procederá a sancionar a los empleadores que recurran al

31 Está conformada por instituciones públicas, organizaciones de empleadores, organizaciones de trabajadores y organizaciones sin fines de lucro que viene trabajando intensamente en actividades a favor de la prevención y erradicación del trabajo infantil.

trabajo infantil con una multa, además de implementar una clausura temporal o definitiva.

El año 2015 se aplicó la Encuesta sobre Trabajo Infantil (ETI)[32], instrumento importante que ha permitido: (i) Complementar la medición regular de la ENAHO, (ii) ofrecer mayor detalle sobre las actividades laborales y tareas domésticas que realizan los NNA, (iii) ampliar el conocimiento de las características de la participación de NNA en el trabajo infantil y trabajo peligroso, sectores e industrias de ocupación y posibles razones del trabajo infantil.

Con relación a la fiscalización en materia de trabajo infantil, siendo esta fundamental para su erradicación, hemos tenido avances. En relación a las multas, según el artículo 25° inciso 7 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT), la infracción es considerada una infracción muy grave sancionada en un inicio con una multa que oscilaba entre 11 a 20 UIT en función al número de trabajadores afectados; luego en el año 2011, mediante Decreto Supremo N° 004-2011-TR, se modifica el inciso que regula el trabajo infantil y se contempla la infracción de manera más precisa; posteriormente en el año 2013, mediante Decreto Supremo N° 012-2013-TR se realiza la modificación de las multas en materia laboral por lo que las multas en materia de trabajo infantil aumentaron de manera considerable. Así, si un empleador incurre en esta infracción será sancionado, independientemente del número de personas afectadas, según la siguiente escala: microempresa (50 UIT), pequeña empresa (100 UIT) y No MYPE (200 UIT), siendo además esta infracción insubsanable.

Bajo este marco normativo, consideramos que el aumento de la multa es un mecanismo de desincentivo para que las empresas no vulneren la normativa existente respecto al trabajo adolescente y el trabajo infantil.

Ahora bien, mediante Resolución de Superintendencia Nº 005-2018-SUNAFIL, se ha creado el Grupo Especializado de Inspectores del Trabajo en materia de Trabajo Forzoso y Trabajo Infantil (GEIT-TFI), que tiene como finalidad fortalecer y hacer más efectiva la labor de la inspección en estas materias. Se

32 Encuesta especializada que no se realiza todos los años y se aplica para medir y realizar un análisis a profundidad sobre las diversas dimensiones de la participación de los niños en actividades económicas. OIT. *Magnitud y características del…* ob. cit., p. 10.

encuentra conformado por supervisores inspectores, inspectores del trabajo e inspectores auxiliares.

Asimismo, mediante Resolución de Superintendencia N° 114-2017-SUNAFIL se publicó el "Protocolo de Actuación en materia de Trabajo Infantil" que dispone un trabajo de inteligencia y articulación con otros actores a fin de determinar los lugares de mayor incidencia de trabajo infantil. Este Protocolo dispone que los NNA encontrados en situación de trabajo infantil queden plenamente identificados, a través de una Ficha (Anexo 1), a fin de que posteriormente los diversos sectores en el ámbito de sus competencias se encarguen de restituirle los derechos y brindarles servicios a ellos y a sus familias, con la finalidad de evitar la reincidencia.

2. Evaluación de los avances en la búsqueda de la erradicación del Trabajo Infantil

La ETI 2015 brinda información que nos permite caracterizar a los NNA en actividades económicas y en qué aspectos se debería incidir para erradicar el trabajo infantil e implementar mejor la ENPETI; sin embargo, no precisa la caracterización de los NNA en cada una de las regiones pese a que esto último permitiría que cada una de ellas se encargue de efectuar acciones de acuerdo con su realidad.

Por otro lado, la ENPETI durante los primeros años implementó tres pilotos con los que pretendía comprobar cuál era la estrategia más oportuna y eficiente para prevenir y erradicar el trabajo infantil y sus peores formas; no obstante, han transcurrido más de siete años y hasta el momento no se muestran cifras que indiquen el número de NNA efectivamente retirados sin reincidencia en trabajo infantil.

Ahora bien, la ENPETI ha sido bastante ambiciosa y ha previsto la atención de un número determinado de NNA; no obstante, a la fecha del último reporte público del MTPE, estos han sido números menores; sobre ello, a continuación, presentamos el siguiente cuadro comparativo:

33 MPTE. *Estrategia Nacional de Prevención* … Ob. cit., pp. 72- 73 y 75.

34 OIT. *Magnitud y características del* … Ob. cit., pp. 160,162 y 164.

PILOTO	PROPUESTA DE LA ENPETI[33]	RESULTADOS DEL MTPE[34]
CARABAYLLO	Aproximadamente 1,000 hogares y 1,500 NNA.	Benefició a 510 NNA y 421 familias.
HUÁNUCO	4,500 hogares. Todos los hogares son beneficiarios del Programa de Transferencias Monetarias condicionadas Juntos.	Benefició a 4,376 NNA.
SEMILLA	6,000 NNA de 100 escuelas donde se implementan los programas de educación y 3, 000 familias que participan en el mejoramiento productivo, 500 adolescentes en zonas rurales	Atendió a 6,627 NNA, 3,000 familias y 3,058 productores.

Del cuadro anterior observamos que el piloto con mayor alejamiento al objetivo es el Piloto Carabayllo (sólo ha conseguido un 35% de la meta), mientras que los pilotos que casi han cumplido el número de beneficiarios son los de Huánuco y Semilla.

De otro lado, de acuerdo a lo señalado por la ENPETI, la finalidad de los Pilotos era validar modelos de intervención multisectorial ajustados a las particulares características; pese a ello, sus resultados al parecer no han sido los más óptimos, tal como lo muestra el último informe del MTPE[35] que indica sobre el Piloto Huánuco que "los impactos estimados son estadísticamente igual a cero, lo cual no significa necesariamente que no hubo impacto, sino que la muestra puede que no haya sido suficiente para medirla"; lo cual implicaría que sobre este piloto no sabemos, actualmente, si ha sido efectivo o no.

Y, respecto al Piloto Semilla, el mismo Informe del MTPE nos indica que generó efectos positivos y negativos cuando sostiene que "el piloto probó la efectividad de una intervención rural en materia de trabajo infantil (…) Adicionalmente, se observa una reducción en el número de horas de los niños que todavía trabajan". Es decir, existe -a pesar de la ejecución del piloto- niños que aún trabajan.

Así también, sobre el Piloto Carabayllo, señala que "ha demostrado que es posible intervenir desde los gobiernos locales con sus programas y servicios para luchar contra el trabajo infantil urbano"; es decir, no sabemos si el mismo tiene

35 Ídem.

efectos positivos o negativos, o si a la fecha los pocos niños atendidos (510) han sido retirados del trabajo infantil.

Asimismo, en el cuadro 13 de la ENPETI[36] se señala que a partir de la formulación presupuestal 2014 (segunda etapa de implementación), supuestamente se preveía ampliar el ámbito de aplicación de la Estrategia a por lo menos 10 regiones priorizadas; empero, a la fecha, lamentablemente no se ha conseguido esa meta.

De la búsqueda realizada en relación con los CDRPETIs, estos últimos generalmente ejecutan acciones de sensibilización. Por ello, creemos que deberían cumplir una misión más amplia que la de sensibilizar, pues son considerados órganos de gestión e implementación de la política pública a nivel regional; y según el artículo 4º y 5º de la Resolución Ministerial Nº 202-2005-TR tienen las mismas funciones que el CPETI en el ámbito de su competencia.

En relación al GEIT-TFI consideramos que por la necesaria especialización debería dedicarse sólo a abordar las materias de trabajo infantil y trabajo forzoso; lamentablemente, los integrantes de dicho grupo continúan con su carga administrativa asumiendo también las diversas materias de inspección lo que no es lo ideal ya que si fueran exclusivos se ampliaría el número de fiscalizaciones a nivel nacional en estas materias que se exigen como necesarias (como sucede en Brasil con el Grupo Móvil de Inspección).

En cuanto al Modelo Municipal de Detección y Erradicación del Trabajo Infantil en los distritos de Carabayllo y Comas que establece sanciones en aquellos casos que los fiscalizadores municipales detecten casos de trabajo infantil, debemos recordar que el RLGIT establece una sanción, sin cierre temporal, por lo que podrían existir cuestionamientos en lo que concierne a la competencia administrativa y al límite del non bis in ídem en materia de sanciones administrativas.

Podemos ver, entonces, que si bien el Estado peruano tiene una política en materia de trabajo infantil (ENPETI) es necesario una implementación efectiva[37]

36 MPTE. *Estrategia Nacional de Prevención* … Ob. cit., p. 60.

37 Según el CIT 138, todos los países que lo ratifican se comprometen a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y elevar progresivamente

ya que los esfuerzos han sido insuficientes puesto que, desde su aprobación en el año 2012 a la fecha, no existe datos del retiro de NNA en situación de trabajo infantil. Por lo que creemos que es necesario una política pública más eficiente, interiorizar que este problema es multicausal y que no se paliará sólo con otorgar una transferencia monetaria condicionada o con brindar servicios educativos.

Los servicios y programas existentes necesitan interconectarse (y no necesariamente deben crearse nuevos), por lo que es necesario elaborar un sistema (no sólo de registro) sino de otorgamiento de servicios y que permita la restitución de derechos vulnerados.

Durante los últimos años se ha realizado la detección de casos de trabajo infantil por la inspección de trabajo. Sin embargo, es difícil determinar y no ha informado el sector trabajo en qué situación se encuentran estos casos de trabajo infantil, si estos NNA actualmente se encuentran aún inmersos en esta problemática o no, ya que quizás incluso su situación puede haberse agravado.

Ante esta situación es necesario detectar y realizar la identificación de estos NNA inmersos en la problemática del trabajo infantil y efectuar una prestación de servicios para la restitución de derechos, conforme bien lo indica el Protocolo de actuación en materia de trabajo infantil y, para tal fin, necesitamos hacerles un seguimiento continuo y el encargado de ello es el MTPE.

La erradicación del trabajo infantil no sólo implica el retiro provisional del menor en el trabajo sino implica realizar una investigación del caso concreto: encontrar las causas por las cuales el menor de edad se encuentra inmerso en esa problemática e identificar los derechos que han sido vulnerados. Todo ello servirá para que el retiro del NNA del trabajo infantil sea efectivo.

A pesar de la existencia de muchos estudios que señalan la importancia y los efectos positivos de la erradicación del trabajo infantil[38], creemos que el esfuerzo

---

la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

38 Estudio de 19 países iberoamericanos -entre ellos el Perú- realizado por la OIT concluye que, si se invierte en los niños, dándoles educación, acceso a sistemas de salud e impidiendo cuando menos las peores formas de trabajo infantil, podría lograrse un beneficio económico neto que superaría los $ 235 000 millones de dichos países durante los primeros 20 años. Es decir, lo que invierte en la niñez y la juventud revierte en con creces en la economía de

que realiza el Estado para afrontar esta problemática es insuficiente, lo que no permite realizar mayores acciones y avances significativos en materia de trabajo infantil a pesar de ser el año 2021 (bicentenario), año en que supuestamente según la ENPETI tendríamos que haber alcanzado el Resultado 1: "Erradicar el trabajo infantil por debajo de la edad mínima de admisión del empleo" y el Resultado 2: "Erradicar el trabajo infantil peligroso y la explotación infantil y adolescente".

Revisando estos términos es claro que "erradicar" implicaría que, en el presente año 2021, no debería existir NNA en situación de trabajo infantil; estamos a meses de culminar el año 2021 y observamos que esa meta resultará complicada de alcanzar.

VII. LOS EFECTOS ESPERADOS DE LA PANDEMIA EN EL TRABAJO INFANTIL EN EL PERÚ

El año 2020 implicó dramáticas circunstancias para los hogares del mundo, incluyendo a nuestro país. Podemos señalar que a través de las causas que explican el trabajo infantil también se encuentran actuando todos los efectos socioeconómicos causados por la pandemia de la Covid-19. Este año 2021, tal como se desenvuelve el país en relación al control de la pandemia, estimamos que la situación asumirá un cariz desalentador porque, conforme van avanzando las vacunaciones contra la Covid-19, en medio de la aparición de variantes del virus, la economía deberá seguir ralentizada para salvaguardar la salud pública. Lo que debe mirarse y afrontarse son los problemas sociales causados por la pandemia, uno de los cuales será un posible retorno masivo del trabajo infantil este año y siguientes.

Según informa el INEI[39], en 2020 la informalidad del empleo se incrementó a 75.3% (en 2019 fue 72.7%), siendo bastante elevada en el ámbito rural (por encima del 95%) siendo más grave la situación en el ámbito urbano (de 66.4% en 2019 a 68.4% en 2020). Este escenario conduce a la inestabilidad económica

nuestro país. OIT: *Trabajo infantil. Causa efecto de la perpetuación de la pobreza*, San José, 2007.

39 Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI). Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a nivel nacional. Anual: Enero – diciembre 2020 y Trimestre: octubre-noviembre-diciembre 2020". Informe Técnico N°01, marzo 2021.

de los hogares porque las/os jefes de hogar se verán en la necesidad de trabajar en un empleo informal, sin protección social e inseguridad contractual, todo lo cual conlleva a mirar al trabajo infantil como factor para gestionar la inseguridad económica, tal como ha sucedido en la región de América Latina y el Caribe.

De hecho, existe asociación positiva entre empleo informal y tasa de trabajo infantil, y para el caso peruano diversas estimaciones señalan que el trabajo infantil podría aumentar de 1 a 3 puntos porcentuales (OIT, 2020; págs. 6 – 8 y 11), es decir, un aumento sustancial en 2021 y próximos años, a causa de la pandemia. Si consideramos que la tasa de trabajo infantil (5 a 17 años de edad) pasó de 16.5% en 2012 a 10.3% en 2019, es esperable que este año 2021 y siguientes se registren magnitudes entre 11.3% y 13.3%, lo que significaría un retroceso de al menos 6 años.

VIII. CONCLUSIONES

- Antes de la pandemia global por la Covid-19, en América Latina y el Caribe se estimaba que 10.5 millones de niñas, niños y adolescentes entre 5 y 17 años estaban en situación de trabajo infantil. Por otro lado, existe un componente territorial en el que más de la mitad del trabajo infantil está en el sector agrícola, principalmente entre los más pobres, en los confines rurales; con rasgos como la edad, el género, la condición étnica y el nivel socioeconómico que añaden matices a esta situación.
- En plena pandemia en curso, se estima que los logros en torno al trabajo infantil se revertirán por los distintos problemas socioeconómico que se han generado. La mayor inseguridad económica de los hogares, con ingresos relativamente reducidos, el cierre temporal pero prolongado de las escuelas, y ser más vulnerable antes de la pandemia como vivir en zonas rurales o zonas urbano-marginales, son factores que favorecerán este retroceso.
- En nuestro país, la población por debajo de la edad mínima para trabajar disminuyó en el periodo 2012-2019, pero principalmente en el tramo 2012-2016, al pasar de 602 005 a 349 637 NNA. Desde entonces, habrá un estancamiento que en el primer trimestre 2020 (todavía sin pandemia en nuestro país) hará notar un retroceso a niveles

que superaban la situación del año 2016. Algo similar sucedió con la población adolescente entre 14 y 17 años que trabajaban, aunque el primer trimestre de 2020 el retroceso fue cercano al año 2017, casi 400 000 personas, de los cuales no más del 0.2% tenía autorización para el trabajo adolescente.

- Entre las características del trabajo infantil en nuestro país cabe mencionar, como en América Latina y el Caribe, que la presencia de niños es relativamente mayor que el de las niñas, posiblemente por la invisibilización del problema en el caso de las mujeres. Pero también están signados por su pertenencia a hogares pobres, que además eran numerosos y la cantidad de miembros que aportaban al soporte económico eran pocos. Se trata de un fenómeno altamente rural en el Perú, particularmente entre quienes están por debajo de la edad mínima para trabajar. En el periodo 2012-2019, las regiones que incrementaron en términos netos su tasa de trabajo infantil de menores de 14 años fueron Pasco, Cusco, San Martín, Lambayeque y Tacna. En el caso de adolescentes entre 14 y 17 años, las regiones fueron Amazonas, Pasco y Cusco.
- Entre las causas estructurales de la pobreza se encuentran la pobreza, el abandono escolar y la tolerancia social hacia el trabajo infantil. Una mayor pobreza conduce a los hogares a considerar con mayor desesperación al trabajo infantil como instrumento para lidiar con la inseguridad económica. El abandono escolar expone a los NNA al trabajo infantil, y no siempre ocurre por decisión propia, ya que las mismas características de los servicios escolares suelen impulsarla y propiciar el incremento del riesgo a caer en situación de trabajo infantil. Y la tolerancia social es la expresión permisiva frente a este problema, respondiendo a patrones culturales o minimizando la situación, incluso invisibilizándolo como al parecer sucede en toda la región Latinoamericana.
- Los efectos del trabajo infantil se traducen en bajos logros educativos, deterioro de la salud física y psíquica. En el mediano y largo plazo, se compromete la capacidad competitiva y productiva, expresada en la desconexión con la demanda laboral, lo que contribuye a la precarización y extendida informalidad, sin derechos ni protección social.

- El marco normativo tiene contradicciones elementales que evidencian la poca importancia del trabajo infantil en las políticas públicas. La práctica de los operadores de la política pública parece haberse decantado en la línea de los 14 años como edad mínima para trabajar. En cuanto a los adolescentes, se ha relanzado en 2020 el procedimiento administrativo de autorización previa a las y los adolescentes para que realicen trabajo por cuenta ajena o en relación de dependencia, mediante norma reglamentaria, que antes ya figuraba como indicación en instrumentos normativos sectoriales, añadiendo una "caja negra" como el "proyecto de contrato de trabajo" cuyas imprecisiones no permiten distinguir el tipo de efecto jurídico que generará. Además, en cuanto al registro de autorizaciones de trabajo adolescente, se omite el recurso a la interoperabilidad y virtualización que podrían resultar de suma utilidad.
- Los pilotos implementados para validar estrategias diferenciadas para luchar contra el trabajo infantil no tienen resultados claros en cuanto a sus posibilidades para escalar. Motivo por el que se sigue sin intervenciones efectivas, limitadas a la sensibilización sin dar el paso trascendental de batallar duramente contra el trabajo infantil. La ENPETI desde su vigencia en 2012 no reporta públicamente sus avances. La desarticulación de esfuerzos todavía sigue caracterizando al Estado frente al trabajo infantil.
- La capacidad de adaptación de las políticas públicas para prevenir y erradicar el trabajo infantil queda puesta en duda bajo las actuales circunstancias de pandemia por la Covid-19. Se estima que los logros obtenidos en la reducción de la tasa de trabajo infantil experimentarán una reversión de al menos 6 años a causa de los problemas socioeconómicos inducidos por la pandemia, tales como mayor pobreza e informalidad del trabajo.

¿REGULAR EL TIEMPO DE TRABAJO? UNA REFLEXIÓN A PROPÓSITO DEL HORARIO FLEXIBLE

Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger*

La regulación del tiempo de trabajo ha estado presente en el origen del Derecho del Trabajo. En este estudio se revisa la legislación peruana sobre la materia desde la Independencia hasta la actualidad, y se analizan los intereses que convergen en el tiempo de subordinación, a fin de comprender cuál debe ser el rol del ordenamiento laboral y los espacios normativos que deben ser cedidos a las partes de la relación laboral. Como lo demuestra el caso del horario flexible, la flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo y la tutela de los derechos laborales no son antagónicos.

Palabras claves

Tiempo de trabajo, flexibilidad, horario flexible.

Abstract:

The regulation of working time has been present in the origin of Labor Law. In this study, the Peruvian legislation on the matter from Independence to the present is reviewed, and the interests that converge in the time of subordination are analyzed, in order to understand what must be the role of the labor law and the normative spaces that must be assigned to the parties of the employment relationship. As the case of flexible working hours demonstrates it, the flexibility in the management of working time and the protection of labor rights are not antagonistic.

Keywords

Working time, flexibility, flextime.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Docente de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socia del Área Laboral de DLA Piper Perú.

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve historia de las normas sobre el tiempo de trabajo. *1. Los inicios del siglo XX. 2. La reforma de los noventa.* III. El rol del estado frente al tiempo de trabajo. *1. Intereses en juego. 2. Tutela y flexibilidad.* IV. Horario flexible: ¿cómo estamos y a dónde vamos? *1. Modalidades de horario flexible. 2. Ventajas y desventajas para los sujetos laborales. 3. Marco jurídico actual. 4. Propuesta.* V. Conclusiones.

I. Introducción

Cada primer día de mayo conmemoramos en el Perú aquella huelga que estalló en Estados Unidos de Norteamérica en el año 1886 para reivindicar la jornada de trabajo de ocho horas diarias.

En el decurso de la historia del Derecho del Trabajo, y desde sus orígenes, la cuestión sobre el tiempo de trabajo ha sido constante. Esa cuestión no es otra que definir su contenido, delimitar sus fronteras y establecer los mecanismos para organizarlo a favor de los intereses de empleadores y de trabajadores. La razón de tan permanente debate radica en la importancia de la dimensión temporal para la persona, sea empleador o sea trabajador.

En este artículo abordaremos el necesario reparto de los espacios normativos entre el Estado y los sujetos de la relación laboral, partiendo de la constatación primigenia de que el tiempo de trabajo es, a la vez, tiempo de producción y tiempo de vida del trabajador, y nos situaremos en una de sus instituciones centrales, que es el horario de trabajo.

II. Breve historia de las normas sobre el tiempo de trabajo

Cuando en el mundo se reivindicó por primera vez la jornada máxima de ocho horas diarias, nuestro país era ya una república, en la cual la regulación del tiempo de trabajo quedaba en manos de los sujetos laborales, pues el Estado se abstenía de intervenir. La consecuencia evidente de tal vacío legal se expresó en prolongadas jornadas sin control ni limitación estatal alguna. Ello no significa que en el Perú siempre hubiera existido una anomia en esta materia. Desde 1593, las antiguas Leyes de Indias dictadas por Felipe II de España establecieron una jornada diaria de ocho horas, una jornada semanal de 47 horas y el descanso

dominical en favor de las personas que laborasen en fortificaciones y fábricas. Sin embargo, estas leyes no se hicieron cumplir[1].

Por tanto, cuando se proclamó la Independencia del Perú, el tiempo de trabajo podía ser o no objeto de regulación por el empleador y el trabajador; y no había norma heterónoma alguna que lo tratase. Esta situación cambió a inicios del siglo XX, en gran parte, por el protagonismo de la acción y la libertad sindical[2].

1. Los inicios del siglo XX

En los albores del siglo pasado los problemas asociados al trabajo empezaron a ser objeto de preocupación legislativa, siendo tres los temas que concitaron especial atención: las prestaciones de cargo del empleador ante los accidentes de trabajo, la reglamentación de las huelgas y la limitación a las extenuantes jornadas laborales. Los primeros intentos de regular estas materias se dieron en los años 1901 y 1904 y fueron archivados[3].

Debido a la huelga del gremio de jornaleros del muelle y de la dársena del Callao, el 10 de enero de 1913, por primera vez, el Estado peruano estableció la jornada laboral de ocho horas. Posteriormente, el 23 de noviembre de 1918 se promulgó la Ley N° 2851, sobre el régimen laboral para mujeres y niños (que incluía normas sobre tiempo de trabajo); el 26 de diciembre del mismo año se dictó la Ley N° 3010, sobre descanso semanal y en días de fiestas cívicas, y el 15 de enero de 1919 se decretó la jornada de ocho horas para todos los obreros públicos del país, lo cual permitió poner término a la huelga de tres días que había paralizado Lima y el Callao. Sin embargo, tratándose de los obreros del sector privado, dicho decreto dispuso que la duración del trabajo diario debía

1 MONTENEGRO BACA, J., *Jornada de trabajo y descansos remunerados*, Tomo II, Bolivariana, Trujillo, 1959, p. 86-89, 120-121.

2 MOTTA VILLEGAS, J.D., "Apuntes para una historia del Derecho del Trabajo Peruano", Thémis, n° 73, 2018, p. 222.

3 El primer proyecto sobre reglamentación del trabajo presentado por el Congresista Joaquín Capelo en 1901 fue archivado. Similar destino tuvieron los proyectos de legislación del trabajo encargados por el Ministro de Fomento a José Matías Manzanilla en 1904, uno de los cuales expresamente se dedicaba a regular el descanso obligatorio, y otro, las horas de trabajo (J. BASADRE, *Historia de la República del Perú 1822-1933*, Tomo VIII, 7ma.ed., Editorial Universitaria, Lima, 1983, p. 193-194).

ser fijada de común acuerdo entre el empleador y el trabajador y, que, a falta de acuerdo, la jornada diaria fuera de ocho horas.

También en 1919, se emitió el primer tratado internacional relativo al tiempo de trabajo, el Convenio N° 1 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre las horas de trabajo en la industria, el cual fue ratificado por el Perú recién en 1945.

Entre tanto, se dictaron normas sectoriales sobre la jornada de trabajo[4], así como normas acerca de las vacaciones, las horas extraordinarias y el descanso en el Día del Trabajo, las cuales generalmente reconocieron tales derechos a favor de los obreros y, luego, los hicieron extensivos a los empleados. Por su parte, los textos constitucionales de 1920 (artículo 47) y 1933 (artículo 46) se limitaron a remitir a la ley, la regulación del tiempo de trabajo, al señalar textualmente que *"La ley fijará las condiciones máximas del trabajo"*. En razón a ello, el Código Civil de 1936 –antecedente del actual- dedicaba un título al contrato de trabajo, y consagraba en su artículo 1572 los derechos a la jornada máxima de ocho horas y al descanso semanal.

Otro hito en la historia de la regulación del tiempo de trabajo en el Perú acaece a raíz de la crisis del petróleo. Por Decreto Ley Nº 20509, de enero de 1974, el gobierno militar estableció los horarios corridos y escalonados para todas las actividades públicas y privadas, restringió la circulación de automóviles y camionetas privadas, y dispuso la regulación del tránsito, todo ello con la finalidad de disminuir el consumo de combustible. Muchas de las normas dictadas durante los años 1968 a 1980 fueron derogadas en los años noventa.

A diferencia de los anteriores textos constitucionales, la Constitución Política de 1979[5] sí reconoció expresamente el derecho a una jornada máxima y

4 Así, por ejemplo, se reguló sobre jornada de trabajo en los valles de Chicama y Santa Catalina (1921), en la Hacienda Ganadera de Lauramarca en Cusco (1923), de los profesores que prestan servicios en empresas particulares (1930), y en la zona petrolera (1931).

5 Artículo 44, Constitución de 1979.- "La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho horas semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente. La ley establece normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas. Determina las condiciones del trabajo de menores y mujeres. Los

semanal, fijándola en ocho y 48 horas, respectivamente, el derecho a reducirla por convenio colectivo o por mandato legal, el derecho a ser remunerado extraordinariamente por el trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria, el derecho al descanso semanal remunerado y el derecho a las vacaciones anuales pagadas.

2. La reforma de los noventa

A inicios de la década de los noventa[6], todo el marco legal peruano vinculado a la inversión empresarial cambió radicalmente, apostándose por un modelo de economía social de mercado, que promoviera la inversión privada nacional y extranjera. Entre las reformas estructurales introducidas durante el gobierno de Fujimori, se encuentra la reforma integral y estructural del ordenamiento laboral vigente hasta el año 1990, al cual se atribuyó la poca inversión en las actividades económicas intensivas en el uso de mano de obra[7] y, por ende, el desempleo, el subempleo y el empleo informal.

El recuento de las normas heterónomas laborales emitidas a partir del año 1991, que inciden en el tiempo de trabajo, resulta necesario para comprender la *ratio legis* que subyace a toda la reforma de los noventa, y que es la base del ordenamiento legal vigente sobre esta materia. Esa *ratio legis* puede encontrarse en la parte considerativa que precede al Decreto Legislativo Nº 692, cuyo texto señalaba:

> Que, dentro de las medidas destinadas al crecimiento de la inversión privada y al fomento del empleo deben eliminarse las trabas que den lugar a jornadas de trabajo que no re *[sic]* adecúen al desenvolvimiento de las labores productivas y frenen las posibilidades de contratación de personal.

Entre las primeras normas laborales dictadas en 1991, se promulgaron los Decretos Legislativos números 692 y 713, el primero derogó el Decreto Ley Nº

trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios. También tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo."

6 A diferencia de su predecesor, el Código Civil de 1984, que actualmente rige, no reguló el contrato de trabajo.

7 F. ORTIZ DE ZEVALLOS, "Reformas para un futuro mejor", en AA.VV. (B. Boza, ed.), *Invirtiendo en el Perú, Guia legal de negocios*, 2da.ed., Apoyo, Lima, 1994, p. 28.

20509 y estableció en su artículo 1 que los horarios de trabajo debían "procurar maximizar el rendimiento de las labores productivas a fin de incrementar los niveles de producción y productividad, así como facilitar la generación de nuevos puestos de trabajo". De esta manera, se atribuyó a la distribución del tiempo de trabajo las tareas de mejorar la productividad y de crear empleo. Asimismo, se dictó el Decreto Legislativo Nº 713, que regula los descansos obligatorios.

Durante el año 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 26136, relativo a las jornadas ordinarias y extraordinarias de trabajo. Cabe advertir que tanto los aspectos cuantitativos como cualitativos del tiempo de trabajo fueron objeto de una significativa reforma legislativa.

La Constitución Política de 1993, a diferencia de la anterior, ya no regula la reducción de la jornada ordinaria, las horas extras, ni el trabajo nocturno. Bajo este nuevo marco constitucional, se inició en 1995 una reforma flexibilizadora de la legislación laboral dada durante los cinco años anteriores. Así, el Decreto Supremo Nº 05-95-TR derogó la Ley N° 4239 (que regulaba el descanso compensatorio para menores de edad por laborar los sábados en la tarde), entre otras normas; y se publicó el Decreto Legislativo Nº 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, que derogó el Decreto Ley Nº 26136, el cual -tras las modificaciones introducidas por la Ley Nº 27671- dio lugar al actual Decreto Supremo Nº 007-2002-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, y a su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 008-2002-TR. Años más tarde, se publicó el Decreto Supremo Nº 004-2006-TR, relativo al registro de control de asistencia y de salida, y que completa el marco legal vigente.

En consecuencia, el tiempo de trabajo de los mayores de edad en el Perú se encuentra regulado principalmente por las normas dictadas a partir del año 1991: el artículo 25 de la Constitución de 1993, el Decreto Legislativo Nº 713 y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 012-92-TR, y los Decretos Supremos números 007-2002-TR, 008-2002-TR y 004-2006-TR.

A ello se deben añadir los Convenios Internacionales de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) que han sido ratificados a la fecha. De un lado, encontramos los convenios de aplicación general: Nº 1 (horas de trabajo en la industria), Nº 14 (descanso semanal en la industria), Nº 52 (vacaciones pagadas), Nº 106 (descanso semanal en el comercio y oficinas). De

otro lado, el Perú ha ratificado convenios que se aplican a los regímenes laborales especiales o con particularidades: Nº 67 (horas de trabajo y descanso en el transporte por carretera), Nº 79 (trabajo nocturno de menores en trabajos no industriales), Nº 90 (trabajo nocturno de menores en la industria), y Nº 101 (vacaciones pagadas en la agricultura).

Nuestro país también es signatario de otros tratados internacionales sobre derechos humanos y sociales que regulan el tiempo de trabajo, así: la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todos los cuales forman parte del ordenamiento nacional.

Por último, en el marco del estado de emergencia originado por la pandemia del Covid-19, se ha dictado el artículo 25 del Decreto de Urgencia N° 029-2020, el cual faculta al empleador a modificar turnos y horarios de trabajo mientras esté vigente el estado de emergencia sanitaria, con la finalidad de prevenir la propagación del Covid-19. Además, el artículo 18 del Decreto de Urgencia Nº 026-2020, modificado por el Decreto de Urgencia N° 127-2020, reconoce el derecho a la desconexión digital de quienes realizan trabajo remoto y el descanso interjornadas a favor de las personas que laboran de forma remota sin estar sujetas a una jornada máxima de trabajo.

Ad portas del bicentenario de nuestra Independencia, el Derecho Laboral peruano contiene reglas destinadas a delimitar el ejercicio del poder de dirección respecto del tiempo de subordinación.

III. El rol del Estado frente al tiempo de trabajo

En la relación laboral, las principales obligaciones se ejecutan a lo largo del tiempo o, lo que es lo mismo, son de tracto sucesivo. La prestación de trabajo a que se obliga el trabajador a cambio de la percepción de la remuneración se desarrolla durante un cierto tiempo. Tanto el poder de dirección como la subordinación no se agotan en un instante; persisten desde la celebración del contrato de trabajo hasta su extinción, aunque no se manifiesten de modo explícito o expreso. ¿Debe intervenir el Estado en las relaciones laborales fijando reglas sobre el tiempo en que se ejecutan las prestaciones?

1. Intereses en juego

Para dar respuesta a esa cuestión, es preciso reconocer que el tiempo y el trabajo se vinculan de tres maneras: (i) a través de la vida laboral del trabajador, que transcurre desde su primer empleo hasta la jubilación; (ii) en la duración del contrato de trabajo; y (iii) mediante la duración de la prestación de trabajo en sí misma[8], siendo este último asunto al que nos avocaremos.

El tiempo de trabajo no sólo constituye "uno de los elementos esenciales que sirven para concretar y medir el trabajo, y que además es mensurable objetivamente", junto a la remuneración y a la intensidad de trabajo en el tiempo[9], sino que se engarza en la propia prestación de trabajo, puesto que -como bien diría ALARCÓN CARACUEL- "el trabajo, consiste esencialmente en una puesta a disposición del empresario de la actividad del trabajador durante un determinado período de tiempo", lo que ha conducido a sostener que el empleador realmente adquiere "tiempo del trabajador", debido a la situación jurídica de subordinación en que este último se encuentra[10]. En otras palabras, "El trabajador, debe tanto un tiempo de trabajo cuanto el trabajo ejecutado o a ejecutar durante dicho tiempo."[11]. Por ello, el contenido de la prestación debida por el trabajador es doble, de un lado, el tiempo de trabajo, y de otro, la fuerza de trabajo desplegada durante ese tiempo, razón por la cual el tiempo de trabajo depende de la organización y dirección empresarial[12].

Volviendo a la dimensión temporal de la persona a que nos referíamos al inicio, el tiempo de trabajo es inseparable de la persona del trabajador, de modo que al poner a disposición del empleador la fuerza laboral, también está

8 F. FITA ORTEGA, *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 13.

9 E. GONZÁLEZ BIEDMA, "La jornada (En torno al artículo 34)", *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 100: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Madrid, marzo-agosto 2000, p. 730.

10 M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 64-65.

11 AA.VV. (J.I. García Ninet, dir.), *Derecho del Trabajo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, p. 487.

12 AA.VV. (J.I. García Ninet, dir.), *op.cit.*, p. 487-488.

ofreciendo parte de su tiempo. En ese sentido, "hablar de tiempo de trabajo es hablar de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores"[13].

En efecto, la organización del tiempo de trabajo repercute de forma directa en la vida del trabajador, de modo tal que sus hábitos, sus relaciones interpersonales, su ocio, su salud, y, en general, su tiempo fuera del trabajo, transcurren normalmente en función de la amplitud del ámbito de disposición, control y certidumbre que el ordenamiento laboral y la propia política empresarial le concedan al trabajador, o a sus representantes, sobre el tiempo de la prestación de trabajo. Ello explica el interés del trabajador en que el Estado intervenga no solo en la delimitación del tiempo de subordinación, sino también en la adecuación de ese tiempo a sus actividades extra-laborales.

En las últimas décadas, el empleador reconoce el tiempo como un factor fundamental para lograr ventajas competitivas y alcanzar el éxito empresarial[14]. Junto a esta necesidad de diferenciación basada en el tiempo, el entorno volátil propiciado por la globalización y la tecnología coloca al empleador frente al desafío de gestionar la incertidumbre dentro de la organización. El anhelo de flexibilidad no representa un mero capricho empresarial, sino "una exigencia insoslayable de las nuevas relaciones técnicas de producción"[15]. Luego, el empleador demanda un marco jurídico que le facilite la adaptación del tiempo de trabajo, a fin de alcanzar la productividad y la competitividad en el mercado.

Atendiendo a los intereses de los sujetos laborales, la regulación del tiempo de trabajo cumple así una doble finalidad: por un lado, proteger ciertos derechos constitucionales del trabajador –en particular, los derechos inespecíficos no laboralizados[16]– mediante la delimitación temporal de la prestación de trabajo, y,

13 AA.VV. (C. Prieto, ed.), *Los trabajadores y sus condiciones de trabajo*, Ediciones Hoac, Madrid, 1994, p. 291.

14 G. Jr. STALK, y T.M. HOUT, *Compitiendo contra el tiempo. La nueva fuente de ventaja competitiva*, Ciencias de la Dirección, Madrid, 1991, p. 49.

15 M.R. ALARCÓN CARACUEL, "Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo", *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, n° 15-16, enero-junio 1992, p. 22. En el mismo sentido: O. ERMIDA URIARTE, "La flexibilidad", en ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT, Lima, 2000, p. 24.

16 Hemos profundizado al respecto en: GUZMÁN-BARRÓN, C., "La protección constitucional del derecho al descanso", en SPDTSS, *Libro de ponencias del II Congreso*

por otro, facilitar la adaptación de la empresa a la incertidumbre circundante, a través de la disposición de esa cantidad de trabajo en determinados parámetros temporales.

A las aspiraciones de los trabajadores y de los empleadores se suman los objetivos estatales siguientes: en primer lugar, la tutela de la salud y seguridad de los trabajadores, para evitar mayores costos para la Seguridad Social; luego, la protección del desarrollo de la personalidad del trabajador; en tercer término, el respeto por el tiempo libre del trabajador; y, por último, el mantenimiento, reparto y creación de empleo, hasta el límite permitido por la funcionalidad del sistema productivo imperante. En estos objetivos se trasluce una especial preocupación porque los márgenes temporales precisos de la prestación de trabajo y su distribución en un periodo determinado no queden a la sola voluntad de una de las partes.

2. Tutela y flexibilidad

Frente a la heterogeneidad de intereses vinculados a la regulación del tiempo de trabajo, y con miras a realizar la función propia del Derecho del Trabajo en el contexto actual[17], es decir, a "conseguir una armonización de los poderes político (Estado), económico (empresariado) y social (clase obrera)"[18], se actualiza el debate de inicios del siglo XX: ¿hasta dónde debe intervenir la norma heterónoma en materia de tiempo de trabajo?

Sobre el particular, la OIT ha señalado que los ordenamientos jurídicos deben cumplir con las cinco dimensiones del tiempo de trabajo decente, que son: preservar la salud y seguridad del trabajador, ser respetuoso con la familia del

Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006, p. 259-274.

17 El contenido institucional del Derecho del Trabajo constituye la forma de realizar su función histórica, y está subordinado *"a las contingencias histórico-políticas y a las cambiantes exigencias de la evolución del sistema productivo, interpretando así variablemente el equilibrio estructural que lo sustenta"* (M.C. PALOMEQUE LÓPEZ, "La función y la refundación del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, 2000-II, p. 158).

18 L.E. DE LA VILLA GIL, "La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y contemporánea", *Revista de Trabajo*, nº 76, 1984, p. 29.

mismo, promover la igualdad de género, fomentar la productividad empresarial, y facilitar la participación e influencia del trabajador en el tiempo de trabajo[19].

Coincidimos en la importancia de un ordenamiento que integre los diversos intereses y derechos en juego, pero que se formule a partir del reconocimiento de la existencia de dos fenómenos contemporáneos: la diversificación y la individualización.

En efecto, no puede soslayarse que, por un lado, la duración y la distribución del tiempo de trabajo han perdido su uniformidad debido al desvanecimiento de la figura del trabajador típico: aquél contratado a tiempo completo, con una jornada semanal regular, vacaciones anuales ininterrumpidas, y una vida laboral continua hasta la jubilación[20]. Por otro lado, la individualización significa que el tiempo de trabajo responde a intereses personales del trabajador, dejando de ser un tiempo social. Ambos fenómenos replantean la organización del tiempo de trabajo, fomentando la creación de normas dispositivas, normas mínimas y normas individualizadas.

Ese ordenamiento debe partir también de considerar que la permanencia y trascendencia de los cambios principalmente económicos producidos en las últimas décadas, obligan a abandonar la idea de que la flexibilidad es una medida coyuntural, por lo que se debe superar el antagonismo entre tutela y flexibilidad, para plantear la necesidad de que ambas deben complementarse, pues no existe una única forma de garantizar la tutela del trabajador, debiendo la flexibilidad facilitar una protección adecuada a las nuevas circunstancias[21]. Desde esta mirada, la flexibilidad apunta a una revisión integral del ordenamiento jurídico,

19 L. SANGHEON, D. MCCANN y J.C. MESSENGER, *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, p. 204.

20 F. VALDÉS DAL-RÉ, "La flexibilidad del tiempo de trabajo", en AA.VV., *El tiempo de trabajo*, Seminario de verano organizado por FITEQA-CC.OO. con la colaboración de la Universidad de Alcalá de Henares, FITEQA-CC.OO., Madrid, 1998, p. 65.

21 C. SMURAGLIA ("Intervento conclusivo", en *Il Diritto del Lavoro fra flessibilitá e tutela. Le trasformazioni del setorre terziario*, Milán, Giuffré, 1992) citado por E. ROJO TORRECILLA, "Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, 1997-III, p. 246.

y pretende otorgar mayor trascendencia a la participación de los interlocutores sociales[22], promoviendo el desarrollo de medidas de adaptación negociadas.

Por consiguiente, las normas heterónomas sobre tiempo de trabajo deben cumplir cuatro tareas: (i) instaurar estándares mínimos de tutela, representación y control individual y colectivo, aplicables a todos los trabajadores; (ii) establecer reglas generales que permitan el reconocimiento de una pluralidad de regímenes de tiempo de trabajo[23]; (iii) fijar ciertos principios o criterios que permitan guiar el diálogo entre la organización empresarial del tiempo de trabajo y los derechos fundamentales de los trabajadores[24], y (iv) disponer la articulación entre las fuentes normativas (convenios colectivos, acuerdos individuales y decisión unilateral del empleador).

IV. Horario flexible: ¿cómo estamos y a dónde vamos?

Planteados así los parámetros y los diversos intereses a tomar en cuenta por el ordenamiento jurídico laboral peruano con relación al tiempo de trabajo, nos parece necesario centrarnos en el horario de trabajo, institución en la cual se hace más patente la colisión de intereses de los trabajadores y empleadores frente a la gestión del tiempo de trabajo, pues "delimita la vinculación temporal del trabajador al poder de dirección del empleador"[25].

No existe consenso sobre la definición del horario flexible; sin embargo, se puede afirmar que en el mismo lo esencial es la facultad del trabajador de decidir libremente los momentos de inicio y término de la jornada laboral diaria, dentro de ciertos límites.[26]

---

22 W. SANGUINETI RAYMOND, "El «discurso de la crisis» y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 165, diciembre 1996, p. 48.

23 A. LETTIERI, "La revolución del tiempo de trabajo", *Revista de Derecho Social*, n° 7, julio-setiembre 1999, p. 37 y 39.

24 F.J. TRILLO PÁRRAGA, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales,* Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 216.

25 N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, *El Régimen Jurídico de la Disponibilidad Horaria,* Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2011, p. 49.

26 G. RODRÍGUEZ PASTOR, *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 189.

1. Modalidades de horario flexible

El horario flexible comprende un conjunto de formas ordenadoras del tiempo de trabajo, que van desde la eliminación de normas internas sobre puntualidad y, por ende, de las sanciones que podrían derivar de su incumplimiento, hasta la autogestión del tiempo de trabajo por cada trabajador dentro de determinados parámetros establecidos previamente.[27]

Sin embargo, no debemos confundir el horario flexible con el periodo de tolerancia respecto de la hora de ingreso, que podría conceder el empleador, pues la tolerancia tiene carácter excepcional y no altera el horario de trabajo, ni la jornada diaria de trabajo.

La implantación del horario flexible parte de reconocer al trabajador su capacidad para fijar su jornada diaria de trabajo, así como los momentos de inicio, interrupción y finalización de la misma, dentro de ciertos márgenes[28]. Por lo tanto, el horario flexible se encuentra en el punto intermedio entre el horario libre y el horario rígido.

Como su nombre lo indica, el horario libre supone que no existe limitación alguna a la libre elección del horario por parte del trabajador, es decir que no se le exige un número mínimo de horas diarias de trabajo[29], mientras el horario rígido, por el contrario, somete al trabajador a cumplir rigurosamente el horario preestablecido.

Una modalidad de horario rígido es el denominado "horario fijo variable", que concede al trabajador la opción de elegir uno entre varios horarios alternativos propuestos por el empleador; una vez elegido el horario, el trabajador deberá ajustarse a él de modo riguroso[30]. Si bien el horario fijo variable es rígido, plantea una primera aproximación a la comprensión del horario como herramienta para la ordenación de la vida del trabajador, de modo que al concederle –al menos- la posibilidad de elección entre varios horarios, será más viable la adecua-

27 G. TUDELA CAMBRONERO, "Horario flexible: Reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación", en AA.VV. (L.E. De La Villa Gil, coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, p. 563.

28 P. LOBATO BRIME, "Los horarios flexibles", en AA.VV. (E. Borrajo Dacruz, dir.), *Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles*, Seminario de Estudios, Cuenca, 1978, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1979, p. 141; G. RODRÍGUEZ PASTOR, *op.cit.*, p. 189; F. VALDÉS DAL-RÉ, "Régimen jurídico de jornadas y horarios de trabajo" en AA.VV. (E. Borrajo Dacruz, dir.), *Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles*, Seminario de Estudios, Cuenca, 1978, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1979, p. 137.

29 F. VALDÉS DAL-RÉ, *op.cit.* (1979), p. 137.

30 P. LOBATO BRIME, *op.cit.*, p. 141.

ción del horario de trabajo a la satisfacción de sus necesidades, que si careciera de tal facultad de elección.

A diferencia de lo anterior, lo característico en el horario flexible estriba en que se pueden identificar tres períodos de tiempo: (i) el período durante el cual la empresa permanece abierta; (ii) aquél de presencia obligatoria para todos los trabajadores (tronco común); y (iii) el de presencia opcional, variable en función del acuerdo individual[31].

> El principio general es que cada asalariado compone su empleo del tiempo dentro de las posibilidades ofrecidas por estas zonas fijas y móviles, a fin de conseguir la duración reglamentaria del trabajo que no está afectada, en principio, por el horario variable.[32]

El grado de autonomía individual respecto de cada uno de estos períodos o zonas determinará la modalidad del horario flexible. Así, se pueden distinguir fundamentalmente dos modalidades.

Una primera modalidad es el llamado "horario flotante", en el cual el trabajador elige la hora de entrada dentro de un margen preestablecido para ello (por ejemplo, entre las 7:00 y las 9:00 horas), con la obligación de laborar hasta completar el número mínimo de horas fijado como jornada diaria. La hora de entrada condiciona la hora de salida, de modo que el retraso en la hora de entrada se compensa en el mismo día, quedando inalterable la duración de la jornada diaria de trabajo. En ese sentido, se ha sostenido correctamente que, antes que una gestión flexible del tiempo de trabajo, el horario flotante consiste en una flexibilidad en la hora de entrada[33].

Otra modalidad de horario flexible es aquél conocido como "horario elástico o flexible puro", que otorga al trabajador libertad no sólo para distribuir la jornada diaria de trabajo, sino también para fijar su duración dentro de ciertos márgenes expresados en un mínimo (que coincide con el período de presencia obligatoria) y un máximo (correspondiente a la regulación legal de la jornada

31 F. VALDÉS DAL-RÉ, *op.cit.* (1979), p. 137.

32 J.-L. MICHAU, *El horario modular. Por un nuevo ordenamiento del tiempo de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 32.

33 G. TUDELA CAMBRONERO, *op.cit.*, p. 570.

de trabajo, por ejemplo, el respeto al descanso mínimo semanal), pudiendo así transferir horas de trabajo de un módulo temporal a otro[34].[35]

Esta modalidad se configura inicialmente como el horario flotante, de modo que habrá momentos rígidos (el trabajador debe encontrarse laborando en el tronco común) y otros flexibles, pero no será necesario completar el número mínimo de horas de la jornada diaria en el mismo día, es decir que la hora de entrada no determinará la de salida, existiendo un periodo de "regularización", durante el cual el trabajador deberá alcanzar el promedio de horas exigidas en un periodo de referencia[36]. Así, mediante esta modalidad se abre una suerte de "cuenta horaria" de cada trabajador, en la cual se anotan las horas laboradas de más y de menos, con el objeto de efectuar la compensación de las horas laboradas con la jornada establecida (legal o convenida) al final del período elegido. En consecuencia, el trabajador podría superar la jornada máxima ordinaria de trabajo, sin incurrir en horas extraordinarias.

Otra forma de ordenar el horario de trabajo de modo flexible es la semana concentrada, que permite prorratear la jornada ordinaria semanal entre los días de la semana, de manera que el trabajador labore más horas en ciertos días, a cambio de tener un día libre o medio día libre.

Cualquiera sea la modalidad de horario flexible adoptada, debe quedar claro que permanece aún el control del empleador sobre el cumplimiento de la jornada y del horario de trabajo, de modo que el horario flexible no conlleva la supresión del registro de control de asistencia, ni la pérdida del derecho a la compensación por las horas extras laboradas que habrán de computarse según la modalidad de horario flexible elegida. Por consiguiente, el trabajador que tiene un horario flexible de trabajo no calificará como un trabajador excluido de la jornada máxima ordinaria de trabajo.

2. Ventajas y desventajas para los sujetos laborales

A continuación, resumimos las ventajas y desventajas de tener horarios flexibles de trabajo.

34 P. LOBATO BRIME, *op.cit.*, p. 142.

35 F. VALDÉS DAL-RÉ, *op.cit.* (1979), p. 138.

36 M.R. ALARCÓN CARACUEL, *op.cit.* (1988), p. 136.

El horario flexible concede al trabajador mayor libertad de acción, mejor adaptación al ritmo de vida individual y, por ende, facilita la integración entre el trabajo y las actividades extra-laborales, pues el trabajador tiene la posibilidad de atender asuntos personales, familiares y sociales (trámites ante entidades públicas, reuniones de padres de familia, etc.), sin preocuparse por ausentarse del trabajo. Como sostiene MICHAU, pedir autorización para llegar tarde o retirarse más temprano, puede ser humillante para el trabajador[37].

Al tener mayor control sobre el momento de la prestación de trabajo, el trabajador reduce su nivel de estrés, e incrementa su capacidad de concentración en el trabajo, disminuyendo así los accidentes laborales, lo cual trae como correlato una mayor satisfacción en el trabajo y, si se implanta en un área o en un equipo de trabajo, un mejor clima laboral, pues elimina privilegios.

Además, el horario flexible permite evitar las horas de mayor tráfico, eliminar los tiempos muertos y las horas extras, y ahorrar gastos personales (por ejemplo, el costo del servicio de transporte privado que lleva a los niños a la escuela).[38]

La desventaja principal para el trabajador sujeto al cumplimiento de un horario flexible, radica en la disminución del número de horas extras laboradas, con la subsiguiente reducción de sus ingresos.

Debido a que el horario flexible trae importantes ventajas para el trabajador, en la práctica, el empleador lo ofrece como parte del paquete de beneficios.

Ciertamente, las razones por las cuales el empleador establece un horario flexible no se limitan a los beneficios que ofrece para los trabajadores, pues también reporta ventajas desde la perspectiva empresarial.

En primer lugar, el horario flexible permite adaptarse a las necesidades productivas, especialmente en aquellos sectores donde no predomina un sistema productivo en cadena (sea fordista-taylorista o toyotista), pero sí se requiere ampliar el horario de atención al público, o trabajar en horas atípicas (fines de

37 J.-L. MICHAU, *op.cit.*, p 38.

38 J.C. FLORES ALBERCA, *Análisis del sistema de horario flexible aplicado en Perulac S.A.*, [tesis licenciatura], Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 17-23. P. LOBATO BRIME, *op.cit.*, p. 147; J. GARCÍA VIÑA, "Horario de trabajo", *Actualidad Laboral*, 1999-II, marginal 473.

semana, por ejemplo) para responder a picos de producción o por otras necesidades propias del negocio.

Asimismo, el horario flexible puede ser parte de la estrategia empresarial de gestión por objetivos. El empleador organiza el trabajo en función a metas, de manera que el momento en que se realiza el trabajo pasa a un segundo plano, y se revalora el cumplimiento de plazos de entrega. De esta manera, importa el resultado y se relativiza el esfuerzo y el tiempo involucrados para alcanzarlo, lográndose además una reducción en el pago de conceptos remunerativos vinculados a las horas extras.

Entre las ventajas adicionales del horario flexible para el empleador destacan las siguientes: facilita la contratación y la retención del personal, en especial de quienes tienen obligaciones familiares y de quienes tienen que desplazarse en horas punta; reduce la rotación del personal, el absentismo y la impuntualidad; incrementa la eficiencia (habrá menos tiempos muertos) y, por ende, la productividad.[39] Además, mejora el clima laboral y, por tanto, el nivel de compromiso de los trabajadores.

La implantación del horario flexible se viable tanto en el trabajo presencial como en el trabajo a distancia, incluso cuando se exige cumplir con un tronco común, pues el periodo de presencia física en el centro de trabajo puede asimilarse a la teledisponibilidad durante una determinada franja horaria.

En cuanto a sus dificultades, el horario flexible no se adapta a tareas que requieren de alta sincronización e interdependencia permanente entre áreas[40], ni a todas las culturas organizacionales.

Los costos de implementar horarios flexibles pueden ser elevados tanto desde el punto de vista económico, pues habrá que implementar controles mayores y diferenciados (con mayor razón, cuanto más diversificada sea la oferta de horarios flexibles), como desde el punto de vista de los trabajadores y sus supervisores. Puede haber personas que se resistan a trabajar de esta forma, lo cual demandará establecer una política interna. En vista que la gestión del tiempo recae

39 J.M. AGUIRRE DE MENA, M.M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y D. TOUS ZAMORA, *Organización y métodos de trabajo*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002, p. 205.

40 J.C. FLORES ALBERCA, *op.cit.*, p. 17-23.

en el trabajador, pueden darse abusos; con mayor razón, si los supervisores no han sido capacitados en la nueva política interna y, en particular, si el horario flexible agudiza las dificultades de comunicación entre trabajadores y supervisores[41]. A ello habría que añadir que, si el horario flexible no se ofrece a todos los trabajadores, los no favorecidos podrían pedir otro tipo de compensaciones.

También puede repercutir en la pérdida de ventajas obtenidas por parte del empleador a consecuencia de la presencia prolongada de los trabajadores en el centro de trabajo, pues esos minutos de más se convertirán en horas, las cuales deberán ser retribuidas a quien labore sujeto a un horario flexible[42].

En consecuencia, el horario flexible no garantiza el aumento de la productividad. No obstante, representa importantes ventajas para ambos sujetos de la relación laboral, por lo que su implantación debería promoverse.

3. Marco jurídico actual

Nuestra legislación reconoce expresamente como prerrogativa empresarial la fijación y la modificación del horario de trabajo (artículos 6 y 2.e del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, respectivamente). Para esta segunda, el empleador deberá someterse al procedimiento de consulta y negociación que aplica para el cambio de jornada. Al igual que el Convenio Nº 1 de la OIT, nuestro ordenamiento no contempla explícitamente el horario flexible, pero tampoco lo proscribe.

Sin embargo, a nuestro entender, legalmente es admisible implantar tanto un horario flotante como un horario elástico, ya que el literal b) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR contempla como facultad del empleador la siguiente:

> b) Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana.

41 J.M. AGUIRRE DE MENA, M.M. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ y D. TOUS ZAMORA, *op.cit.*, *loc.cit.*

42 J.-L. MICHAU, *op.cit.*, p. 42-43.

La norma transcrita permite la compensación de horas de trabajo al interior de la misma semana, tal y como es propio del horario elástico. Atendiendo a que el horario elástico constituye una modalidad más flexible que el horario flotante, consideramos que se permiten ambas modalidades, en aplicación del principio general del derecho "quien puede lo más, puede lo menos". Tratándose del horario flexible, no debería computarse el sobretiempo de forma diaria, sino semanal, debiendo inaplicarse el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 012-2002-TR[43].

Al respecto, la Guia de Buenas Prácticas en materia de conciliación del trabajo y la vida familiar y personal propone impulsar tres formas de horario flexible: a) el horario escalonado, que es una forma de horario flotante; b) el horario variable, que es concebido como un horario flexible en la hora de entrada y en la de salida, que no afecta el número de horas diarias de trabajo, pero que queda sujeto al acuerdo individual o a la sola discreción del trabajador (en este último caso, se exige un preaviso al empleador), siempre y cuando respete determinados márgenes; y c) la jornada concentrada -que ya se encuentra contenida en el literal c) del artículo 2 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR -, según la cual el trabajador labora más horas en ciertos días para gozar un día libre o medio día libre.

La Guia de Buenas Prácticas propone que los trabajadores puedan intercambiar sus turnos de trabajo, a fin de atender sus actividades personales y familiares. Si bien –como anticipáramos- el cambio de turno es una modalidad de horario fijo y no de horario flexible, facilita la adaptación del tiempo de trabajo a la satisfacción de necesidades del trabajador. En la negociación colectiva en el sector industrial se pactó el cambio de turnos como beneficio del trabajador, lo que denota flexibilidad en el horario de trabajo, con independencia de que se trate del horario diurno o nocturno.

4. Propuesta

Dadas las reconocidas ventajas para empleadores y trabajadores, mediante la implantación del horario flexible es factible encontrar una solución equilibrada que atienda a los intereses de ambas partes en materia de tiempo de trabajo.

43 Artículo 2, Decreto Supremo Nº 012-2002-TR.- "La determinación de la cantidad de horas extras laboradas para efecto de la aplicación de las sobretasas reguladas en el primer párrafo del Artículo 10 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 854, modificado por la Ley Nº 27671, aprobado por el Decreto Supremo Nº 007-2002-TR, se calcula sobre el trabajo en sobretiempo que exceda la jornada diaria de trabajo."

Por ese motivo, la regulación sobre el horario flexible no debería constituir una intromisión a la voluntad de ninguna de las partes laborales, sino dejar que sean éstas las que decidan. Como lo hace la Guia que hemos comentado, debería fomentarse el horario flexible como herramienta para coadyuvar a la corresponsabilidad en el hogar, a través de la sincronización de horarios, y para lograr el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, permitiendo realizar actividades extra-laborales de interés individual de cada trabajador. Por ello resulta plenamente vigente la siguiente afirmación: "El horario flexible impone una vuelta a la dimensión individual del trabajo.".[44]

Para la inicial implantación del horario flexible, o su modificación, no se hace necesario cambiar el ordenamiento jurídico actual, pues está reconocida la facultad empresarial en ese sentido. Dicha facultad deberá respetar la oportunidad de los descansos semanal y anual y los días feriados, así como la jornada máxima diaria y semanal. En todas las modalidades de horario flexible se observará la jornada máxima semanal, pero ello no ocurrirá respecto de la jornada máxima diaria. El horario flotante cumplirá con ambos topes. En el caso del horario elástico, se respetará la jornada máxima semanal, pero se superará el tope diario, pudiendo –según sea el caso- cumplir dicho tope diario en promedio semanal. Distinto es el caso de la semana concentrada, que podría o no combinarse con el horario flotante o el horario elástico. Generalmente, la semana concentrada sí conlleva exceder la jornada máxima diaria, a cambio de más tiempo libre, respetando solamente la jornada máxima semanal.

Estas tres modalidades del horario flexible podrían darse dentro del marco legal vigente. El problema práctico radica en la interpretación que podría realizar la autoridad laboral (administrativa y judicial) respecto de los topes aplicables, pues no debería considerar, en ningún caso, la jornada máxima diaria como infranqueable; por ello, se debería precisar el artículo 2 del Decreto Supremo N° 012-2002-TR, señalándose que en el caso del horario flexible la jornada máxima diaria se determina en promedio semanal.

Por último, corresponderá a la autonomía individual o colectiva fijar otras condiciones que deberán respetarse, tales como: el número máximo de horas diarias que pueden ser flexibles, la transitoriedad o no del horario flexible,

44 J.-L. MICHAU, *op.cit.*, p. 44.

generándose la obligación de restituir al trabajador en su horario original[45], el número máximo de jornadas anuales cuyos horarios pueden ser variados, o el porcentaje mínimo de las horas de trabajo que deben laborarse hasta cierta hora del día[46], etc. En la misma vía, se podría establecer el procedimiento que deberá seguir el trabajador para solicitar acogerse al horario flexible, cuántas veces al año se puede cambiar esta solicitud, si se requiere o no de aprobación o basta un preaviso, entre otros aspectos procedimentales.

V. Conclusiones

Si reconocemos que la regulación del tiempo de trabajo resulta necesaria para satisfacer los intereses de ambos sujetos laborales y, a la vez, que el anhelo de flexibilidad es contrario a la sobrerregulación, concluiremos que la excesiva intervención estatal en esta materia resulta perniciosa. Ello no significa, de modo alguno, que el Estado deje un vacío legal o ceda a las partes todos los espacios normativos, sino que sus reglas permitan una articulación de fuentes, de manera que el tiempo de trabajo decente sea una realidad.

Dentro del marco legal actual, el empleador puede implantar el horario flexible, respetando la oportunidad de los descansos semanal y anual y los días feriados, así como la jornada máxima ordinaria. Sin embargo, resulta necesario que el legislador precise que el tope diario de la jornada ordinaria podrá superarse, a fin de que sea posible aplicar todas las modalidades de horario flexible (el horario flotante, el horario elástico y la semana concentrada), y así satisfacer las demandas individuales de los trabajadores y las necesidades empresariales. Corresponderá a la autonomía individual o colectiva fijar las condiciones que deberán respetarse (por ejemplo, el número máximo de horas diarias que pueden ser flexibles, y la transitoriedad o no del horario flexible), y el procedimiento que deberá seguir el trabajador para solicitar acogerse al horario flexible.

Siendo conscientes que en el tiempo de trabajo yace el origen de muchas de las reivindicaciones laborales, pasadas y presentes, resulta conveniente una respuesta flexibilizadora de los contenidos normativos y de las fuentes regula-

45 N.M. MARTÍNEZ YÁÑEZ, *op.cit.*, p. 55.

46 E. MONREAL BRINGSVAERD, *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, p. 232.

doras, en particular respecto de la distribución del tiempo de trabajo, pues, al final del día, todas las personas "somos tiempo encarnado"[47].

Bibliografía

AA.VV. (C. Prieto, ed.), *Los trabajadores y sus condiciones de trabajo*, Ediciones Hoac, Madrid, 1994, 334 p.

AA.VV. (J.I. García Ninet, dir.), *Derecho del Trabajo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, p. 487 p.

AGUIRRE DE MENA, J.M., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.M. y TOUS ZAMORA, D., *Organización y métodos de trabajo*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2002, 384 p., ISBN 9788436816792.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnós, Madrid, 1988, 157 p., ISBN 9788430916306.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Formas de reordenación y reducción del tiempo de trabajo", *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 15/16 (enero-junio 1992), pp. 20-27, ISSN 0214-6029.

BASADRE, J., *Historia de la República del Perú 1822-1933*, Tomo VIII, 7ma. ed., Editorial Universitaria, Lima, 1983.

CASTELLS, M., *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. I.: La sociedad red, 2da.ed., versión castellana de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 2000, 656 p., ISBN 9788420642475.

DE LA VILLA GIL, L.E., "La función del Derecho del Trabajo en la situación económica y contemporánea", *Revista de Trabajo*, nº 76, 1984, pp. 9-30, ISSN 0034-897X.

ERMIDA URIARTE, O., "La flexibilidad", en ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT, Lima, 2000, pp. 5-26, ISBN 92-2-3 12055-1.

47 M. CASTELLS, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. I.: La sociedad red, 2da.ed., versión castellana de C. Martínez Gimeno y J. Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 2000, p. 501.

FITA ORTEGA, F., *Límites legales a la jornada de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 128 p., ISBN 84-8002-753-3.

FLORES ALBERCA, J.C., *Análisis del sistema de horario flexible aplicado en Perulac S.A.*, [tesis licenciatura], Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, 101 p.

GARCÍA VIÑA, J., "Horario de trabajo", *Actualidad Laboral*, 1999-II, marginal 463-480, ISSN 0213-7097.

GONZÁLEZ BIEDMA, E., "La jornada (En torno al artículo 34)", *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 100: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, marzo-agosto 2000, pp. 727-746, ISSN 0212-6095.

GUZMÁN-BARRÓN, C., "La protección constitucional del derecho al descanso", en SPDTSS, *Libro de ponencias del II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, 2006, pp. 259-274.

LETTIERI, A., "La revolución del tiempo de trabajo", *Revista de Derecho Social*, n° 7, julio-setiembre 1999, pp. 31-44, ISSN 1138-8692.

LOBATO BRIME, P., "Los horarios flexibles", en AA.VV. (E. Borrajo Dacruz, dir.), *Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles*, Seminario de Estudios, Cuenca, 1978, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1979, pp. 139-151, ISBN 84-7434-100-0.

MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M, *El Régimen Jurídico de la Disponibilidad Horaria,* Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2011, 516 p., ISBN 9788499037110.

MICHAU, J.L., *El horario modular. Por un nuevo ordenamiento del tiempo de trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, 281 p., ISBN 9788474344028.

MONREAL BRINGSVAERD, E.J., *La jornada de trabajo: Ley y convenio colectivo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 2005, 282 p., ISBN 9788481882452.

MONTENEGRO BACA, J., *Jornada de trabajo y descansos remunerados*, Tomo II, Bolivariana, Trujillo, 1959.

MOTTA VILLEGAS, J.D., "Apuntes para una historia del Derecho del Trabajo Peruano", Thémis, n° 73, 2018, pp. 209-224.

ORTIZ DE ZEVALLOS, F., "Reformas para un futuro mejor", en AA.VV. (B. Boza, ed.), *Invirtiendo en el Perú, Guia legal de negocios*, 2da.ed., Apoyo, Lima, 1994, pp. 21-33.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "La función y la refundación del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, 2000-II, pp. 157-167, ISSN 0213-0556.

RODRÍGUEZ PASTOR, G., *El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, 421 p., ISBN 9788480028547.

ROJO TORRECILLA, E., "Pasado, presente y futuro del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, 1997-III, pp. 232-256, ISSN 0213-0556.

SANGHEON, L., D. MCCANN, y J.C. MESSENGER, *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa*, Ministerio de Trabajo e Inmigración, Madrid, 2008, 221 p., ISBN 978-84-8417-304-5.

SANGUINETI RAYMOND, W., "El «discurso de la crisis» y las transformaciones del Derecho del Trabajo: un balance tras la reforma laboral de 1994", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 165, diciembre 1996, pp. 27-60, ISSN 1132-8584.

STALK, G. Jr. y T.M. HOUT, *Compitiendo contra el tiempo. La nueva fuente de ventaja competitiva*, Ciencias de la Dirección, Madrid, 1991, 279 p., ISBN 9788486743253.

TRILLO PÁRRAGA, F.J., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales,* Lex Nova, Valladolid, 2010, 295 p., ISBN 9788498981209.

TUDELA CAMBRONERO, G., Horario flexible: Reflexiones críticas sobre su concepto y posibilidades de implantación, en AA.VV. (L.E. De La Villa Gil, coord.), *Estudios sobre la jornada de trabajo*, ACARL, Madrid, 1991, pp. 557-578, ISBN 84-606-0206-0.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "Régimen jurídico de jornadas y horarios de trabajo", en AA.VV. (E. Borrajo Dacruz, dir.), *Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles*, Seminario de Estudios, Cuenca, 1978, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1979, pp. 276-289, ISBN 84-7434-100-0.

VALDÉS DAL-RÉ, F., "La flexibilidad del tiempo de trabajo", en AA.VV., *El tiempo de trabajo*, Seminario de verano organizado por FITEQA-CC.OO. con la colaboración de la Universidad de Alcalá de Henares, FITEQA-CC. OO., Madrid, 1998, pp. 60-71.

LA ARMONIZACIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES CON EL TRABAJO. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO

Javier Hildebrando Espinoza Escobar*

Resumen:

En el presente artículo, el autor realiza un recorrido histórico sobre el advenimiento y desarrollo del Derecho del Trabajo y sobre el tratamiento de las responsabilidades familiares en el ordenamiento laboral peruano. Se analiza la forma en que el Estado peruano ha venido implementando, legislativamente, las medidas destinadas a la conciliación de las responsabilidades familiares con el trabajo, tomando en cuenta el proceso de constitucionalización de los derechos laborales, el reconocimiento constitucional de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad y el Convenio N° 156 de la OIT.

Abstract:

In this article, the author makes a historical journey on the appearance and development of Labor Law and on the treatment of family responsibilities in the Peruvian labor law. It's analyzed the way in which the Peruvian State has been legislatively setting the measures aimed at reconciling family responsibilities with work is, taking into account the process of constitutionalization of labor rights, the constitutional recognition of the family as a natural institute and fundamental of society and ILO Convention 156.

Palabras clave

Responsabilidades familiares, trabajo, Constitución, conciliación de la vida familiar y laboral, corresponsabilidad

Keywords

Family responsibilities, work, Constitution, reconciliation of family and work life, co-responsibility

* Profesor Investigador de la Universidad San Ignacio de Loyola
javier.espinozae@usil.pe

SUMARIO: I. Introducción. II. El derecho del trabajo como respuesta a la cuestión social. *1. Los primeros pasos del Derecho del Trabajo en el Perú. 2. El proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo. 3. Las constituciones peruanas del siglo XX y los derechos laborales.* III. Las responsabilidades familiares en la evolución del ordenamiento laboral peruano. *1. Responsabilidades familiares y regulación constitucional. 2. El desarrollo legislativo del conflicto entre las responsabilidades familiares y el trabajo: Estado de la cuestión.* IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

I. Introducción

200 años de vida republicana constituye un periodo que permite echar la mirada atrás para analizar los avances en la regulación de las diversas cuestiones relacionadas con el trabajo subordinado. Una de estas cuestiones de latente actualidad es la referida al conflicto de las responsabilidades familiares con el mundo del trabajo, conflicto que, tradicionalmente, se ha resuelto en perjuicio de la mujer. El presente artículo pretende mostrar el estado de la cuestión en el ordenamiento laboral peruano. Para ello, a partir de una breve reseña sobre el origen histórico del Derecho del Trabajo como respuesta a la cuestión social, se abordará el recorrido histórico del Derecho del Trabajo en el Perú, haciéndose un especial énfasis en el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo. Posteriormente, se abordará el tema de las responsabilidades familiares desde una perspectiva constitucional a fin de analizar la situación actual de las medidas legislativas sobre el tema implementadas por el estado peruano.

II. El derecho del trabajo como respuesta a la cuestión social

Como es conocido, el Derecho del Trabajo nace en un contexto histórico específico marcado por los acontecimientos producidos por la Revolución francesa y la primera revolución industrial y por la ideología imperante en aquel entonces: el liberalismo. Se convierte así en la respuesta política y jurídica al grave problema social causado por el nuevo proletariado fabril. Como afirma Hobsbawm (2009), el proletariado fabril:

> no era libre; estaba bajo el estricto control y la disciplina más estricta todavía impuesta por el patrono o sus representantes, contra los que no tenían recurso legal alguno y solo unos rudimentos de protección pública. Tenían que trabajar

> las horas y en las condiciones que les impusieran; aceptar los castigos y multas con que los sancionaban, a la vez que los patronos aumentaban sus beneficios. En industrias o zonas aisladas tenían que comprar en las tiendas del dueño; en otras recibían los jornales en especie (lo que permitía al patrono poco escrupuloso aumentar más sus ganancias) o vivían en las casas que el patrono les proporcionaba. Sin duda, el chico de pueblo podía encontrar semejante vida no más dependiente ni menos miserable que la que vivía con sus padres (p. 213)
>
> La miseria en la que la casi totalidad de los trabajadores vivía generó la aparición del movimiento obrero organizado que, a diferencia de otros movimientos contra la injusticia que emergieron a lo largo de la historia, trajo de nuevo la "conciencia de clase". Así, con sus diferentes acciones cooperativas y colectivistas (conformación de sindicatos, sociedades mutuas y cooperativas, agitación social, etc.), puso en jaque la convivencia pacífica (Hobsbawm, 2009)[1].
>
> La razón por la cual los sectores dirigentes -políticos y empresarios- se interesaron en conceder ciertos derechos de carácter laboral, no solo fue la de protegerse frente al inminente conflicto social[2], sino también el interés de moralizar a la clase obrera asumiendo que "si se les aseguraba un salario más justo que les permitiera vivir en mejores condiciones habitacionales se lograría una mejor armonía familiar, evitando que se extendieran males como el alcoholismo, la prostitución, la vagancia o la delincuencia" (Brito, 2005 como se citó en Caamaño, 2010, p. 185)

En suma, tal como afirma Biurrun (2012), las primeras regulaciones laborales tuvieron como principal finalidad la defensa del Estado liberal:

> el capitalismo se siente amenazado por la reacción del movimiento obrero ante las condiciones de miseria extrema y explotación y decide ceder a tiempo en lo menos –en las condiciones de vida y de trabajo del proletariado– para poder conservar lo más –el propio sistema de producción mediante el trabajo asalariado por cuenta ajena- (p. 138).

---

1 Esta preocupación por el desborde social y la violencia se ve reflejada en el Preámbulo de la Constitución de la OIT (1919) en el que se afirma que "la paz universal y permanente solo puede basarse en la justicia social" o que "existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales".

2 En el mismo sentido, Boza (2014) quien afirma que "Esta intervención estatal permitió la canalización del conflicto que podía poner en peligro el orden social establecido y, al mismo tiempo, controlar el fortalecimiento del movimiento obrero en pleno auge." (p. 18)

1. Los primeros pasos del Derecho del Trabajo en el Perú

Aunque no de la misma forma, ni con la misma intensidad que en Europa y América del Norte, iniciada la segunda década del siglo XX se empiezan a dictar en el Perú las primeras normas laborales, en un contexto en el que "la organización económica de la producción cambia hacia un modelo capitalista dependiente, donde formas precapitalistas de la sociedad convivían en función a las formas más modernas" (Motta, 2018, p. 214).[3]

La ausencia del Estado para abordar los problemas que se presentaban como consecuencia del trabajo subordinado generó, en un primer momento, la existencia de organizaciones de ayuda o mutualismo creadas por los propios trabajadores (Ulloa, 2018). Posteriormente, por influencia del socialismo y del anarquismo, estas van adquiriendo un fin defensivo y representativo convirtiéndose en organizaciones sindicales combativas que reivindicaban ciertos derechos y mecanismos de protección en relación con la salud y seguridad en el trabajo, el pago justo del salario y la jornada de trabajo.

De esta forma, la clase dirigente (políticos y empresarios) se vio obligada a dictar, entre otras normas: la ley N° 1378 (el 24.01.1911), sobre accidentes de trabajo; la ley N° 2851 (del 23.11.1918) sobre el trabajo de los niños y mujeres por cuenta ajena; la ley N° 3019 (27.12.1918) sobre campamentos para proveer de habitaciones a los obreros y sus familias y sostener una escuela primaria gratuita y obligatoria para los hijos de los operarios y obreros analfabetos o el decreto supremo de 15 de enero de 1919 sobre jornada máxima de trabajo. Si bien, la vía como aparecen las primeras normas laborales es la legislativa, no cabe duda que en el Perú "la historia de la acción sindical y de los conflictos laborales colectivos, acompañan y marcan la pauta del surgimiento del Derecho del Trabajo" (Motta, 2018, p. 216), aunque -con el paso del tiempo- la

3 Explica Motta (2018) que por formas pre capitalistas entiende "tanto a las relacionadas con el trabajo forzoso impuesto desde la colonia como a las variables colectivas de producción de la tierra de raíces originarias". (p. 213). Sobre esta cuestión, Boza (2014) afirma que el desarrollo de la actividad económica del Perú ha sido, fundamentalmente, la de una economía de enclave. Esto trajo como consecuencia que el sistema de producción capitalista solo se implementase en algunas actividades económicas. Esto se evidencia en la actualidad pues en la economía peruana subsisten unidades de producción demasiado pequeñas (normalmente de carácter familiar) y unidades de producción que operan en la informalidad.

acción sindical no logrará conseguir un lugar protagónico en la regulación de las condiciones de trabajo.

Como quiera que fuere, las primeras normas laborales no miraban a los obreros si no como un grupo al que se debía "contentar" y "contener". Prueba de ello es que, al mismo tiempo, se dictó el Decreto Supremo del 24 de enero de 1913[4] que reguló la huelga desde una visión restrictiva y controladora. Así, se estableció "que la decisión de los trabajadores de ir a la huelga debía renovarse cada cuatro días, y la obligación de depositar en la policía una nómina de los huelguistas con sus respectivos domicilios" (Lovatón, 1990, p. 49)[5].

Aún faltaría mucho tiempo para que el Derecho del Trabajo considerase al trabajador como un sujeto de derecho, como un ciudadano con dignidad y derechos fundamentales plenamente exigibles en el ámbito de la empresa y de las relaciones privadas entre empleador y trabajador. Esto solo ocurrirá en el momento en que los derechos laborales empiecen a incorporarse en la Constitución.

2. El proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo

Como se ha explicado ya, en la génesis del Derecho del Trabajo han confluido factores histórico sociales referidos al reconocimiento de la libertad de trabajo como sustento del nuevo orden económico y social (el sistema de producción capitalista); y, al reconocimiento de la libertad sindical como resultado del conflicto entre la clase proletaria y la burguesía que hizo que esta cediera ante las reivindicaciones de aquella, con el afán de mantener el orden económico y social existente (Motta, 2018).

4 Motta (2018) se refiere a la peculiaridad de este Decreto supremo ´pues al pretender controlar el derecho a la huelga a través de una serie de requisitos restrictivos, terminó a la postre no solo reconociendo el derecho a la huelga, si no reconociendo implícitamente el derecho a la libertad sindical". Según precisa el autor, "el mencionado decreto regula por primera vez no solo la huelga, si no el derecho a la representación obrera y el arbitraje obligatorio como medio de solución de conflictos laborales, es decir una suerte de derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, respectivamente. (Motta, 2018, p. 218).

5 Como afirma Lovatón (1990), esta forma restrictiva y controladora de regular la huelga también se evidenció en el Decreto Supremo del 12 de mayo de 1920, pues "bajo el pretexto de asegurar el carácter pacífico de las huelgas, estableció una lista de delitos en que podían incurrir los huelguistas". De esta forma, se marca el camino para la continua negación o limitación del ejercicio de este derecho constitucional.

Lo cierto es que, en ese momento, había una absoluta desvinculación entre la nueva realidad del trabajo obrero subordinado y las garantías constitucionales o derechos subjetivos públicos reconocidos en las constituciones liberales. Como afirma, Ugarte (2008) las garantías constitucionales reguladas en las constituciones tenían como centro de protección al burgués liberal y estaban referidas a "las prerrogativas que en estado liberal se acuerdan para proteger al comerciante de la invasión estatal" (p. 250). Pronto se evidenció que la libertad, valor supremo del liberalismo y la igualdad de derechos que proclamaban las Constituciones se contradecía con las desigualdades reales a las que estaba sometida la clase obrera y la gran mayoría de población peruana.

Es en el siglo XX, y con mayor énfasis luego de la segunda guerra mundial, que se produce un giro en el tratamiento, reconocimiento y garantía de los derechos de los trabajadores. El recrudecimiento de la cuestión social y de las luchas obreras[6] generó que se opte por "canalizar ese hecho social, vale decir recibirlo dentro de las constituciones y de garantizarlo dentro de sus preceptos" (Gonzales, 1974 como se citó en Chipoco, 1981, p. VII). De esta forma, se produce la constitucionalización del Derecho del Trabajo que llevó a "la más alta consagración de los derechos laborales" (Landa, 2014, p. 222) y a su exigibilidad no solo frente al Estado sino también ante los particulares. A partir de este proceso, el ámbito de la empresa dejó de ser una "zona franca y segregada de la sociedad civil" (Rodríguez Piñero como se cita en Sanguinetti, 2003, p. 221) para pasar a convertirse en uno en el que también son exigibles los derechos fundamentales.

La constitucionalización del Derecho del Trabajo puede ser entendida como el proceso mediante el cual los principios, valores y derechos que la Constitución recoge se impregnan en el ordenamiento laboral, de tal forma que las normas que conforman este deberán ser interpretadas y aplicadas de conformidad con aquella; asimismo, implica la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales. En nuestro país, este proceso se consolidó desde finales del siglo XX, especialmente, con la labor del Tribunal Constitucional peruano.

6 Por eso Sulmont (2009) como se cita en Motta (2018) manifiesta que "la "cuestión obrera" sería el eje de la "cuestión social" y la cuestión obrera no solo expresaría deplorables condiciones laborales, sino "un temor ante la irrupción de los obreros en el escenario social" y "una inquietud respecto a la pérdida de cohesión de la sociedad moderna" (p. 73)

3. Las constituciones peruanas del siglo XX y los derechos laborales

El Perú ha contado durante el siglo XX con 4 Constituciones. La de 1920 se dictó bajo un contexto de influencia internacional de las ideas socialistas y casi a la par con la Constitución de Querétaro (1917)[7] y la de Weimar (1919). La constitución de Querétaro tuvo una gran influencia en América Latina y sus disposiciones sociales "fueron más atractivas para quienes tenían que paliar la inquietud de las sociedades rurales", a diferencia de la de Weimar cuyas tesis sociales "tuvieron eco en las sociedades industriales porque permitían hacer frente a las presiones obreras que se inspiraban en la revolución soviética de 1917". (Hernández 2017, p. 442)

La Constitución de 1920 fue "un instrumento con un contenido novedoso en materia laboral" (Vidal, 2009, p. 168) si se la compara con las constituciones precedentes. No obstante; a diferencia de la Constitución de Querétaro, apenas recogió algunas disposiciones con contenido social (garantías sociales)[8]. Este hecho no fue casual. Como afirma Chipoco (1981), la inclusión de derechos laborales en la Constitución de 1920 coincidió con el fin de la república aristocrática y con el deseo interesado de Leguía de lograr una mayor hegemonía incorporando a sectores más amplios de la sociedad hasta ese momento excluidos, y de esta forma consolidar el régimen de la Patria Nueva.

Además de la prohibición de la esclavitud y la de ser obligado a prestar trabajo personal sin libre consentimiento y sin la debida retribución, (artículo 22°)

7 La Constitución de Querétaro se convierte en "la primera Constitución con derechos para las clases sociales" (Carbonell, 2017, p. 198). Reconoce un amplio abanico de derechos de carácter individual (jornada máxima de trabajo, derecho al descanso, descanso post parto, derecho de lactancia para la mujer trabajadora, salario mínimo, inembargabilidad del salario mínimo, el principio de igual salario por igual trabajo, protección frente al despido sin causa justa, participación en las utilidades); colectivo (derecho a la libertad de coaligarse de obreros y empresarios, derecho a las huelgas y paros, solución de conflictos entre capital y trabajo a través de una Junta de Conciliación y arbitraje) y de seguridad social (responsabilidad por los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los trabajadores, cumplimiento de las normas sobre higiene y salubridad y de prevención de accidentes, etc.).

8 De allí que Vidal (2009) afirme que "pese a las novedades no sólo en materia laboral sino también en otros campos sociales, la Constitución de 1920 estuvo lejos de simbolizar el alejamiento de la tendencia liberal que hasta esa fecha tenían los textos constitucionales peruanos". (p. 169)

recogidas en el título de las garantías individuales, dentro del título IV de las Garantías sociales se estableció la libertad de trabajo, oficio, industria o profesión (artículo 46°); la obligación del Estado de legislar sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él de la vida, de la salud y de la higiene, las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país; asimismo, la obligatoriedad de la indemnización de los accidentes del trabajo en las industrias, de acuerdo a lo que determinen las leyes (artículo 47°). Finalmente, la obligatoriedad del sometimiento de los conflictos entre el capital y el trabajo a arbitraje obligatorio (artículo 48°), dejándose a la ley la regulación de la forma como deban organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el capital y el trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos.

La Constitución de 1933 incorporó una mayor lista de derechos en el título denominado garantías constitucionales (capítulo sobre las garantías nacionales y sociales). No solo garantizó la libertad de trabajo (artículo 42°), sino que también estableció el deber estatal de legislar el contrato colectivo de trabajo (artículo 43°). Asimismo, prohibió toda estipulación en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales (artículo 44°); estableció el deber del Estado de favorecer un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, de legislar sobre los demás aspectos de las relaciones entre aquellos y éstas, y sobre la defensa de los empleados y trabajadores en general (artículo 45°). También, impuso la obligación de legislar sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene y precisó que la ley debía fijar las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios prestados y por accidentes, así como los salarios mínimos en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país (artículo 45°). Adicionalmente, impuso la obligación legal de establecer un régimen de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte; y de fomento de las instituciones de solidaridad social, los establecimientos de ahorros y de seguros, y las cooperativas (artículo 48°).

Aún con esta mayor regulación de los asuntos laborales, a decir de Bernales (1978), el liberalismo permanece en la Constitución de 1933 "por más que se alteren algunas

de sus expresiones o que se insinúe una apertura hacia fórmulas constitucionales cuyo origen estriba en reivindicaciones populares que por la fuerza de los hechos debieron ser recogidas por el estado burgués"[9] (p. 7). El reconocimiento de los derechos sociales antes mencionados no contradicen el modelo liberal, pues muchas de estas medidas "representaban ya derechos irreversibles ganados en largos procesos de lucha a escala mundial por el trabajador y que inclusive en los países de definida estructura capitalista se habían reconocido"; más aún si, "los derechos del trabajador y de la comunidad quedan librados a la tutela y protección del Estado, de donde se deducirá el rol arbitral y paternalista del Estado". (Bernales, 1978, p. 14)[10]

Emitida en un contexto de transición democrática, la Constitución de 1979 es la primera en la que se reconoce el modelo de Estado social y democrático de derecho al establecer que: "El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo" (artículo 79º). Esta declaración no era intrascendente, pues con ella:

> se enriquece la idea de la persona y la noción misma del Estado cuando, junto a la libertad, se afirma el trabajo como valor social fundamental, porque ello implica reconocer que el hombre se realiza a través de ambos valores y, que es función o deber del Estado tutelados conjuntamente, creando el ordenamiento social y económico que permita su plena manifestación. (Blancas, 1984, p. 14)

De allí que se entienda que esta Constitución en su Título I "Derechos y deberes fundamentales de la persona", capítulo V denominado "Del Trabajo" estableciera un listado profuso de derechos y principios relacionados con el trabajo y lo reconozca como fuente principal de riqueza. Además, no solo reconoció el derecho al trabajo y el deber del Estado de promover las condiciones

9 Recordemos que en esta época el crack de la bolsa de Nueva York de 1929 trajo serias consecuencias a países como el Perú, directamente dependientes del capital norteamericano. Se produjeron pérdidas de empleo, reducción de salarios, y movimientos de masas. (Chipoco, 1981)

10 Es de la misma opinión, Chipoco (1981) para quien la Constitución de 1933 representa un "intento de reconstruir la hegemonía perdida, tratando de que los desposeídos se sientan representados por el sistema político, toma la forma de llamar a aprobar una nueva Carta Fundamental. Este intento de controlar justificadas rebeldías es lo que permite explicar el que se incorporen normas no demandadas por los trabajadores, como la participación de utilidades, el Consejo Económico, etc. y normas que institucionalizan el contrato colectivo de trabajo aprobadas tanto con el propósito de provocar sentimientos de representación, como el de calmar amplios reclamos" (p. XI).

económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el sub empleo sino que, además, prohibió en la relación laboral cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos. De la misma forma, reconoció el principio protector y el de igualdad de trato (artículo 42°), el de irrenunciabilidad de derechos laborales y el principio de interpretación más favorable a favor del trabajador (artículo 57°).

También contempló el derecho a una remuneración justa, el principio de igual remuneración por igual trabajo y las remuneraciones mínimas vitales que se debían reajustar periódicamente de manera tripartita; asimismo, dispuso que, por ley se organizase el sistema de asignaciones familiares en favor de los trabajadores con familia numerosa. (artículo 43°).

En relación con la jornada máxima de trabajo continuó con la tradición forjada legislativamente desde inicios del siglo XX, estableciendo una de 8 horas diarias y 48 semanales e incluso el pago de las horas extras. Impuso que sea la ley la que establezca las normas para el trabajo nocturno y para el que se realiza en condiciones insalubres o peligrosas, las condiciones de trabajo de menores y mujeres. Reconoció también, el derecho al descanso semanal y anual remunerados, la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo (artículo 44°). Volvió a reconocer el derecho a la participación en la gestión y en las utilidades de la empresa e, incluso, en la propiedad, en aquellas empresas cuya naturaleza no lo impida (artículo 56°). Precisó, además, que el pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores es en todo caso preferente a cualquier otra obligación del empleador. La acción de cobro de los derechos laborales prescribiría a los quince años (artículo 49°).

Por primera vez se reconoce a nivel constitucional la obligación de determinar a través de la ley, las medidas de protección a la madre trabajadora (artículo 45°). De la misma forma, la obligación del Estado de dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo que permitan prevenir los riesgos profesionales, y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores (artículo 47°).

También reguló la estabilidad en el trabajo y la proscripción del despido, salvo causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada (artículo 48°)

En el plano de los derechos colectivos, la Constitución reconoció el derecho a la sindicalización con una serie de garantías, a la negociación colectiva y la huelga (artículos 51°, 52°, 53° y 54°), otorgando fuerza de ley entre las partes a los convenios colectivos de trabajo.

A pesar del aparente avance en lo social reflejado en los principios y normas programáticas que la Constitución de 1979 contenía[11], su concepción económica contradecía todos aquellos principios sociales al orientarse "hacia una economía de fundamento capitalista", al punto que Blancas (1981) auguró para ella "una vida azarosa e incierta" (p. 19). A ello se sumaba el hecho de que "las normas infra constitucionales no cumplieron sino deficientemente la tarea de desarrollar tales derechos enunciados" (Boza, 2014, p. 26) volviéndola, en la práctica, ineficaz.

La Constitución de 1993, al igual que la de 1979, reconoció que "la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana", dejando de lado la expresión "basada en el trabajo" que sí contemplaba la de 1979. Esta declaración implica, el deber del Estado de corregir las desigualdades e injusticias de hecho que impidan a los ciudadanos alcanzar su desarrollo personal y el respeto de todos y cada uno de sus derechos fundamentales.

Bajo este contexto, aunque contrariamente a su predecesora, tuvo una regulación parca sobre la materia laboral cuyas disposiciones ubicó en el Título I "De la persona y la sociedad", capítulo II "De los derechos sociales y económicos". Así, reconoce el derecho al trabajo considerándolo base del bienestar social y un medio de realización de la persona (artículo 22°); reconoce también sujetos con protección cualificada como la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan y mantiene la disposición (recogida en la de 1979) que fundamenta la protección de los derechos fundamentales del trabajador y su dignidad en el ámbito de las relaciones laborales (artículo 23°).

Consagra también el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, la prioridad en el pago de la remuneración y los beneficios sociales del trabajador sobre cualquier otra obligación del empleador, así como las remuneraciones

11 Pasco (1993), refiriéndose a las disposiciones en materia laboral consideró que "adolecía de grandilocuencia y lirismo. Eran más lo postulados teóricos, las declaraciones principistas, las metas ideales, que los derechos concretos y exigibles que de ella podían desprenderse". (p. 35)

mínimas que se regularán por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores (artículo 24°). Sobre la jornada de trabajo mantiene la conquista histórica de la jornada máxima de trabajo de 8 horas diarias o 48 semanales, reconoce jornadas acumulativas y atípicas; asimismo, el derecho al descanso semanal y anual remunerados (artículo 25°).

Además de reconocer el principio protector en el artículo 23° otorga reconocimiento constitucional a los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley y el de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma (artículo 26°). En una de las disposiciones más controversiales, la norma constitucional dispuso que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario (artículo 27°).

Consagra -de manera escueta- los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga[12]. Asimismo, le otorga fuerza vinculante al Convenio colectivo (artículo 28°). Finalmente, reconoce el derecho de los trabajadores a la participación en las utilidades y promueve otras formas de participación (artículo 29°).

Como puede apreciarse, la Constitución vigente reduce el número de derechos, principios o reglas de carácter laboral que su predecesora sí recogía. No obstante, como afirma Sanguinetti (2006), a pesar de todo, mantiene las bases esenciales que permiten construir el Derecho del Trabajo[13], pues sigue apostando:

> por el diseño de un modelo democrático, equilibrado y dinámico de relaciones laborales, asentado sobre la necesidad de una intervención tutelar del Estado en la regulación de aspectos clave de las relaciones individuales de trabajo y la garantía de la libre actuación de las organizaciones representativas de los trabajadores y empleadores en defensa de sus respectivos intereses (s.p.)

12 Según el artículo 28, cautela su ejercicio democrático. Garantiza la libertad sindical, fomenta la negociación colectiva, promueve formas de solución pacífica de los conflictos y regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social

13 Es de la misma opinión Pasco (1993) para quien, en lo social, la Constitución de 1993 "ha buscado resguardar las esencias intangibles del Derecho Laboral: su carácter eminentemente protector, el respeto a la dignidad del trabajador, la garantía de sus derechos fundamentales, el reconocimiento de los derechos colectivos y la promoción a su ejercicio democrático" (p. 35).

Sin duda alguna, la labor del Tribunal Constitucional, vía interpretación, ha sido fundamental para la defensa de esas bases esenciales del Derecho del Trabajo, en un proceso que Sanguineti (2006) denomina de "recomposición desde bases constitucionales del régimen jurídico de las relaciones de trabajo" (s.p.)[14]. Aunado a ello, el hecho de que los tratados internacionales suscritos y en vigor formen parte del derecho interno (artículo 55°) la obligación constitucional de interpretar las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificadas por el Perú (Cuarta Disposición Final y transitoria) aseguran la vigencia de los derechos laborales, en la medida que, los de mayor trascendencia, tienen respaldo en diversos instrumentos internacionales ratificados por el Perú.

III. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES EN LA EVOLUCIÓN DEL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO

Como se afirmó previamente, en sus inicios, el Derecho del Trabajo no basó su existencia en la protección de un sujeto considerado digno y titular de derechos fundamentales que debían ser respetados por el empleador en el ámbito de la empresa. Antes bien, el miedo al desorden social que pudieran causar las acciones de la clase obrera y el control del factor trabajo fueron las razones de fondo para que la clase dirigente (políticos y empresarios) aceptara cambiar las condiciones laborales de los trabajadores, a través de las primeras normas laborales (Caamaño, 2010).

Esta intencionalidad tampoco podía efectuarse al margen del sistema de organización social imperante, según el cual los varones cumplían la función productiva y las mujeres la reproductiva. Esto explica por qué el desarrollo inicial de la legislación laboral estuvo unido a la protección de la familia tradicional y al mantenimiento de esa forma de organización social imperante, pues se buscó recluir a las mujeres en el espacio doméstico y excluirlas del ámbito laboral (Caamaño, 2010)[15].

14 En el mismo sentido Boza (2014) quien destaca la labor del Tribunal Constitucional que restablece "por la vía interpretativa los niveles de tutela en varios derechos laborales que habían sido recortados por la legislación" (p. 25).

15 Un documento no jurídico de la época (la encíclica *Rerum Novarum*) sirve como muestra

En el Perú, con el advenimiento del capitalismo industrial, la mujer también vio perjudicada su situación. No solo compartió con el varón las situaciones de explotación y abuso, sino que, además, estuvo relegada a las "labores propias de su sexo" y sujeta a lo que disponga el varón en la fábrica. La mujer trabajadora de la clase pobre, dada su necesidad, solo podía desempeñarse en múltiples labores como artesana o trabajadora manual. La mujer burguesa, pudo incorporarse al mercado de trabajo como consecuencia de la Guerra con Chile, pero solo en ocupaciones consideradas como femeninas (docentes, secretarias, enfermeras) (Barba, M., Martos, M. y Fonseca, R. (1997). En cualquier caso, a la mujer trabajadora la acompañó, desde siempre, la doble jornada que terminó afectándola grandemente por la suma de cargas vinculadas a las labores productivas y las reproductivas que se consideraban de su absoluta responsabilidad.

Las primeras normas protectoras de la mujer trabajadora emitidas en el Perú fueron expresión del filantrópico deber de "salvar el porvenir demográfico de la República", pues la mujer "es el cimiento de la nacionalidad, del hogar; eje de la sociedad y del Estado" (Benvenutto, 1921 como se citó en Congreso de la República del Perú, s.f., p. 9). Es decir, la protección a la mujer "no se otorgó en clave de igualdad sino porque se las consideraba débiles y necesitadas de protección" (Espinoza, 2014, p. 189). Dirigiendo las normas a la protección de la débil mujer, se protegía a la familia tradicional, manteniendo el *status quo* que había ayudado a la "modernización de la sociedad".

Desde el lado del varón, los nuevos modelos de relaciones laborales también construyeron una identidad concreta. Las nuevas normas dictadas a favor de los obreros buscaban controlar su carácter rebelde y contestatario, disciplinándolo para aumentar la productividad y mantener el control social. Esto explica que surgiera:

> una preocupación por entregar las condiciones mínimas para la instalación de las familias obreras, asignándole el papel de jefe de familia al peón quien se vio convertido así, más por las circunstancias (legislación social, legislación civil, ciertas políticas empresariales y la acción de la Iglesia Católica) que por su vo-

---

de lo que aquí se dice: "Finalmente, lo que puede hacer y soportar un hombre adulto y robusto no se le puede exigir a una mujer o a un niño. (…) Igualmente, hay oficios menos aptos para la mujer, nacida para las labores domésticas; labores estas que no sólo protegen sobremanera el decoro femenino, sino que responden por naturaleza a la educación de los hijos y a la prosperidad de la familia" (León XIII, *1891,* & 31)

> luntad real, en obrero y jefe de familia. Por lo tanto, se intentaba convencer a los trabajadores que el camino al bienestar personal y familiar pasaba por aceptar las normas que lo conducían por el camino del padre proveedor. (Caamaño, 2010, p. 190)

Este esquema de organización social y de división del trabajo se ha mantenido a lo largo del tiempo. No obstante, de alguna forma, el hecho de que la protección de la familia también se constitucionalizara abrió la posibilidad de iniciar la discusión referida a la conciliación de la vida familiar y laboral, en un contexto en el que se produjo la incorporación masiva de la mujer en el mundo del trabajo, sobre todo, a partir de la segunda mitad del siglo XX. El problema de este fenómeno social fue que "no vino acompañada de un cambio en el esquema tradicional del reparto de las tareas entre varón y mujer", ni tampoco del interés del Estado, de los empresarios, de los sindicatos, por atender una cuestión que se consideraba "de estricta importancia privada y cuya solución debía correr a cargo de los propios trabajadores" (Espinoza, 2014, p. 182).

1. Responsabilidades familiares y regulación constitucional

Con excepción de la Constitución de 1920 que nada estableció sobre el particular, tanto las Constituciones de 1933, 1978 y 1993 han considerado, en menor o mayor medida, el tema de la familia, la maternidad y la paternidad.

La Constitución de 1933 en el mismo capítulo donde se recogían los derechos laborales reconoció que el matrimonio, la familia y la maternidad estaban bajo la protección de la ley (artículo 51°), dentro de una norma constitucional que, por cierto, aún no reconocía expresamente la igualdad de varón y mujer ante la ley, ni el derecho a la no discriminación.

En el caso de la Constitución de 1979, desde el preámbulo se reconoció que "la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza"; asimismo, dedicó un capítulo a su regulación estableciendo, entre otras disposiciones, la obligación del Estado de proteger al matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación (artículo 5°). También determinó que el Estado amparaba la paternidad responsable; reconoció el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, así como el deber de los hijos de respetar y asistir a sus padres y la igualdad en derechos de todos los hijos (artículo 6°). Se reconoció a la madre como un sujeto de especial pro-

tección del Estado y a tener asistencia en caso de desamparo (artículo 7°). Igual protección debían recibir el niño, el adolescente y el anciano son protegidos por el Estado ante el abandono económico, corporal o moral (artículo 8°). En el ámbito del trabajo, y como ya se mencionó, se establece que la ley determinará las medidas de protección a la madre trabajadora. Es preciso mencionar que, por primera vez, a nivel constitucional, se establece expresamente, el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma y que el varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades, sin que la mujer tenga menores derechos que el varón (artículo 2°, numeral 2).

La Constitución de 1993 regula a la familia en el capítulo correspondiente a los derechos sociales y económicos. Entre otras disposiciones, precisa que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad (artículo 4°). Asimismo, reconoce que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. De la misma forma, reconoce el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos y el deber de los hijos de respetar y asistir a sus padres. Reitera la igualdad de todos los hijos en derechos y deberes (artículo 6°). Desde el punto de vista laboral, como ya se mencionó establece la obligación estatal de brindar una protección especial a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan (artículo 23°). Demás está decir, que la norma constitucional reitera el reconocimiento del derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Es evidente la trascendencia de la familia para la norma constitucional[16] por las funciones que esta cumple con cada uno de los miembros que la componen

16 Esta trascendencia también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, así, entre otras, en la STC del expediente N° 09332-2006-PA/TC del 30 de noviembre 2007 en cuyo fundamento jurídico 4 se establece: "El artículo 4° de la Constitución reconoce a la familia como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Es por ello que obliga al Estado y a la comunidad a prestarle protección. Por su parte, el artículo 16° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que los hombres y las mujeres

y también por las funciones que desempeña en la sociedad en la que se inserta. Como afirma Plácido (2013) la interpretación del precepto constitucional "no es concebible sin relación alguna con el cumplimiento de fines familiares, con el hecho básico de la generación y consiguiente cuidado de nuevas vidas humanas; por el contrario, en este hecho se encuentra su elemento más determinante y fundamental" (pp. 85-86). Si esto es así, el cumplimiento de los fines de la familia o de los deberes de sus miembros no puede significar un obstáculo para el pleno desarrollo y el efectivo ejercicio de sus derechos, entre ellos, el derecho al trabajo. En todo caso, corresponderá al Estado remover esos obstáculos que impidan a los miembros de la familia cumplir con sus deberes familiares e implementar todas las medidas necesarias para facilitar el efectivo ejercicio de los derechos de todos sus miembros. Debe recordarse, además, que la propia Constitución promueve la paternidad y la maternidad responsables e impone el deber de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. (artículo 5°)

Por eso, aun cuando la Constitución no regule el tema del conflicto entre responsabilidades familiares y trabajo, este tiene una clara raigambre constitucional y tiene que ser resuelto, atendiendo a los principios, valores y derechos que la Constitución reconoce.

En un primer momento, a nivel legislativo, se pretendió resolver esta cuestión, estableciendo medidas de protección vinculadas con la función natural propia de la mujer: la maternidad. De esta forma, se dictaron normas protectoras de la situación biológica del embarazo, el puerperio y la salud y atención del recién nacido, tales como, el otorgamiento de la licencia por maternidad, permiso por lactancia, la obligación de las entidades privadas y públicas de implementar lactarios, la protección frente a trabajos que pongan en riesgo su salud o la del feto, la protección privilegiada frente al despido, entre otras. En la práctica, se consiguió un efecto pernicioso. Por un lado, se reafirmó el reparto tradicional de tareas en perjuicio de la mujer haciéndola principal y -en la gran mayoría de casos- única responsable de la protección y cuidado de la familia y las labores del hogar. Por otro, se generó la idea de que la contratación laboral de la mujer era costosa.

---

a partir de la edad núbil tienen derecho - sin restricción motivada en la raza, nacionalidad o religión- a casarse y a fundar una familia, agregando que esta es un elemento natural y fundamental de la sociedad, por lo que "tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".

Fue necesario repensar las medidas de protección para pasar a la idea del fomento de las responsabilidades compartidas o corresponsabilidad. En este intento, ha jugado un rol fundamental el Convenio N° 156 de la OIT sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981)[17] que, por tener rango constitucional, convierte al asunto de las responsabilidades familiares en uno que debe abordarse desde 2 pilares constitucionales: el principio de igualdad y no discriminación[18] y el reconocimiento y protección de la familia como instituto natural y fundamental de la sociedad[19], la promoción de la paternidad y maternidad responsables y el deber impuesto a los padres de alimentar, educar y dar seguridad a los hijos, así como el de estos de respetar y asistir a sus padres[20].

Son estos los dos ejes que debe tomar en cuenta el estado peruano al momento de implementar políticas públicas que contribuyan a la conciliación de la vida familiar y laboral, bajo un enfoque de corresponsabilidad. Por un lado, porque con ellas se busca evitar que las responsabilidades familiares limiten las posibilidades de trabajadores y trabajadoras de "prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella" (artículo 1, numeral 1, Convenio 156) y crear "la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras" en el ejercicio de su derecho al trabajo sin que sufran discriminación por razón de las responsabilidades familiares. Por otro, porque las responsabilidades familiares "son aspectos de cuestiones más amplias relativas a la familia y a la sociedad, que deberían tenerse en cuenta en las políticas nacionales" (preámbulo del Convenio 156 OIT), las cuales no solo

17 Ratificado por el Perú el 16 de junio de 1986 y por tanto de obligatorio cumplimiento, según lo establecido en el artículo 55° de la Constitución.

18 Constitución de 1993, artículo 2: "Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.
Constitución de 1993, artículo 26°: "En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación"

19 Constitución de 1993, artículo 4°: "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad".

20 Constitución de 1993, artículo 6°: "La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables (…) Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

deben incluir a los hijos a cargo de los trabajadores y trabajadoras (artículo 1°, numeral 1 Convenio 165) sino también a cualquier otro miembro de la familia directa que de manera evidente necesite cuidado y sostén (artículo1°, numeral 2 Convenio 165).

2. El desarrollo legislativo del conflicto entre las responsabilidades familiares y el trabajo: Estado de la cuestión

En el Perú, las normas legales específicas que buscan la responsabilidad compartida entre los sexos se dictaron recién en el siglo XXI. Así, tenemos entre otras, las que regulan la licencia remunerada por adopción[21] de 30 días naturales otorgada a favor de cualquier trabajador peticionario de adopción; la licencia remunerada por paternidad[22] de 10 días consecutivos (extendida a 20 en caso de nacimientos prematuros y partos múltiples o 30 por nacimiento con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa o por complicaciones graves en la salud de la madre); la licencia remunerada para atender a un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente, o persona bajo su tutela o curatela enfermo diagnosticado en estado grave o terminal o sufran accidente que ponga en serio riesgo su vida, con el objeto de asistirlo[23] por el plazo de 7 días con la posibilidad de ampliarlos por un plazo adicional de 30 días, a cuenta de las vacaciones y, de ser necesario, con la posibilidad de compensar las horas utilizadas para dicho fin con horas extraordinarias, previo acuerdo de partes.

21 Regulada en la Ley 27409 (25.01.2001), Ley que otorga licencia laboral por adopción.

22 Regulada por la Ley 29409 (20.09.2009), Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, modificada por la ley 30807 (5.07.2018). La modificación también establece que "2.4 En el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, el padre del hijo/a nacido/a será beneficiario de dicha licencia con goce de haber, de manera que sea una acumulación de licencias.
2.5 El trabajador peticionario que haga uso de la licencia de paternidad tendrá derecho a hacer uso de su descanso vacacional pendiente de goce, a partir del día siguiente de vencida la licencia de paternidad. La voluntad de gozar del descanso vacacional deberá ser comunicada al empleador con una anticipación no menor de quince días calendario a la fecha probable de parto de la madre".

23 Regulada mediante la Ley 30012 (26.04.2013) que concede el derecho de licencia a los trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran accidente grave, modificada por Ley 31041.

Se regula también, la licencia remunerada no mayor a un año y de acuerdo con las necesidades del trabajador cuyo hijo, niño o adolescente menor de 18 años sea diagnosticado de cáncer[24]; las facilidades laborales extraordinarias de común acuerdo con el empleador para atender las necesidades del paciente con Alzheimer y otras demencias a favor de los familiares directos y cuidadores y a solicitar del empleador hasta una jornada laboral de permiso remunerado al año[25]; la licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos menores con discapacidad, menores con discapacidad sujetos a su tutela, mayores de edad con discapacidad en condiciones de dependencia o sujetos a su curatela[26] hasta por 56 horas alternas o consecutivas anualmente, a cuenta del periodo vacacional o compensables con horas extraordinarias.

Es innegable el avance legislativo en el reconocimiento de derechos que facilitan la conciliación de las responsabilidades familiares y el trabajo desde un enfoque de corresponsabilidad. En ello abona el hecho de que sean derechos de titularidad indistinta para la madre o el padre trabajadores. Sin embargo, es necesario un mayor involucramiento del Estado, de los empleadores, de los sindicatos, de los propios trabajadores para promover que, en la práctica, estos derechos sean ejercidos por los trabajadores varones, sin ningún tipo de resquemor de su parte o de cuestionamiento del empleador. En ese sentido, debe revisarse la opción legislativa referida a trasladar el costo económico del ejercicio de esos derechos al empleador. El deber constitucional y convencional de proteger a la familia corresponde al Estado, razón por la cual, la totalidad de las remuneraciones, o cuando menos, parte de ellas tendría que ser subsidiadas por el Estado.

Por otro lado, además de los derechos de ausencia representados por los permisos y licencias antes mencionados, es necesario ir un paso más allá e incorporar derechos de presencia, esto es, derechos que permitan la distribución

24 Regulado mediante Ley 31041 (2.09.2020), Ley de Urgencia médica para la detección oportuna y atención integral del cáncer del niño y del adolescente. A la fecha, el Reglamento de esta ley no se ha publicado. En este caso se ha establecido que la licencia corre a cuenta del empleador hasta el día 21, fecha a partir de la cual corre a cargo de EsSalud hasta que se cumpla un año.

25 Regulado mediante Ley 30795 (18.06.2018) ley para la prevención y tratamiento de la enfermedad de Alzheimer y otras demencias.

26 Regulado mediante Ley 30119 (3.12.2013) que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad.

y adecuación del tiempo de trabajo (Espinoza, 2015), como el regulado en el ordenamiento jurídico español (artículo 34.8 del estatuto de los trabajadores) sobre reducción de jornada laboral para el cuidado de hijos o familiares dependientes. De esta forma, no solo se deja de lado la idea de que las responsabilidades familiares están ligadas al nacimiento de un hijo para extenderlas a toda la vida familiar y laboral de los trabajadores. Por tanto, los trabajadores podrán acomodar el tiempo de trabajo a las circunstancias familiares que requieran la atención, puntual o no, de los intereses familiares, sin que ello suponga un apartamiento del mercado de trabajo -reduciendo por tanto los efectos de la desprofesionalización y postergación que el disfrute de los permisos genera en los trabajadores- ni ningún otro perjuicio para el trabajador, salvo el relacionado con la disminución proporcional de la remuneración en la parte de la jornada que se deje de trabajar. (Espinoza, 2014, p. 208)

Esta medida va en la línea de lo recogido en el Informe de la comisión Mundial sobre el futuro del trabajo de la OIT en el que se establece que trabajadores, empleadores y los gobiernos "deben invertir esfuerzos en elaborar acuerdos sobre la ordenación del tiempo de trabajo que permitan a los trabajadores elegir los horarios de trabajo, sujetos a las necesidades que tenga la empresa de una mayor flexibilidad. (OIT, 2019, p. 42)

Ninguna de estas medidas tendrá el éxito esperado si es que el Estado no incide en la formación y sensibilización de los ciudadanos en el enfoque de corresponsabilidad, desde la educación básica hasta la superior para cambiar estereotipos que aún persisten en nuestra sociedad. Tampoco, si es que no diseña, financia, implementa y extiende los servicios de atención de los dependientes: guarderías, apoyos en el cuidado de los mayores, subvenciones por atención a dependientes; de tal forma que se incluya no solo a los trabajadores dependientes formales sino también a los informales y los autónomos.

Todos los avances legislativos señalados terminan por desdibujarse como consecuencia de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1408 (12/09/2018) para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias que derogó la Ley 28542, Ley de Fortalecimiento de las familias (16.06.2005). Aun cuando esta norma regule el principio de corresponsabilidad familiar (artículo 4, literal 2)[27] y obligue al Estado y a las entidades privadas a implementar ac-

27 Según este artículo el principio de corresponsabilidad familiar implica "La distribución

ciones para armonizar las responsabilidades familiares y el derecho al trabajo[28], llama la atención el desatino técnico legal del legislador al regular esta cuestión en una norma que, según se deprende de su artículo 1°, busca la prevención de la violencia en las familias[29], subordinando la conciliación de la vida familiar y laboral al combate de la violencia en las familias.[30]

Hace falta, en todo caso, una norma específica que integre todos aquellos derechos de los trabajadores que faciliten la conciliación de la vida familiar y laboral bajo el enfoque de la corresponsabilidad. Prueba del accionar errático, incoherente o poco interesado del Estado es que el Plan Nacional de Fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2016-MIMP (12/03/2016), estableció como una de las metas emblemáticas al 2021 que se cuente con una ley de conciliación de la vida familiar y el trabajo[31]

---

igualitaria de las tareas domésticas y de cuidado entre los hombres y las mujeres al interior de las familias es un elemento clave para el desarrollo de las personas y de las familias en sí misma, y consideran las capacidades, dificultades de la tarea y el tiempo de cada cual de acuerdo a su edad y madurez, propiciando el desarrollo de la autonomía de sus integrantes y la mejora en las interacciones del medio familiar. La corresponsabilidad familiar implica además que tanto el hombre como la mujer son responsables del mantenimiento económico del hogar".

28 También se establece que el MINTRA en coordinación con el MIMP y los tres niveles de gobierno "impulsan normas, estrategias y acciones dirigidas a conciliar la vida familiar con el derecho al trabajo" (artículo 10° numeral 2) y que "los servicios de cuidado diurno, vespertino, comunitario, lactarios u otros servicios se adecúan a los criterios estratégicos que establece el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, para contribuir a la conciliación de la vida familiar y el trabajo" (artículo 10, numeral 3).

29 Lo mismo se desprende de los considerandos de la norma que deja entrever que con la norma se busca que el estado promueva y genere condiciones adecuadas para la atención de las familias, en especial las que se encuentran en situación de vulnerabilidad, y dentro de ellas a las familias que experimentan situaciones de violencia, haciendo expresa referencia a la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

30 De acuerdo con el artículo 1° de la Ley, el objeto de la norma consiste en: "desarrollar el marco normativo para el diseño, implementación, seguimiento, evaluación e institucionalización de servicios especializados, en articulación con los tres niveles de gobierno, para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias, mediante acciones y medidas dirigidas a identificar factores de riesgo, gestionar los conflictos, erradicar la discriminación y la violencia entre sus integrantes, que afectan su convivencia pacífica, democrática y respetuosa".

31 En dicho Plan se contemplan otras metas emblemáticas que, de lograrse contribuirían -sin duda- a una mayor efectividad de las políticas públicas destinadas a lograr la conciliación

(MIMP, 2016, p. 83). Hace falta también mayor interés de las organizaciones sindicales (las pocas que existen) para incorporar medidas que faciliten -vía negociación colectiva- la conciliación de responsabilidades familiares con el trabajo en clave de corresponsabilidad. También hace falta que el propio empleador diseñe políticas empresariales con enfoque de corresponsabilidad. No cabe duda que la preocupación por los trabajadores y sus necesidades traducida en políticas empresariales efectivas que armonicen las responsabilidades familiares con el trabajo redundarán en la productividad de la empresa.

IV. Conclusiones

- Desde sus orígenes, el Derecho del Trabajo ha estado ligado al destino de la familia y de sus miembros. Si bien, en un primer momento, el ordenamiento laboral ayudó a consolidar el modelo tradicional de familia y de reparto de roles; también es cierto que, por influencia de los principios, valores y derechos constitucionales, la cuestión referida a la armonización de las responsabilidades familiares con el trabajo adquiere importancia para el ámbito constitucional al punto que las políticas estatales y las normas emitidas pueden ser examinadas desde la Constitución.
- Han existido avances legislativos en los últimos años traducidos en permisos y licencias de titularidad indistinta y relacionados directamente con cuestiones que afectan a la familia o a alguno de sus miembros. Sin embargo, estos requieren ajustes para no generar un efecto pernicioso y de desincentivación de su ejercicio efectivo, para no sobrecargar al empleador económicamente; así como para fomentar el uso de los mismos por los trabajadores varones. La labor de fomento

de la vida familiar y laboral. Así, por ejemplo, entre otras metas, se planteó que el 80% de empresas privadas que cuentan con servicios de conciliación entre la vida familiar y el trabajo, implementan en las áreas de RR.HH acciones para promover responsabilidades familiares compartidas dirigidos a sus trabajadores y trabajadoras, que el 30% de las grandes empresas (500 trabajadores a más) implementan servicios para la conciliación de la vida familiar y laboral, la implementación de 1350 lactarios públicos y privados, 170 servicios de cuidado diurnos públicos y privados y 80% de provincias cuentan con al menos un CEDIF (centro de Desarrollo Integral de la Familia) y 898 distritos tienen cobertura de Cuna Más, que 1200 hogares con al menos una persona adulta mayor dependiente, recibe el servicio de cuidadores domiciliarios (MIMP, 2016, pp. 82-83)

y de protección de la familia y de remoción de los obstáculos que impidan la conciliación de las responsabilidades familiares con el trabajo corresponde al Estado, tal como lo regula la propia Constitución y el Convenio N° 156 de la OIT.

- Es necesario que se contemple también medidas de conciliación relacionadas con la distribución y adaptación del tiempo de trabajo. Estas hacen factible la conciliación del día a día y evidencian un mayor avance en la corresponsabilidad. No obstante, perderán eficacia si el Estado (y el sector privado) no implementa servicios de cuidado y atención de menores, adultos mayores y otros dependientes o si no se brindan las ayudas necesarias a las familias más vulnerables.
- Debe tenerse claro que la armonización de las responsabilidades familiares con el trabajo no se soluciona exclusivamente con normas. Es necesario que el Estado apruebe e implemente políticas sociales, económicas y laborales con participación de las organizaciones de trabajadores y empleadores, de tal forma que se creen las condiciones necesarias para que se cumpla la finalidad de las medidas de armonización.
- Es recomendable que los organismos del Estado cumplan con los planes de acción que se han aprobado y realicen todos los esfuerzos necesarios para su cumplimiento. Es lamentable que el Plan de fortalecimiento de la Familia que conduciría a mejorar la situación de la familia peruana de cara al bicentenario haya sido un saludo a la bandera. Se echan en falta políticas públicas, integrales, coherentes, sostenibles en el tiempo y adecuadas a la realidad familiar y laboral peruana. En ese sentido, se puede afirmar que el Estado no está cumpliendo de manera eficaz con el mandato constitucional que lo obliga a dotar de protección a la familia, fomentar la paternidad y maternidad responsables y procurar la igualdad de oportunidades sin discriminación.

V. Referencias bibliográficas

BARBA, M., MARTOS, M. y FONSECA, R. (1997) Género y trabajo femenino en el Perú. *Revista latino-americana de Enfermagem*, vol. 5 (núm. 2), 23-31. Recuperado de https://www.scielo.br/pdf/rlae/v5n2/v5n2a04.pdf

BERNALES, E. (1978). La Constitución de 1933 y la organización constitucional del Estado peruano en *Revista de la Universidad Católica (núm.3)*, 3-38. Recuperado de http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49161/constitucion_1933_enrique_bernales.pdf?sequence=1&isAllowed=y

BIURRUN, G. (2012). La insoportable brevedad de los derechos sociales (p.p-135-145) en *Los derechos sociales en tiempo de crisis/ [II Jornadas del Ararteko sobre Políticas Públicas*]. – Vitoria-Gasteiz: Ararteko. https://www.ararteko.eus/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_2879_3.pdf

BLANCAS, C. (1982). La constitución de 1979 y el derecho del trabajo. *Derecho PUCP*, (36), 7-53. https://doi.org/10.18800/derechopucp.198201.001

BOZA, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del Derecho del Trabajo. *THEMIS Revista De Derecho*, (65), 13-26. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10846

CAAMAÑO, E. (2010). Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora. *Revista de derecho (Valparaíso)*, (34), 179-209. Recuperado a partir de https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512010000100005

CARBONELL, M. (2017) La Constitución mexicana de 1917 y su significado para los derechos sociales, en Ferrer, E. y Flores, R. (coords.). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.* 191-210 Querétaro: Instituto de Estudios constitucionales del Estado de Querétaro.

CHIPOCO, C. (1981). *La constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú.* Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ (s.f.). José Matías Manzanilla Barrientos. Ubicado en http://www.congreso.gob.pe/Docs/participacion/museo/congreso/files/files/jose_manzanilla_a.pdf p. 9

ESPINOZA, J. (2014). La conciliación de la vida familiar y laboral en el Perú.: Hacia la búsqueda de la corresponsabilidad. Charro Baena, P. y Espinoza

Escobar, J. (dir.) *Cuestiones actuales del Derecho del Trabajo. Un estudio desde las dos orillas.* 181-212. Madrid: Dykinson.

ESPINOZA, J. (2015) La flexibilidad del tiempo de trabajo como instrumento de conciliación de la vida familiar y laboral: la reducción de jornada para el cuidado de familiares. *Revista Laborem* (núm. 16), 59-82. Recuperado el 12 de febrero de 2021, de https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/archivos_14591849450.pdf

HERNÁNDEZ, R. (2017) La influencia de la Constitución de Querétaro en el derecho constitucional latinoamericano, 441-456 en Ferrer, E. y Flores, R. (coords.). *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios constitucionales del Estado de Querétaro.

HOBSBAWM, E. (2009). *La era de la revolución. 1789-1848* 6ta. edición. Buenos Aires: Crítica.

LANDA, C. (2014). El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora. *THEMIS Revista De Derecho*, (65), 219-241. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870

LEÓN XIII. Carta encíclica. *Rerum novarum*. 15 de mayo de 1891.

LOVATÓN, D. (1990). La huelga en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (2), 49-51. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14197

MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES (2016). Plan Nacional de Fortalecimiento de las Familias 2016-2021. Recuperado de https://www.mimp.gob.pe/files/planes/PLANFAM-2016-2021.pdf

MOTTA, J. D. (2018). Apuntes para una historia del Derecho del Trabajo Peruano. *THEMIS Revista De Derecho*, (73), 209-224. https://doi.org/10.18800/themis.201801.013

OIT (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor.* Ginebra: OIT. Recuperado a partir de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf,

PACHECO, L. (2012). La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social. *Revista IUS*, *6*(29), 108-129. Recuperado en 25 de marzo de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472012000100008&lng=es&tlng=es.

PASCO, M. (1993). El trabajo en la Constitución. *IUS ET VERITAS*, *4*(7), 27-35. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15389

PLÁCIDO, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Derecho PUCP*, (71), 77-108. https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.004

QUIÑONES, S. (2012). Enfoques para conciliar la vida laboral, familiar y personal desde la política pública. *IUS ET VERITAS*, *22*(45), 324-332. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12006

SANGUINETI, W. (2003). Derechos Fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Foro Jurídico*, (02), 221-229. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18307

SANGUINETI, W. (2006). La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993. Recuperado de https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/ponencia-congreso-peru-ddff-wsanguineti.pdf

UGARTE, J. (2008) Constitucionalización del Derecho del Trabajo: La tutela de derechos fundamentales. *Revista Latinoamericana de Derecho Social,* (7), 249-273 fecha de consulta 27 de marzo de 2021. ISSN 1870-4670. Disponible en https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640262013.pdf

ULLOA, D. (2018) El surgimiento del Derecho Laboral en el Perú. Una descripción del origen de los principales beneficios sociales para entender su presente y vislumbrar su futuro. https://www.aadtyss.org.ar/files/documentos/304/15._Ulloa,_Daniel_-_El_surgimiento_del_derecho_laboral_en_el_Peru.pdf

VIDAL, M. (2009). Los derechos laborales en las constituciones peruanas. *Foro Jurídico*, (09), 167-176. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18528

LA METAMORFOSIS: LA DESCENTRALIZACIÓN DEL TRABAJO A TRAVÉS DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES FRENTE A LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Carlos Jiménez Silva*

Resumen

A través del presente trabajo de investigación, se pretende demostrar a partir del método inductivo, la diferencia entre la descentralización productiva y descentralización del trabajo; como el teletrabajo, modalidad de trabajo a distancia, que requiere diversos cambios legislativos como lo son la posibilidad de que pueda realizarse en forma excepcional sin acuerdo de partes (por causas objetivas), el derecho al desconexión digital, la garantía de la seguridad y salud en el trabajo frente al derecho a la intimidad del teletrabajador, entre otros aspectos.

Abstract

Through this research work, it is intended to demonstrate from the inductive method, the difference between productive decentralization and work decentralization; such as teleworking, a remote work modality, that requires various legislative changes such as the possibility that it can be carried out exceptionally without the agreement of the parties (for objective reasons), the right to digital disconnection, the guarantee of health and safety in work against the teleworker's right to privacy, among other aspects.

* Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Especialización en Gestión de Talento Humano. Profesor en las Maestrías de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la UNMSM y USMP. Profesor de pre grado en ESAN.

SUMARIO: Introducción: objeto y método de la investigación I. El trabajo a distancia y su diferencia con la descentralización de la producción. II. El teletrabajo y su naturaleza jurídica III. El teletrabajo subordinado y el test de laboralidad. IV. El teletrabajo independiente y el test de laboralidad. V. El teletrabajo subordinado y el deber de prevención de los infortunios laborales. VII. Conclusiones. VIII. Recomendaciones. IX. Bibliografía.

Introducción

Kafka en su libro la Metamorfosis nos describe el cambio en la vida de un hombre obsesionado con su trabajo, situación similar a lo que nos está ocurriendo por la expansión del coronavirus SARS-Cov-2, que pone en el centro de la conversación diversas formas de trabajo a distancia, por el aislamiento o confinamiento domiciliario, decretado por los gobiernos de diversos países en distintas intensidades y velocidades, hecho que ha cambiado radicalmente la forma de prestación de trabajo.

En el caso nuestro, el confinamiento domiciliario se aplicó desde el 16 de marzo del 2020 y a partir de ello fue modificándose en diversas intensidades en función de la emergencia nacional y/o sanitaria hasta el 30 de junio, salvo el caso de actividades esenciales como la salud. Frente a ello se creó como mecanismo para no detener el aparato productivo de algunos sectores económicos y/o zonas, el trabajo remoto, desde el lugar de aislamiento o confinamiento domiciliario, que a diferencia del teletrabajo no requiere acuerdo con el trabajador[1].

1 Las diferencias entre el teletrabajo y trabajo remoto son:

TIPO DE DIFERENCIAS	TRABAJO REMOTO	TELETRABAJO
LUGAR	En el territorio nacional o extranjero, en el lugar de aislamiento domiciliario.	Ejecución dentro del territorio nacional, en el lugar que decida el trabajador con su empleador, puede ser en un centro piloto, en forma itinerante o en el domicilio del trabajador.
CONTENIDO	Medios tecnológicos u otros.	Sólo medios tecnológicos
FORMA	Unilateral	Acuerdo de partes
TIEMPO	Por el tiempo que dure la emergencia nacional y/o sanitaria (personal de riesgo).	Por el tiempo que acuerden las partes, con presencia esporádica en el centro de trabajo o en forma mixta dentro y fuera del mismo.
ENTREGA DE LOS MATERIALES PARA REALIZAR EL TRABAJO	El trabajador	El empleador o trabajador

Ciertamente, este problema no sólo es de salud, sino económico; producto de la crisis económica originada por la pandemia del mencionado coronavirus y las medidas de cuarentena adoptadas, sólo en Lima se perdieron el empleo 2.5 millones de personas, siendo la caída de la economía peruana en el año 2020 la más fuerte del mundo. Asimismo la pobreza ha aumentado en 10 puntos porcentuales[2].

Según el INEI, en relación a la población ocupada, sólo en Lima se han perdido más de 598,700 empleos en el trimestre noviembre-diciembre 2020-enero 2021, y se redujo dicho empleo con relación al trimestre del año anterior en 11.9%; el empleo adecuado disminuyo en 26.8% (870,000 personas)[3].

Por ello es importante referirnos a los mecanismos legales para buscar evitar la quiebra de las empresas o mantener la inversión, el aparato productivo, así como el nivel de empleo adecuado. Así, el problema del empleo puede ser abordado en función de las diversas teorías económicas, como la teoría neoclásica o institucionalista.

La Teoría Neoclásica, señala que una de las formas por las cuales se produce el desempleo, es por el desencuentro entre la oferta y la demanda; para lo cual se deben utilizar mecanismos legales como la desregulación o flexibilidad de las normas; a mayor regulación se produce mayor desempleo.

Por el contrario, los institucionalistas señalan que se pueden dar modificaciones normativas que faciliten el empleo, pero garantizando determinados derechos mínimos a través de normas de orden público de carácter irrenunciable, dentro de estos mecanismos está la posibilidad de que las empresas adopten determinadas medidas con sus trabajadores, que permitan pasar una situación temporal de crisis como consecuencia de una menor demanda de bienes y servicios.

Estas medidas de carácter flexibilizador como instrumento de generación de empleo, parten de corrientes de pensamiento que están vinculadas a los estados de desarrollo de los países en determinado momento.

---

2 Ver entrevista a Miguel JARAMILLO, investigador de Grade. En diario Gestión del 22 de febrero del 2021. Página 14.

3 Informe Técnico del Instituto Nacional de Estadística (INEI), sobre la situación del mercado de Lima Metropolitana.

Como señaló Simón Deakin, la primera corriente de pensamiento, está asociada a la economía del desarrollo, de incremento de las leyes laborales protectoras del trabajador, generada por un crecimiento económico del mercado de mediados del siglo XX; la segunda visión, que ha predominado desde la década de los ochenta, es que las normas de protección de la ley laboral son perjudiciales para el estado de desarrollo y deben reducirse para producir mercados más flexibles, a lo cual añadiría que esto se potencia en épocas de crisis como la que estamos viviendo, donde se plantea a través del presente trabajo, el desarrollo en la regulación legislativa de los contratos de trabajo a distancia: teletrabajo[4].

Asimismo, estas medidas de flexibilidad se pueden plantear como solución en estados de emergencia, originadas por crisis sanitarias, económicas u otras de similar magnitud, así como para enfrentar potenciales crisis futuras[5].

Ello nos lleva a la reflexión de que estamos frente a un nuevo derecho del trabajo. Inicialmente el mismo tenía como centro la redistribución entre los poderes de la parte fuerte de la relación laboral, empleadora, respecto al trabajador; de esta forma se buscaba un equilibrio; por el contrario, ahora el escenario cambia y el centro del debate es como generar riqueza para mantener el empleo, frente a una situación de crisis. A ello se suma que surgen también nuevas figuras que tienen que ser reguladas a través de la autonomía colectiva, como consecuencia de la internalización de las relaciones comerciales. Las políticas internas son ineficaces para controlar fenómenos económicos que trascienden sus fronteras.

La crisis económica es la compañera de viaje del derecho del trabajo; por ello es urgente tomar medidas para mitigar esta nueva realidad[6], una de las cuales por cierto es el trabajo a distancia por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Es en razón de lo desarrollado que la presente investigación tiene por objeto analizar esta forma de contratación a distancia, utilizando las tecnologías de la

4 DEAKIN, Simón- Derecho Laboral y Desarrollo: nuevos conceptos y evidencias y su aplicación en América Latina. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima 2016.Pags. 62-63.

5 Ver Blog: Flexibilidad y Relaciones de Trabajo.

6 Véase PALOMEQUE, Manuel. La función Social y Transformaciones del Derecho del Trabajo. En Revista Jurídica del Trabajo N° 1. marzo 2020. Montevideo. Uruguay.

información y la naturaleza jurídica que puede adoptar la misma, diferenciándola de la descentralización productiva. A partir de ello, se plantean propuestas de cambio normativo, en diversos aspectos de esta forma de contratación y otras que se pudiesen presentar.

Se utilizará el método inductivo de investigación, esto es a partir de la realidad económica, estableciendo una normativa que busque un equilibrio entre el capital y el trabajo, que genere inversión dentro del contexto por el cual atravesamos, con ello se aumentaría el nivel de empleo, respetando los derechos fundamentales del trabajador.

I. El trabajo a distancia y su diferencia con la descentralización productiva

La descentralización productiva tiene relación con la flexibilidad externa o numérica, y está relacionada con la posibilidad de que el empleador pueda demandar la cantidad de empleo que necesita, las razones pueden provenir del mercado de bienes y servicios. Por el lado de la demanda, está sujeta a las oscilaciones de la demanda del mercado; por otro lado, la oferta, se presenta cuando se trata de razones de carácter tecnológico, cuando se constata una aceleración de cambios tecnológicos, que justificarían, en nuestro país, la contratación de una empresa externa que se haga cargo de una parte del proceso productivo, sin tener que invertir en la adquisición de equipos. En el caso de nuestro país, no tenemos prevista la posibilidad de desvincular al trabajador bajo la forma de despido de carácter tecnológico, como consecuencia de cambios en el software o sistemas de producción[7].

7 En España el artículo 52.b) del Estatuto de los Trabajadores regula el despido por causas técnicas siempre y cuando se produzcan cambios en los medios e instrumentos de producción. El debate sobre cómo equilibrar tecnología y puestos de trabajo ya se está abordando en otros países. Moisés Barrio, letrado del Consejo de Estado y experto en derecho digital, relata cómo, según la cultura y posición de cada Estado ante la robotización, se están adoptando soluciones legales diversas ante este desafío. Así, en Corea del Sur o en los Emiratos Árabes Unidos la opinión predominante de los jueces es que debe fomentarse la automatización en el entorno laboral porque se entiende que ello multiplicará la productividad de la economía, y sus normativas avanzan en esta línea. En cambio, en Francia, "entienden que la mejora de la competitividad sobre la base de la reducción de costes no puede configurarse como una causa justificadora del despido". Véase CORTÉS, Irene, (7, agosto 2020). "Señoría un Robot me ha Quitado el Trabajo". Diario el País.

Esta descentralización productiva supone que parte del proceso productivo, principal o complementario, se contrata con un tercero, en forma colectiva o individual, ello supondrá producir de acuerdo con la demanda de bienes y no tener en stock bienes, lo cual una empresa con el personal mínimo para operar, estrictamente necesario.

En el sistema toyotista de relaciones productivas que surge en la década de los 70, se busca producir lo que es objeto de demanda, y deja de lado el sistema que se venía utilizando de producción en masa y la mecanización del trabajo, el sistema fordista.

Esta descentralización de la producción, como un mecanismo de flexibilidad externa frente a la demanda de bienes y/o servicios, por el lado de la oferta, puede materializarse en nuestro país, de diversas formas individuales y colectivas.

A través de un tercero, las personas que realizan en forma externa los servicios de la empresa que decide descentralizar parte de su proceso productivo, no tienen ningún tipo de vinculación laboral con la empresa que decide descentralizar su producción con esta empresa de tercerización o intermediación, en razón de una mayor demanda u oferta de los bienes o servicios producidos.

Ello es así, tratándose de personas jurídicas, por cuanto no se da el elemento de prestación laboral para que se dé una relación de trabajo, y en el caso de personas naturales que se contratan en forma externa, si se supera el test de laboralidad, que se desarrollará más adelante, no tendrán relación de trabajo.

En este punto hago notar, que debe distinguirse entre fraude y abuso del derecho y a partir de ello, determinar las consecuencias de una desvinculación empresarial.

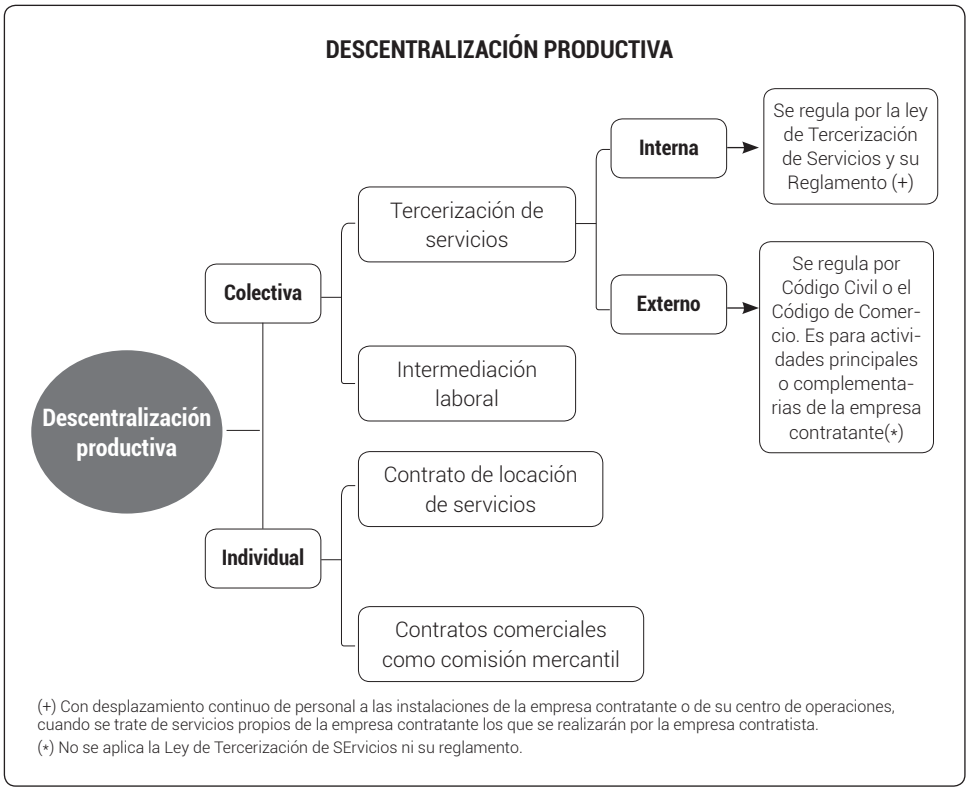
Así podemos determinar que, en la doctrina, el abuso del derecho es el ejercicio anormal o desproporcionado, que excede los límites del derecho, esto es que no tiene amparo legal. El abuso supone el probar un daño a un tercero, no amparado en la norma.

Por el contrario, el fraude a la ley, es el que se ejerce amparado en una norma para perseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, este será un acto ilícito, en tanto es un acto contrario al principio general de la buena

fe contractual. Por ejemplo, una persona se apoya en una norma para celebrar un contrato de carácter civil o mercantil, que suponga una simulación relativa, esto supone que en la realidad de los hechos es una relación de carácter laboral, sobre la base del análisis que se pueda realizar a partir del test de laboralidad.

En el caso del fraude a la ley, lo que se busca es el cumplimiento de la ley que se trata de evadir; por el contrario, en el caso del abuso del derecho, lo que se busca es al producir un daño a un tercero tiene consecuencias indemnizatorias, así como medidas administrativas o judiciales a fin de evitar un abuso del derecho[8].

Podemos graficar la descentralización productiva a través del presente gráfico:



Esta descentralización productiva, se diferencia de la descentralización del trabajo, en tanto la última está ligada a la contratación directa del trabajador,

8 Véase VILLALBA SANCHEZ, Alicia. 2018. La condición Resolutoria Consignada en el Contrato de Trabajo. Granada. España. Editorial Comares.

mediante cualquier modalidad de contrato de trabajo o relación de trabajo. Así podemos encontrar en nuestro país, las siguientes modalidades:

DESCENTRALIZACIÓN DEL TRABAJO	PUNTOS A CONSIDERAR
TRABAJO REMOTO	Creado temporalmente durante la emergencia nacional y sanitaria, el trabajo remoto hasta el 3 de setiembre del 2021, al extenderse la emergencia sanitaria hasta esa fecha.
TELETRABAJO	Regulado por una Ley 30036 y su reglamento, carácter permanente.
TRABAJO A DOMICILIO	Distinto que el teletrabajo, tiene derechos laborales diferenciados del régimen común de la actividad privada.
TRABAJO GEOLOCALIZADO	Distribuidores, vendedores y transportistas, entre otros con geolocalización.
TRABAJADORES SIN FISCALIZACIÓN INMEDIATA	Trabajadores que prestan servicios fuera de las instalaciones de la empresa, en forma total o parcial, sin conexión digital permanente.

II. El teletrabajo y su naturaleza jurídica

Esta forma de trabajo denominada teletrabajo, es un contrato que supone la prestación de servicios fuera de las instalaciones de la empresa y la utilización de las tecnologías de la comunicación e información en forma frecuente[9], contrato que se puede materializar en un acuerdo de trabajo o de locación de servicios, en función de determinar si se supera o no el test de laboralidad, que se desarrollará.

A) ¿Qué supuestos están fuera del teletrabajo?

Es importante hacer notar que el supuesto para ser teletrabajor, es que la prestación de servicios se realice principalmente y en forma frecuente, mediante

9 El problema está en determinar cuándo se produce el trabajo a distancia como elemento esencial del teletrabajo, esto es determinar parámetros para saber cuando es trabajo a distancia y cuando no. En el caso peruano sólo se ha previsto como formas de teletrabajo, el teletrabajo en forma completa y en forma mixta. El primero supone que el teletrabajador presta servicios fuera del centro de trabajo, pudiendo acudir ocasionalmente para las coordinaciones necesarias; por el contrario, en la forma mixta el teletrabajador presta servicios en forma alternada dentro o fuera del centro de trabajo o local de las entidades. Ver artículo 2 del Decreto Supremo N° 017-2015-TR.

el uso intensivo de tecnologías avanzadas, como pueden ser no sólo el correo electrónico, sino cualquier red social o mediante video conferencia, utilizando para ello las tecnologías de las comunicaciones e información (TICS), ello supone que si el servicio contratado es por ejemplo, para el desarrollo de una investigación de mercado de un producto que se quiere sacar al mismo, y el trabajador realizará un trabajo de campo para dichos efectos, mediante el correo electrónico como instrumento para enviar el trabajo realizado; no se trata de un teletrabajo, sino sólo de un contrato realizado fuera de las instalaciones de la empresa, el cual puede materializarse a través de un contrato de trabajo o de locación de servicios, en base a determinar si se supera el test de laboralidad.

Asimismo, se debe considerar como actividades externas donde la actividad nuclear no sea las tecnologías de la información para el envió de la información a la empresa contratante, sino actividades como la de los taxistas por intermedio de aplicativos móviles, que se comunican con la empresa, para informar cualquier acontecimiento relevante.

Es importante también considerar que está fuera del contrato de teletrabajo, el que se puede realizar por medio de una persona jurídica, esto incluye a empresas contratistas de tercerización de servicios, teleservicios o call center de cobranzas. En este punto, no creo posible que se pueda celebrar un contrato de tercerización de servicios con desplazamiento virtual, en tanto el mismo es físico, dentro de las instalaciones o centro de operaciones de la empresa contratante de los servicios de tercerización[10].

III. El teletrabajo subordinado y el test de laboralidad

Determinada la naturaleza jurídica del contrato de teletrabajo y los supuestos que están excluidos de dicho contrato, se determina los elementos que se deben considerar en base a la doctrinaria, de la legislación extranjera, la jurisprudencia laboral como fuente del derecho del trabajo y la legislación nacional, a efectos de establecer cuando estamos frente a un contrato de teletrabajo de forma subordinada, y por ende que se regula por las normas especiales del derecho del trabajo.

10 Ello se deduce de lo señalado por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, modificado por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 010-2008-TR, que regula el registro de control de asistencia del personal desplazado.

A) Reconocimiento judicial de la relación de trabajo

Si bien es cierto que la libertad de empresa y la libertad de contratación reconocida en el artículo 2 inciso 14 de la Constitución y el artículo 59 de dicho cuerpo normativo, permiten que el empresario puede celebrar contratos de locación de servicios para la prestación de servicios o contratos de carácter comercial, los mismos deben celebrarse de buena fe; siempre y cuando no contravengan normas de orden público, ello supone que un acuerdo no puede ir contra la presunción de laboralidad que supone la prestación de servicios en forma personal, remunerada y subordinada[11].

El problema surge porque se pueden presentar situaciones donde el servicio contratado, por medio de las tecnologías de las comunicaciones, y la evaluación de la persona encargada de administrar justicia o realice función de fiscalización, sea ordenada y con parámetros objetivos, tal sería el caso cuando el servicio no esta sujeto a una fiscalización inmediata y sea ajeno al giro del negoció, y el trabajador no reciba condiciones de trabajo, en cuyo caso hacen falta estos parámetros para determinar si estamos o no ante una relación laboral.

En este punto rescato lo citado por Todolí, al comentar la ley del Estado de California, la ley AB5, norma que establece que para que un autónomo individual no se considere empleado laboral, el empresario deberá probar los tres siguientes elementos: a) Que es libre del control y la dirección de la empresa b) Que presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa que lo contrata c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente De esta forma, si la empresa, que contrata al trabajador formalmente autónomo, no es capaz de probar estos tres elementos se considerará asalariado. Esta redacción proviene de la interpretación judicial que venía realizando el Tribunal Supremo

11 Artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. El Pleno jurisdiccional realizado en el año 2000, en la ciudad de Tarapoto, estableció que, si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de locación de servicios o mercantil, debe preferir los principios de Primacía de la Realidad e Irrenunciabilidad de Derechos para determinar una relación laboral y el reconocimiento de derechos laborales. Al respecto, si bien estos plenos no tienen carácter vinculante, en tanto sólo tienen carácter vinculante los Plenos Casatorios de acuerdo con el artículo 40 de la Ley Procesal del Trabajo que a la fecha no hay; sirven para concordar la jurisprudencia dispersa a nivel nacional, regional o distrital, de la especialidad a instancias de los órganos del Poder Judicial, de acuerdo con el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

de California, por tanto, la normativa se limita a incorporar a la ley los criterios judiciales seguidos para la identificación de un asalariado. Concretamente, la Sentencia Dynamex de dicho Tribunal analiza la laboralidad de un repartidor contratado formalmente como autónomo en una empresa dedicada al sector del reparto[12].

En el caso peruano, a nivel jurisprudencial, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han señalado que se da una relación de trabajo, cuando se dan los siguientes elementos[13]:

Control de la prestación desarrollada o la forma como se ejecuta
Integración del demandante en la estructura organizacional de la Sociedad
Prestación ejecutada en un horario determinado
La prestación fue de cierta duración o continuidad
Suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación de servicios (posición de la suprema en la casación N° 0474-98-LIMA del 5 de noviembre del 2001)
Pago de remuneración al demandante
Reconocimiento de derechos tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y salud
Estos requisitos sirven para determinar si existió una relación de trabajo encubierta entre las partes, mediante un contrato civil, se debe evaluar si en los hechos se presentaron, en forma alternativa y con concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad

En el caso especifico del teletrabajo, existe un pronunciamiento de la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que determinó la existencia de relación laboral bajo contrato de teletrabajo, pese a la celebración de un contrato de locación de servicios, en tanto se determinó que la voz del demandante era exclusiva para el canal de televisión Willax y además que el demandante estaba prohibido de trabajar para otra empresa, hecho que no se da en un contrato de locación de servicios, según los considerandos de la sentencia.

12 Véase TODOLÍ, Adrián. Las Plataformas Digitales y la Ampliación del Concepto de Trabajador: Jurisprudencia Española y la Nueva Ley de California (AB5). En Revista Jurídica del Trabajo N° 1. marzo 2020. Montevideo. Uruguay.

13 Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente 03015-2010-PA/TC y la Casación Laboral N° 0474-98-LIMA del 5 de noviembre del 2001, señala que dentro de una relación laboral no se puede otorgar condiciones de trabajo, entendidas como las que facilitan la labor del trabajador.

Además, se determinó que los servicios eran prestados fuera de las instalaciones del canal para la locución y creación de textos, utilizando las TICS[14].

B) Fiscalización administrativa de la relación de trabajo

A nivel administrativo, se ha determinado por la Autoridad Inspectiva de Trabajo, ahora SUNAFIL, que se da una relación de trabajo en los siguientes supuestos[15]:

Para la aplicación del principio de primacía de la realidad, declarando una relación jurídica laboral, el inspector de trabajo deberá considerar los siguientes factores:
La falta de definición de la naturaleza jurídica del vínculo entre el sujeto inspeccionado y el personal verificado en la visita inspectiva, sin que el mismo se encuentre registrado en planillas de la empresa o institución inspeccionada.
El personal realiza una labor o presta un servicio en un cargo, similar o equivalente a los de otro trabajador registrado en planilla electrónica del sujeto inspeccionado.
Habiendo concluido el plazo contractual pactado para cualquier modalidad formativa laboral, o superados los límites legales, la persona continúa prestando servicios para el centro de labores que lo contrató.
La labor realizada por el personal se encuentra dentro de un puesto de trabajo que califica como laboral o de carácter subordinado. Podrá aplicarse también para el presente caso las directivas internas u organigramas que establezca la empresa o institución, y que de manera expresa definan los puestos de trabajo de carácter subordinado.
Cuando la empresa usuaria o principal no acredita la condición del personal que mantiene en su centro de labores por un presunto contrato de intermediación laboral o tercerización de servicios.

14 Sentencia de la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente 19279-2013, en los seguidos por Alberto Herrera Jefferson con Agencia Perú Producciones S.A.C, sobre desnaturalización de contrato y pago de beneficios sociales; considero que no llego a interponerse recurso de casación ante la Corte Suprema por el monto ordenado pagar, menor a 100 Unidades de Referencia Procesal.

15 Directiva N° 08-2008-mtpe/2/11.4. Esta normativa ha sido complementada a lo largo de estos tres últimos años, a partir del funcionamiento del SUNAFIL, mediante protocolos dados por el Superintendente de Fiscalización Laboral, estos son: Protocolo de Fiscalización para la Formalización Laboral, aprobado por Resolución de dicho funcionario N° 07-2018 del 11 de enero del 2018, Resolución N° 70-2019 del 7 de febrero del 2019, referida al modelo estratégico de fiscalización laboral Perú Formal Urbano, Resolución N° 71-2019 del 7 de febrero del 2019, referida al modelo estratégico de fiscalización Perú Formal Rural y la Resolución 172-2019 del 24 de mayo del 2019, que es la versión 2 del protocolo de actuación del modelo estratégico Perú Formal Urbano.

De acuerdo a estos criterios doctrinales, jurisprudenciales de tipo judicial y administrativos, de fiscalización, y considerando que el concepto de subordinación regulado en el país, termina siendo insuficiente frente a estas nuevas realidades, propongo un test de laboralidad, no sólo para determinar si estamos frente a un contrato de trabajo de un teletrabajador, sino para todos los contratos en general que se celebren de carácter civil o mercantil, y donde se niegue por parte del demandado la existencia de un contrato de trabajo. De esta manera cualquier evaluación de la administración de justicia y/o fiscalización laboral, tengan en consideración los siguientes elementos objetivos; para determinar si hay o no relación de trabajo:

a) Que la prestación personal del servicio es libre del control y dirección de la empresa.
b) Que se presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa.
c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente.
d) Que el prestador de servicios no reciba condiciones de trabajo para el desarrollo de los mismos.

En el caso especifico del teletrabajo, hay que añadir, dos elementos a efectos de que se determine una relación laboral y no civil:

1. Prestación fuera de las instalaciones de la empresa, en forma total o mayoritaria a los días en que se presta el servicio en la empresa.
2. Que se utilice en forma frecuente e intensiva las tecnologías de la información y comunicación para la prestación del servicio.

De acuerdo con lo señalado, sólo estaremos frente a una persona que realiza labores de carácter independiente, y que no tiene derecho a beneficios laborales, si se logra demostrar por la empresa o institución demandada que no se dan los elementos propios de este test que denominaremos de la relación laboral.

Determinada la relación laboral, este contrato de teletrabajo, puede ser sujeto a horario o no, en tanto puede ser fiscalizado en forma inmediata, a través de las tecnologías de las comunicaciones, en una sola vía o en dos vías, o en forma mediata, en este supuesto la fiscalización será posterior.

Por ello en función de los canales de conexión entre el que presta el servicio y el que recibe el mismo, podemos encontrar dos supuestos. El primero cuando exista conexión, el control del empresario pasa a ser centralizado y objetivo y se verifica en tiempo real, a través de los medios informáticos y de telecomunicaciones, es lo que se denomina en la doctrina del teletrabajo online. En el segundo supuesto, sin conexión, no existe interacción entre el trabajador y el empleador, lo que impide la supervisión de este primero en el desarrollo de sus funciones, trasladándose el control al momento de entrega de la información requerida, la misma que está en función de las pautas previas en la realización de los trabajos contratados[16].

IV. El teletrabajo independiente y test de laboralidad

De acuerdo con lo desarrollado en el numeral anterior, podemos concluir que no existirá un teletrabajador que se regule por las normas propias del derecho laboral, si la persona demandada logra demostrar que supera el test de laboralidad, en dicho supuesto lo que existirá será un contrato de locación de servicios que se regula por las normas del Código Civil y no laborales. Tal sería el caso, de la contratación por parte de una universidad, de un especialista en mercados y marketing, que realizará un estudio referido a si es rentable o no para una universidad abrir una facultad de mecatrónica; el especialista utiliza sus propias herramientas, y presta servicios fuera de las instalaciones de la universidad, remitiendo el producto o avances a la universidad que lo contrata, a través de medios electrónicos.

V. El teletrabajo subordinado y el deber de prevención de los infortunios laborales

Por el Principio de Responsabilidad el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que puede sufrir el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de las mismas. Los accidentes de trabajo pueden presentarse

16 JIMENEZ SILVA, Carlos. 2004.El Contrato de Trabajo a Distancia en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. SPDTSS. Libro de Ponencias del Primer Congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Págs. 487-496.

aún fuera del centro y horario de trabajo, si se originan como consecuencia de órdenes del empleador[17].

En este punto cabe indicar que la Corte Suprema de Justicia es del criterio que el empleador siempre será responsable de cualquier accidente de trabajo que sufra el teletrabajador, aún si actúo en forma diligente, lo capacitó y le otorgó las condiciones de trabajo adecuadas para el desempeño de sus labores, en tanto la responsabilidad del empleador es objetiva[18].

A efectos de evitar responsabilidades derivadas de un infortunio laboral de un teletrabajador en el desempeño de las labores contratadas, es importante que el trabajador cuente no sólo con las herramientas adecuadas para la prestación del servicio, sino que tenga un adecuado ambiente de trabajo.

Según Ferro, existirán otras condiciones vinculadas a la propia seguridad del domicilio del trabajador que por su naturaleza son dinámicas e inviables de fiscalización frecuente, ello esta vinculado a la evaluación por parte del empleador[19].

17 Artículo II del título Preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 29783, y la definición de accidente de trabajo, definida por el Glosario de términos de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 005-2012-TR.

18 El artículo 94 del Decreto Supremo N° 005-2012-TR, establece que para efectos de la imputación de responsabilidad del empleador por incumplimiento del deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es como consecuencia directa de la laboral desempeñada por el trabajador y del incumplimiento de las normas por parte del empleador de seguridad y salud en el trabajo. Es a partir de ello que se puede suponer que si el emperador capacito y otorgo al trabajador las condiciones adecuadas para evitar infortunios laborales, y fue negligente el mismo, el empleador no tendría porque ser responsable del accidente sufrido por el trabajador; no obstante lo señalado la Segunda Sala Transitoria Constitucional y Social de la Corte Suprema, ha establecido una responsabilidad objetiva del empleador por cualquier infortunio laboral, independientemente si actúo o no diligentemente, tal es el caso de la Casación Laboral N° 16050-2015-LIMA.

19 FERRO, Víctor. El Teletrabajo una Aproximación a un Fenómeno Complejo. En el Libro de Homenaje Aniversario de la SPDTTS (2013). Lima. Editorial Búho E.I.R.L. Págs. 301-317.

5.1. Adecuado ambiente físico donde se desarrollará el servicio

El ambiente donde se debe desarrollar el teletrabajo termina siendo determinante para garantizar la salud en el trabajo, el cual debe estar adecuadamente iluminado y ventilado, ello supone como señala García, que el ambiente donde se desempeña el trabajo, es más importante para garantizar la salud del trabajador, que la maquina o herramienta que se utiliza para el teletrabajo[20].

5.2. Falta de sociabilización o delimitación de fronteras entre la vida personal, laboral y social

El segundo aspecto a considerar son los riesgos relacionados con el aislamiento físico y psíquico, que trae como consecuencia enfermedades originadas por la colonización del tiempo del teletrabajador, se pierden las fronteras espacio temporales y se pierde sociabilización, además se dan enfermedades asociadas al aislamiento como son el tecno estrés, la tecno obesidad, entre otras.

Es por ello, que se sugiere en estos casos que la fiscalización no sea inmediata sino mediata y la remuneración por resultados, o productividad; no en función de una unidad de tiempo.

La posibilidad de fiscalización o inspección del empleador y el derecho a la vida privada del teletrabajador.

Si bien es cierto que el empleador, sobre la base de su derecho constitucional a la libertad de empresa, de la cual deriva el ejercicio de su poder de dirección, puede fiscalizar el trabajo, más aún si tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud del teletrabajador; ello tiene limites referidos a la inviolabilidad del domicilio, cuando el teletrabajo se realiza en el domicilio del teletrabajador; el otro limite fundamental es el referido a la intimidad del trabajador y de su familia, derecho inespecífico constitucional, que se encuentra también garantizado en la Carta Magna.

Es frente a la colisión o divergencia de estos derechos constitucionales, que se debe aplicar el Principio de Proporcionalidad y Justificación, a efectos de deter-

20 Ver GARCIA MORENO, Belén. 2012. El Teletrabajo. España. Civitas. Página 123.

minar si se pueden restringir estos derechos inespecíficos del teletrabajador como ciudadano y que se convierten en laborales dentro de una relación de trabajo.

El primero supone el *juicio de idoneidad* que se supera si con la medida es posible conseguir el objetivo propuesto; el *juicio de necesidad* que supone que la restricción del derecho sea necesaria, en el sentido de que no se pueda adoptar otra medida menos gravosa para conseguir el fin, con igual eficacia, y el *juicio de proporcionalidad*, en el sentido estricto que supone que la medida restrictiva es ponderada y equilibrada.

El *principio de justificación*, implica que la medida debe responder a motivaciones objetivas, distintas a la simple convivencia empresarial, que podría estar afectada de una voluntad arbitraria y caprichosa en algunos casos[21].

Es por ello que se propone en el presente trabajo, como forma de solución en estos casos, que la fiscalización tratándose del domicilio del teletrabajador, sea acordada previamente en cuanto a la periodicidad de la misma, y el tiempo de la inspección[22].

Para que se pueda implementar adecuadamente este procedimiento, debe mantenerse lo señalado en la legislación nacional, esto es que el teletrabajo sólo se puede realizar en el territorio nacional.

Derecho a la no prestación de servicios del teletrabajador sin la perdida de beneficios sociales, sino se le entregan las herramientas necesarias para el desarrollo de las labores contratadas

De acuerdo con lo señalado por nuestra legislación, si el empleador es el encargado de otorgar las condiciones de trabajo para la prestación del servicio, tales como los equipos conexiones a internet, programas informáticos, sino los otorga el trabajador en forma idónea, el teletrabajador no prestará el servicio, estando obligado el empleador la remuneración a la que tenga derecho, salvo

21 SEMPERE NAVARRO, Antonio y Otros (2011). Derechos Especiales Inespecíficos y Negociación Colectiva. España- Editorial Aranzadi SA. pagos. 25-26.

22 De acuerdo con el artículo II inciso a) del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, el teletrabajo sólo se desarrolla en el territorio nacional, esto es diferente al trabajo remoto creado temporalmente en las normas nacionales para hacer frente a la pandemia originada por el SAR-Cov-2, que puede ser prestado fuera del territorio nacional.

que el trabajador aporte sus propios equipos e implementos para realizar el teletrabajo[23].

Hago notar que no se señala directamente la obligación de pago proporcional del alquiler del inmueble donde el teletrabajador realiza el servicio de teletrabajo.

VI. Conclusiones

1. El teletrabajo se puede prestar en forma subordinada o independiente, debiendo determinarse frente a que supuesto estamos aplicando el test de la relación laboral, que se plantea en el presente artículo.
2. El trabajo a distancia sólo será teletrabajo, si en forma mayoritaria el servicio es prestado en forma personal utilizando las tecnologías de la información, fuera de las instalaciones de la empresa o institución.
3. Tratándose del teletrabajo que se realiza en el domicilio del trabajador, deberá establecerse convencionalmente, la periodicidad y tiempo de visitas por el empleador, a efectos de garantizar la seguridad y salud del mismo, salvo el caso que el ambiente del domicilio donde se realiza el teletrabajo, este demarcado y tenga acceso directo a la calle.
4. Es importante que se regule a nivel infra constitucional que el derecho a la desconexión digital, es aplicable a los trabajadores no obligados a marcar ingreso y salida, en dicho supuesto los trabajadores sólo podrán estar tele disponibles durante el horario de trabajo de la empresa, y por los días en que se trabaje en la misma, respetando el día de descanso semanal obligatorio, en concordancia con el derecho constitucional a la jornada máxima y al descanso semanal obligatorio, este derecho se activará a falta de acuerdo entre los trabajadores, mediante herramientas como la convención colectiva, teniendo en consideración que el Estado garantiza la negociación colectiva como un medio de solución de conflictos. En el caso peruano sólo se ha regulado el derecho a la desconexión digital de las personas que realizan trabajo bajo la modalidad de labores remotas, pero no de teletrabajo, a través del Decreto de Urgencia 127-2020.

23 Acuerdo con lo señalado por el artículo 3 de la Ley 30036, el trabajador puede aportar sus equipos y elementos de trabajo, en cuyo caso el empleador debe compensarlo.

5. Se debe permitir al empleador, sobre la base de su poder de dirección, establecer unilateralmente el teletrabajo, teniendo como limites la razonabilidad y las necesidades de la empresa.

VII. Recomendaciones

Se plantean los siguientes cambios normativos:

1. Modificar el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-TR, estableciendo los siguientes parámetros para determinar si estamos frente a una relación laboral, teniendo la carga de la prueba la demandada, que sostiene que no existe relación laboral, porque se dan los siguientes presupuestos:
   a) Que la prestación personal del servicio no tiene control ni dirección de la empresa
   b) Que se presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa contratante.
   c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente.
   d) Que el prestador de servicios no reciba condiciones de trabajo para el desarrollo de los mismos.

   En el caso específico del teletrabajo, hay que añadir, dos elementos a efectos de que se determine una relación laboral y no civil:

   e) Prestación fuera de las instalaciones de la empresa, en forma total o mayoritaria a los días en que se presta el servicio en la empresa.
   d) Que se utilice en forma frecuente e intensiva las tecnologías de la información y comunicación para la prestación del servicio.
2. Establecer el derecho a la desconexión digital del teletrabajador, fuera del horario de trabajo, y de no tener jornada máxima, que se respete el derecho al descanso semanal obligatorio garantizado en el artículo 25 de la Constitución, en relación a la tele disposición del trabajador, la misma estará vinculada al horario de la empresa, para ello tendrán que modificar las normas que regula el teletrabajo. Sólo se ha regulado el derecho a la desconexión digital del trabajador remoto, pero no del contratado a través del contrato de teletrabajo.

3. Establecer frente al derecho constitucional inespecífico del desarrollo de la vida privada del trabajador, que cualquier visita o inspección al domicilio del mismo por el empleador, a fin de garantizar la seguridad y salud en el trabajo, tendrá que ser acordada antes del inicio de teletrabajo, salvo que el ambiente del domicilio del teletrabajador este separado y tenga acceso directo a la calle.
4. De realizarse el teletrabajo en el domicilio del trabajador, o en algún centro comunitario, hacer una referencia expresa, al pago proporcional del alquiler por el ambiente utilizado por el teletrabajador para la prestación del servicio.
5. Permitir que el empleador sobre la base del ejercicio de su poder de dirección, pueda unilateralmente cambiar la modalidad de prestación de servicio a teletrabajo, respetando la categoría, remuneración, debiendo proporcionarle al trabajador las condiciones de trabajo adecuadas para el desempeño de la labor.

VIII. Bibliografía

ANACORETA CORREIRA, José y Otros

Los Actuales Cambios Sociales y Laborales: Nuevos Retos para el Mundo del Trabajo. Volumen I. Suiza. Peter Lang. 2017.

ALEMAN PAEZ, Francisco y Otros.

El futuro del Trabajo. Análisis Jurídico y Socioeconómico. España. Editorial Aldebaran.

DEAKIN, Simón.

Derecho Laboral y Desarrollo: nuevos conceptos y evidencias y su aplicación en América Latina. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima Págs. 62-63.2016

FERNANDEZ BRINGONI, HUGO

Las Mutaciones de la Empresa en el Siglo XXI. En F- ACKERMAN, Mario (Director) y LA TOSCA, Diego (compilador). Las Transformaciones de la Empresa en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Páginas 289-313.2007.

FERRO, Víctor

El teletrabajo una aproximación a un Fenómeno Complejo. En el Libro de Homenaje Aniversario de la SPDTTS. Lima. Editorial Búho E.I.R.L. Págs. 301-317.2013.

GARCIA MORENO, Belén

El Teletrabajo. España. Civitas. 2012.

IRENE, Cortes

"Señoría un Robot me ha quitado el trabajo". Diario el País. (7 de agosto 2020)

JIMENEZ SILVA, Carlos

El Contrato de Trabajo a Distancia en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. SPDTSS. Libro de Ponencias del Primer Congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2004.

JIMENEZ SILVA, Carlos

Aspectos Procesales a Partir de la Violación del Derecho a la Desconexión Digital. En Revista de Derecho Procesal del Trabajo. Vol. 2 Núm. 2 (2020). Publicación Especializada del Equipo Técnico Institucional de Implementación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Poder Judicial

JIMENEZ SILVA, Carlos

La Descentralización Productiva y del Trabajo. La Reputación Digital y su Efectos en las Relaciones Laborales. En revista Caplae Laboral. Diciembre 2020.

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel

La Función Social y Transformaciones del Derecho del Trabajo. En la revista Jurídica del Trabajo. Número 1. Enero-abril. Montevideo. Uruguay.2020

SEMPERE NAVARRO, Antonio y Otros

Derechos Especiales Inespecíficos y Negociación Colectiva. España- Editorial Aranzadi SA. 2011

TODOLÍ, Adrián

Las Plataformas Digitales y la Ampliación del Concepto de Trabajador: Jurisprudencia Española y la Nueva Ley de California (AB5). En Revista Jurídica del Trabajo N° 1. Montevideo. Uruguay. Marzo 2020

VILLALBA SANCHEZ, Alicia

La condición Resolutoria Consignada en el Contrato de Trabajo. Granada. España. Editorial Comares. 2018.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL ENTORNO LABORAL*

Iván Blume Moore**

Resumen

El avance de las nuevas tecnologías ha traído consigo el uso masivo de información personal y, consecuentemente, generado la necesidad de un marco legal destinado a garantizar su protección. En el presente artículo, se realiza un repaso del derecho fundamental a la protección de datos personales mediante el análisis de su evolución a la luz de derechos conexos como la intimidad y la inviolabilidad de las comunicaciones, a fin de establecer lineamientos para su aplicación en el ámbito laboral.

Palabras clave

Derecho fundamental; protección de datos personales; videovigilancia; derecho a la intimidad; derecho laboral.

Abstract

The development of new technologies has broad along the massive use of personal information and, consequently, the need for a legal framework destined to guarantee its protection. In this article, we make an overview of the fundamental right to the protection of personal data through an analysis of its evolution in the light of related rights such privacy and the secrecy of communications in order to establish guidelines for its application in the workplace.

Keywords

Fundamental right; protection of personal data; video surveillance; right to privacy; labor law.

* Dedicado a la memoria del profesor Javier Neves Mujica.

** Asociado Senior del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Master of Industrial and Labor Relations (MPS), Cornell University. Abogado por la Universidad Católica del Perú. Contacto: IBlume@Estudiorodrigo.com

SUMARIO: I. Introducción *1. La inviolabilidad de las comunicaciones: de los correos postales al e-mail. 2. El derecho a la intimidad: reconocimiento, delimitación y protección de la esfera privada 3. La protección de datos personales como derecho autónomo.* II. Un poco de historia: inviolabilidad de la correspondencia, derecho a la intimidad y protección de datos. III. La protección de datos en la legislación peruana. IV. El derecho a la protección de datos personales en el entorno laboral. *1. Videovigilancia 2. Tratamiento de los datos personales de los trabajadores en el contexto del COVID-19.* V. Comentarios finales.

I. Introducción

Desde que la correspondencia empezó a considerarse inviolable, han surgido normas enfocadas en la protección de las comunicaciones y la información personal. Sin embargo, a raíz de los cambios introducidos por las tecnologías de información y comunicación, desde finales del siglo pasado se ha cristalizado un nuevo derecho de carácter autónomo que va más allá de la protección a las comunicaciones y a la intimidad de las personas: el derecho fundamental a la protección de los datos personales.

El desarrollo normativo de este derecho no siempre ha logrado ir al paso de los avances tecnológicos y de la multiplicidad de sus aplicaciones. En particular en el Perú, si bien desde 2011 se cuenta con la Ley No. 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP), al tratarse de normas que intersectan todas las industrias y sectores, hace necesario un esfuerzo interpretativo importante para resolver casos concretos en determinadas áreas del derecho; el derecho del trabajo no es la excepción.

En el ámbito laboral, por ejemplo, se han desarrollado diversas aplicaciones de las tecnologías de información y comunicación para apoyar la gestión de personal y las funciones de control y monitoreo. Ello plantea una serie de retos jurídicos y tecnológicos sobre cómo garantizar de manera efectiva el derecho a la protección de datos de los trabajadores, así como sobre sus alcances y límites frente a otros derechos y obligaciones que emergen de las relaciones laborales. En estos temas, subsisten muchos vacíos en la legislación y en la jurisprudencia peruana.

Este artículo busca desarrollar los aspectos más importantes del derecho fundamental a la protección de datos personales. Además, lleva a cabo un repaso

sobre la evolución del concepto del derecho a la protección de datos personales, para ello revisa antecedentes locales, referentes internacionales y la posición la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales (Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales - ANPDP) sobre el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el contexto de la pandemia de COVID-19, con el fin de ofrecer algunas guías de acción para su aplicación en casos específicos dentro del ámbito laboral.

II. Un poco de historia: inviolabilidad de la correspondencia, derecho a la intimidad y protección de datos

Para entender el surgimiento de la protección de datos como un derecho autónomo es útil trazar su relación y sus diferencias con otros derechos más antiguos con los que a veces se los confunde. Revisaremos en concreto su evolución a partir, por un lado, del concepto de inviolabilidad de la correspondencia y, por otro, del derecho a la intimidad. La historia de estos derechos está ligada a cambios sociales ocurridos no solo en los ámbitos de las doctrinas jurídicas; sino en el campo tecnológico, en especial de las tecnologías de información y comunicación.

1. La inviolabilidad de las comunicaciones: de los correos postales al e-mail

La primera revolución tecnológica que facilitó las comunicaciones a distancia y amplió el poder y el radio de acción de las actividades humanas no fue Internet. Tampoco el teléfono o el telégrafo. Fue la organización de sistemas postales oficiales por parte de administraciones imperiales. Ya fueran los chasquis de los Incas o los correos reales de los monarcas europeos, el uso de "postas" o relevos a lo largo de rutas establecidas y protegidas por el poder permitió la regularización del control comercial, militar y burocrático sobre extensos territorios[1].

Esos sistemas que originalmente se establecieron para asegurar el flujo de las órdenes y disposiciones de los monarcas, empezaron más tarde a prestar sus

1 Carmen RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, "Los viajes a la ligera, un medio tradicionalmente rápido de transporte, desbancado por el ferrocarril". *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, Nº 4, 1983, págs. 159-184.

servicios a particulares. Los servicios de correos se convirtieron en un monopolio oficial, lo que facilitó las comunicaciones, pero también puso los mensajes que se trasmitían a través de ellas al alcance de quienes manejaban el correo. En tiempos de Luis XIV se creó incluso una oficina dentro de los servicios postales encargada de espiar la correspondencia, el famoso *cabinet noirs* o "gabinete negro". El rechazo a esa práctica, que se generalizó en varios gobiernos del Antiguo Régimen, fue el origen histórico de la consagración de la inviolabilidad de la correspondencia en las constituciones liberales del siglo XIX. Ya en la segunda mitad de ese siglo, el principio se empieza a extender a las comunicaciones telegráficas y, más tarde, a las telefónicas[2].

En constituciones como las de España o Perú, que datan de la segunda mitad del siglo XX, la inviolabilidad y protección al secreto de las comunicaciones se presentan comprendida dentro de los derechos fundamentales de las personas y ligado a conceptos como "intimidad", "honor" o "privacidad". Así, por ejemplo, en la Constitución española, dentro del artículo 18, que se ocupa del "derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", uno de los incisos garantiza "el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial"[3]. La Constitución peruana, por su parte, consagra dentro de los "derechos fundamentales de la persona" el derecho "al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados" (artículo 2, inciso 10).

A diferencia de lo que ocurre con la constitución española, en la peruana no se hace referencia a los medios de comunicación a los que se les podría aplicar el principio de secreto o inviolabilidad. Esto genera preguntas sobre los alcances de este derecho, ¿se aplica, por ejemplo, a una conversación entre dos personas en un espacio público? Jaime Vegas Torres, catedrático de derecho procesal de la Universidad Rey Juan Carlos, argumenta que, como principio general, el alcance del secreto de las comunicaciones se debe determinar teniendo en cuenta el origen histórico de estas disposiciones. Es decir, que no se debe entender extensivo a cualquier tipo de comunicaciones, sino a las que puedan considerarse análogas a los servicios postales; en otras palabras, aquellas "en las que entre el emisor y

2 Jaime VEGAS TORRES, *Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa.* Madrid: Universidad Rey Juan Carlos- KPMG, 2011. p. 34

3 VEGAS TORRES, *Op. Cit*, p. 34

el destinatario del mensaje se interponen uno o varios servicios que implican el uso de medios técnicos y la intervención de personas ajenas a los comunicantes y sobre los que éstos no tienen completo control"[4]. Su razón de ser, según esta doctrina, es evitar los abusos de quienes controlan o pueden intervenir en los medios de transmisión de los mensajes. Se aplica además a comunicaciones cerradas entre el emisor y uno o varios destinatarios y no a comunicaciones públicas.

El correo electrónico puede considerarse en este sentido como una extensión obvia de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas. Se puede afirmar que a los mensajes transmitidos por este medio se les aplica claramente el secreto de las comunicaciones. Este criterio parece sin embargo insuficiente para regular la protección de la información y de los documentos personales que en la actualidad se captan, procesan o transmiten a través de una infinidad de aplicaciones de los medios informáticos, así como para interpretar su alcance en cada uno de los contextos en donde estos procesos ocurren.

Un asunto particularmente discutido en el ámbito laboral, es si un trabajador puede reclamar una violación a su derecho al secreto de sus comunicaciones cuando su correo institucional o corporativo es accedido por el empleador. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado de manera consistente en varias sentencias que la inviolabilidad de las comunicaciones personales de los trabajadores aplica incluso cuando estas han sido transmitidas a través de los equipos y las cuentas de correo suministrados por el empleado[5]. Esta tendencia jurisprudencial ha sido ratificada por la Corte Suprema. En una controvertida decisión en que estudió una demanda a un Reglamento Interno de Trabajo consideró que "[c]onstituye un exceso que el empleador señale que es propietario de las cuentas de correo electrónico (e-mails) y que se encuentra facultado a revisar su contenido; admitir ello, sería colisionar con el derecho a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores"[6].

4 Op. cit. p. 38.

5 Exp. No. 1058-2004-AA/TC (caso SERPOST) resuelto el 18 de agosto de 2004. El Tribunal declaró inconstitucional el despido de un funcionario por usar el computador de la compañía para enviar material pornográfico a terceros en horas laborales, al considerar que el empleador solo podía examinar el contenido del computador que le había entregado a su empleado, a través de un proceso judicial en lugar de una investigación privada.

6 Sentencia del 10 de marzo de 2017 de la Corte Suprema sobre la Causa No 14614-2016. Se trata de un recurso de casación interpuesto por Nestle Perú frente a una demanda

Según estas decisiones, aun en medio de las relaciones laborales persiste una esfera propia de los individuos que requiere protección frente a intromisiones de terceros. Ese reconocimiento no se desprende únicamente del principio de inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, la protección se extiende no solo al contenido de los correos electrónicos, sino a la información personal que los trabajadores guardan en los computadores de la empresa e incluso a los datos sobre la navegación en Internet desde esos equipos. Invocan con este fin otro de los derechos que históricamente han estado estrechamente vinculados a la protección de datos: el derecho a la intimidad, al que nos referiremos en el siguiente apartado.

2. El derecho a la intimidad: reconocimiento, delimitación y protección de la esfera privada

Antes de la aprobación de la LPDP, el principal referente para el tratamiento legal de la privacidad era el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución que consagró el derecho de las personas "A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar". Se estableció, además, en nuestra Constitución el proceso de Habeas Data para garantizar su protección (inciso 4, artículo 200). También es importante el inciso 7 del mismo artículo, que además de consignar el derecho "Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar" establece el derecho "a la voz y a la imagen propias".

Los anteriores incisos reconocían ya la realidad de los medios audiovisuales e informáticos y sus potenciales riesgos para los derechos fundamentales, pero abordaba la protección frente a dichos riesgos desde la perspectiva del derecho a la intimidad. Dicho derecho a su vez empieza a aparecer a finales del siglo XIX y surge del reconocimiento de la necesidad de toda persona de poder vivir con libertad su "vida privada", sin ser objeto de injerencias arbitrarias por parte del gobierno o de cualquier otra persona o autoridad[7].

iniciado por el Sindicato Único Nacional de Trabajadores de Nestle Perú S.A. sobre impugnación del reglamento interno de trabajo (RIT).

7 La primera formulación de este derecho, conocido en la tradición anglosajona como "the right to privacy" se suele atribuir a un artículo publicado en 1890 en el *Harvard Law Review* por dos abogados de Bostón: Samuel D. Warren y Louis D. Brandéis. Alberto ARCE JANARIZ, "El derecho a la intimidad, de Samuel d. Warren y Louis D. Brandéis". *Revista*

Los límites entre esa esfera privada y el ámbito de lo público han sido desde entonces objeto de controversias y constantes redefiniciones. Los alcances de la intimidad tienen un importante componente de subjetividad, pues en buena medida depende de la valoración que las personas le dan a su autonomía en distintos ámbitos, así como de la percepción de los riesgos que se derivan de perder dicha autonomía. La evolución de su aplicación ha ido, sin embargo, generando consensos sobre algunos aspectos que intervienen en la demarcación de la intimidad y que recogen declaraciones de derechos como la contenida en el artículo 2 de la Constitución peruana, entre ellos la vida familiar, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, el libre desarrollo, el honor, el derecho al buen nombre, entre otros. Además de la Constitución, el artículo 14 del Código Civil establece que la intimidad de la vida personal o familiar no pueden ser puesta de manifiesta sin el asentimiento de la persona.

Respecto a la aplicación de este derecho en el entorno laboral, el Tribunal Constitucional ha considerado que los detalles contenidos en la boleta de pago de los trabajadores "atañen, prima facie, a la esfera privada" y, por lo tanto, están protegidos por el derecho a la intimidad, lo que implica excluir a terceros extraños del acceso a dicha información. Para el Tribunal, los datos sobre remuneraciones y en general sobre la situación financiera de una persona "atañen a asuntos vinculados íntimamente con el entorno personal y/o familiar cercano y con el desarrollo personal de sus miembros, las que al quedar descubiertos podrían ocasionar daños irreparables en el honor y la buena reputación" (Sentencia STC No. 05982-2009-PHD/T-fundamento 12).

Sin desconocer la importancia de estos referentes, la evolución de las tecnologías de información desde la dación de nuestra Constitución en 1993 ha hecho que el criterio de afectación a la intimidad se torne insuficiente como único bastión para proteger los datos personales de los individuos. De allí que sea necesario hablar de la protección de datos personales como un ámbito propio del derecho que va más allá de la aplicación de dicho criterio.

3. La protección de datos personales como derecho autónomo

En la actualidad la capacidad de almacenar, transmitir y procesar masivamente todo tipo de información hace potencialmente sensible el manejo de

Española de Derecho Constitucional. Año 16. Núm. 47. Mayo-Agosto 1996. 367-371.

cualquier dato personal, incluso los que no pertenecen estrictamente al ámbito de la vida íntima o personal.

Las preocupaciones actuales van desde los riesgos de seguridad por acceso a imágenes biométricas o a claves bancarias, hasta la posibilidad de perfilamientos a partir de decisiones o interacciones que quedan registradas en plataformas informáticas. Como lo explica Castro Cruzatt: "en el contexto del creciente desarrollo informático y tecnológico se advirtió también que el registro indiscriminado de datos personales, su interrelación y posterior transmisión descontrolada, confiere un alto poder de control sobre los titulares de dichos datos, llegando a representar una nueva forma de dominio social a la que le ha denominado Poder Informático"[8]. Por lo anterior, ningún dato personal se puede considerar neutro y se considera fundamental que en todos los casos se reconozca la facultad de sus titulares de controlar su acopio y posterior uso.

Se trata de un derecho distinto a los derechos a la inviolabilidad de las comunicaciones e intimidad. En el primer caso, porque su violación no requiere la intervención indebida en comunicaciones cerradas entre el emisor y los destinatarios. En el segundo caso, porque tal como lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia sobre el proceso de habeas data tramitado bajo el expediente 1797-2002-HD/TC, el derecho a la protección de datos busca proteger lo que denomina "derecho a la autodeterminación informativa":

> "[…] aunque su objeto sea la protección de la intimidad, el derecho a la autodeterminación informativa no puede identificarse con el derecho a la intimidad, personal o familiar […] Ello se debe a que mientras que este protege el derecho a la vida privada, esto es, el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la vida íntima o familiar de las personas, aquel garantiza la facultad de todo individuo de poder preservarla controlando el registro, uso y revelación de los datos que les conciernen".

En esta decisión, la cual antecede a la LPDP, ya se contemplaba el derecho a impedir el suministro de datos personales y a que el titular exija jurisdiccionalmente el acceso a ellos e incluso su cancelación, independiente de si estos se consideran sensibles o parte de su intimidad.

8 Karin CASTRO CRUZATT, "El derecho fundamental a la protección de datos personales: aportes para su desarrollo en el Perú". *IUS ET VERITAS*; Núm. 37 (2008) [260-276] 261.

Naturalmente, esto se aplica al contexto laboral:

> "El derecho de la protección de datos personales no se reduce a los datos relacionados con la privacidad o intimidad de las personas. No debe confundirse el primero con el derecho a la intimidad. La protección de datos personales comprende cualquier naturaleza de información (privada, sensible, semiprivada y pública), lo cual implica que toda clase de dato personal del trabajador debe ser tratado debidamente por parte del empleador"[9].

Además de lo señalado, la necesidad de establecer el derecho a la protección de datos como un derecho autónomo responde también a la relevancia que las diversas formas de tratamiento masivo de información han adquirido como apoyo a muchos procesos sociales. Precisamente por el reconocimiento de los potenciales beneficios que se pueden derivar de los nuevos desarrollos informáticos es que es importante encontrar maneras de equilibrarlos con la protección de derechos fundamentales que estas tecnologías pueden potencialmente poner en riesgo.

Un ejemplo de mucha actualidad es lo que ha ocurrido con el desarrollo de aplicaciones que facilitarían el rastreo epidemiológico para controlar la propagación del Covid-19. Los expertos consideran que rastrear el mayor número posible de los contactos de las personas contagiadas es la manera más efectiva de evitar que el virus se salga de control. Se trata, sin embargo, de un proceso dispendioso y costoso. Se ha buscado por eso desarrollar aplicaciones descargables en el celular que puedan llevar automáticamente el registro de las personas con las que las personas diagnosticadas tuvieron contacto en los últimos días. Sin embargo, además de las dificultades tecnológicas, estos esfuerzos han generado preocupaciones porque permitirían a las autoridades vigilar y llevar el control de los movimientos e interacciones de sus ciudadanos. La solución para los dilemas que plantean situaciones como lo anterior puede pasar por los propios desarrollos tecnológicos, que deberían diseñarse o implementarse de manera que contribuyan a la seguridad de los datos personales procesados.

9 Nelson REMOLINA ANGARITA, "Tratamiento de datos personales en el contexto laboral". *Revista Actualidad Laboral*, No. 175, ene-feb/2013 [19-24] 25.

III. La protección de datos en la legislación peruana

Las disposiciones sobre protección de datos contenidas el inciso 6 del artículo 2 de la Constitución, solo se desarrollaron de manera integral hasta 2011 con la promulgación de la LPDP, la cual permitió además actualizar la normativa a la concepción de la protección de datos personal como un derecho autónomo distinto al derecho a la intimidad.

En la actualidad, el marco legal en materia de protección de datos personales en el Perú, cuenta con los siguientes instrumentos legales y normativas técnicas:

- Ley No. 29733 – Ley de Protección de Datos Personales.
- Decreto Supremo N° 003-2013-JUS – Reglamento de Ley N° 29733 (22.03.13).
- Resolución Directoral Nº 019-2013-JUS – Aprueba la Directiva de Seguridad de la Información (11.10.13).
- Resolución Directoral Nº 02-2020-JUS/DGTAIPD– Aprueba la Directiva para el Tratamiento de Datos Personales mediante Sistemas de Videovigilancia (16.01.20).
- Norma Técnica Peruana NTP-ISO/IEC 270001:2008. Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de Gestión de Seguridad de la Información (12.12.08).
- Resolución Ministerial Nº 129-2013-JUS – Aprueba el uso obligatorio de la NTP-ISO/IEC 270001:2008 (25.05.12).

La LPDP y su Reglamento, regulan el tratamiento de datos personales de personas naturales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de carácter público o privado en el Perú. Se trata de normas de orden público que deben ser respetadas a cabalidad tanto por las autoridades administrativas como por el sector privado[10].

La LPDP y el Reglamento ofrecen algunas definiciones importantes. La primera de ellas, justamente, es qué se entiende por "dato personal": "[e]s aquella

10 ***"Artículo 1.- Objeto.***
"El presente reglamento tiene por objeto desarrollar la Ley Nº 29733, Ley de Protección de Datos Personales, en adelante la Ley, a fin de garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, regulando un adecuado tratamiento, tanto por las entidades públicas, como por las instituciones pertenecientes al sector privado. Sus disposiciones constituyen normas de orden público y de cumplimiento obligatorio."

información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, sobre hábitos personales o de cualquier tipo concerniente a las personas naturales que las identifica o las hace identificables a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados" (artículo 2, numeral 4 del Reglamento).

Hay además dos consideraciones importantes para la aplicación de la LPDP. La primera es lo que la LPDP denomina en sentido amplio una "bases de datos". Con esto se refiere al "conjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera sea la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso" (artículo 2, numeral 2, de la LPDP).

La segunda consideración es el "tratamiento" que se les da a estos datos, que se entiende como "cualquier operación o procedimiento técnico, automatizado o no, que permite la recopilación, registro, organización, almacenamiento, conservación, elaboración, modificación, extracción, consulta, utilización, bloqueo, supresión, comunicación por transferencia o por difusión o cualquier otra forma de procesamiento que facilite el acceso, correlación o interconexión de los datos personales" (artículo 2 inciso 19 del LPDP). El principio medular del derecho a la protección de datos es que ninguno de estos "tratamientos" puede realizarse sin el consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco del titular de los datos personales, salvo excepciones establecidas explícitamente por la ley. Cabe acotar, no obstante, que hay determinados casos establecido en el artículo 14 de la LPDP, en los cuales no se requiere el consentimiento del titular de datos personales, tales como:

a) Cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias.

b) Cuando se trate de datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en fuentes accesibles para el público.

c) Cuando se trate de datos personales relativos a la solvencia patrimonial y de crédito, conforme a la ley de la materia.

d) Cuando los datos personales sean necesarios para la ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento.

e) Cuando se trate de datos personales relativos a la salud y sea necesario, en circunstancia de riesgo, para la prevención, diagnóstico y tratamiento médico o quirúrgico del titular, siempre que dicho tratamiento sea realizado en establecimientos de salud o por profesionales en ciencias de la salud, observando el secreto profesional; o cuando medien razones de interés público previstas por ley o cuando deban tratarse por razones de salud pública, ambas razones deben ser calificadas como tales por el Ministerio de Salud; o para la realización de estudios epidemiológicos o análogos, en tanto se apliquen procedimientos de disociación adecuados.

f) Cuando se hubiera aplicado un procedimiento de anonimización o disociación.

g) Cuando el tratamiento de los datos personales sea necesario para salvaguardar intereses legítimos del titular de datos personales.

El consentimiento relativo a datos sensibles —datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a las características físicas, morales o emocionales, hechos o circunstancias de su vida afectiva o familiar, los hábitos personales que corresponden a la esfera más íntima, la información relativa a la salud física o mental u otras análogas que afecten su intimidad, etc.— debe ser obtenido por escrito. Se deben cumplir además los principios de finalidad[11], proporcionalidad[12], calidad[13], seguridad[14], entre otros.

11 Artículo 6. Principio de finalidad. Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación, excluyendo los casos de actividades de valor histórico, estadístico o científico cuando se utilice un procedimiento de disociación o anonimización.

12 Artículo 7. Principio de proporcionalidad. Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados.

13 Artículo 8. Principio de calidad. Los datos personales que vayan a ser tratados deben ser veraces, exactos y, en la medida de lo posible, actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados respecto de la finalidad para la que fueron recopilados. Deben conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento.

14 Artículo 9. Principio de seguridad. El titular del banco de datos personales y el encargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias

Además de la regla del consentimiento, es importante que tener presente que las principales obligaciones para cumplir con la normativa de protección de datos, son las siguientes:

- **Inscripción de bases de datos:** Las organizaciones deben inscribir los bancos de datos personales de su titularidad en el Registro Nacional de Protección de Datos Personales.
- **La transferencia de datos personales fuera del territorio nacional:** El flujo transfronterizo, debe ser comunicado a la APDP dentro del formulario de inscripción de la base de datos o través de una modificación al mismo. El titular del banco de datos personales debe realizar el flujo transfronterizo de datos personales solo si el país destinatario mantiene niveles de protección adecuados. En caso de que el país destinatario no cuente con un nivel de protección adecuado, el emisor del flujo transfronterizo de datos personales debe garantizar que el tratamiento de los datos personales se efectúe conforme a la Ley u obtener el consentimiento del titular para realizar la transferencia bajo dichas circunstancias, entro otros.
- **Confidencialidad y seguridad:** El titular del banco de datos personales, el encargado y quienes intervengan en cualquier parte de su tratamiento están obligados a guardar confidencialidad respecto de los mismos y de sus antecedentes. Esta obligación subsiste aun después de finalizadas las relaciones con el titular del banco de datos personales. Del mismo modo, el titular de los bancos de datos personales debe implementar medidas de seguridad. Así, para el tratamiento de datos personales, el titular del banco de datos personales debe adoptar medidas técnicas, organizativas y legales que garanticen su seguridad, confidencialidad y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado.
- **Conservación de la información:** Los datos personales que vayan a ser tratados deben conservarse solo por el tiempo necesario que se requiera para cumplir con la finalidad del tratamiento. Las organizaciones podrán conservar los datos durante el tiempo en que pueda exigirse

para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento que se vaya a efectuar y con la categoría de datos personales de que se trate.

algún tipo de responsabilidad derivada de la una relación u obligación jurídica o de la ejecución de un contrato por el interesado. Una vez cumplido este período los datos sólo podrán ser conservados previa anonimización. Por ello, el periodo de conservación viene íntimamente vinculado al periodo de prescripción aplicable.

- **Derechos Arcos:** Derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, entre otros, a través de los cuales la LPDP y su Reglamento, garantizan a las personas el control sobre sus datos personales. Cada uno de estos derechos está sujeto a sus propias formalidades y plazo de cumplimiento. La denegatoria o la respuesta insatisfactoria habilitan al solicitante a iniciar el procedimiento trilateral de tutela ante la Dirección General de Protección de Datos Personales o acudir al Poder Judicial para interponer una acción de Hábeas Data.
- **Deber de información:** Básicamente, esta obligación consiste en que el titular del banco de datos personales ponga a disposición del titular de los datos personales toda la información relevante sobre el "tratamiento" de sus datos personales. Como derecho, implica que el titular de los datos personales deba recibir tal información en forma previa a su recopilación, y que aquélla sea idónea y veraz.

Veamos ahora cómo se aplican estos principios generales al ámbito laboral y qué tanto se ha avanzado en establecer reglas específicas para el ejercicio en situaciones o usos de tecnologías particulares.

IV. El derecho a la protección de datos personales en el entorno laboral

La gestión de cualquier organización implica el tratamiento de datos personales de sus trabajadores para diferentes finalidades tales como la selección de personal, el cumplimiento de las obligaciones laborales (por ejemplo, la planilla electrónica) y el de control y seguimiento de las actividades laborales.

Esto puede ocurrir a distintas escales y sin que el empleador necesariamente sea consciente de que está actuando como titular y responsable legal de una base de datos personales, lo cual puede resultar en una gestión de riesgos inadecuada y en las sanciones que esto conlleva. Asimismo, este desconocimiento le imposibilita garantizar este derecho fundamental a sus trabajadores.

No hay sin embargo desarrollos normativos específicos (salvo por el caso de la videovigilancia, como veremos más adelante) ni tampoco jurisprudencia que procure información sobre la adecuada armonización de estos principios con, por ejemplo, las necesidades de monitoreo y control del empleador, asunto en el que se auguran mayores tensiones en el futuro con la intensificación y mayor desarrollo de la tecnología.

A nivel internacional, sin embargo, sí existen algunos lineamientos que pueden servir de referente y de esta forma dar algunas luces sobre el asunto que planteamos. Quizás el más importante es el documento titulado "Protection of Worker's Personal Data", una publicación de la OIT[15], que contiene una suerte de código en materia de privacidad de los trabajadores. En ella se resaltan los siguientes principios relacionados con la debida administración de los datos personales en ámbitos laborales:

- El tratamiento de datos personales de los trabajadores debería efectuarse de manera ecuánime y lícita, y limitarse exclusivamente a asuntos directamente pertinentes a la relación de empleo del trabajador.
- En principio, los datos personales deberían utilizarse únicamente para el fin con el cual hayan sido acopiados.
- Los empleadores deberían evaluar periódicamente sus métodos de tratamiento de datos, con el objeto de: a) reducir lo más posible el tipo y el volumen de datos personales acopiados; y, b) mejorar el modo de proteger la vida privada de los trabajadores.
- Las personas encargadas del tratamiento de datos personales deberían recibir periódicamente una formación que les permita comprender el proceso de acopio de datos y el papel que les corresponde en la aplicación de los principios.
- El tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación.
- Todas las personas, tales como los empleadores, los representantes de los trabajadores, las agencias de colocación y los trabajadores que tengan acceso a los datos personales de los trabajadores, deberían tener

15 OIT, 1997, p. 33- https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf

una obligación de confidencialidad, de acuerdo con la realización de sus tareas y el ejercicio de los principios de tratamiento de datos.

- Los empleadores deberían garantizar, mediante las salvaguardias de seguridad que permitan las circunstancias, la protección de los datos personales contra su pérdida y todo acceso, utilización, modificación o comunicación no autorizados.
- Los empleadores deberían verificar periódicamente que los datos personales conservados son exactos, actualizados y completos.

En la legislación peruana, en términos generales, se puede decir que en el ámbito laboral aplican los mismos principios de protección de los datos personales contemplados en la LPDP. Sin embargo, la mayor particularidad radica en que por lo general el empleador no requiere del consentimiento del trabajador para tratar sus datos, siempre que la finalidad del tratamiento se enmarque dentro del contrato de trabajo, cumpliendo con el deber de información, proporcionalidad y seguridad, entre otros. Por el contrario, cuando el tratamiento de los datos personales no tenga su razón de ser en el vínculo laboral, por ejemplo, para fines publicitarios, requerirá del consentimiento del trabajador.

Pese a lo anterior, no existe aún en nuestro país una cultura de transparencia sobre el tratamiento y uso de los datos personales y sobre la manera se usará los datos personales. Dentro de las organizaciones tampoco existe suficiente preocupación sobre la seguridad de los datos ni sobre la manera de garantizar su confidencialidad y el manejo apropiado para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado. Pensemos, por ejemplo, en un trabajador que por las funciones a su cargo tiene acceso y manejo de datos protegidos o información sensible sobre muchas personas en la organización. Las normas sobre protección de datos obligan al empleador a adoptar medidas de seguridad y confidencialidad para prevenir que sus empleados le den mal uso a la información que manejan y evitar que violen el derecho a la privacidad de las personas que han suministrado sus datos. En ese sentido, si un trabajador no cumple con esas medidas de seguridad y se filtra la información, el empleador podría tener que responder ante los eventuales daños que se generen.

Para complementar el anterior panorama, examinaremos a continuación dos normativas recientes con las que la ANPDP ha intentado responder a retos específicos planteados por aplicaciones tecnológicas o por situaciones

particulares. Se trata de la directiva sobre videovigilancia y de la opinión consultiva sobre tratamiento de datos de salud durante la pandemia en el ámbito laboral.

1. Videovigilancia

El pasado 16 de marzo, entró en vigencia la directiva No 01-2020-JUS/DGTAIPD que busca garantizar que las entidades que requieren hacer uso de la videovigilancia no vulneren derechos ciudadanos ni pongan en riesgo la seguridad de la información personal. Se trata del primer esfuerzo por parte de la ANPDP de regular la aplicación de las normas generales sobre protección de datos en el marco de una tecnología específica.

Como lo recuerda la misma directiva, la imagen y el sonido de la voz de una persona se consideran parte de sus datos personales, pues estos "permiten identificar o hacer identificable a una persona natural a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados". La directiva sigue así la regla fundamental de las normativas de protección de datos. Como hemos visto, esta consiste en que no se puede obtener, recolectar, sistematizar y trasladar información personal sin previo consentimiento de los titulares de esa información.

Cada zona que esté vigilada por un sistema de video debe tener un cartel o anuncio suficientemente visible para quien acceda a dicha zona. La directiva especifica las dimensiones, las características del diseño y el contenido mínimo del anuncio. Este debe incluir (i) la identidad y domicilio de la empresa; (ii) ante quién y cómo se puede ejercer los derechos en materia de protección de datos; y, (iii) lugar en el que se puede obtener más información sobre el particular (la empresa debe contar con un informativo adicional sobre el sistema de videovigilancia que debe estar disponible a través de medios informáticos, digitalizados o impresos).

Cumplir con la normatividad va, sin embargo, más allá de colocar un aviso. La directiva incluye indicaciones sobre disposición y ubicación de las cámaras que buscan sobre todo proteger el derecho a la intimidad. Pero en lo que se refiere a la protección de datos el componente más sensible es el almacenamiento, transmisión y manejo posterior de las imágenes captadas. Por esta razón, cada entidad que desee instalar sistemas de videovigilancia debe (i) registrar las

correspondientes bases de datos ante la Autoridad de Protección de Datos Personales; y, (ii) estar en capacidad de asumir una serie de responsabilidades legales y técnicas asociadas, por ejemplo, con la seguridad de la información personal que estos sistemas almacenan. El cumplimiento de todas estas disposiciones requiere de la creación de perfiles y la asignación clara de responsabilidades en el manejo de los datos, que incluye establecer procedimientos de identificación y autentificación de los usuarios con acceso a la información.

Dichas responsabilidades aplican para toda la videovigilancia en general, pero existen algunas especificidades para su aplicación en contextos laborales.

Lo primero que hay que tener en cuenta es la necesidad de contar con el consentimiento del titular de los datos o de ampararse en alguna excepción contemplada por la ley (relación contractual, interés legítimo, etc.). Esto no aplica para los trabajadores. Siempre y cuando la finalidad de la videovigilancia se enmarque en sus facultades de control y dirección laboral, el empleador no necesita del consentimiento de sus empleados, aunque sí está obligado a informarles. Entre los fines legítimos de control y dirección laboral está supervisar tareas, proteger bienes y recursos del empleador o verificar la adopción de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

No está permitido en cambio la instalación de sistemas de grabación o captación de sonido ni de videovigilancia en los lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores. La grabación con sonido sólo se admite cuando es relevante para los riesgos involucrados. Al igual que en cualquier sistema de videovigilancia, los empleadores deben ceñirse siempre al principio de proporcionalidad. Es decir, la instalación de las cámaras y el uso de las imágenes debe ser el adecuado y pertinente para los fines buscados y no puede excederse en su alcance.

Por otro lado, las organizaciones que usen sistemas de videovigilancia deben adoptar medidas de seguridad apropiadas y deben contar además con procedimientos para que los titulares de los datos puedan acceder a ellos, sin afectar los derechos de terceros que puedan aparecer en las imágenes grabadas. En lo que se refiere a la aplicación de los derechos ARCO específicamente en contextos laborales, se establece que los trabajadores podrán solicitar el acceso a las grabaciones o una copia digital de las inconductas o incumplimientos que se les haya imputado.

Una disposición muy importante que incluye la directiva concierne al tiempo de conservación de las imágenes. Estas se deben almacenar por 30 días como mínimo y 60 días como máximo. En caso de indicios de delito o falta, debe comunicarse de inmediato a la autoridad. Los archivos deben eliminarse dentro de los dos días siguientes al cumplimiento del plazo máximo. Estos plazos aplican también para la videovigilancia laboral. Sin embargo, las imágenes y voces sin editar que den cuenta de infracciones laborales o accidentes de trabajo deben conservarse por 120 días, salvo que existan razones que justifiquen su conservación por más tiempo.

2. Tratamiento de los datos personales de los trabajadores en el contexto del COVID-19

La emergencia del Covid-19 obligó a las autoridades peruanas a examinar aspectos específicos de la aplicación de la LPDP en el ámbito laboral y a pronunciarse sobre la tensión entre el derecho a la protección de datos y la obligación de los empleadores de proteger la salud de sus empleados.

Mediante Opinión Consultiva No. 32-2020-JUS/DGTAIPD, el pasado 5 de mayo, la ANPDP señaló que el derecho de protección de datos personales no es absoluto, por lo que su ejercicio debe armonizarse con el de otros derechos. En ese sentido, sostiene la ANPDP que, si bien el principio de consentimiento es un principio rector de la LPDP, en el marco de una relación laboral debe tomarse en cuenta las excepciones contempladas en el artículo 14 de dicha norma, entre las cuales destaca, cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte, como la relación laboral.

Existiendo una relación contractual de trabajo entre empleador y trabajador, teniendo éste las obligaciones de garantizar la seguridad y la salud de todos los trabajadores y de adoptar las medidas de prevención de riesgos laborales y al estar inmersos en un estado de emergencia nacional y en una emergencia sanitaria declarados como consecuencia de una pandemia, se configuran las citadas excepciones previstas en la LPDP.

La ANPDP considera que "es posible que el empleador realice el tratamiento de datos personales sensibles referidos al COVID-19 de los trabajadores sin su

consentimiento, siempre que este tratamiento […] tenga como fin garantizar la seguridad y salud en el trabajo con el objeto evitar los contagios de esta enfermedad en los centros laborales." (Acápite 9)

De acuerdo con la opinión consultiva, en el contexto de una relación laboral y en el marco de la emergencia sanitaria, el tratamiento por parte de los empleadores de los datos sensibles relacionados con un "posible diagnóstico de coronavirus de los trabajadores" se justifica jurídicamente en el deber de aquéllos de prevenir los riesgos laborales a los que estos puedan estar sujetos.

Tal deber proviene, en palabras de la ANPDP, de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley No. 29783), "según la cual el empleador ejerce un firme liderazgo y […] debe estar comprometido a fin de proveer y mantener un ambiente de trabajo seguro y saludable en concordancia con las mejores prácticas y con el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo" (Artículo 48. Rol del empleador). Acorde con dicho rol, la misma ley le establece obligaciones al empleador, entre las que están: "a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo; b) Desarrollar acciones permanentes con el fin de perfeccionar los niveles de protección existentes, y c) Identificar las modificaciones que puedan darse en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales. […]" (Artículo 49. Obligaciones del empleador).

La ANPDP añade que "la legislación sobre protección de datos alude expresamente al interés y salud pública como factores que habilitan el tratamiento de datos personales relativos a la salud de las personas; lo que da cobertura al tratamiento de estos datos cuando existe una correspondencia con el diagnóstico o sintomatología propia del COVID-19, y a fin de que se adopten las medidas pertinentes para prevenir la propagación del virus dentro y fuera del centro laboral." (Acápite 32).

En este contexto y en el marco de la emergencia sanitaria, los empleadores se encuentran facultados para llevar a cabo el tratamiento de los datos sensibles de sus trabajadores referidos al Covid-19 sin necesidad de contar con su consentimiento previo y escrito, pero "siempre que este tratamiento se lleve a cabo con el debido respeto a la [LPDP] y su reglamento […] y tenga como fin garantizar la seguridad y salud en el trabajo con el objeto evitar los contagios de

esta enfermedad en los centros laborales". Lo anterior se justifica jurídicamente en la obligación del empleador de prevenir los riesgos laborales a los que los trabajadores puedan estar sujetos.

Específicamente, la Opinión Consultiva considera lícito que "el empleador implemente medidas preventivas dirigidas a detectar si alguno de sus trabajadores ha contraído el COVID-19, como, por ejemplo, la toma de su temperatura, pues un dato que arroje una situación anormal de salud, puede constituir un peligro para los mismos trabajadores, para el resto del personal o para otras personas relacionadas con el centro laboral; por ende, esta medida constituye un medio relacionado con la vigilancia de la salud de los trabajadores que, conforme a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, resulta obligatoria para el empleador." (Acápite 20).

La información recolectada debe ocurrir exclusivamente con el objetivo de salvaguardar la vida y la salud del trabajador sospechoso o confirmado y de sus "contactos", así como con el objetivo de evitar contagios en el centro de trabajo. No obstante, incluso en tal escenario, la identidad de los trabajadores calificados como casos sospechosos o confirmados debería, en principio, ser conocida sólo por el personal médico del departamento médico de la empresa y por los funcionarios que deban conocerla para poder alcanzar los objetivos antes indicados, garantizando siempre su confidencialidad. Pese a que en condiciones normales la información concerniente al estado de salud de un trabajador no debe ser de dominio del resto de trabajadores, la ANPDP establece que no solo es posible, sino también necesario, que dicha información sea revelada a otros trabajadores si su salud pudiera estar en riesgo y con el fin de reconstruir la cadena de contagios y adoptar las medidas correspondientes (Acápite 38).

Sin perjuicio de todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que la ANPDP precisa que, en el contexto descrito, el empleador se constituye en responsable del tratamiento de datos personales y, por ello, el tratamiento que realice debe: (i) obedecer a la finalidad específica de contener la propagación del coronavirus, limitarse a esa finalidad y no extenderse a otras distintas, ni mantener los datos personales por más del tiempo necesario para la finalidad para la que se recaban; y, (ii) respetar la LPDP y su reglamento, en general, el deber de información y los principios de finalidad, proporcionalidad, calidad y seguridad, en particular.

En resumen, la ANPDP señaló que (a) los empleadores podrán tratar los datos personales de los empleados necesarios para garantizar la seguridad y salud en el trabajo con la finalidad de evitar la propagación de COVID-19 sin su consentimiento, cumpliendo con las demás disposiciones y obligaciones aplicables; (b) los trabajadores se encuentran obligados a cooperar y a brindar la información al empleador respecto al posible o real contagio que padezcan de COVID-19; y, (c) el tratamiento de datos personales de los trabajadores que realice el empleador con la finalidad de evitar la propagación de COVID-19 debe atender a lo establecido en la LPDP y su Reglamento, en especial a los principios de finalidad, calidad, proporcionalidad y seguridad que hemos descrito en el acápite anterior.

V. Comentarios finales

En la medida que los empleadores intensifiquen la implementación de nuevas tecnologías y se incremente la conciencia sobre las normas en materia de protección de datos personales, es posible que surjan nuevos conflictos en las relaciones laborales. Por ello, se hará cada vez más necesario reconciliar la tensión que puede presentarse entre los derechos fundamentales a la privacidad de los trabajadores y las oportunidades que ofrece el acelerado desarrollo de las tecnologías digitales para optimizar la gestión de las organizaciones, así como para hacer frente a nuevos retos como la inseguridad y la preservación de la salud.

Sobre esto último, la pandemia de COVID-19 mostró que pueden surgir situaciones inesperadas que lleven a examinar con más cuidado y revaluar las tensiones entre el derecho a la protección de datos sensibles como los de salud y el interés legítimo de preservar y garantizar la salud de los trabajadores en este difícil contexto. En el ámbito laboral, en cualquier caso, siempre es importante ser consciente de las responsabilidades legales que implica el manejo de datos personales y de los riesgos particulares asociados a su tratamiento. Por ello, las organizaciones deben examinar sus prácticas de privacidad y capacitar a su personal en la cultura de la confianza, a fin de cumplir con este derecho fundamental, así como evitar sanciones y demandas judiciales por daños ocasionados ante manejos inapropiados de la información.

Es cierto que existen aún más preguntas que respuestas sobre el uso de tecnologías como la inteligencia artificial, la geolocalización, el reconocimiento

facial y el tratamiento de los datos personales que se captan a través de ellas. En ese sentido, no queda duda que la irrupción de las nuevas tecnologías está revolucionando las diferentes esferas de la vida, incluyendo las relaciones laborales. Precisamente, este artículo es un esfuerzo por aportar mayor claridad respecto del tratamiento legal de la protección de datos personales y generar mayor sensibilidad sobre la problemática que presenta este derecho en este contexto tan particular y complejo.

LA CIBERSEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN DEL EMPLEADOR Y LA FISCALIZACIÓN DEL TRABAJO REMOTO: ALCANCES Y LÍMITES

André Jorge Cossio Peralta.

Resumen:

En este artículo, el autor aborda la problemática de la implementación de mecanismos de ciberseguridad de la información del empleador en el contexto de la masificación de la modalidad de trabajo remoto implementado en el Perú a propósito de la pandemia generada por la Covid-19. El autor analiza si el monitoreo de la prestación de servicios bajo esta modalidad, así como la fiscalización de los correos electrónicos del empleador, resultan compatibles con el respeto a los derechos fundamentales a la intimidad, vida privada y secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador.

Abstract:

In this article, the author addresses the problem of the implementation of cybersecurity mechanisms for employer information in the context of the massification of the remote work modality implemented in Perú in connection with the pandemic generated by Covid-19. The author analyzes whether the monitoring of the provision of services under this modality, as well as the control of the employer's emails, are compatible with respect for the fundamental rights to privacy, private life and secrecy and inviolability of the worker's communication´s.

Palabras clave:

Ciberseguridad, información, empleador, trabajador, intimidad.

Keywords

Cybersecurity, information, employer, worker, privacy.

* Abogado y Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Laboral Especial en la PUCP. Asociado Principal de Rubio, Leguía, Normand. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Correos electrónicos: acossio@rubio.pe y acossio@pucp.pe

SUMARIO: I. La ciberseguridad de la información del empleador y la fiscalización del trabajo remoto: Alcances y límites. 1. La protección de la información del empleador durante el trabajo remoto: la ciberseguridad. 2. Mecanismos de vigilancia de la productividad durante el trabajo remoto: el nuevo ejercicio del poder de dirección. 3. La ciberseguridad y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del trabajador**.** A) *Monitoreo de correos electrónicos corporativos.* B) *Restricciones al uso de aplicativos webs de mensajería instantánea.* a) De propiedad del empleador. b) De propiedad del trabajador. 4. Monitoreo del trabajo remoto: intimidad, vida privada y la fiscalización de los datos de navegación de los trabajadores.

Introducción

La relación de trabajo ha pasado por diversas etapas. Mucho antes de lo que nosotros conocemos como contrato de trabajo o relación laboral, hasta el siglo XVI el término "trabajo" se utilizaba para denominar la actividad del verdugo; en paralelo, surgieron las ocupaciones bajo un concepto negativo del trabajo como castigo; en el siglo XVI pasa a ser una obligación para obtener la salvación divina que luego es aprovechado por sectores emergentes para que surja el trabajo asalariado de aquellas personas que realizan sus actividades dentro de las fábricas[1]; con ello, a fines del siglo XIX e inicios del XX, se pasa a una organización del trabajo bajo el modelo Taylor-Fordista; y, a finales de los años setenta del siglo XX, a los modelos *just in time* y de especialización flexible[2].

La pandemia generada por el brote del nuevo coronavirus SARS-CoV2 que causa la enfermedad Covid-19 ha ocasionado que se acelere el paso hacia la nueva organización del trabajo. Así, quedará registrado en los libros de historia que, a inicios de la década del veinte del siglo XXI, el trabajo se organizó en: trabajo presencial; esto es, el desarrollado al interior de un centro de labores o de operaciones; y, el trabajo no presencial, caracterizado por una prestación de servicios que se ejecuta en cualquier lugar fuera de un establecimiento o espacio de trabajo, siendo indispensable la conexión o vinculación con el empleador mediante el uso de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC).

1 Cfr. ALBALATE, Joaquín Juan. *"Trabajo, Mercado de Trabajo y Relaciones Laborales"*. Madrid: Tecnos, 2015, págs. 60-74.

2 Ídem, págs. 111-131.

La distancia social, como medida de prevención frente a la Covid-19, trajo consigo la necesidad de que los empleadores deban reorganizar sus actividades para que estas sigan ejecutándose, a pesar de las cuarentenas obligatorias dispuestas en un sinnúmero de países a nivel mundial. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado que la pandemia obligó a que tanto los empleadores que ya tenían experiencia aplicando trabajo remoto, como las que no, tengan que crear las condiciones para enviar a sus trabajadores a sus domicilios, con lo que se ha producido el mayor experimento masivo de teletrabajo en la historia[3]. La OIT ha observado que los países más afectados por la pandemia y que ya tenían alguna experiencia con el teletrabajo, han sido los que han presentado un mayor incremento del teletrabajo, siendo que, por ejemplo, en Finlandia el 60% de los trabajadores pasaron a laborar en sus domicilios; 50% en Luxemburgo, los Países Bajos, Bélgica y Dinamarca; y, 40% en países como Suecia, Irlanda, Austria e Italia[4].

En nuestro país, contamos con una Ley del Teletrabajo, Ley Nº 30036, publicada el 5 de junio de 2013; y, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 017-2015-TR, publicado el 2 de noviembre de 2015; regulación que podría haber sido utilizada para afrontar las medidas de distanciamiento social y paralización de actividades decretadas por el Gobierno desde el 15 de marzo de 2020. Sin embargo, a pesar de contar con una legislación particular sobre la materia con algunos años de vigencia previos a la aparición de la pandemia por Covid-19, lo cierto es que esta modalidad ha sido escasamente utilizada por los empleadores[5]. Quizá por el carácter voluntario del teletrabajo o quizá por otros diversos factores que no serán materia de este trabajo, mediante Decreto de Urgencia Nº 026-2020 del 15 de marzo de 2020, el Gobierno creó una modalidad especial de prestación de labores subordinadas denominada "trabajo remoto", la

3 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *"Teleworking during the COVID-19 pandemic and beyond. A practical guide"*. Génova: Oficina Internacional del Trabajo, 2020, pág. 1.

4 Ídem, pág. 3.

5 Cabe destacar que a la fecha no existe información oficial sobre la cantidad de teletrabajadores existente en el Perú, a pesar de que el 11 de julio de 2016 el entonces titular del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) Daniel Maurate anunció la publicación de una estadística oficial que permita registrar la cantidad de teletrabajadores en el Perú. Ver: https://andina.pe/agencia/noticia-teletrabajo-mtpe-contarapronto-estadistica-a-nivel-nacional-620835.aspx

cual estará en vigencia durante el tiempo que se prolongue la emergencia sanitaria nacional[6]. A diferencia del Teletrabajo, el Trabajo Remoto es asignado de forma unilateral por el empleador[7]; es decir, se prescinde del carácter voluntario por parte del trabajador—aspecto característico del Teletrabajo—para facilitar la migración masiva de los trabajadores a esta modalidad y así asegurar la continuidad de las actividades en esta "nueva normalidad".

Sin embargo, existen múltiples actividades que, necesariamente, tienen que ejecutarse de forma presencial; y, otras que sí pueden ser objeto de trabajo no presencial. Al interior de una entidad o empresa, el trabajo no presencial—en mayor medida—ha sido aplicado a los denominados *"White collar workers"*; es decir, aquellos que realizan actividades administrativas, de oficina al servicio de la empresa y no ejecutan actividades físicas, manuales o de otro tipo; y, no para los *"Blue collar workers",* aquellos que realizan trabajo manual, en agricultura, manufactura, construcción, minería, mantenimiento, y, en general, actividades operativas[8]. Esta diferenciación permite recurrir a la clásica categorización entre empleados—los que ejecutan labores de oficina—y obreros—los que realizan actividades manuales u operativas—.

Esta clásica categorización sigue siendo utilizada en las estadísticas oficiales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). Por ejemplo, al cierre del año 2019, en las Planillas Mensuales de Pagos y T-Registro de los empleadores de los diversos sectores económicos, según categoría ocupacional, existían registrados del total de 3'641,577 trabajadores declarados en las planillas electrónicas a nivel nacional: 84,891 trabajadores ejecutivos (2.33%); 2'502,041

6 De acuerdo con la única disposición complementaria modificatoria del Decreto de Urgencia Nº 127-2020, se modificó la cuarta disposición complementaria del Decreto de Urgencia N° 026-2020, por lo cual el régimen de trabajo remoto estará en vigencia hasta el 31 de julio de 2021.

7 Con excepción de la asignación de trabajo remoto a las Personas con Discapacidad (PCD). En efecto, en el artículo 4.7 del Decreto Legislativo Nº 1468, publicado en el diario oficial "el Peruano" el 23 de abril de 2020, precisó que el trabajo remoto se aplicará de común acuerdo con la PCD. De este modo, si dada la incompatibilidad de las actividades que desarrolla una PCD con el trabajo remoto; o, a falta de acuerdo, el empleador deberá otorgar una licencia con goce de haber hasta la fecha que culmine la emergencia sanitaria.

8 PARIETTI, Melissa. *"Blue Collar vs. White Collar: What´s the Difference?* En: Investopedia. https://www.investopedia.com/articles/wealth-management/120215/blue-collar-vs-white-collar-differente-social-classes.asp hrs. 09/09/2020 19:01 hrs.

trabajadores empleados (68.71%); 978,401 trabajadores obreros (26.87%); y, 76,244 trabajadores no determinados en una categoría ocupacional, lo que representa el 2.09%[9].

En este contexto, los empleadores han asignado trabajo remoto a todos aquellos trabajadores cuyas actividades son compatibles con dicha modalidad, por lo que resultaría probable que, a la fecha, el 70% de los trabajadores ejecutivos y empleados—conforme a la categorización del MTPE—se encuentre prestando servicios bajo esta modalidad. Para este efecto, diversos empleadores han permitido que sus trabajadores retiren las computadoras de sus oficinas; o, han solicitado que accedan a una Red Privada Virtual (VPN, por sus siglas en inglés) desde sus computadoras personales, *tablets*, *iPads*, entre otros dispositivos (BYOD, por las siglas en inglés de *Bring Your Own Device*) y así continúen prestando servicios de forma remota. En ambos casos, el acceso o la conexión a internet se realiza a través de la red doméstica de cada trabajador, la cual, conforme al régimen de trabajo remoto, no necesariamente requiere una compensación económica por parte del empleador[10].

No obstante, la prestación de servicios a través del trabajo remoto ha preocupado aún más a los empleadores respecto a los mecanismos de seguridad que deben implementar para proteger la información corporativa; y, al mismo tiempo, fiscalizar la adecuada realización de las actividades de su personal. De este modo, cobra particular relevancia el análisis de la procedencia del uso de softwares que el empleador puede emplear para instalar softwares de rastreo de correos electrónicos corporativos, de los datos de navegación, bloqueo de páginas web, de ventanas emergentes, efectuar grabaciones de las reuniones en plataformas digitales de videoconferencias, intervención de plataformas de mensajería instantánea, entre otros.

9 Datos extraídos del cuadro Nº 66 del Anuario Estadístico del 2019 del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/920578/ANUARIO_2019_.pdf

10 Conforme a lo dispuesto en el artículo 19º del Decreto de Urgencia Nº 026-2020 y el artículo 7º del Decreto Supremo Nº 010-2020-TR, las partes pueden acordar la compensación de los gastos adicionales, cuando los medios o mecanismos para el desarrollo del trabajo remoto son proporcionados por el trabajador.

Esta nueva forma de ejercicio de las facultades de fiscalización del empleador podría afectar derechos fundamentales del trabajador, tales como el secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; la intimidad personal y vida privada. En el presente artículo, y conforme a las limitaciones de espacio, pretendemos examinar las particularidades de la protección de la información durante la masiva migración del trabajo remoto, las formas de control de esta modalidad y cómo ello se conjuga con el respeto de los referidos derechos fundamentales del trabajador.

1. La protección de la información del empleador durante el trabajo remoto: la ciberseguridad

El Instituto Nacional de Normas y Tecnología (NIST por sus siglas en inglés) del Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América (EUA) sostiene que los equipos utilizados para el teletrabajo se encuentran generalmente en mayor riesgo de ataques cibernéticos en ambientes externos a la empresa que dentro de las mismas, por lo que las compañías deben implementar superiores elementos de seguridad que permitan cautelar la información corporativa[11]. En este contexto de masiva migración al trabajo remoto a causa de la Covid-19, se ha incrementado la vulnerabilidad de las plataformas de conectividad, dado que existen diversos hackers alrededor del mundo que pretenden sacar provecho del incremento de las actividades en línea, mediante ataques de *fishing*, virus y otros atentados cibernéticos[12].

Por ejemplo, en el sector financiero, el Fondo Monetario Internacional (FMI) ha identificado que las personas que no se encuentran familiarizadas con el teletrabajo y que están bajo el estrés de la pandemia son un blanco fácil para ataques de *fishing*, pues los ciber hackers se aprovechan de esta situación para enviar invitaciones y enlaces dañinos que pueden infectar los dispositivos

11 NATIONAL INSTITUTE OF STANDARS AND TECHNOLOGY. *"Guide to Enterprise Telework, Remote Access, and BYOD Security. NIST SP 800-46, Rev. 2"*. Gaithersburg: NIST, 2016, pág. vii.

12 OKEREAFOR, Kenneth y MANNY, Philip. *"Understanding Cybersecurity Challenges of Telecommuting and Conferencing Applications in the COVID-19 Pandemic"*. En: *International Journal in IT & Engineering* (IJITE), Volumen 8, Número 6, junio de 2020, pág. 14.

y sistemas operativos de las compañías[13]. De ahí que el FMI haya efectuado una serie de recomendaciones para las instituciones financieras, tales como limitar los servicios de acceso remoto a red y con perfiles de usuario; evaluación previa de almacenamiento de datos en la nube; utilizar plataformas de videoconferencias que tengan sistemas de protección de información adecuados; sensibilizar al personal sobre la ciberseguridad durante el teletrabajo, entre otras[14].

El NIST de los EUA considera que los más comunes objetivos de seguridad de todas las herramientas implementadas para asegurar la prestación de servicios de forma remota son: a) confidencialidad, garantizando que los mecanismos de acceso remoto no sean accesibles para partes no autorizadas; b) integridad, detectando cualquier cambio intencional o no intencional en los mecanismos de acceso remoto; y, c) disponibilidad, es decir, que los trabajadores puedan tener acceso remoto a la información en cualquier momento[15]. Esta misma entidad resalta que los métodos más frecuentes de acceso remoto que los empleadores utilizan para facilitar el teletrabajo son: la tunelización (mediante la creación de VPN's del empleador a la cual accede el trabajador a través de su dispositivo); portales de aplicación (a través de un servidor que ofrece el acceso a diversas aplicaciones del empleador mediante una interface); acceso al escritorio remoto (el trabajador accede directa o indirectamente desde su computadora o dispositivo personal a la computadora de la organización); y, aplicaciones de acceso directo (no se usa algún software de acceso remoto, pues el trabajador accede directamente a las aplicaciones del empleador a través del internet, como por ejemplo el correo web de la compañía)[16].

Okereafor y Manny han identificado algunos factores directos e indirectos que comprometen la seguridad de la prestación de servicios de forma remota o desde los hogares (WFH, por las siglas en inglés de *"Work From Home"*), tales como: (i) redes inseguras e inadecuados ancho de banda en plataformas de videoconferencias, las cuales permiten la irrupción de ciber ataques durante

13 FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. "*Ciberseguridad del teletrabajo durante la pandemia*". En: https://www.imf.org/~/media/Files/Publications/covid19-special-notes/Spanish/sp-special-series-on-covid-19-cybersecurity-of-remote-work-during-pandemic.ashx 10/09/2020 19:28 horas, pág. 2.

14 Ídem, pág. 3.

15 NATIONAL INSTITUTE OF STANDARS AND TECHNOLOGY. Op. cit., pág. 2.

16 Ídem, págs. 5-10.

las sesiones; (ii) desconocimiento de los trabajadores sobre elementales medidas de ciberseguridad, como por ejemplo no compartir datos de usuario o ID de reuniones virtuales en redes sociales; (iii) problemas al compartir información confidencial en redes abiertas durante el trabajo remoto; (iv) utilización de terminales inseguros para desarrollar el trabajo remoto; (v) colusión interna por parte de los propios trabajadores que comparten intencionalmente los ID de las sesiones remotas o credenciales a terceras personas con intención de perjudicar a la compañía; (vi) ataques de ingeniería social mediante la utilización trucos psicológicos para generar un sentimiento de decepción en el trabajador y que este divulgue información confidencial; y, (vi) errores de distracción inadvertidos por parte de los trabajadores[17].

En la migración masiva del trabajo remoto, ya sea con la entrega de dispositivos de propiedad del empleador o mediante políticas de BYOD—bajo VPN's, aplicaciones a los sistemas de la empresa, acceso a escritorio remoto, entre otras—no cabe duda de que existe un legítimo derecho del empleador de tutelar o proteger la información correspondiente a la marcha de sus actividades. En efecto, el empleador recurre a diversos activos tangibles e intangibles para el desarrollo de sus actividades. Así, las plataformas virtuales, sistemas de información, programas operativos, softwares de organización de labores, entre otros, constituyen bienes o activos intangibles de particular valor para el empleador, por lo que éste encuentra válida justificación para implementar políticas y/o protocolos que los protejan y/o preserven.

En situaciones normales—en las que los trabajadores desarrollan sus actividades desde las oficinas del empleador—claramente existe un mayor nivel de seguridad de la información corporativa, puesto que el personal accede a computadores o dispositivos que, por lo general, cuentan con antivirus o softwares necesarios para proteger el sistema operativo de ataques cibernéticos. Más aún, los trabajadores acceden al internet a través de una red corporativa privada que cuenta con estos programas informáticos de protección, como por ejemplo, antivirus, antispams, bloqueo de ventanas emergentes, de determinadas páginas web, entre otras. El personal, debido a la relación de subordinación y como parte del deber general de buena fe en el ejercicio de sus funciones, tiene la obligación

17 OKEREAFOR, Kenneth y MANNY, Philip. Op. Cit., pág. 19.

de acatar—en tanto no se afecten derechos fundamentales, como veremos más adelante—las políticas de seguridad de la información de su empleador.

Así, de una parte, en esta nueva normalidad, el empleador debe reforzar, e incluso duplicar, los niveles de protección de la información, debido a que ya no cuenta con las mismas herramientas de seguridad que aplicaba cuando los trabajadores prestaban servicios a través de sus redes corporativas dentro de las instalaciones de la empresa, lo que implica que el trabajador deba cumplir con las directivas y políticas de seguridad de la información que para este efecto le sean impartidas. De otra parte, esa facultad del empleador no podría aplicarse con la misma intensidad cuando los servicios son prestados de forma remota, ya sea desde las computadoras de la empresa o de sus BYOD, utilizando sus redes de navegación domésticas.

Precisamente, la posibilidad de que los trabajadores puedan conectarse desde sus redes domésticas o mediante cualquier red *wi-fi* pública para ingresar a las plataformas de acceso remoto diseñadas por el empleador, incrementa el riesgo de ataques cibernéticos a los sistemas e información confidencial de éste. Ejemplos de ataques cibernéticos pueden darse mediante la interceptación de mensajes del correo electrónico, obtención de datos de compañeros de trabajo, acceder a información confidencial o infectar los mecanismos de comunicación de la empresa[18]. En este sentido, se justifica que el empleador adopte protocolos más estrictos de seguridad de la información, los cuales deberán observar los trabajadores durante la prestación de servicios a través de la modalidad de trabajo remoto.

Así, y como una forma de reconocer el mayor riesgo al que se encuentra expuesta la información de los empleadores en la prestación de servicios fuera del centro de trabajo, en el régimen de trabajo remoto aprobado por el Decreto de Urgencia Nº 026-2020 se ha establecido literalmente que el personal está obligado a "(…) cumplir con la normativa vigente sobre seguridad de la información, protección de la confidencialidad de los datos, así como guardar confidencialidad de la información proporcionada por el empleador para la

18 GÓMEZ BLANCO, Ana. *"Teletrabajo y ciberseguridad: ¿cómo proteger nuestra información corporativa durante el confinamiento?"*. En: https://www.bbva.com/es/teletrabajo-y-ciberseguridad-como-proteger-nuestra-informacion-corporativa-durante-el-confinamiento/ 11/09/2020 18:45 horas.

prestación de los servicios"[19]. Por su parte, el Decreto Supremo Nº 010-2020-TR precisa que el empleador debe otorgar las instrucciones necesarias para la adecuada utilización de los sistemas, plataformas o aplicativos informáticos para el desarrollo de la actividad bajo esta modalidad[20]; y, que se encuentra facultado a restringir el acceso a sus sistemas de información, así como a comunicar las responsabilidades que asumirá el trabajador, en caso de un uso indebido de estos sistemas[21].

En consecuencia, en el particular régimen del trabajo remoto aprobado en nuestro país, se reconoce el derecho y/o facultad del empleador de establecer mecanismos que permitan proteger adecuadamente su información. De esta forma, los empleadores podrán implementar herramientas de ciberseguridad que el trabajador deberá acatar, como parte de su deber general de buena fe durante la prestación de sus servicios. Resulta relevante resaltar, como bien sostuvo Livellara, que durante la ejecución del contrato de trabajo, el trabajador tiene que prestar sus servicios de forma idónea a los fines de la empresa, actuando con diligencia y colaboración, observando los deberes de fidelidad que sean acordes a las labores desempeñadas; preservando la confidencialidad o secreto de la información a la que tenga acceso; y cumpliendo las órdenes e instrucciones que brinde el empleador para la ejecución de sus servicios[22].

2. Mecanismos de vigilancia de la productividad durante el trabajo remoto: el nuevo ejercicio del poder de dirección

El artículo 16º del Decreto de Urgencia Nº 026-2020 enfatizó que la modalidad de trabajo remoto se caracteriza por tratarse de una prestación *subordinada* de servicios que se ejecuta fuera del centro de trabajo a través de las TICs. A pesar de que el servicio se preste fuera de las instalaciones del empleador, el trabajador permanece bajo el poder de dirección y control de aquel.

19 Artículo 18.2.1 del Decreto de Urgencia 026-2020.

20 Artículo 6.2 del Decreto Supremo Nº 010-2020-TR.

21 Artículo 6.3 del Decreto Supremo Nº 010-2020-TR.

22 LIVELLARA, Carlos. *"Derechos y deberes de las partes"*. En: Tratado de Derecho del Trabajo. Director: Antonio Vásquez Vialard. Tomo 3. Capítulo XI. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1982, pág. 603.

Recordemos que, por el poder de dirección, el empleador detenta las facultades de reglamentación, organización de las actividades, fiscalización y supervisión del adecuado desarrollo de la prestación de servicios de los trabajadores. Hernández Rueda señalaba que una de las manifestaciones de este poder se concreta en la facultad de implementar mecanismos de control y vigilancia del servicio prestado por el trabajador, de modo que se ejecute conforme a las necesidades de la empresa[23]. Estas facultades se encuentran expresamente reconocidas por nuestro ordenamiento legal, dado que "(…) por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente (…)"[24].

En la ejecución de las labores dentro de las instalaciones de la empresa y durante la jornada de trabajo, no existe discusión alguna sobre las facultades del empleador de fiscalizar, supervisar y/o controlar la productividad y adecuada prestación de los servicios de su personal[25]. Así, por ejemplo, el empleador puede fiscalizar y sancionar a aquellos trabajadores que utilicen las horas de trabajo para atender asuntos personales (p.ejm. emails, redes sociales, páginas de mensajería instantánea, entre otras) afectando así su productividad. A este tipo de conductas se le ha denominado *"cyberloafing"*, pues el personal utiliza las computadoras y el internet proporcionado por el empleador para fines ajenos a sus obligaciones laborales durante las horas de trabajo[26].

Estas facultades de control se trasladan a la modalidad de trabajo remoto, con la complejidad que el personal está fuera del centro de trabajo y, por lo general,

23 HERNANDEZ RUEDA, Lupo. *"Poder de Dirección del Empleador"*. En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Coordinadores: Néstor de Buen y Emilio Morgado Valenzuela. Primera Edición. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 1997, págs. 406 – 407.

24 Artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR.

25 Para los fines de este trabajo solo nos referiremos al personal sujeto a fiscalización inmediata del empleador y, por ende, sujeto al cumplimiento de los límites máximos de jornada de 8 horas diarias o 48 horas semanales.

26 KIDWELL, Roland E. y Robert SPRAGUE. *"Electronic surveillance in the global workplace: laws, ethics, research and practice"*. En: *New Technology, Work and Employment.* Oxford: *Blackwell Publishing Ltd*. Volumen 2, Número 24, 2009, pág. 196.

utiliza una red doméstica e, inclusive, una red pública (wifi). Sin embargo, esta particular circunstancia no exonera al trabajador de sujetarse a los mecanismos de vigilancia y control de su productividad que pueda haber implementado su empleador.

Más aún, esta facultad del empleador ha sido reconocida de forma expresa en el artículo 5.5 del Decreto Supremo Nº 010-2020-TR, toda vez que será responsabilidad de éste:

> "(…) la implementación de los mecanismos de supervisión y reporte de las labores realizadas durante la jornada laboral, de ser el caso, mediante el empleo de mecanismos virtuales. El/la empleador/a no podrá alegar el incumplimiento de las obligaciones del/la trabajador/a si no ha previsto o no ha dejado constancia explícita de las labores asignadas al/la trabajador/a y sus mecanismos de supervisión y reporte".

De la norma antes citada se desprende de forma clara que el empleador debe implementar alguna herramienta de supervisión y control de la prestación de servicios de su personal bajo esta modalidad; y, a la vez, deberá informar cuáles serán sus alcances. De lo contrario, el empleador no podrá acusar e imputar de forma legítima algún tipo de incumplimiento de obligaciones laborales por parte de su personal.

Estas herramientas o mecanismos de control de la productividad del personal se conocen como *"Electronic perfomance monitoring"* (EPM)[27] o *"Electronic Surveillance"* (ES)[28]. Para Kidwell y Sprague, estas herramientas consisten en la utilización de instrumentos tecnológicos por parte del empleador para recolectar información relativa al rendimiento y conducta de la fuerza de trabajo, con el objetivo de mejorar la productividad, controlar el centro de trabajo, entre otros[29]. Por su parte, Jeske y Santuzzi acotan que la implementación de un EPM tiene por objeto verificar un adecuado nivel de rendimiento del personal, midiendo el ritmo de trabajo y la precisión, con la diferencia de que estas herramientas—a

27 JESKE, Debora y Alecia M. SANTUZZI. *"Monitoring what and how: psychological implications of electronic performance monitoring"*. En: *New Technology, Work and Employment.* Oxford: *John Wiley & Sons Ltd.* Volumen 1, Número 30, 2015, pág. 62.

28 KIDWELL, Roland E. y Robert SPRAGUE. Op. Cit., pág. 194.

29 Ídem, pág. 196.

diferencia de los métodos tradicionales o convencionales—brindan datos más precisos enfocados en el desempeño y la productividad de los trabajadores[30].

No obstante, la implementación de medidas de ciberseguridad de la información del empleador y de EPM's en el marco de la masiva transición al trabajo remoto, deberán examinarse a la luz de criterios de razonabilidad, vale decir, que se adecúen a legítimos propósitos de tutela de los bienes intangibles de las organizaciones y de control de la idoneidad de la prestación de servicios por parte del trabajador. A la vez, deberá ser objeto de ponderación entre el derecho a libertad de empresa, que en esta materia se manifiesta a través del poder de dirección del empleador, y el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, máxime si, conforme se encuentra reconocido en nuestra Constitución, ninguna relación laboral—incluyendo la que se ejecuta bajo la modalidad de trabajo remoto—puede desconocer o limitar los derechos fundamentales, ni rebajar la dignidad del trabajador[31].

En las líneas que siguen nos proponemos examinar—con las limitaciones de espacio que corresponden a este trabajo—cómo se conjuga la facultad del empleador para implementar estas formas protección de la información de la empresa y control del trabajo remoto del trabajador en un contexto de masiva transición a esta modalidad de prestación de servicios, con los derechos fundamentales de los trabajadores relativos al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados; intimidad personal y vida privada.

3. La ciberseguridad y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del trabajador

En el primer punto del presente trabajo, hemos señalado los mecanismos de ciberseguridad que puede implementar el empleador para proteger sus bienes intangibles, como lo es la información, sistemas informáticos u otras plataformas virtuales; y que, en un contexto de migración masiva a la modalidad de trabajo remoto, se justifica la adopción de medidas de seguridad más intensas para proteger la información sensible y confidencial de la empresa.

30 JESKE, Debora y Alecia M. SANTUZZI. Op. Cit., pág. 63.

31 Artículo 23 de la Constitución de 1993.

Dada esta coyuntura, diversas organizaciones cuentan con protocolos de ciberseguridad respecto a la utilización de las cuentas de correo corporativo asignadas a su personal, tales como rastreo de mensajería instantánea desde tales cuentas hacia las cuentas de correo personal, o mediante aplicativos web que facilitan este tipo de comunicación, con el objetivo de preservar o cautelar que los trabajadores no filtren información sensible y/o confidencial que comprometa la seguridad—en el sentido amplio del término—de sus operaciones. No obstante, y en la medida que el personal—por lo general—utiliza sus datos de navegación (red doméstica) y no los de sus empleadores (red privada), podría cuestionarse que estos mecanismos afectan derechos fundamentales tales como al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados; o, incluso, lesionar el derecho a la intimidad personal y vida privada.

A continuación, sólo analizaremos la problemática del rastreo y acceso a los correos electrónicos corporativos; y, las restricciones de uso de aplicativos webs de mensajería instantánea.

A) Monitoreo de correos electrónicos corporativos

El inciso 10º del artículo 2º de la Constitución de 1993 reconoce el derecho de toda persona al secreto e inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. El procedimiento para la intervención de este derecho también se encuentra regulado en la Constitución, estableciéndose de forma expresa que las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, interceptados, incautados u otro, únicamente mediante mandamiento motivado de juez o con las garantías previstas en la ley. No tendrán validez aquellos documentos privados que se obtengan infringiendo tales disposiciones.

La extensión de este derecho fundamental al ámbito laboral ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional (TC) y la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR), al haber tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de que el empleador de intervenga o acceda al contenido del correo electrónico corporativo que otorga a su personal.

En el año 2004, vale decir hace 16 años, en el conocido caso Serpost, el TC consideró que, a pesar de que el empleador sea el propietario de la fuente o soporte de las comunicaciones, este hecho no determina que aquel pueda tener

una titularidad exclusiva sobre estas y así no pueda garantizar el respeto a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas por la existencia de una relación de trabajo. De ahí que el TC, sin perjuicio de reconocer las facultades de fiscalización del empleador, reitera que este debe utilizar los mecanismos previstos en la Constitución y en la ley para acceder al correo corporativo de sus trabajadores[32].

Por su parte, la CSJR, acogiendo los criterios vertidos por el TC en el caso Serpost, en la Casación Laboral Nº 14614-2016-LIMA consideró que constituía un exceso que el empleador establezca dentro del reglamento interno de trabajo que es propietario tanto de las cuentas de correo electrónico que otorga al personal, así como de su contenido y de los programas, página web e información. La CSJR añadió que admitir la validez de tal disposición implica colisionar con el derecho constitucional al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones[33].

Con relación al caso Serpost, Blancas Bustamante recuerda que el TC reiteró su criterio en las sentencias recaídas en los Expedientes Nos. 04224-2009-PA/TC, 03599-2010-PA/TC y 00114-2011-PA/TC[34]. Este autor considera que la intervención del correo electrónico sin presencia del trabajador resulta ilegítima; y efectúa una distinción a partir de si el acceso a este medio de comunicación se realiza a través de la internet o de la intranet[35]. Así, acota que, en el primer supuesto, sólo el servidor es de propiedad del empleador, por lo que éste no podría intervenir directamente el correo electrónico; en cambio, en el segundo, tanto el correo como el servidor son de propiedad del empleador, lo que permite que éste último pueda controlar su uso y no se afectaría la intimidad del trabajador[36].

No obstante, consideramos que esta diferenciación no podría efectuarse en este tránsito masivo al trabajo remoto. El servidor de correo electrónico seguirá siendo del empleador, pero los datos de navegación o la red que se utilizará para

32 Cfr. Fundamentos jurídicos Nos. 18, 19, 20 y 21 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 01058-2004-AA/TC.

33 Cfr. Considerandos décimo sexto a décimo octavo de la Casación Laboral Nº 14614-2016-LIMA publicada en el diario oficial "el Peruano" el día 30 de mayo de 2017.

34 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *"Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo"*. Segunda edición aumentada. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, pág. 221.

35 Ídem, pág. 220.

36 Ibídem.

ingresar a los mecanismos de acceso remoto son propiedad del trabajador, ya sea que utilicen las computadoras de la empresa o los dispositivos de propiedad de los trabajadores. En este nuevo escenario, cobra mayor relevancia determinar si el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del trabajador resulta oponible, en mayor o menor grado de intensidad, respecto del correo corporativo proporcionado por el empleador. Para este efecto, será necesario recordar los alcances de este derecho.

Como bien sostiene Abad Yupanqui, el derecho al secreto de las comunicaciones constituye un derecho formal que comprende a toda forma de comunicación que no es equivalente al derecho a la intimidad; y que sirve de instrumento de protección de otros derechos, pero no de un derecho al "secreto de las conversaciones"[37]. Este derecho es de titularidad de las personas que participan en el proceso comunicativo, por lo que, acota el referido autor, es oponible a terceros (los que no participan en la comunicación); e, inclusive, como ha precisado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se opone tanto a las operaciones técnicas que registran el contenido, así como a cualquier elemento del proceso comunicativo en sí mismo (identidad de los interlocutores, registro y duración de las llamadas, entre otros)[38].

En la actualidad, a través del correo electrónico corporativo se brindan instrucciones, directivas u otras relacionadas con las labores, siendo lo usual que una empresa asigne una cuenta de correo a su personal[39]. Empero, y más aún en el contexto del tránsito masivo al trabajo remoto, el correo electrónico corporativo no solo constituye una herramienta de trabajo que los empleadores proporcionan al personal con fines de comunicación, sino también tiene la utilidad de ser la clave de acceso a todos sus sistemas de información.

---

37 ABAD YUPANQUI, Samuel. *"El derecho al secreto de las comunicaciones. Alcances, límites y desarrollo jurisprudencial".* En: Pensamiento Constitucional. Lima: Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XVI, Número 16, 2012, pág. 15.

38 Ídem, pág. 17.

39 DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. *"El poder de dirección y el uso de nuevas tecnologías".* En: QUIÑONES, Sergio (coord.). "*El Derecho del Trabajo en la Actualidad: Problemática y Prospectiva. Estudios en Homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario".* Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, pág. 129.

Supongamos que Juan Pérez ingresa a trabajar a la empresa "La Sociedad S.R.L" y se le asigna la cuenta jperez@lasociedad.com. Con la clave y contraseña de este correo electrónico, Juan podrá ingresar a los ordenadores o plataformas digitales de la empresa, se comunicará con clientes de la compañía, terceras personas u otros compañeros de trabajo, que podrán identificarlo como parte de dicha empresa. De ahí que—en principio—los correos electrónicos que envíe se remitirán como un trabajador de la compañía, y no necesariamente a título personal, como así sucedería si utilizara su cuenta de correo personal jperez@gmail.com. La cuenta de correo corporativo tiene, por tanto, mayor utilidad en la actualidad, al constituir la credencial con la que el trabajador puede ingresar a las plataformas y sistemas de información del empleador. Resulta difícil que, a la fecha, alguna organización de cierto nivel permita que sus trabajadores accedan a sus sistemas de información, plataformas institucionales, entre otras, a través de cuentas de correo personales.

En el ejemplo planteado, la Sociedad, a propósito de la pandemia de la Covid-19, ha asignado trabajo remoto a Juan, quien utilizará su propia laptop y red doméstica para ingresar a la VPN creada por la empresa para que este pueda desarrollar sus actividades desde su domicilio. Como parte de los protocolos de seguridad de la información, se le ha comunicado que el correo electrónico se encontrará constantemente monitoreado para evitar la filtración de información confidencial, se prohibirá la remisión de correos electrónicos a su cuenta de correo personal, y que todos los correos que curse mediante su cuenta de correo corporativo deberán ser guardados/subidos en la nube / servidor de almacenamiento online diseñado por la empresa.

La empresa ha accedido al contenido de los correos electrónicos cursados por el trabajador, ¿se vulneró el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados? Consideramos que no, toda vez que, en este escenario, el trabajador ha sido informado de los protocolos de seguridad de la información de la empresa y no tendría una expectativa de intimidad o privacidad de las comunicaciones que se cursen mediante el correo corporativo.

Este concepto (expectativa de intimidad o privacidad) ha sido utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en algunos casos en los que ha examinado la intervención de los correos electrónicos, datos de navegación

de internet, llamadas telefónicas, entre otros. En el Asunto Copland contra el Reino Unido, el TEDH consideró que los correos electrónicos remitidos desde el lugar de trabajo estaban protegidos por el derecho a la no intervención en la vida privada y correspondencia; a la vez, se reconoce que la demandante tenía una expectativa fundada de privacidad sobre esta comunicación, dado que no fue informada por su empleador del monitoreo de sus correos electrónicos[40]. En el caso Libert contra Francia, el TEDH consideró que legítimamente el empleador puede pretender verificar que sus trabajadores utilicen los equipos informáticos que se encuentran a su disposición para el desarrollo de sus funciones, conforme las obligaciones contractuales convenidas y a la regulación que resulte aplicable, pues este tiene un válido interés en asegurar el buen funcionamiento de sus actividades[41].

Este mismo tribunal, en el caso Barbulescu contra Rumanía, desarrolló y/o estableció diversos requisitos para admitir la validez los mecanismos de monitoreo del uso de la internet y correos corporativos del empleador: (i) el trabajador debe haber sido informado de forma clara y precisa del mecanismo de supervisión de sus comunicaciones y de forma previa a su implementación; (ii) los alcances de la supervisión realizada por el empleador y el número de personas que han accedido a los resultados; (iii) existencia objetivos legítimos que justifiquen la vigilancia de las comunicaciones y el acceso al contenido por parte del empleador; (iv) verificación de la existencia de mecanismos menos intrusivos; (iv) información de las consecuencias de la supervisión y si esta cumple con los objetivos establecidos por el empleador; entre otros[42].

Recientemente, los magistrados del TC, señores Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera, presentaron un voto singular en minoría la sentencia recaída en el Expediente N° 00943-2016-PA/TC, en el que, recogiendo los criterios establecidos por el TEDH en el caso Barbulescu vs Rumanía, reconocieron la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir el correo electrónico institucional que el empleador ha otorgado al trabajador, siempre

40 Cfr. párrafo 74 de la sentencia emitida por el TEDH en el Asunto Copland c. Reino Unido (Demanda nº 62617/00) del 3 de abril de 2007.

41 Cfr. párrafo 46º de la sentencia emitida por el TEDH en el Asunto Libert c. Francia (Demanda nº 588/2013) del 22 de febrero de 2018.

42 Cfr. párrafo 120 de la sentencia emitida por el TEDH en el Asunto Barbulescu c. Rumanía (Demanda nº 61496/2008) del 5 de setiembre de 2017.

que se haya cumplido con comunicar a este dicha posibilidad de monitorear sus conversaciones, así como las condiciones aplicables para la utilización de los bienes entregados por el empleador[43]. Este voto singular en minoría no constituye un cambio del criterio adoptado en el caso Serpost, prueba de ello es que en la sentencia recaída en el Expediente N° 04386-2017-PA/TC, en el que la mayoría de magistrados del TC ratificó íntegramente el criterio contenido en la sentencia del caso Serpost[44].

La expectativa de intimidad y privacidad también ha sido empleada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América para analizar los mecanismos de vigilancia del empleador. En efecto, Kidwell y Sprague recuerdan que en dicho país no existe derecho a la privacidad, a menos que exista una expectativa de intimidad (Katz vs. USA, 1967); si los trabajadores utilizan los equipos proporcionados por el empleador para el desarrollo de sus labores, entonces aquellos deberían tener una mínima expectativa de privacidad e intimidad; y, la mínima expectativa de intimidad quedará destruida si los empleadores notifican previamente a los trabajadores (EUA vs. Simons, 2000; TBG Ins. Services Corp. vs. Corte Superior, 2002)[45].

Sobre la base del concepto expectativa de intimidad, y teniendo en cuenta los mayores riesgos a los que se encuentra expuesta la información de los empleadores en este particular contexto de migración masiva al trabajo remoto, estimamos que si los empleadores cumplen con informar adecuada, precisa y minuciosa los alcances de las políticas de seguridad de la información a sus trabajadores para la utilización de los correos corporativos, disposiciones como las indicadas en

43 Ver fundamentos jurídicos Nos. 24 al 29 del voto singular de la sentencia recaída en el Expediente N° 00943-2016-AA/TC del 14 de julio de 2020. Cabe destacar que esta posición fue aceptada por la minoría de magistrados del TC, pues la mayoría de magistrados del TC votaron por declarar improcedente la demanda de amparo.

44 Los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinosa-Saldaña Barrera votaron por declarar fundada la demanda de amparo, pues estimaron que la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Piura había vulnerado el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones del señor Edward Antonio Muñoz Salazar, al acceder indebidamente a sus correos electrónicos institucionales para sustentar su despido por la comisión de faltas graves. Así, se consideró que dichos correos electrónicos constituían una prueba ilícita que carece de todo valor probatorio. La sentencia fue emitida el 27 de octubre de 2020.

45 KIDWELL, Roland E. y Robert SPRAGUE. Op. Cit., págs. 198 y 199.

el ejemplo de líneas arriba (caso señor Juan Pérez), no constituirán una lesión o vulneración del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. En rigor, y si los empleadores adoptan parámetros como los descritos por el TEDH, el correo electrónico corporativo no se encontraría protegido por el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, pues se habría neutralizado la expectativa de privacidad del trabajador y, de esta forma, el empleador podría acceder—inclusive—al contenido de los correos cursados y recibidos por este.

No incidiría en esta conclusión el hecho que el trabajador utilice su red doméstica para ingresar a las plataformas de acceso remoto creadas por el trabajador. Creemos que, en estos casos, el análisis debe estar centrado en las políticas de seguridad de la información que deberá observar el trabajador durante la prestación efectiva de servicios bajo esta modalidad, ya sea que ejecute dicha prestación en la computadora o dispositivos proporcionados por su empleador, o se hayan adoptado políticas de BYOD. En ambos casos, la expectativa de privacidad quedará restringida al uso de las cuentas de correo personales distintas a las cuentas de correo corporativas asignadas por el empleador. La cuenta de correo personal será el espacio que se encontrará fuera del ámbito de fiscalización y control del empleador; por ende, este correo sí estará protegido por el derecho fundamental en referencia y solo podrá accederse a su contenido o ser intervenido, mediando las garantías previstas en la Constitución, es decir, por mandamiento motivado del Juez.

Inversamente, si el empleador no cumple con comunicar sus políticas y/o protocolos de ciberseguridad durante la prestación del trabajo remoto; o, incluso, si antes del paso a esta modalidad no se contaba con alguna directiva respecto al control y fiscalización de los correos electrónicos corporativos; entonces este medio de comunicación sí estará protegido por el derecho fundamental en referencia. En efecto, si el empleador no contó con una política de utilización y control del correo corporativo, probablemente los trabajadores habrán "personalizado" esta herramienta, de modo tal que no solo habría sido empleada para fines laborales, sino también personales. De forma evidente, en este supuesto no podría discernirse qué contenido del correo es de índole profesional y cuál corresponde al ámbito privado o personalísimo del trabajador, quedando protegido por las garantías previstas por la Constitución. Así, el empleador sólo podrá acceder al correo corporativo o por una autorización expresa del trabajador o por mandato judicial.

B) Restricciones al uso de aplicativos webs de mensajería instantánea

Proliferan en la internet múltiples páginas o aplicativos webs de mensajería instantánea, tales como *Whatsapp, Telegram, Facebook Messenger, Instagram Messenger* que pueden utilizarse desde las computadoras. Así, es frecuente que muchos usuarios (trabajadores, estudiantes, locadores de servicios, etc.) de estos aplicativos prefieren recurrir a las páginas web para no afectar el paquete de datos de sus dispositivos móviles (celulares). Estos aplicativos no solo permiten la transmisión de texto, sino también de fotografías, videos, archivos Word, pdf y, en general, de cualquier clase de archivo digital. Por este motivo, en el contexto de la aplicación masiva del trabajo remoto, los equipos de Tecnología de la Información de algunas organizaciones, como parte de los protocolos de seguridad de la información, recomiendan la implementación de restricciones a estas formas de comunicación instantánea.

Empero, la legalidad y/o validez este tipo de restricciones deben examinarse teniendo en cuenta que, dada la coyuntura, los trabajadores se encuentran prestando servicios de forma remota a través de sus redes de navegación domésticas. Particularmente, estimamos que el análisis de la validez de estas restricciones dependerá de si el titular del dispositivo es el empleador o el trabajador. Veamos:

a) *De propiedad del empleador:* Por lo general, las computadoras del empleador cuentan con todos los programas, aplicativos y antivirus necesarios para preservar la seguridad de la información. Por ende, a pesar de que los datos de navegación sean de propiedad del trabajador, este no podría tener una expectativa de uso pleno e irrestricto de los aplicativos de mensajería instantánea. Inclusive, los empleadores podrían instalar un software que detecte cualquier tipo de intento de transmisión de mensajes o archivos mediante estas aplicaciones. A la intervención de estos aplicativos por parte del empleador no podría oponérsele el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. No advertimos que exista una expectativa legítima de privacidad e intimidad del trabajador respecto de estos aplicativos cuando utilice la computadora de propiedad de la empresa.

b) *De propiedad del trabajador:* Si para la prestación del trabajo remoto el trabajador accede a una VPN creada por la empresa o ingresa al escritorio remoto de su computadora corporativa, aquel se encontrará sujeto al cumplimiento las restricciones dispuestas por esta para la utiliza-

ción de aplicativos webs de mensajería instantánea. Sin embargo, estas restricciones no podrían ejecutarse mientras el trabajador hace uso de su escritorio personal. En este último caso, el trabajador goza de las más amplías libertades de navegación a través del internet, incluyendo la utilización de la mensajería instantánea por web, sin perjuicio de adoptar las medidas comunes de seguridad de navegación por internet (no compartir contraseñas, actualizar antivirus, no responder correos inseguros, entre otros).

4. Monitoreo del trabajo remoto: intimidad, vida privada y la fiscalización de los datos de navegación de los trabajadores

En el segundo punto del presente trabajo examinamos los EPM o ES que tienen por objeto monitorear el desempeño y la productividad de los trabajadores, y, de este modo, evitar el *cyberloafing*. Sin embargo, en el trabajo remoto, el servicio es prestado desde sus domicilios y a través de su red de navegación. Por tanto, los sistemas o mecanismos de control del trabajo efectivo por parte del empleador deben de considerar esta particularidad.

Respecto de los trabajadores sujetos a fiscalización inmediata del tiempo de trabajo que se encuentran en esta modalidad, el empleador cuenta con un interés legítimo de verificar que aquellos cumplan de forma efectiva con cada una de las obligaciones propias al cargo que desempeñan en la empresa, así como de observar la jornada de trabajo convenida. Ciertamente, no debe soslayarse que, en el régimen del trabajo remoto, se ha previsto que el trabajador *"(…) debe estar disponible durante la jornada de trabajo para las coordinaciones de carácter laboral que resulten necesarias (…)"*[46].

No obstante, y como toda medida de control y vigilancia de la prestación de trabajo por parte del empleador, los EPM que se implementen para verificar la productividad y desempeño durante el trabajo remoto deberán respetar o encontrarán un límite en los derechos fundamentales del trabajador, como por ejemplo a la intimidad y vida privada, máxime si la prestación se ejecuta—primordialmente—dentro del domicilio del trabajador, el cual constituye un espacio hermético de éste que se encuentra fuera de la esfera de control del empleador.

46 Artículo 9.4 del Decreto Supremo Nº 010-2020-TR.

En este sentido, la OIT ha señalado que la instalación de softwares que rastreen la actividad de los trabajadores, tales como verificación de la utilización del teclado, movimientos del *mouse* e, incluso, el traslado o desplazamiento del personal tienen una naturaleza particularmente intrusiva y, por ende, no son recomendados[47]. Así, pues, resultaría intrusivo y lesivo al derecho a la intimidad personal, la implementación de directivas que obliguen al trabajador a tener encendida en todo momento la cámara web de la computadora o dispositivo con el que presta servicios, con la finalidad de verificar que, de manera efectiva, cumple con la jornada de trabajo convenida con la empresa.

De igual forma, una directiva que obligue al personal a no editar el *backing* mientras se hace uso de las plataformas de videoconferencias (*Google meet*, *Microsoft teams*, *webex mettings*, zoom, etc.) resultaría invasiva a la esfera privada del trabajador, pues este no se encuentra obligado a exhibir el entorno en el que desarrolla su actividad, salvo que existan razones justificadas vinculadas—esencialmente—a las medidas de seguridad y salud en el trabajo. En el ámbito de las videoconferencias existen herramientas que permiten al empleador analizar la atención del personal, grabación de las reuniones en la nube con los datos de la imagen y voz que, incluso, puede filtrar sonidos del domicilio del trabajador[48].

Para Prous y Crouzet la utilización de estas medidas en el contexto del Covid-19 debe observar: a) un objetivo limitado, específico y legítimo; b) solo debe obtenerse la información que resulte necesaria y proporcional; c) transparencia, todos los trabajadores deben ser informados de los mecanismos que se utilizarán para monitorear la actividad; entre otros[49].

En definitiva, la validez de estas medidas de monitoreo del trabajo remoto quedará sujetas al *test* de proporcionalidad y razonabilidad: (i) idoneidad, adecuación de la medida con el objetivo legítimo; (ii) necesidad, que no existan medidas menos invasivas o lesivas al derecho fundamental; y, (iii) proporcionalidad en

47 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Op. Cit., pág. 9.

48 PROUST, Olivier y Sixtine CROUZET. *"The risks of online employee monitoring during the COVID-19 crisis"*. En:https://www.fieldfisher.com/en/services/privacy-security-and-information/privacy-security-and-information-law-blog/the-risks-of-online-employee-monitoring-during-the 13/09/20 00:06 horas

49 Ibídem.

sentido estricto, a mayor injerencia en el derecho fundamental, mayor deberá ser el objetivo o interés del empleador que se pretenda tutelar con la medida.

Reflexiones finales

La Covid-19 aceleró la migración a las actividades no presenciales y, con ello, a la utilización masiva del trabajo remoto. Si bien esta modalidad estará en vigencia hasta el 31 de julio de 2021, lo cierto es que—seguramente—se realizarán modificaciones o se aprobará una nueva Ley de Teletrabajo que permita la continuidad de una prestación laboral de servicios a distancia, mediante la utilización de TICs.

Como se ha examinado en este trabajo, la abrupta migración al trabajo remoto está obligando a las organizaciones a adoptar mayores medidas de ciberseguridad para preservar la confidencialidad e integridad de sus sistemas operativos. Para este efecto, los protocolos de monitoreo, seguimiento y fiscalización de las cuentas de correo corporativo del personal constituyen materias ineludibles por parte de los equipos de TI de las organizaciones. Estos protocolos deberán ser debidamente comunicados a los trabajadores, detallando sus alcances, objetivos y consecuencias ante eventuales incumplimientos. Así, se neutralizaría la expectativa de intimidad y privacidad y el correo electrónico corporativo quedaría fuera de los alcances del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.

La enorme facilidad y variedad de opciones con la que disponen los trabajadores para acceder a cuentas de correo gratuitas (*Gmail*, *Hotmail*, *Yahoo*, entre otras) permitiría una clara diferenciación entre un medio de comunicación privado y uno laboral. El correo electrónico personal será el medio infranqueable por el empleador y sujeto a las garantías previstas en la Constitución. El trabajador estará en plena capacidad de discernir el medio de comunicación que empleará para fines privados y personales.

Los pronunciamientos del TC y de la CSJR no fueron expedidos con carácter de precedente vinculante[50] y, como es obvio, se emitieron en una coyuntura

50 Si bien es cierto que la primera disposición final de la Ley Orgánica del TC dispone que los jueces y tribunales aplican las leyes y toda norma con rango de ley, conforme a los preceptos y principios constitucionales emanados de las sentencias del TC, también lo es que estas nuevas circunstancias demandan nuevas reflexiones que se adecúen a una etapa

distinta. La nueva "normalidad" exigirá por parte de las autoridades jurisdiccionales criterios que se adecúen a los riesgos cibernéticos presentes en la masiva en la migración al trabajo remoto. Por lo menos, los votos singulares en minoría emitidos en la sentencia recaída en el Expediente N° 00943-2016-AA/TC del 14 de julio de 2020 constituyen una positiva muestra—aunque débil—de pretender adecuar el criterio del caso Serpost a un contexto en el que predomina la utilización de las TICs por parte del empleador.

Por su parte, los mecanismos de fiscalización del trabajo remoto que se implementen encontrarán un límite en el respeto de los derechos fundamentales del trabajador. Es en este contexto en el que cobra mayor vigencia lo señalado por Valdez Dal Ré, quien sostuvo: *"el ejercicio de los derechos fundamentales ha de efectuarse en unos términos que resulten compatibles con el resto de derechos, bienes y valores constitucionalmente amparados, compatibilidad ésta que se garantiza mediante la imposición de unos límites a aquel ejercicio"*[51].

En resumen, las facultades de dirección del empleador y los derechos fundamentales de los trabajadores colisionan en esta nueva normalidad de prestación de servicios subordinados. La responsabilidad para resolver estos conflictos recaerá en los jueces, quienes tendrán que recurrir al *test* de proporcionalidad y razonabilidad. Aguardemos expectantes por su actuación.

de mayor intervención e innovación tecnológica.

51 VALDEZ DAL RÉ, Fernando. *"Los derechos fundamentales de la persona del trabajador"*. En: AA.VV. Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo: Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, pág. 96.

LA PROTECCIÓN JUDICIAL CONTRA EL DESPIDO

Carlos Alberto Quispe Montesinos*

Resumen:

Nuestro modelo de protección contra el despido adolece de inconsistencias a raíz de la falta de correlato entre la regulación legal y la interpretación de los jueces. El autor analiza las incidencias sustantivas y procesales de ello a partir de pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema en la materia.

Abstract:

Our model of protection against dismissal suffers from inconsistencies due to the lack of correlation between the legal regulation and the interpretation of the judges. The author analyzes the substantive and procedural incidents of this, based on pronouncements issued by the Constitutional Court and the Supreme Court on the matter.

Palabras clave:

Protección contra el despido – Tutela restitutoria – Resarcimientos por daños derivados del despido – Amparo laboral residual

Keywords:

Protection against dismissal - Restorative protection - Compensation for damages derived from dismissal - Residual labor protection.

* Abogado por la PUCP y magíster en dirección de recursos humanos por la UNMSM. Profesor de la Escuela de Posgrado de la UPC. Asociado de la SPDTSS. Contacto: cquispemontesinos@gmail.com

SUMARIO: Introducción. 1. La ampliación de los supuestos de la tutela restitutoria. 2. El inconsistente contenido de la tutela restitutoria de los despidos incausados y fraudulentos. 3. Los resarcimientos por daños y perjuicios derivados del despido. *3.1. Los daños resarcibles. 3.2. Los daños adicionales a la indemnización por despido.* 4. El proceso constitucional de amparo y los procesos laborales como vías procesales alternativas frente al despido. *4.1. El precedente vinculante contenido en la STC N° 0206 -2005- PA/TC. 4.2. El precedente vinculante contenido en la STC N° 02383-2013-PA/TC.* 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

Introducción

Al inicio de la presente centuria, el Tribunal Constitucional (TC) reconfiguró el modelo de protección contra el despido que había sido delineado, en desarrollo del artículo 27 de la Constitución Política[1] (CP), por la hoy denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL).

A través de las sentencias expedidas en los expedientes N° 1124-2001-AA/TC, N° 0976-2001-AA/TC (que expresaron doctrina jurisprudencial) y N° 0206-2005-PA/TC (que establecería un precedente vinculante), el TC modificó los términos que el legislador había previsto en cuanto a las modalidades de despido y al contenido de la tutela frente a ellas.

El término "despido arbitrario" empleado en la CP pasó a ser entendido como un género que comprende a varias especies o modalidades, algunas de las cuales, no habían sido previstas normativamente. Los supuestos de tutela restitutoria se ampliaron significativamente y se diferenciaron también las vías procesales a través de las cuales se podría alcanzar protección frente al despido.

Los criterios establecidos fueron seguidos por el propio TC y por los órganos laborales y constitucionales de todos los niveles del Poder Judicial (el cual se ha expresado a través de sentencias y plenos jurisdiccionales). Así, a la fecha, el modelo de protección contra el despido arbitrario ha quedado definido en los siguientes términos:

1 Artículo 27 de la CP: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"

Cuadro N° 1

Tipo de despido	Contenido	Tipo de tutela	Vía procesal
Injustificado	La causa invocada no es probada judicialmente	Indemnización en base a tarifa legal	- Proceso ordinario laboral
Incausado	Realizado sin expresión de causa	Readmisión en el empleo	- Proceso ordinario laboral - Proceso abreviado laboral - Proceso constitucional de amparo
Fraudulento	Despido "perverso" expresado en: - Hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios - Falta no prevista legalmente - Extinción del vínculo con vicio de la voluntad - "Fabricación" de medios probatorios para tratar de justificar el despido	Readmisión en el empleo	- Proceso ordinario laboral - Proceso abreviado laboral - Proceso constitucional de amparo
Nulo	• El despido lesivo de derecho constitucionales • El despido que tiene por motivo: - El ejercicio de la libertad sindical - Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador - La discriminación - El embarazo y sus consecuencias	• Restitución jurídica: - Readmisión en el empleo - Pago de remuneraciones devengadas - Reconocimiento del tiempo de servicios comprendido entre el cese y la reposición como efectivamente laborado • Indemnización en base a tarifa legal (de optar el trabajador por ella)	- Proceso ordinario laboral - Proceso abreviado laboral - Proceso constitucional de amparo

Elaboración propia

A pesar del tiempo transcurrido desde la expedición de los referidos pronunciamientos, la entrada en vigencia de una nueva ley procesal laboral y la emisión de un nuevo precedente vinculante constitucional de la materia (contenido en la STC N° 02383-2013-PA/TC), nuestra legislación no ha incorporado las modificaciones efectuadas por el TC en el modelo de protección contra el despido. Como señalara el profesor Neves, "hubiera sido ideal que el Congreso,

tras la emisión de las sentencias del Tribunal Constitucional, hubiera recogido pronto sus criterios en una ley, que los integrara a todos armónicamente (…). Se hubieran evitado tantos años de incertidumbres y contradicciones" (2015: 232).

Es por ello que el modelo de protección contra el despido mantiene varias inconsistencias y son los jueces quienes, para bien o para mal, le han venido dando contenido, aunque no con la congruencia con que la institución debiera de ser abordada.

Examinamos a continuación los, que consideramos, principales aspectos de esta "recomposición" del modelo de protección contra el despido y sus incidencias en el ámbito del régimen laboral aplicable a las entidades privadas.

1. La ampliación de los supuestos de la tutela restitutoria

El TC ha identificado dos elementos esenciales del derecho al trabajo reconocido en el artículo 22° de la CP[2]: el de acceso al empleo y el de conservación de este. Mientras el primer elemento alude al deber estatal de promover la creación de empleo productivo (STC N°00026-2008-AI/TC y N° 00028-2008-AI/TC, fundamento jurídico 56), "el segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa" (STC N° 02908-2012-AA/TC, fj. 3).

Este segundo componente, al condicionar la validez del despido a la presencia de una causa justa, expresa la existencia de un régimen de estabilidad laboral de salida, el que "se configura como una garantía destinada a limitar la capacidad extintiva del contrato de trabajo por iniciativa del empleador" (Ferro, 2012: 474).

La estabilidad laboral de salida concibe dos modalidades de protección diferenciadas en función a la eficacia de la decisión del empleador de resolver el contrato de trabajo. Será absoluta cuando, determinada la arbitrariedad del despido, la decisión del empleador se reputa como ineficaz y en consecuencia el vínculo laboral se reanuda. Será estabilidad laboral relativa, cuando la decisión del empleador mantiene su eficacia, es decir la relación laboral no se restituye, pero se debe pagar al trabajador una indemnización por el despido sufrido.

2 Artículo 22 de la CP: "El trabajo es un deber y un derecho"

En el caso de la estabilidad absoluta, la tutela que reconoce el ordenamiento es restitutoria, mientras que el de la estabilidad relativa es de naturaleza indemnizatoria.

Si bien en la legislación peruana los términos "indemnización" y "resarcimiento" se emplean en forma indistinta e incluso como sinónimos (Fernández, 2019: 165 – 166), a efectos de distinguir a la compensación o reparación legalmente tarifada en el artículo 38 de la LPCL[3] de aquella determinada por los jueces en un caso concreto a partir de un juicio de responsabilidad civil en el que debe establecerse presencia de daño, causalidad y criterio de imputación (León, 2016: 35 – 38), llamaremos a la primera, "indemnización" y a la segunda, "resarcimiento".

La LPCL reconoció dos modalidades de despido: El "despido nulo" y el "despido arbitrario". La estabilidad absoluta, y en consecuencia la tutela restitutoria, solamente había sido prevista para los supuestos en los que la decisión del empleador de resolver el contrato de trabajo vulneraba un número restringido de derechos fundamentales: la libertad sindical, la interdicción de la discriminación y la tutela jurisdiccional efectiva (Blancas, 2015: 139). Para el resto de los casos, en los que se despidiera sin expresión de causa o en los que no pudiera probarse esta en juicio, se encontraba el "despido arbitrario" con la consecuente tutela indemnizatoria en la que el pago de la indemnización se determina en base a criterios fijados por la ley: el tiempo de servicios y el importe de la última remuneración.

Este desarrollo legislativo correspondía al mandato constitucional del artículo 27 de la CP por el cual el legislador, a través de una norma con rango de ley, debía regular una protección adecuada contra el despido arbitrario. Tales exigencias fueron satisfechas, en el plano formal, en tanto fue el gobierno, a través de facultades legislativas constitucionalmente delegadas, quien actuando como legislador, expidió la referida norma de desarrollo constitucional[4].

3 Artículo 38 de la LPCL: "La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año de servicios con u n máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda (…)"

4 Octava disposición final y transitoria de la CP: "Las disposiciones de la Constitución que lo requieran son materia de leyes de desarrollo constitucional"

En el plano sustantivo, el propio TC reconoció que el pago de la indemnización constituía una forma de protección adecuada contra el despido. Lo expresó en los siguientes términos: "… a juicio del Tribunal Constitucional, el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7 del Protocolo de San Salvador (…), ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional" (STC N° 0976-2001-AA/TC fj. 12).

La consecuencia natural del reconocimiento de la constitucionalidad del modelo de protección contra el despido previsto en la LPCL debió ser que los ámbitos de actuación de la tutela restitutoria y la tutela indemnizatoria se mantuvieran en los términos previstos por el legislador, sin embargo, los alcances de la estabilidad laboral absoluta se han ampliado al despido incausado (para el que el artículo 34 de la LPCL había previsto solamente la indemnización) así como para el creado jurisprudencialmente, despido fraudulento.

Como indica Sanguineti, la consecuencia principal de esta jurisprudencia fue desautorizar varias de las prácticas que se derivaban de la aplicación literal del artículo 34 de la LPCL, "sustituyendo respecto de estas el pago de una indemnización, previsto como reparación ordinaria por dicho precepto, por la reposición del trabajador en el puesto de trabajo que venía ocupando" (2007: 98)

Castillo anota que si el TC hubiera determinado la inconstitucionalidad de la tutela indemnizatoria prevista en el artículo 34 de la LPCL, lo propio hubiera sido invalidar tal previsión legal mas no reemplazar al legislador para usurpar sus funciones y decidir cuál es la adecuada protección contra el despido arbitrario, ya que tanto la reposición como la indemnización son respuestas constitucionalmente válidas frente al despido arbitrario por lo que "optar por una o por otra respuesta deja de ser una cuestión jurídica, y pasa a ser una cuestión política (…) Y así como el Gobierno no decide institucionalmente lo justo, de igual forma el Tribunal Constitucional (y ningún Juez) tiene ni la aptitud ni la competencia para decidir lo conveniente en una comunidad política" (2017: 153 – 154).

En su oportunidad, Pasco advirtió que la jurisprudencia del TC no había interpretado propiamente la CP sino que la había distorsionado y modificado de acuerdo a la posición ideológica del colegiado en aquel momento, significando

ello una trasmigración de un sistema laboral de tendencia flexibilizadora y liberal a uno de esencia proteccionista y garantista (2006: 365 – 371).

Si bien, a la fecha, esta interpretación que determinó una significativa ampliación de los alcances de la tutela restitutoria mantiene aún críticas y resistencias, incluso en el seno de la propia composición actual del TC, en el que (en los procesos de amparo en los que se dilucidan despidos) dos de sus magistrados emiten votos singulares desconociendo a la reposición como forma de protección adecuada contra el despido o limitando su aplicación a los supuestos de nulidad de despido contemplados en la LPCL (por todos pueden verse los votos singulares emitidos en la STC N° 00943-2016-PA/TC), lo cierto es que los órganos de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria laboral, en todos sus niveles y de forma consolidada y extendida, han hecho suya la posición desarrollada por el TC y esto porque "No es posible poner en duda, no al menos seriamente, que la teoría de las fuentes del derecho ha sufrido cambios relevantes hoy. Uno de ellos puede ser enunciado de la siguiente manera: el derecho es creado también por los tribunales" (Castillo, 2017: 17).

2. El inconsistente contenido de la tutela restitutoria de los despidos incausados y fraudulentos

Hemos distinguido a las formas de protección contra el despido acogidas por nuestro ordenamiento en función a la eficacia o ineficacia de la decisión de resolver arbitrariamente el contrato de trabajo. La tutela restitutoria debería implicar privar de efectos fácticos y jurídicos a la unilateral decisión del empleador de extinguir el vínculo laboral, lo que significaría la reanudación de la relación sustantiva y que el empleador deba reintegrar aquellas prestaciones no satisfechas cual si nunca hubieran existido razones para que se exima de ellas. Ello es lo que ocurre en el caso del despido nulo regulado en la LPCL.

La tutela indemnizatoria implica, por su parte, que la calificada como arbitraria decisión del empleador de resolver la relación de trabajo, mantenga su eficacia. Es decir, el contrato se llega a extinguir, pero en su lugar deben repararse o compensarse las consecuencias del cese a través de una indemnización cuyos criterios de cuantificación han sido fijados en la ley. Ello ocurre con el despido injustificado de la LPCL en cuyo artículo 38 se ha previsto el pago de una indemnización tarifada.

Sin embargo, en el caso de los despidos incausados y fraudulentos, si bien la decisión judicial que declara su existencia determina la readmisión física en el empleo, no genera que el empleador deba restituir al trabajador afectado aquellas prestaciones de las que se eximió (pago de haberes) como consecuencia de la arbitraria resolución del contrato de trabajo.

La Corte Suprema (CS) si bien hace varios años había acogido el criterio por el que "por efecto de la reposición ordenada en la sentencia de amparo, al accionante le corresponde el abono de las remuneraciones dejadas de percibir por el período comprendido entre la fecha del despido (…) y la de su efectiva reposición" (Casación N° 1458-2003 Lima), al día de hoy, ha desarrollado una profusa y consolidada jurisprudencia en sentido contrario, esto es que la declaratoria de un despido como incausado o fraudulento solamente genera la readmisión física mas no el pago de las remuneraciones que se hubieran devengado entre la fecha de cese y la oportunidad de reposición.

En forma reiterada viene afirmando que: "En tal sentido y en atención al principio de legalidad, no resulta viable aplicar las consecuencias de los despidos nulos a las reposiciones por despidos incausados o fraudulentos; por lo que no se puede realizar una interpretación extensiva ni analógica de una excepcionalidad señalada por la misma norma" (Casación Laboral N° 16607-2016 Del Santa, fj. 13). Ello ha sido reafirmado en el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional del año 2017 en el que se acordó lo siguiente:

> Las ficciones jurídicas o las presunciones absolutas solo pueden ser predeterminadas por Ley. En el ordenamiento nacional no existe ninguna norma legal que establezca que luego de un despido incausado o de un despido fraudulento la relación laboral persiste en su existencia, o que el trabajador tiene derecho al pago de remuneraciones, derecho que se genera dentro de una relación laboral producto de una labor efectiva. Distinto es el caso, por ejemplo, del despido nulo en el que corresponde el pago de remuneraciones por mandato legal del artículo 40 del Decreto Supremo 003-97-TR.

La CS ha determinado entonces que la vulneración al derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo, a través de un despido incausado o fraudulento, genera una tutela restitutoria restringida o imperfecta en tanto que pese a declararse la ineficacia de la decisión de cese, el empleador, que

ilegítimamente se niega a recibir la prestación de servicios del trabajador, se termina liberando de una de las principales prestaciones que desde un principio emanaron del contrato de trabajo: el pago de salarios.

Desde la perspectiva del Derecho Civil, Campos ha anotado que el pago de las remuneraciones devengadas en el despido nulo sería lógica consecuencia de un acto ineficaz, generando tal ineficacia la necesidad de reintegrar la situación jurídica de las partes afectadas a la situación previa al momento de su realización. "Bajo esta lógica, en tanto el despido (incausado o fraudulento) es también un acto que no puede producir la consecuencia jurídica de extinción del vínculo laboral (…) no solo se justificaría la reposición al centro laboral, sino que resultaría natural que también proceda el pago de las remuneraciones devengadas, como parte del efecto 'reintegrativo' del acto ineficaz" (2018: 85 - 86).

El mismo autor justifica también el otorgamiento de las remuneraciones dejadas de percibir a partir de la figura de la mora del acreedor prevista en el artículo 1338 del Código Civil[5]. Por ella, la negativa del empleador a aceptar la ejecución de la prestación de su trabajador por causa no imputable a este último, generaría que se traslade el riesgo por la prestación debida a aquel. "Ello determina que (el empleador) tenga que pagar la contraprestación a su cargo (todas las remuneraciones devengadas) como consecuencia del traslado del riesgo en virtud de la mora del acreedor" (Campos, 2019: 214 - 215).

La negativa a reconocer efectos restitutorios plenos a la protección contra los despidos incausados y fraudulentos, restringiéndolos a una readmisión física en el empleo sin prestaciones complementarias adicionales, ha provocado que tal tutela sea concebida como insuficiente. Su limitada eficacia reparatoria ha propiciado que en la generalidad de los casos, dentro del propio proceso judicial de reposición o en uno posterior, deban plantearse, en vía de acción, pretensiones resarcitorias por daños patrimoniales y daños morales sujetas a acreditación probatoria y en cuya determinación judicial impera un absoluto desorden e imprevisibilidad en cuanto a la cuantificación de las reparaciones.

5 Artículo 1338 del Código Civil: "El acreedor incurre en mora cuando sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación"

3. Los resarcimientos por daños y perjuicios derivados del despido

En el propio V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional, la CS ha señalado que "En los casos de despido incausado y despido fraudulento, el trabajador tiene derecho a demandar la reposición en el empleo, además podrá acumular simultáneamente el pago de la indemnización de los daños y perjuicios sufridos, las que incluyen el daño emergente, lucro cesante y el daño moral". Así, ha propiciado un desbordado planteamiento de pretensiones resarcitorias por daños y perjuicios derivadas del despido, pero, en contraposición a ello, no ha desarrollado criterios que faciliten una cuantificación objetiva de las reparaciones que se vienen otorgando por parte de los órganos jurisdiccionales de todos los grados.

3.1. Los daños resarcibles

La justicia laboral concibe que "existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daños y perjuicios producto de un despido ilegítimo, comprendiendo dichos daños el lucro cesante, daño emergente y el daño moral" (Casación Laboral N° 13319-2015 Callao, fj. 9). Estos tres son los tipos de daños por los que la justicia laboral reconoce resarcimientos pecuniarios.

El *lucro cesante* entendido como "la frustración de una ganancia, utilidad o rédito futuro y cierto" (León, 2016: 59) es el tipo de daño que presenta los contornos más objetivos dentro de los tipos de daños resarcibles civilmente. Sobre su determinación se ha señalado: "en cuanto al daño por lucro cesante (…) las remuneraciones dejadas de percibir solo son simple referencia para la fijación de la suma a otorgar (Casación Laboral N° 25119-2017 Callao, fj.11 y Casación Laboral N° 20789 -2017 Moquegua, fj.16). En el mismo sentido, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral de 2019 se estableció:

> En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado o fraudulento declarados judicialmente como tales; el daño patrimonial invocado a título de lucro cesante, debe ser entendido como todos los ingresos dejados de percibir como consecuencia directa e inmediata del despido y no como las remuneraciones dejadas de percibir; y cuya existencia real y objetiva deberán ser acreditadas a fin de determinar la cuantificación que se sustentará en un parámetro temporal referido al tiempo de duración del cese; un parámetro

> cuantitativo referido al importe de los ingresos ciertos que hubiera dejado de percibir; y cualquier otra circunstancia que tuviera incidencia directa en dicha cuantificación; deduciéndose los ingresos que hubiese obtenido el demandante por servicios realizados en dicho período de cese y los gastos que hubiera efectuado en caso de continuar laborando para la obtención de sus remuneraciones.

A partir de tal concepción, el lucro cesante no podría ser entendido como el equivalente a las remuneraciones devengadas. La existencia de la ganancia dejada de percibir debería ser acreditada real y objetivamente, atendiéndose en su cuantificación a parámetros temporales (período comprendido entre el despido y la readmisión) y cuantitativos (importes de los ingresos ciertos dejados de percibir de los cuales se deduzcan las rentas percibidas por el trabajador durante el período de cese, así como también, el importe de los gastos que se hubiera efectuado en caso de no haberse producido el despido).

Sin embargo, tales criterios no han alcanzado uniformidad en tanto la CS ha resuelto también que la percepción de ingresos durante el período de desempleo no debería incidir en el lucro cesante derivado del despido "ya que los ingresos adquiridos por el actor son el fruto del ejercicio de su derecho constitucional al trabajo, ya que de hacerlo (descontar los importes percibidos por el trabajo prestado para otro empleador durante el período de desvinculación) caemos en el absurdo que la víctima se pague a sí misma el lucro cesante" (Casación Laboral N° 10956-2017 Tacna, fj. 8). Incluso no son escasos los pronunciamientos en los que en los tribunales recurren como primer auxilio al criterio de "valoración equitativa" referida por el artículo 1332 del Código Civil[6], otorgando resarcimientos en base a pura subjetividad eludiendo el deber constitucional de motivar las decisiones.

El *daño emergente* entendido como "la pérdida monetaria o financiera o como el deterioro de bienes que pertenecen al damnificado" (León, 2016: 59) no es mayormente requerido ni otorgado en sede judicial por la dificultad para acreditar el gasto incurrido directa y efectivamente derivado del despido. Sin embargo, donde se aprecia un creciente número de resarcimientos es en el *daño moral,* es decir en "aquel que afecta la esfera interna del individuo o que

6 Artículo 1332 del Código Civil: "Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa".

lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica" (León, 2016: 59).

¿Todo despido genera daño moral? La respuesta de la CS no ha sido unívoca frente a esta interrogante. Así, ha señalado que "Si bien todo cese o despido, afecta el ánimo del trabajador, éste no puede ser elemento suficiente para concluirse que el daño moral deriva de la extinción de la relación laboral, pues (…) tal situación solo se presenta cuando (…) en la relación laboral se menoscaben derechos fundamentales como el derecho al trabajo, a la integridad de la persona …"(Casación N° 4385-2015 Huancavelica, fj. 17) pero también ha establecido que la existencia de daño moral se desprende de la existencia de despido ya que se entiende acreditado "por el menoscabo sufrido por el demandante quien ilegalmente se vio privado del empleo" (Casación Laboral N° 25119-2017 Callao, fj. 14).

Las sumas que se reconocen por este concepto son significativamente disímiles. En algunas ocasiones se otorgan importes simbólicos y en otras, se conceden montos equivalentes al lucro cesante otorgado, implicando ello una duplicidad en las cantidades otorgadas.

Aunado a estos tipos de daños, en el V Pleno Supremo Jurisdiccional, la CS, evidenciando una impropia "vocación legislativa", determinó que los jueces debían reconocer dentro de las consecuencias económicas derivadas del despido incausado y fraudulento un novedoso concepto denominado "daño punitivo", fijando incluso el importe máximo al que podría ascender este: el equivalente a la suma que le hubiera correspondido al afectado por aportaciones al régimen previsional, público o privado, al cual se encontrara adscrito.

La pretendida imposición de esta categoría ha sido rechazada al interior de la propia judicatura. Así, los jueces superiores de la principal corte de justicia del país acordaron que "No es posible implementar el reconocimiento de daños punitivos derivados de indemnizaciones por daños y perjuicios, sujetos a los despidos incausados y fraudulentos, pues se impone una modalidad de daños no solo ajena a la regulación legal sino que constituye una nueva figura jurídica; por lo que la misma debió ser regulada por norma expresa que determine sus alcances" (II Pleno Jurisdiccional distrital en materia laboral y procesal laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima de octubre de 2020).

El contenido restringido de la tutela restitutoria para los despidos incausados y fraudulentos ha devenido en esta distorsión de las categorías sustantivas y procesales al pretender crear, vía un acuerdo de jueces supremos sin mayor carácter vinculante, un concepto ajeno a nuestro ordenamiento a ser otorgado incluso con carácter extra petita como lo es el del "daño punitivo".

La resistencia a regular legislativamente los despidos incausados y fraudulentos y la negativa judicial a reconocerle plenos efectos restitutorios a las decisiones que los califican como tales, ha propiciado que las reparaciones económicas por tales tipos de despido (comprendiendo el lucro cesante, el daño emergente, el daño moral y los daños punitivos) puedan superar los importes equivalentes a las remuneraciones devengadas, observándose también una situación inequitativa al resarcirse daños sin mayores criterios ciertos ni homogéneos.

3.2. Los resarcimientos adicionales a la indemnización por despido

El TC ha reconocido la constitucionalidad de la indemnización por despido como expresión de la tutela adecuada frente a los ceses arbitrarios. Se ha expresado en los siguientes términos:

> "El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción ordinaria con el objeto que se califique el despido como injustificado (…). En cualquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización" (STC N° 0976-2001-AA/TC, fj.12)

Sin embargo, en ciertos pronunciamientos judiciales la han concebido como insuficiente. Así, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema determinó que un trabajador que ya había recibido, en otro proceso judicial, una indemnización por despido arbitrario, no le correspondería, en el nuevo proceso, importe alguno por lucro cesante ni por daño emergente, pero si un resarcimiento por daño moral ya que "el mismo hecho de ser despedido sin causa justa produce sufrimiento en el demandante, quien puede ver un posible deterioro de su

imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general" (Casación N° 699 - 2015 Lima, fj. 12).

Con anterioridad, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema reafirmando un criterio desarrollado en la Casación N° 399 – 1999 Lima por la Sala Suprema Civil Permanente, había establecido que la indemnización tarifada prevista en la LPCL solamente otorgaba cobertura al "aspecto laboral" el que "importa la reparación del daño patrimonial inmediato causado, no involucrando al "aspecto civil" derivado de las "angustias y sufrimientos" de quien sufrió el despido (Casación N° 5008-2010 Lima, fj. 9).

Si conforme a lo decidido por el TC la tarifa legal prevista por la LPCL constituye una protección adecuada contra el despido, esta no podría ser insuficiente. Por tanto, la indemnización por despido arbitrario satisface íntegramente toda consecuencia patrimonial y moral derivada de la afectación al derecho al trabajo como consecuencia del despido injustificado. No es sostenible efectuar una diferenciación entre tipo de daños y restringir la cobertura de la indemnización por despido solamente para aquellos de carácter patrimonial, cuando estos no son los únicos que se derivan de un despido injustificado en tanto que los daños morales pueden incluso alcanzar mayor intensidad que los primeros.

En esta línea, la CS ha señalado:

> (…) existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada se encuentra prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario, no encontrándose comprendidas dentro de la misma, los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa del empleador; esto es, aquella conducta que genera una afectación especialmente dañosa sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador (Casación Laboral N° 5423 - 2014 Lima, fj. 18)

La indemnización por despido solamente comprende una reparación para el daño específico presumido en atención a un, también, específico comportamiento lesivo. En el caso del despido, la conducta lesiva del empleador será la decisión del cese ilegítimo del trabajador, y la afectación se efectuará sobre el derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo. Si la inconducta del empleador lesiona otros derechos o intereses del trabajador, por este daño

diferenciado para el que no se previó una indemnización tarifada, debería ser viable lograr un resarcimiento derivado de la responsabilidad por inejecución de obligaciones regulada por el Código Civil.

4. El proceso constitucional de amparo y los procesos laborales como vías procesales alternativas frente al despido

La derogada Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo, había concebido un carácter alternativo para el proceso de amparo. De acuerdo a su artículo 3, la limitación para acudir a este proceso constitucional se presentaba en tanto el agraviado optara por recurrir a la vía judicial ordinaria. Previamente, el justiciable podía escoger entre plantear sus pretensiones a través del amparo o acudir a la correspondiente "vía paralela" (Abad, 2004: 120 – 121).

En el ámbito laboral, ello propició una abusiva y desmesurada recurrencia a esta garantía constitucional expresada en que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 28237 – Código Procesal Constitucional (CPC) – el 70% de los procesos de amparo iniciados en nuestro país buscaban proteger derechos relacionados con materias laborales o previsionales (Espinosa-Saldaña, 2005: 153).

Con la entrada en vigencia del CPC se modificó sustantivamente esta regla al establecerse la improcedencia de los procesos constitucionales en tanto existan vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias para la tutela del derecho constitucional amenazado o vulnerado. A partir de ello, en lo que a la tutela de derechos laborales concierne, era necesario dilucidar los criterios a partir de los cuales los procesos laborales podrían ser reconocidos como una vía procesal específica con las características referidas.

4.1. El precedente vinculante contenido en la STC N° 0206-2005-PA/TC

En la STC N° 0206-2005-PA/TC se estableció que no corresponde que el proceso de amparo termine "sustituyendo a los procesos judiciales ordinarios como el laboral y el contencioso administrativo, con su consiguiente ineficacia, desnaturalizando así su esencia, caracterizada por su carácter urgente, extraordinario, residual y sumario (fj. 25).

Tal sentencia estableció un precedente vinculante a través del cual se pretendió fijar criterios con relación al carácter residual del amparo "a fin de no desnaturalizar el carácter extraordinario, breve y expeditivo" de este tipo de proceso (fj. 32). Sin embargo, el TC abordó fallidamente esta tarea ya que no definió pautas para diferenciar frente a cada caso concreto cuando la materia controvertida debía ser abordada desde la justicia constitucional y cuando desde la justicia ordinaria, sino más bien solamente señaló una suerte de lista de supuestos o temas que debían ser conocidos por los jueces constitucionales o por los jueces laborales.

En estricto, en lo que concierne a la protección contra el despido, tal lista tuvo el siguiente contenido:

- En el caso de los despidos incausados, en tanto que en la vía ordinaria no fuera posible obtener la reposición en el puesto de trabajo, la vía idónea sería el proceso de amparo.
- En el caso de los despidos fraudulentos, solo sería procedente el amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitablemente que existió fraude. En el caso de controversia sobre los hechos correspondería acudir a la vía ordinaria laboral.
- En el caso del despido nulo, si a través del despido se vulnerasen los derechos a la libertad sindical o sindicación; discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole; si el despido se sustentare en la situación de embarazo de la madre trabajadora; o, en la condición de discapacidad del trabajador afectado, la vía adecuada sería la del amparo, sin perjuicio del derecho del trabajador de recurrir a la vía judicial ordinaria laboral si lo estimare conveniente.
- En los casos en los que se presentaran hechos controvertidos o sobre los que existiera duda a efectos de determinar una adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, y que por tal motivo requirieran la actuación de medios probatorios, la vía idónea la constituiría la ordinaria laboral.
- En los casos de impugnación de despido en los que no se intente una reposición sino el pago de una indemnización, la vía adecuada la constituirá la vía ordinaria laboral.

- Sin perjuicio de lo previsto en los supuestos anteriores, atendiendo a la urgencia o demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía laboral ordinaria no es la idónea, correspondería admitir el amparo.

En realidad, al fijarse el contenido del precedente vinculante no se observó la regla contenida en el sexto fundamento jurídico de la propia sentencia por la cual, solo en el caso que las vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces en atención a situaciones a ser analizadas caso por caso, podría acudirse a la vía extraordinaria del amparo.

El precedente no satisfizo su finalidad en tanto que el amparo no se convirtió en una vía residual. Las impugnaciones de despido continuaron tramitándose indistintamente en una u otra vía procesal. El TC se vio, entonces, en la necesidad de expedir un nuevo precedente vinculante sobre la misma materia.

4.2. El precedente vinculante contenido en la STC N° 02383-2013-PA/TC

A través de la STC N° 2383-2013-PA/TC, el TC, reconociendo la necesidad de establecer regularidad y predictibilidad en lo concerniente a la "vía igualmente satisfactoria", decidió revisar el precedente vinculante desarrollado en la STC N° 0206-2005-AA/TC. Justificó también tal revisión en el hecho que desde el año 2010 venia rigiendo progresivamente la Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), la cual había introducido nuevas estructuras procesales y modificado las competencias de los jueces laborales.

En el nuevo precedente se concibe la existencia de dos perspectivas para entender cuando existe una "vía igualmente satisfactoria". Una primera de carácter objetivo vinculada al análisis de la vía propiamente dicha, y una segunda de carácter subjetivo relacionada con el examen de la afectación al derecho invocado.

A partir de esta concepción se "ofrecieron cuatro criterios que, a modo de test, debían analizarse en cada caso concreto para sostener si existe una vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo para resolver la controversia en cuestión" (fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera en la STC N° ° 04386-2017-PA/TC). Estos cuatro criterios, los dos primeros, objetivos y los restantes de naturaleza subjetiva, son los siguientes:

a) Que la estructura del proceso sea idónea para la tutela del derecho;
b) Que la resolución que se fuera a emitir pueda brindar tutela adecuada;
c) Que no exista riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y,
d) Que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Frente a una demanda de amparo laboral los jueces constitucionales deberían determinar si corresponde abocarse a la materia, o reconocer que el asunto es competencia de la justicia ordinaria, en base a un análisis del caso concreto a partir de los cuatro criterios fijados. La presencia copulativa de los cuatro elementos determinaría que la vía ordinaria es igualmente satisfactoria, mientras que bastaría la ausencia de uno solo de los mencionados presupuestos para determinar la inexistencia de una vía idónea alternativa al amparo (STC N° 2383-2013-PA/TC, fj.15).

Los criterios objetivos de estructura y tutela idónea normalmente deberían se ser satisfechos en todas aquellas localidades donde se encuentre vigente la NLPT[7], la cual ha contemplado un proceso abreviado de única audiencia, plazos muy breves y una estructura particularmente concentrada para los casos en los que se plantea la reposición como pretensión principal única y en los cuales, pueden dilucidarse las impugnaciones de despido nulo, despido incausado y despido fraudulento. Respecto a estas dos últimas modalidades de despido, la CS acordó que "… al amparo de la Ley N° 29247, Nueva Ley Procesal del Trabajo, el órgano jurisdiccional competente para conocer una pretensión de reposición por despido incausado o despido fraudulento es el Juzgado Especializado de Trabajo, o quien haga sus veces…" (II Pleno Supremo en Materia Laboral).

Los criterios subjetivos de amenaza de la irreparabilidad y urgencia por la magnitud del derecho involucrado o la gravedad de su afección presentan contornos más difusos. Por el primero de ellos corresponde evaluar si transitar la vía ordinaria puede tornar irreparable la afectación alegada y por el segundo debe determinarse la relevancia del derecho involucrado o la gravedad del daño que podría ocurrir.

7 A la fecha, la NLPT rige en 30 de los 34 distritos judiciales que conforman el Poder Judicial. Su entrada en vigencia se encuentra pendiente solamente en las cortes superiores de justicia de Amazonas, Huancavelica, Madre de Dios y San Martín

En cuanto concierne a la irreparabilidad por transitar la vía ordinaria, el TC la ha entendido vinculada a la eventual afectación al derecho fundamental derivada de la demora en la tramitación del proceso. En ocasiones, ha determinado que un proceso iniciado en la vía del amparo debe continuar tramitándose en ella en atención al tiempo transcurrido desde su inicio hasta la oportunidad en que se analiza el recurso de agravio constitucional ya que declarar la improcedencia del amparo podría derivar en una afectación de particular intensidad. Así, ha señalado que "debe tomarse en cuenta el tiempo que viene empleando el demandante y la instancia en la que se encuentra su causa; en consecuencia, no resultará igualmente satisfactorio que estando en un proceso avanzado en la justicia constitucional, se pretenda que el recurrente inicie un nuevo proceso en la vía ordinaria; ya que, ello implicará un mayor tiempo de litigio y de lesión de sus derechos constitucionales" (STC N° 00074 – 2015 – PA/TC, fj. 5 y STC N° 05577-2015-PA/TC, fj. 6).

Como puede apreciarse, en varias oportunidades veces, la decisión para resolver la controversia en el proceso de amparo, deriva de la propia demora incurrida en la tramitación del juicio antes que alguna particularidad que determine la irreparabilidad del derecho afectado.

Sobre la urgencia por la magnitud del bien involucrado o la gravedad del daño, de acuerdo a la concepción del TC, existirían derechos fundamentales más relevantes que otros o merecedores de mejor tutela, lo que justificaría su recurrencia al amparo. En ese sentido, por ejemplo, en los casos en los que se impugnan los despidos de las madres gestantes el TC ha señalado que "desde una perspectiva subjetiva se puede observar que la recurrente ha denunciado una presunta discriminación en razón a su condición de mujer y por ser gestante. En ese sentido, por la magnitud del bien involucrado, es pertinente analizar el fondo de la controversia" (STC N° 00677-2016-PA/TC, fj. 4).

Situaciones en las que también este criterio ha sido determinante para que la controversia sea resuelta en la vía del amparo son aquellas en las que el demandante es una persona con discapacidad en atención a "que existe un mandato constitucional expreso dirigido a brindar protección reforzada a los sectores que sufren desigualdad" (STC N° 05161 -2014 – PA/TC, fj. 9) o si quien demanda percibe una remuneración mensual inferior a la línea de pobreza per cápita nacional en tanto que la condición de pobreza es una situación de especial vulnerabilidad (STC N° 00169 -2017 -PA/TC, fj. 13 y 14)

En términos de Castillo, "Si bien es verdad también, de todos los derechos fundamentales puede ser predicado un mismo valor material (…) y formal (…), el parecer reiterado del Tribunal Constitucional de que no todos los bienes humanos que representan los derechos fundamentales tienen el mismo valor, ha terminado por dar valor en la práctica a la referida 'urgencia por la magnitud del bien involucrado'" (2017: 226).

Ya en el precedente contenido en la STC N° 0206-2005-PA/TC, se había reconocido al proceso de amparo como la vía idónea de protección frente a los despidos nulos en los que existiera vulneración a la libertad sindical; discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole; o si el despido se sustenta en la situación de embarazo de la madre trabajadora o de la condición de discapacidad del trabajador afectado "aun cuando las vías ordinarias también pueden reparar tales derechos" (STC N° 206-2005-PA/TC, fj. 14).

No es entonces le ausencia de una vía específica igualmente satisfactoria la que determina la procedencia del amparo en estos casos, sino la relevancia o jerarquía que la justicia constitucional le reconozca al derecho que se invoca como afectado o la pertenencia del demandante a un grupo de personas entendido como merecedor de una tutela procesal reforzada. Ello, sin duda, mina el carácter residual del amparo, porque controversias perfectamente susceptibles de ser abordadas ante los jueces laborales terminan siendo también recurribles a través del amparo.

El componente subjetivo en la evaluación de la residualidad del amparo, determina que, en la práctica, sea el libre criterio del juez constitucional el que decida si la causa es susceptible de ser abordada o no a través del referido proceso constitucional, evidenciando la práctica judicial que, bajo la premisa de garantizar una tutela procesal efectiva, normalmente las demandas de protección contra el despido planteadas en la vía constitucional no son rechazadas, sino más bien tramitadas.

Tenemos entonces que la situación no ha variado mayormente al escenario dado a partir de la STC N° 0206-2005-AA/TC e incluso al previo a este. En realidad, el amparo para la tutela del derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo, sigue siendo alternativo. El demandante que invoca

la afectación opta por la vía procesal a recurrir y el juez constitucional tiende a considerar procedentes tales demandas.

La estructura concentrada de los procesos laborales (tanto el abreviado como el ordinario) en los que son viables la ejecución anticipada de las sentencias de vista estimatorias y existe flexibilidad para el otorgamiento de medidas cautelares, garantiza, en la práctica, procesos tan o más breves que el amparo. Por ello, la especialización del juez laboral como la posibilidad de obtener una protección más integral contra el despido en la que esta no se limite a la readmisión física en el empleo, sino comprenda también prestaciones restitutorias complementarias, deberían determinar que la protección judicial contra el despido se aborde principalmente desde la justicia ordinaria y solamente en vía excepcional desde el amparo. Sin embargo, luego de más de 15 años de vigencia del CPC y de dos precedentes vinculantes de la materia, la situación no ha variado. Se continúa demandando ante el juez por el que el demandante opte y los contornos de diferenciación de la pertinencia de la vía constitucional u ordinaria continúan siendo difusos.

5. Conclusiones

En lo que va de la presente centuria, el contenido de la protección contra el despido ha variado significativamente por obra de la judicatura. Expresión de ello es la ampliación de los alcances de la tutela restitutoria en el caso de los despidos incausados y fraudulentos.

A pesar que los órganos de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria constitucional han hecho suya la línea desarrollada por el TC en la materia, el legislador se ha resistido a incorporar tales modificaciones en el ordenamiento legal.

Como consecuencia de ello, nuestro modelo de protección contra el despido evidencia inconsistencias. Así, si bien la declaratoria de la existencia de un despido incausado o fraudulento determina la ineficacia de la decisión de cese adoptada por el empleador, este se termina liberando de las prestaciones de pago de salarios a pesar que la ausencia de prestación de servicios se explica por su negativa a recibirlos antes que por algún incumplimiento del trabajador.

El carácter restringido de esta tutela restitutoria ha determinado que, en la generalidad de los casos, se planteen pretensiones resarcitorias por daños patrimoniales y daños morales que vienen siendo estimadas por los órganos jurisdiccionales sin tomarse en cuenta mayores criterios objetivos, imperando más bien desorden e imprevisibilidad en la cuantificación de las reparaciones y recurriendo, en ocasiones, a distorsiones en las categorías jurídicas sustantivas y procesales aplicables.

En lo que concierne a la vía procesal adecuada para brindar protección contra el despido, ni el CPC ni la NLPT, como tampoco los dos precedentes vinculantes constitucionales expedidos sobre la materia, han logrado que el amparo tenga un carácter residual. En realidad, el proceso constitucional de amparo y los procesos laborales continúan constituyendo vías procesales alternativas frente al despido.

Lima, marzo de 2021

Bibliografía

Libros y artículos

ABAD YUPANQUI, S (2004). El proceso constitucional de amparo. Lima: Gaceta Jurídica.

BLANCAS BUSTAMANTE, C (2015). Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo. Lima: Palestra.

CAMPOS LINARES, H (2018). Apuntes sobre el fallido intento de incorporación de los punitive damages la responsabilidad civil derivada de relaciones laborales por los plenos jurisdiccionales supremos. *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. VIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.*

CAMPOS LINARES, H (2019). Apuntes sobre la responsabilidad civil derivada de despido incausado o fraudulento en el sistema peruano: La retórica de los punitive damages y la desnaturalización del lucro cesante. THEMIS – Revista de Derecho. Lima, número 75, pp. 203 – 218.

CASTILLO CÓRDOVA, L (2017). Derecho al trabajo y proceso de amparo. Lima: Palestra.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, E (2005). La consagración del amparo residual en el Perú, sus alcances y repercusiones. *Derechos Fundamentales y Derecho Procesal Constitucional*. Lima: Jurista.

FERNANDEZ CRUZ, G (2019). Introducción a la responsabilidad civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERRO DELGADO, V (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *DERECHO PUCP*. Lima, número 68, pp. 471 – 494.

LEÓN HILARIO, L. (2016). Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Manual autoinstructivo. Lima: Academia de la Magistratura.

NEVES MUJICA, J (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral. *THEMIS - Revista de Derecho*. Lima, número 67, pp. 227 – 232.

PASCO COSMÓPOLIS, M (2006). Jurisprudencia constitucional en materia de despido laboral. *Tribunal Constitucional. Jurisprudencia y doctrina constitucional laboral*. Lima: Palestra, pp. 365 – 373.

SANGUINETI RAYMOND, W (2007). Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica.

Sentencias y plenos jurisdiccionales

Poder Judicial

1999 Casación N° 399 – 1999 Lima. Sentencia del 15 de junio de 1999.

2005 Casación N° 1458-2003 Lima. Sentencia publicada el 31 de octubre de 2005.

2012 Casación N° 5008 – 2010 Lima. Sentencia del 12 de marzo de 2012.

2014 II Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral. Acuerdos del 8 y 9 de mayo de 2014.

2015 Casación N° 5423 – 2014 Lima. Sentencia del 27 de abril de 2015.

2015 Casación N° 699 - 2015 Lima. Sentencia del 26 de noviembre de 2015.

2016 Casación N° 4385-2015 Huancavelica. Sentencia del 14 de octubre de 2016.

2016 V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional de la Corte Suprema de Justicia de la República. Acuerdos del 19 de octubre de 2016.

2016 Casación Laboral N° 13319 – 2015 Callao. Sentencia del 28 de noviembre de 2016.

2017 Casación Laboral N° 16607-2016 Del Santa. Sentencia del 17 de octubre de 2017.

2018 Casación Laboral N° 25119 - 2017 Callao. Sentencia del 28 de setiembre de 2018.

2019 Casación Laboral N° 20789-2017 Moquegua. Sentencia del 30 de abril de 2019.

2019 Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral de las cortes superiores de justicia del Perú. Acuerdos del 23 y 24 de mayo de 2019.

2020 Casación Laboral N° 10956-2017 Tacna. Sentencia del 15 de enero de 2020.

2020 II Pleno Jurisdiccional distrital en materia laboral y procesal de la Corte Superior de Justicia de Lima. Acuerdos del 9 de octubre de 2020.

Tribunal Constitucional

2002 Expediente N° 1124-2001-AA/TC. Sentencia del 11 de julio de 2002.

2003 Expediente N° 0976-2001-AA/TC. Sentencia del 13 de marzo de 2003.

2005 Expediente N° 0206-2005-PA/TC. Sentencia del 28 de noviembre de 2005.

2010 Expediente N° 00026-2008-AI/TC y N° 00028-2008-AI/TC (acumulados). Sentencia del 5 de marzo de 2010.

2012 Expediente N° 02908-2012-AA/TC. Sentencia del 22 de octubre de 2012.

2015 Expediente N° 02383-2013-PA/TC. Sentencia del 12 de mayo de 2015.

2018 Expediente N° 05577-2015-PA/TC. Sentencia del 19 de setiembre de 2018.

2018 Expediente N° 00074-2015-PA/TC. Sentencia del 4 de octubre de 2018.

2018 Expediente N° 05161-2014-PA/TC. Sentencia del 4 de octubre de 2018.

2020 Expediente N° 00943-2016-PA/TC. Sentencia del 14 de julio de 2020.

2020 Expediente N° 00677-2016-PA/TC. Sentencia del 6 de agosto de 2020.

2020 Expediente N° 00169-2017-PA/TC. Sentencia del 27 de octubre de 2020.

2020 Expediente N° 04386-2017-PA/TC. Sentencia del 27 de octubre de 2020.

DERECHO A LA INTIMIDAD, SECRETO DE LAS COMUNICACIONES Y PROTECCIÓN DE DATOS: EL USO DEL CORREO ELECTRÓNICO EN EL ÁMBITO LABORAL. ANÁLISIS DE LA STC EXP N^{RO}. 05532-2014-PA/TC, DE 22 DE FEBRERO DE 2017

Rebeca Karina Aparicio Aldana*

Resumen

El desarrollo de nuevas tecnologías ha provocado un cambio profundo en la forma de obtener y difundir información en todos los sectores sociales. El uso de plataformas virtuales en el trabajo supone un avance significativo para agilizarlo, abaratar costos, tener acceso rápido a información y al intercambio de ideas y opiniones lo que permite mejorar la eficacia y eficiencia de la empresa.

Ello, sin embargo, genera una serie de problemas jurídicos, más aún cuando son muchas y diversas las formas en que se utilizan estas herramientas informáticas como instrumento de desarrollo de la prestación laboral[1]. De ahí que este artículo se detenga en determinar cuál es el alcance jurídico legítimo del uso del correo electrónico en las relaciones laborales, a partir del análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP N^{ro}. 05532-2014-PA/TC, de 22 de febrero de 2017.

* Doctora *Cum laude - Premio Extraordinario* en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos (España).
Off Counsel Latinoamérica en Protección de Dato de Iberum Abogados – España, Asesora en Protección de Datos de la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad San Ignacio de Loyola (Perú).

1 *Vid.* VÁSQUEZ CHUQUIPIONDO, G. C., «El derecho a la intimidad como límite de los poderes del empleador. Repaso doctrinal, legislativo y jurisprudencial», *Soluciones Laborales,* núm. 113, 2017, pp. 71 -72.

ABSTRAC

The development of new technologies has caused a profound change in the way of obtaining and disseminating information in all social sectors. The use of virtual platforms at work is a significant advance to speed it up, lower costs, have quick access to information and the exchange of ideas and opinions, which allows improving the effectiveness and efficiency of the company.

This, however, generates a series of legal problems, even more so when there are many and diverse ways in which these computer tools are used as an instrument for developing the labor provision. Hence, this article pauses to determine what is the legitimate legal scope of the use of e-mail in labor relations, based on the analysis of the Constitutional Court ruling in EXP N ° 05532-2014-PA / TC, of February 22, 2017.

PALABRAS CLAVES

Derecho a la intimidad, derecho al secreto de las comunicaciones, derecho de protección de datos personales, correo electrónico, relaciones laborales.

KEYWORDS:

Right to privacy, right to confidentiality of communications, right to personal data protection, email, labor relations.

SUMARIO: I. Delimitación conceptual. II. Ejercicio adecuado de los derechos materia de análisis. *1. La prohibición de uso personal del ordenador y la referencia a posibles controles. 2. Los tipos de controles que el empleador puede realizar sobre el ordenador de la empresa. 3. La diferencia entre el ordenador (capacidad de memoria propia del aparato y los programas, redes o sistemas corporativos) y las páginas de redes sociales, correos electrónicos, chats y otros cuya titularidad puede ser diversa y que tienen origen en internet.* III. Crítica al pronunciamiento. *1. Resumen de la sentencia. 2. Resumen del voto particular. 3. Crítica a la sentencia.*

I. Delimitación conceptual

El artículo 10 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho de toda persona: «al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados».

Además, dispone que «las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley». Asimismo, deberá guardarse secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen

y, de acuerdo con la constitución, cualquier documento privado obtenido con violación de este precepto no tendrá efecto legal alguno.

Como se puede observar este artículo no hace referencia expresa al correo electrónico, sin embargo, está claro que se trata de un medio de comunicación interpersonal que debe quedar amparado por este artículo[2], así como cualquier otro tipo de tecnología comunicativa existente o que vaya apareciendo en el futuro[3].

Así, el derecho al secreto de las comunicaciones impide la intromisión de terceros en el proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas, a través de cualquier soporte técnico, y su retención por cualquier medio[4], salvo autorización judicial.

Ahora, el secreto de las comunicaciones, cuando estás no tienen el tradicional formato documentario contenido en una misiva o carta, viene determinado por el soporte técnico que utilizan los interlocutores para transferirse información, por ello, para que este derecho produzca sus efectos, las comunicaciones tienen que ser realizadas mediante el empleo de canales cerrados de transmisión de mensajes; y, asimismo, debe garantizarse la capacidad objetiva del medio utilizado para proporcionar una expectativa razonable de secreto[5].

Con esto no queremos decir que las comunicaciones persona a persona no gocen de la protección constitucional que brinda el derecho al secreto de las comunicaciones. Es cierto que, en general, la comunicación «directa» no se realiza a través de medio técnico alguno, por lo que las garantías que se derivan de mantener la comunicación dentro de un canal cerrado no le son aplicables[6].

---

2 MARÍN ALONSO, I. «La utilización del correo electrónico por los sindicatos o sus secciones sindicales para transmitir noticias de interés sindical a sus afiliados o trabajadores en general», *Aranzadi Social,* núm. 1, 2001, p. 32.

3 FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L. «Estudio de la jurisprudencia constitucional y ordinaria sobre el secreto de las telecomunicaciones entre particulares, en especial en el ámbito de la empresa», *Revista Aranzadi Doctrinal Civil- Mercantil,* núm. 3, parte Estudio, 2000, p. 38.

4 STC 70/2002, de 3 de abril de 2002 (RTC 2002\70).

5 RODRÍGUEZ RUÍZ, B., *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad,* Mcgraw- Hill, Madrid, 1998, pp. 65-66.

6 SERRANO ALBERCA, J. M., «Artículo 18». En GARRIDO FALLA, F. (dir.), *Comentario a la Constitución,* Civitas, Madrid, 1980, p. 241.

Sin embargo, actualmente, debido al avance de las nuevas tecnologías, cada vez con más facilidad y sin mayores conocimientos técnicos, es posible que tal comunicación quede registrada a través de medios de grabación visual o sonora. En estos casos, obviamente, si un tercero intercepta tal comunicación registrándola, sin el consentimiento de las partes, vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones, pues, ajustando su ejercicio a la realidad actual, el mismo protege también cualquier proceso de transmisión de mensajes, incluido el de persona a persona, de su intromisión y retención, a través de cualquier medio técnico que terceros puedan realizar ilegítimamente sobre ellas.

Queda claro, entonces, que el secreto en las comunicaciones opera respecto de terceros ajenos a la comunicación. Por ello, cuando tal intromisión no se produce, siendo el propio receptor de la información quien divulga la misma, el derecho al secreto de las comunicaciones no se vulnera.

Por su parte, el derecho a la intimidad se encuentra reconocido como derecho fundamental en el artículo 7 de la Constitución Política del Perú y se refiere al respeto del ámbito personal o reservado de todo ser humano.

Existe, por tanto, una diferencia entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad. El primero, cuida mantener en reserva lo comunicado, incluso después de agotado el proceso de transmisión (mensajes recibidos y guardados por el destinatario)[7] y al margen de su contenido, es decir, afecte o no a la esfera íntima o personal. Así, el derecho al secreto de las comunicaciones se predica de todo lo comunicado, pertenezca o no el objeto de la comunicación al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado[8], propio del derecho a la intimidad. Por ello, puede suceder que, aunque no se vulnere el derecho al secreto de las comunicaciones, porque quien ha divulgado la información es el propio receptor del mensaje o porque los interlocutores no utilicen un canal cerrado de comunicación, sí sea posible la vulneración del derecho a la intimidad.

7 STC 114/1984, de 29 de noviembre, fundamento jurídico 7 (RTC 1984\114).

8 MARÍN ALONSO, I., *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 153.

Cabe precisar que, en lo que respecta al ejercicio del derecho a la intimidad debe distinguirse entre la intimidad en sentido estricto y la vida privada del trabajador.

La intimidad en sentido estricto es aquel ámbito excluido de cualquier intromisión ajena, en tanto se sitúa por completo en la interioridad del sujeto, fuera del alcance de los demás. De ahí que, naturalmente, este ámbito no esté dirigido a su exteriorización, salvo que voluntariamente el sujeto decida comunicarle a otro este aspecto personalísimo de su vida. Si tal manifestación se produjera, quien recibe la información no se encuentra autorizado, dado el carácter íntimo de lo revelado, a transmitir a un tercero ajeno lo que conoce, pues el único que tiene legítimo derecho para comunicar este aspecto reservado de su ser es el propio sujeto titular de ese mundo interior[9]. Por lo dicho, la intimidad en sentido estricto del trabajador no puede ser, bajo ningún concepto, objeto de control empresarial.

Por su parte, el derecho a la vida privada se refiere a aquellos aspectos que se desenvuelven dentro de un círculo cerrado de personas cercanas y, por ello, su contenido puede ser conocido dentro de ese ámbito[10]. Así, el ejercicio del derecho a la vida privada genera un impacto en la participación en la vida colectiva, al implicar la previa existencia de una relación con otros. Por ello, aquellos aspectos de la vida privada que puedan generar algún tipo de efecto sobre la relación laboral podrán ser objeto de control por parte del empresario, en tanto dichas acciones pueden afectar directa o indirectamente la actividad productiva de la empresa[11].

Por último, el derecho a la autodeterminación informativa o de protección de datos personales se encuentra reconocido en el artículo 2, numeral 6 de la Constitución Política del Perú que dispone que toda persona tiene derecho a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados no suministren información que afecte la intimidad personal y familiar.

9 Posición similar: PACHECO ZERGA, L., *La dignidad humana en el Derecho del trabajo,* Thomson – Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 217.

10 SERNA BERMÚDEZ, P. y TOLLER, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos,* La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 120.

11 APARICIO ALDANA, R. K., *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales,* Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur menor, 2016, p. 57.

El derecho de protección de datos, por lo tanto, implica que titular de los datos personales tiene una la facultad de control sobre estos, de tal manera que cada persona se encuentra facultada para ejercer dominio sobre la información personal que le pertenecen y la forma en que tales datos son tratados o administrados por terceros, garantizando al titular de los datos personales que estos sólo sean utilizados por otros cuando exista una base jurídica que justifique su tratamiento.

Al respecto habría que advertir que en la legislación peruana el principio rector del tratamiento de datos personales es el principio del consentimiento regulado en el artículo 5 de la Ley Nro. 29733, de Protección de Datos Personales (LPDP).

Sin embargo, en las relaciones laborales debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 14, inciso 5 de la referida norma en el cual se establece que: «No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos: (…) 5. Cuando los datos personales sean necesarios para la preparación, celebración y ejecución de una relación contractual en la que el titular de datos personales sea parte, o cuando se trate de datos personales que deriven de una relación científica o profesional del titular y sean necesarios para su desarrollo o cumplimiento».

Este requisito de licitud del tratamiento sin consentimiento, en virtud de una relación contractual cuando resulte necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas pre – contractuales, hace que el tratamiento de datos personales de los trabajadores sin consentimiento por parte del empleador para efectos del logro de las obligaciones propias de la relación laboral sea lícito, por lo tanto, todos aquellos tratamientos de datos personales de los trabajadores realizados en virtud del ejercicio de su prestación o de las facultades propias del empleador se podrán realizar sin necesidad del consentimiento del titular del dato personal.

Así, en las relaciones generadas en virtud de un contrato de trabajo, el derecho de protección de datos tiene connotaciones particulares bastando para su ejercicio lícito "(...) –de tratase de tratamientos propios del ejercicio de la prestación laboral– (...)" que el empleador cumpla con informar a sus trabajadores sobre el tratamiento de datos personales realizados por la empresa.

Por lo tanto, la no necesidad de consentimiento del trabajador para el tratamiento de sus datos personales debido a la relación laboral no enerva la obligación de informar a los trabajadores sobre este. Así, el empleador, en tanto titular del banco de datos personales o responsable del tratamiento de los datos personales de sus trabajadores, debe de cumplir con lo dispuesto en el artículo 18 de la LPDP que impone como obligación de los titulares de los bancos de datos personales o responsables de su tratamiento, informar sobre la finalidad del tratamiento de los datos personales a sus titulares.

Por ello, dado que el correo electrónico es una plataforma que fácticamente puede ser utilizada por el trabajador, tanto para fines personales como profesionales, el empleador debe dejar en claro, en el caso del correo electrónico corporativo, que el uso de esta herramienta informática será exclusivamente laboral y hacer una referencia a las facultades de control que en virtud del poder de dirección del empleador puede ejercer, tanto sobre su contenido como sobre su uso laboral.

En este sentido es responsabilidades del empleador, el informar a sus trabajadores sobre los criterios de utilización de los sistemas informáticos que la empresa pone a su disposición para realizar sus funciones indicando el posible control sobre estos sistemas.

II. EJERCICIO ADECUADO DE LOS DERECHOS MATERIA DE ANÁLISIS.

Como ya dijimos, el uso de nuevas tecnologías ha modificado drásticamente los procesos de comunicación, producción y resultados de las empresas y, obviamente, ello ha generado un cambio profundo en el ejercicio de las relaciones laborales[12]. Uno de los efectos más notorios de la introducción de estas herramientas informáticas dentro de las corporaciones es el cuantioso tiempo que muchos de los trabajadores pasan delante de un ordenador con el fin de cumplir las funciones que le han sido encomendadas; instrumento que no sólo facilita al trabajador mantener una relación con su empleador y compañeros de trabajo, sino que le conecta con el mundo, permitiéndole, también, relacionarse con su entorno más íntimo o cercano.

12 *Vid.* VALDERRAMA VALDERRAMA, L. R., «Uso de las tecnologías de la información en los documentos laborales. A propósito de la emisión del Decreto Legislativo 1310», *Soluciones Laborales,* núm. 109, 2017, pp. 45 – 48.

Cabe advertir que, en la mayoría de las ocasiones, el ordenador que utiliza el trabajador para desarrollar su prestación es de propiedad del empleador y, ello, lo convierte en una herramienta de trabajo.

El trabajador es un mero usuario del computador que la empresa le proporciona para fines laborales y, en tanto subordinado a las directrices del empleador, debe utilizarlo para satisfacer los intereses empresariales, pues la empresa es la legítima titular de este instrumento, por lo que no se puede afirmar que el trabajador tenga un título originario sobre tales herramientas informáticas, pues los ordenadores se sitúan frente al trabajador en una posición de ajenidad similar a la que existe respecto del resto de bienes muebles e inmuebles que pertenecen a la empresa[13].

Una de las consecuencias de la ajenidad de los trabajadores con respecto a los medios electrónicos propiedad del empleador se refiere al ejercicio del derecho de autodeterminación informativa o protección de datos personales, pues como ya dijimos, en el caso de las relaciones laborales no resulta necesario que el empleador solicite el consentimiento de los trabajadores, en lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales a través del uso de estas herramientas informáticas propiedad de la empresa, manteniendo únicamente el deber de informar.

Por ello, y atendiendo a determinados criterios que analizaremos más adelante el empleador puede acceder a los contenidos derivados del uso de los medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales convencionales o legales y de garantizar la integridad en dichos dispositivos, siempre que con ello no vulnere los derechos fundamentales de los trabajadores.

También es posible que el empleador admita el uso de ciertos dispositivos de su propiedad no sólo para fines laborales, sino también privados, de darse este supuesto deberá especificar de modo preciso los usos autorizados y establecer garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

13 MONTOYA MELGAR, A.: «Nuevas tecnologías y buena fe contractual (Buenos y malos usos del ordenador en la empresa)», *Relaciones Laborales,* núm. 5-6, p. 39.

En este orden de ideas, dado que se considera posible la admisión para fines privados de los dispositivos digitales de la empresa, el empleador, en atención a su deber de informar, se encuentra en la obligación de dejar en claro a sus trabajadores en que dispositivos de la empresa será admisible el uso para fines privados y cuáles serán utilizados para fines exclusivamente laborales a través, por ejemplo, de una prohibición de uso personal del ordenador y la referencia a posibles controles.

Así, en principio, el empleador se encuentra legitimado para prohibir el uso personal de los ordenadores de la empresa y para realizar controles sobre las computadoras que son de su propiedad, siempre atendiendo al respeto al principio de proporcionalidad y a los derechos fundamentales de los trabajadores en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador.

Ahora, con la finalidad de no vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores en el uso de las nuevas tecnologías materia de análisis, es necesario tener en cuenta:

1. La prohibición de uso personal del ordenador y la referencia a posibles controles

En relación con la prohibición de uso personal o de su uso exclusivamente laboral del ordenador debe advertirse que ello no significa que el empleador no se encuentre obligado a tolerar el uso razonable de tales herramientas informáticas para fines personales por parte de los trabajadores, ello debido al uso habitual y constante de esta herramienta por parte de los empleados[14] y el efecto irradiación de los derechos fundamentales que suponen que, en tanto sea posible, debe facilitarse su ejercicio en cualquier ámbito, incluido el de la empresa.

Lo que se prohíbe es el uso abusivo que suponga un descuido en el desarrollo de las funciones o una utilización contraria a los objetivos propios de la actividad empresarial. Sin embargo, dado el fin para el que debe utilizarse el aparato, esta prohibición también genera en el empleador la presunción de que el grueso de los mensajes y contenidos que obran en el ordenador son de carácter laboral.

14 MELLA MÉNDEZ, L., «El control empresarial de los correos y archivos electrónicos del trabajador», *Revista Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 11, 2018, p. 1199.

Además, también es posible que el empleador admita el uso con fines privados de determinados dispositivos digitales de la empresa. En estos casos, el empleador deberá especificar de modo preciso los usos autorizados y deberá establecer las garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados.

Cuando el empleador no cumpla con el deber de informar a los trabajadores del carácter exclusivamente laboral haciendo referencia a la posibilidad de posibles controles de los dispositivos electrónicos de propiedad de la empresa, como correo electrónico corporativo, servicios de mensajería instantánea y ordenador, los efectos, dada la posibilidad de usos personales de estas herramientas, serían los siguientes:

a. Deberá tenerse en cuenta que sin esta advertencia el trabajador presume que puede utilizar el ordenador para fines personales, por lo que el empleador no se encontraría facultado para realizar controles laborales, pues ello potencialmente vulneraría el derecho a la intimidad de los trabajadores.

b. En relación con el derecho al secreto de las comunicaciones, la información que obraría en los sistemas informáticos de la empresa constituiría información contenida en un canal cerrado de comunicación, por lo que la presunción del trabajador, en este supuesto, es que se encuentra frente a un medio donde se le permite un uso personal o privado de estos dispositivos informáticos. Por ello, el empleador, en este caso, se encontraría imposibilitado de realizar controles de contenidos, dada la mencionada presunción de privacidad.

c. Con respecto al derecho de protección de datos personales no cumpliría con el deber de informar a los trabajadores sobre el tratamiento de control laboral que podrá ejercer sobre esta herramienta informática propiedad de la empresa puesta a su disposición, motivo por el cual no se encontrará legitimado a realizar tal tratamiento.

2. Los tipos de controles que el empleador puede realizar sobre los ordenadores de la empresa

Con respecto a los tipos de controles estos pueden ser:

a. Control de uso profesional:

El realizado para efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral a través del uso profesional de los instrumentos informáticos de la empresa.

b. Control de contenidos:

El que supervisa que las herramientas informáticas no son utilizadas para fines personales o ajenos a su prestación de trabajo, lo que supone la revisión del contenido de las comunicaciones realizadas por los trabajadores.

En el primer caso, dado que lo único que se pretende es determinar si la herramienta informática es utilizada adecuada y profesionalmente para fines laborales, basta que en la vigilancia empresarial se utilicen medios no invasivos, como, por ejemplo, programas de control a distancia que no permitan acceder al contenido de lo comunicado, sino únicamente a datos suficientes para saber si el uso del ordenador es laboral o no y, de identificar un uso extra laboral, la hora y duración de la utilización para fines personales, para establecer si tal uso es o no abusivo; de igual forma si el problema es de cantidad de información guardada en el ordenador, simplemente se deberá revisar el número de GBs disponibles o utilizados con el objeto de conocer si lo almacenado en el sistema es lo que ocasiona la lentitud del aparato[15]. Así, sólo aquellos usos personales irracionales dentro del horario de trabajo de los sistemas informáticos de la empresa podrán ser sancionados por el empleador[16]; ello, sin perjuicio del uso de sistemas preventivos de filtro que permitan bloquear determinadas páginas o descargar archivos de ocio.

Cabe advertir que este tipo de controles pueden dar indicios sobre aspectos de la vida personal del trabajador relacionados con su intimidad (aficiones personales, gustos culinarios, preferencias sexuales, políticas, sindicales o religiosas…). Ello, porque la información a la que accedió el trabajador, así como su frecuencia y tiempo de conexión, permiten reconstruir perfiles subjetivos, a

15 *Vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ, F. J.; LUNA HUERTAS, P.; INFANTE MORO, A.; MARTÍNEZ LÓPEZ, L.: «Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones», *Relaciones Laborales,* núm. 12, 2003, pp. 1428-1429.

16 *Vid.* STSJ Cataluña, de 28 de enero de 2005 (JUR 2005, 81636).

partir estos datos personales[17]. Sin embargo, es pertinente señalar que realizar este tipo de actividades de perfilamiento no constituyen un tratamiento legítimo por parte del empleador, dado que utilizar esta información para estos fines no tendría base jurídica alguna que lo justifique, con lo cual el único tratamiento legítimo sería el propio del control laboral.

Además, cualquier tipo de control que realice el empleador sobre los trabajadores debe de atender al principio de proporcionalidad de tal forma que no será admisible un control continuo e ilimitado. Un control permanente y continuo del uso profesional del ordenador resultaría, por lo tanto, desproporcionado y contrario al derecho de protección de datos personales, pues las facultades de control del empleador no suponen una supervisión panóptica de sus actividades en esta herramienta.

En el segundo tipo de control, que implica la posibilidad de una revisión de los contenidos o mensajes que obran en el ordenador, debe tenerse en cuenta que la prohibición de uso personal y la referencia a los posibles controles empresariales genera una serie de efectos jurídicos en relación con la posibilidad de control del correo electrónico corporativo de la empresa, efectos que pueden extenderse a cualquier otro medio de transmisión de mensajes corporativos como los servicios de mensajería instantánea, chats o *messenger*.

El primer efecto es que esta prohibición convierte al correo electrónico corporativo en un canal abierto de comunicación, pues el empleador puede, por el carácter de herramienta de trabajo del instrumento y la presunción de que el grueso de su contenido será estrictamente laboral, realizar un control sobre los mensajes que obran en dicho correo electrónico lo que supone romper la expectativa razonable de secreto de las comunicaciones. Así, la revisión de los contenidos o mensajes que obran en el correo electrónico corporativo no supondrá una intromisión ilegítima por parte del empresario, no vulnerando, entonces, el derecho al secreto de las comunicaciones.

Ahora, con el fin de no vulnerar el derecho a la intimidad para realizar este tipo de control sobre los contenidos y mensajes del correo electrónico corporativo

17 RODRIGUEZ ESCANCIANO, S., «Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas,* núm. 16, 2019, p. 121.

es necesario que existan indicios razonables de incumplimiento laboral que legitimen el acceso a dicha información, como podrían ser, por ejemplo, la existencia de indicios de filtración de información de la empresa a la competencia, uso de un lenguaje irrespetuoso dirigido a ofender a los jefes o compañeros de trabajo, transmisión de información falsa de la empresa o que suponga la vulneración del derecho al honor del personal, clientes o usuarios de la corporación, entre otros.

De esta forma se garantiza que el empleador no utilice estos controles sobre los contenidos de forma arbitraria, sin tener en cuenta las particulares circunstancias de la relación laboral que se pretende vigilar, sino que su elección, en torno a los tipos de control sobre los medios informáticos de la empresa, debe ser la más idónea, oportuna y necesaria, ajustándose al objeto que se pretende conseguir con la vigilancia y supervisión de las actividades laborales del trabajador[18].

En este orden de ideas, de no existir estos indicios razonables de incumplimiento referidos a los contenidos sólo cabe que el empleador realice el primer tipo de control sobre la herramienta informática, por su carácter no invasivo de los mensajes que obran en el correo electrónico corporativo[19], respetando como ya hemos señalado el principio de proporcionalidad. Por el contrario, de existir estos indicios de incumplimiento sobre los contenidos, el control sobre los mensajes que obran en el correo electrónico será legítimo, al tener como fin el comprobar si efectivamente el trabajador o trabajadores incumplen con sus deberes laborales.

3. La diferencia entre el ordenador (capacidad de memoria propia del aparato y los programas, redes o sistemas corporativos) y las páginas de redes sociales, correos electrónicos, chats y otros cuya titularidad puede ser diversa y que tienen origen en internet.

En relación con la diferencia entre el ordenador y sistemas corporativos (capacidad de memoria propia del aparato y los programas, redes corporativas) y

18 APARICIO ALDANA, R. K.: *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones jurídico laborales,* Aranzadi – Thomson Reuters, Cizur menor, 2016, p. 103.

19 ROIG BATALLA, A.: «El uso de internet en la empresa: Aspectos constitucionales». En ROIG BATALLA, A. (Coord.), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 74 y 78.

las páginas de redes sociales, correos electrónicos, chats y otros, cuya titularidad puede ser diversa y que tienen origen en internet, habría que decir lo siguiente:

Actualmente, es posible que los trabajadores cuenten con una serie de medios de comunicación electrónica que pueden ser abiertos en cualquier plataforma que tenga internet, como, el ordenador de la empresa. Así, existen el correo electrónico, los sistemas *messenger,* las redes sociales, etc., todos estos sistemas pueden ser de titularidad del trabajador, aunque la apertura y uso de estos se desarrolle utilizando el ordenador que la empresa les ha proporcionado para desarrollar sus funciones laborales.

Dado que los trabajadores pueden utilizar los ordenadores de la empresa para abrir estos sistemas informáticos personales, el empleador se encuentra legitimado para realizar sobre ellos el primer tipo de control, es decir, vigilar que esta herramienta informática corporativa sea utilizada, principalmente, para los fines a los cuales está dirigida, siempre respetando, como ya se dijo, el principio de proporcionalidad. Por ello, a través de métodos no invasivos de los contenidos que obran en estos medios de comunicación, podrá controlar, por ejemplo, el tiempo en que el trabajador utiliza estos sistemas o el "peso" de la extensión web que puede afectar al soporte informático al hacerlo más lento o no permitir almacenar más información, etc.

Ahora, con respecto al control de contenidos, ya hemos adelantado que si se tratara de correos electrónicos corporativos o cualquier otro medio de transmisión de mensajes, cuya titularidad sea de la empresa (incluyendo servicios de mensajería instantánea y redes sociales), el empleador se encontrará legitimado a realizar este tipo de control, siempre y cuando, exista previamente indicios razonables de incumplimiento referidos a lo contenido en estos mensajes, sin que ello suponga una vulneración ni al derecho al secreto de las comunicaciones (al encontrarse en un canal abierto de comunicación), ni al derecho a la intimidad (al presumirse el carácter laboral del grueso de las comunicaciones y el posible incumplimiento de las obligaciones de uno o varios de los trabajadores que, según los indicios, podría probarse a través de lo contenido en estos), ni al derecho a la protección de datos personales, siempre y cuando se le haya informado previamente a los trabajadores del uso exclusivamente laboral de estos sistemas corporativos, encontrándose advertido del posible tratamiento del empleador de control laboral sobre estos).

Por el contrario, en el caso de sistemas informáticos cuya titularidad es del trabajador, como correos electrónicos personales, redes sociales (*Facebook, Twitter, LinkedIn*, etc.) o sistemas de mensajería instantánea personal como (*Yahoo* o *Hot Messenger*), el empleador no podría realizar un control de contenidos cuando el trabajador utilice el ordenador que la empresa le ha asignado para revisar esos sistemas, porque no es el titular de la cuenta, ello debido a que, aunque el soporte de apertura de estas comunicaciones pertenece a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que ésta pueda arrogarse de forma exclusiva y excluyente la titularidad de todas las páginas de internet que se abran o revisen en el aparato[20], y, por ende, para que tal control empresarial sobre las cuentas personales de los trabajadores se produzca, el empleador deberá contar con autorización judicial.

III. Crítica al pronunciamiento

1. Resumen de la sentencia

Con fecha 21 de diciembre de 2009, una trabajadora interpone demanda de amparo contra la empresa CENCOSUD PERÚ S.A. solicitando que se ordene su reposición laboral en el cargo de asistente personal, más el pago de remuneraciones dejadas de percibir y demás beneficios que le correspondan desde la fecha de su cese.

El despido se produjo por la supuesta comisión de una falta grave, consistente en cursar un correo electrónico a terceras personas, el cual afectó la honorabilidad de la empresa E. Wong S.A. cliente de su empleadora.

La trabajadora alega que fue despedida en represalia a un reclamo laboral realizado en el mes de julio de 2009 aunado al estado de gravidez en que se encontraba. Asimismo, sostiene que los correos electrónicos utilizados como medios probatorios para sustentar su arbitrario despido resultan inválidos por cuanto han sido obtenidos de forma ilícita, sin su consentimiento. Alega que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario y a la intimidad.

20 Al respecto: *Vid.* APARICIO ALDANA, R. K.: «Servicios de mensajería personal del trabajador y ordenador de la empresa. A propósito de la STEDH, de 12 de enero de 2016 (Caso BĂRBULESCU v. Rumanía)», *Revista Iberoamericana de Derecho Informático,* núm. 1, 2016, pp. 109 – 114.

La sociedad demandada aduce que no despidió a la recurrente como consecuencia de su estado de gravidez, sino porque incurrió en falta grave al enviar un mensaje a través del correo asignado por su empleadora a diferentes destinatarios en el cual se expone información falsa e inexacta que perjudica a su cliente E. Wong S.A.

El Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el Expediente Nro. 05532-2014-PA/TC, de 22 de febrero de 2017, resuelve señalando que el despido de la trabajadora tiene directa vinculación, por un lado, con la supuesta utilización indebida del correo electrónico institucional proporcionado por la entidad a la trabajadora y, por otro lado, con la utilización por parte del empleador de los correos electrónicos cursados por la trabajadora demandante como instrumentos para sustentar la falta grave por lo cual fue despedida, medios probatorios que, según la trabajadora, el empleador obtuvo de manera ilícita en franca violación del derecho al secreto de las comunicaciones.

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que en la sentencia emitida en el Expediente 01058-2004-AA/TC, ya se ha pronunciado con relación al derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, en los siguientes términos:

> «18. En efecto, conforme lo establece el artículo 2, inciso 10, de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo.
>
> 19. Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer

> o rebajar la dignidad del trabajador". Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos».

Además, el Tribunal también señala que en la sentencia recaída en el Expediente Nro. 03599-2010-PA/TC**,** precisó que el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones también protege el correo electrónico proporcionado por el empleador a sus trabajadores.

> «5. En buena cuenta, el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución protege el secreto y la inviolabilidad de la comunicación en todas sus formas o medios, como son el telefónico, el telegráfico o el informático, es decir, aquella comunicación que se mantiene a través de un determinado medio o soporte técnico.
>
> 6. En atención a lo expuesto, debe concluirse que el empleador se encuentra prohibido de conocer el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que haya proporcionado al trabajador, así como de interceptarlos, intervenirlos o registrarlos, pues ello vulnera el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones [...].
>
> 7. Por dicha razón, considero que el mensaje del correo electrónico o la conversación del comando o programa de mensajería instantánea obtenida con violación del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones, por imperio del inciso 10) del artículo 2° de la Constitución es una prueba prohibida que no puede ser utilizada para iniciar un procedimiento disciplinario de despido, ni puede tener el valor de una prueba de cargo válida para sancionar a un trabajador.
>
> En buena cuenta, el poder fiscalizador o disciplinario no faculta al empleador acceder o interceptar el contenido de los mensajes del correo electrónico o de las conversaciones del comando o programa de mensajería instantánea que brinda a sus trabajadores, pues como se precisó en la STC 01058-2004-AA/TC, la única forma de acreditar que el trabajador utiliza su correo electrónico para fines opuestos a los impuestos por sus obligaciones laborales, es iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la impone, para estos casos, la propia Constitución».

Visto lo anterior, el Tribunal Constitucional resuelve que, si bien la empresa niega haber vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones al sostener que las impresiones de pantalla de los correos electrónicos utilizados como medio probatorio fueron presentados por la propia accionante, lo cierto es que no ha

aportado medio probatorio alguno que pruebe lo dicho. Por el contrario, se aprecia en su carta de despido lo siguiente:

> «[p]ara acreditar la gravedad de las faltas incurridas, adjuntamos la impresión del correo enviado por vuestra persona de fecha 26 de octubre 2009 a las 10:54 a.m.; horas en la cual, lejos de advertirse la cantidad exacta de destinatarios, se acredita el mal uso de los bienes de la empresa [...]. De igual modo, con la finalidad de acreditar la reincidencia de su conducta negligente, adjuntamos la impresión del correo reenviado por vuestra persona con fecha 27 de octubre de 2009 a las 11 am, a Gabriela Verdera Portocarrero [...]».

Con lo cual la propia empresa es quien adjunta en la carta de preaviso de despido las referidas impresiones de pantalla, a fin de sustentar las faltas graves que imputa a la recurrente. Por ello, el Tribunal Constitucional concluye que el registro de los correos electrónicos enviados por la accionante fue obtenido con violación del secreto de las comunicaciones, constituyendo prueba prohibida, por lo que su utilización en procedimiento disciplinario de despido resulta inconstitucional.

En relación con el estado de gravidez de la trabajadora el Tribunal Constitucional afirma que si bien las decisiones extintivas basadas en el embarazo, por afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación directa por razón de sexo, en el presente caso, no existen elementos probatorios que acrediten de manera fehaciente que la trabajadora fuera despedida debido a su estado.

2. Resumen del voto particular

Esta sentencia cuenta, para efectos de lo que aquí se analiza, con un voto particular del Magistrado Ramos Nuñez en el cual se sostiene que la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional debe ser matizada, pues no considera que, en principio, exista una expectativa razonable de privacidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por un trabajador en las cuentas de correo y los ordenadores que han sido proporcionados por los empleadores.

Asimismo, afirma que dada la calidad de herramientas informáticas de la empresa el empleador tiene la facultad de fiscalizar el uso que se dé a estos sistemas la misma que deviene de los legítimos intereses del empleador de que las labores se estén prestando de manera eficiente y acorde con los objetivos y fines

de la institución. Ahora bien, considera que este sólo hecho no permite hablar de una fiscalización permanente e irrestricta. Por ello, este voto considera que del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la privacidad emanan una serie de obligaciones que condicionan las políticas utilizadas por el empleador.

Por ello, este voto particular considera que las entidades (tanto públicas como privadas) que empleen plataformas electrónicas deben regular el uso de las herramientas de trabajo en algún manual, reglamento o directiva interna de trabajo. Del mismo modo, estas normas deben ser puestas en conocimiento del trabajador antes de la firma del contrato respectivo, con el fin que tome conocimiento de las políticas laborales y, así, pueda definir su situación.

Por otro lado, también se puede tomar en cuenta - a fin de determinar si es que el uso del correo electrónico institucional estará (o no) protegido por el derecho a la privacidad - lo relativo a la estipulación de su incorrecto empleo como falta dentro del centro de labores. Es necesario distinguir este supuesto del anterior: mientras que, en el primero, se hace referencia únicamente a la forma de uso del correo institucional, aquí se hace referencia a la estipulación de su indebido uso como una falta en el trabajo. Esto denotará que no existe alguna expectativa razonable de privacidad que el trabajador pueda demandar, pues se le está comunicando que un incorrecto empleo de las herramientas brindadas por el empleador puede acarrear la imposición de una sanción[21].

Consecuentemente, en esta clase de supuestos tampoco se puede esperar que el trabajador cuente con una expectativa razonable de privacidad respecto de los correos electrónicos registrados en un ordenador, más aún si es de la misma empresa.

Con respecto al caso concreto se debe determinar si es que la entidad emplazada contaba con algún manual o protocolo para el uso del correo electrónico institucional y, además de ello, si es que su incorrecto empleo ha sido o no regulado como falta.

Al respecto, se afirma en este voto que de la revisión del expediente es posible apreciar una captura de imagen de la bandeja de entrada de la cuenta de

21 STC (España) 170/2013, de 7 de octubre y de la STEDH, de 12 de enero de 2016, Caso *Bárbulescu v.Romania*.

correo electrónico laura.vizquerra@ewong.com. De su tenor, se puede advertir que el contenido de los correos electrónicos es, en esencia, de carácter personal sin que se advierta o se haya demostrado en este caso alguna sanción de previa a la recurrente por el incorrecto uso de su correo electrónico institucional. Esto demuestra que no existía alguna norma o directiva que sancione el uso personal de dicha plataforma.

En consecuencia, en este caso, según el voto particular no se puede emplear la impresión del correo institucional de la recurrente como prueba para efectuar su despido.

3. Crítica a la sentencia

Como se puede observar la sentencia materia de análisis trata en concreto del uso del correo electrónico corporativo por lo que consideramos que Tribunal Constitucional desaprovechó la oportunidad de apartarse del criterio que hasta la fecha ha mantenido de tratar de forma igualitaria a los correos electrónicos personales y los correos electrónicos de propiedad de la empresa[22] y pronunciarse sobre los efectos en uno y en otro caso, pues como hemos visto líneas arriba, el control del correo electrónico personal y del correo electrónico corporativo merecen un tratamiento diferenciado en lo que respecta a las facultades de control del empresario.

Al respecto es necesario hacer unas precisiones con relación a los derechos involucrados con el fin de aclarar los fundamentos del tratamiento diferenciado, atendiendo, además, al caso concreto.

En primer lugar, la modulación de los derechos fundamentales de trabajadores y empleadores dentro de la relación laboral debe venir justificada por la misma actividad productiva que se origina en virtud de una relación laboral, caracterizada por un vínculo de subordinación, acompañada por el respeto al principio de buena fe laboral, y de todos los derechos y obligaciones que surgen en virtud del contrato de trabajo.

22 El Tribunal Constitucional mantiene este criterio en los Plenos 412/2002 recaído en el Exp. Nro. 00946-2016-PA/TC y 55/2021 recaído en el Exp. Nro. 04386-2017-PA/TC.

Estos elementos, entonces, son esenciales para modular la vigencia de los derechos fundamentales en el seno de una relación laboral, pues actúan complementariamente[23]. Así, el poder de dirección del empresario, la subordinación, los derechos y obligaciones del trabajador y el mutuo respeto del principio de buena fe laboral que rige las relaciones que surgen en virtud de un contrato de trabajo son elementos determinantes que ayudan a delimitar el ámbito jurídicamente protegible del ejercicio de un derecho fundamental dentro de la relación laboral[24], pues coadyuvan a determinar sus contornos atendiendo al contexto de la relación jurídica de trabajo y el logro de su objeto que no es otro que el buen funcionamiento de la empresa.

Este ajuste particular del ejercicio de los derechos fundamentales en las relaciones laborales, que lo distingue de sus manifestaciones fuera de este ámbito, es manifiesto cuando se reconoce que la posición del empleador es análoga a la de los poderes públicos y, por ello, pesa sobre él la obligación de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de sus trabajadores, en tanto pueda hacerlo, y sin poner en peligro la actividad de la empresa[25]. Ello debido a la posición central que ocupan los derechos fundamentales y su efecto irradiación a todos los ámbitos de la realidad jurídica, que reclaman se haga lo posible por compatibilizar la relación jurídica entre particulares – sin menoscabo del fin al que responden – con el ejercicio de los derechos fundamentales. Por ello debe hacerse el esfuerzo de ajustar el funcionamiento de la relación jurídica laboral para permitir el ejercicio de los derechos fundamentales y de esta forma evitar los daños que su no ejecución ocasionaría a su titular[26].

En este orden de ideas, la premisa de partida es que los trabajadores no se despojan de sus derechos fundamentales una vez que ingresan al centro de labores. Así, si bien el correo electrónico corporativo es efectivamente propiedad de la empresa y, en principio, ha sido adquirido para fines laborales, lo cierto es que

23 *Vid.* CASTILLO CÓRDOVA, L. *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. Hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 112 -113.

24 *Vid.* MONTOYA MELGAR, A. *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como académico de número,* la Real Academia de la Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, p. 77.

25 *Vid.* STC 281/2005, de 7 de noviembre.

26 MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. y DE DOMINGO, T. *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: Teoría general e implicaciones prácticas,* Comares, Granada, 2011, p. 136-137.

al ser una plataforma que permite que los trabajadores se comuniquen no sólo con su empleador y compañeros de trabajo, sino también con personas ajenas al ámbito de la empresa e incluso que forman parte de la vida íntima o personal del trabajador, esta herramienta le facilita el ejercicio de diversos derechos fundamentales debido a su efecto irradiación, como, por ejemplo, los derechosa la intimidad, al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos. Por ello, la presunción de la que se debe partir, a diferencia de lo que afirma el voto particular, es el de la existencia de una expectativa razonable de privacidad del trabajador con respecto del uso de estas herramientas informáticas.

Ahora, ello no supone desconocer las facultades de control que como titular de esta herramienta informática tiene el empleador con respecto de sus trabajadores con el fin de velar porque estos sistemas electrónicos sean utilizados para fines laborales y no sirvan de medio para perjudicar la actividad productiva de la empresa; sino que esta debe armonizarse en virtud del ejercicio legítimo y el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Por ello, no podemos compartir la postura del voto particular que afirma lo contrario, al señalar que el trabajador no puede considerar que, en principio, exista una expectativa razonable de privacidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por un trabajador en las cuentas de correo y los ordenadores que han sido proporcionados por los empleadores.

Como ya dijimos, el trabajador parte de la premisa de que cuenta con una expectativa razonable de privacidad, lo que sucede es que los derechos al secreto de las comunicaciones, a la intimidad y a la protección de datos, como cualquier otro derecho fundamental no son derechos ilimitados y existirán razones que justifiquen su ejercicio legítimo y otros supuestos en los cuales el esgrimir tales derechos resultará una reclamación abusiva y arbitraria por parte del trabajador.

Para ello será necesario que delimitemos cada uno de estos derechos fundamentales con el fin de identificar las diferentes fases de protección que supone su ejercicio. Por ejemplo, en lo que respecta al ejercicio del derecho de protección de datos personales, como ya hemos hecho referencia, en el ámbito laboral, no es necesario que el trabajador preste su consentimiento para los tratamientos de datos personales cuando estos son utilizados para el ejercicio mismo de la prestación, como es el caso de los datos personales que son tratados para efectos del uso habitual del correo electrónico corporativo. Sin embargo, ello no enerva

el deber del empleador de informar al trabajador sobre el uso que debe darle a esta herramienta, es decir, advertirle sobre el uso exclusivamente laboral o prohibición de uso personal del ordenador e, incluso, de los potenciales controles que el empleador podrá ejercer sobre los sistemas.

Aunque lo óptimo es que exista un desarrollo detallado del uso que se dará a esta herramienta informática corporativa dentro de la empresa y que esta sea distribuida a los trabajadores, lo cierto es que la sola advertencia previa del empleador sobre el uso exclusivamente laboral del correo electrónico corporativo y de sus posibles controles resulta suficiente para efectos del cumplimiento del deber de informar propio del ejercicio del derecho de protección de datos personales, para efectos de la futura labor fiscalizadora del empleador sobre el uso de esta herramienta informática y su contenido, pues este derecho a de ajustarse al contexto propio de la relación laboral donde, en virtud del poder de dirección del empleador, este se encuentra facultado a realizar controles de las actividades laborales de sus trabajadores con la finalidad de determinar el cumplimiento de sus obligaciones.

Ahora, dado que el derecho de protección de datos personales supone que el titular de tratamiento acredite el cumplimiento de las obligaciones que la LPDP y su reglamento resulta menester que el empleador prevea los medios para probar que ha cumplido con informar al trabajador de la referida advertencia de uso exclusivamente laboral del correo electrónico corporativo y de sus posibles controles de carácter laboral.

Cabe aclarar que el hecho que se diga que basta con la advertencia señalada en el párrafo anterior, no implica que el empleador no deba cumplir con el resto de las obligaciones referidas al deber de informar recogidos en el artículo 18 de la LPDP, de ahí que afirmemos que lo óptimo es que existan manuales o documentos más extensos donde se especifique de forma detallada y sencilla el tratamiento de los datos personales que obren en estos sistemas. Sin embargo, para efectos de los controles que desarrolla el empleador será suficiente, para no vulnerar el contenido del derecho de protección de datos dentro del ámbito de las relaciones de trabajo, con la advertencia de uso exclusivamente laboral del ordenador y de los futuros controles, pues es facultad del empleador realizar tales en razón de su legítimo interés de que las actividades laborales se realicen de forma adecuada y que estos sistemas no sean utilizados en su perjuicio; con

lo cual de no cumplirse con el resto de obligaciones reguladas por el referido artículo 18 de la LPDP se configuran infracciones administrativas, sin que ello suponga la nulidad de las pruebas obtenidas en razón de las facultades de control realizadas por el empleador sobre las herramientas informáticas de su propiedad puestas a disposición de los trabajadores[27].

Con respecto al derecho al secreto de las comunicaciones y al derecho a la intimidad, como se ha dicho, debe partirse de una expectativa razonable de privacidad por parte del trabajador. Ello nos permite percatarnos, debido al ejercicio de dos derechos en juego, de que esta expectativa tendrá connotaciones distintas dependiendo del derecho que se pretenda delimitar.

Así, es posible identificar dos dimensiones de esta expectativa razonable de privacidad: una la expectativa razonable de secreto de las comunicaciones y otra expectativa razonable de intimidad. En lo que respecta a la primera, la advertencia de uso exclusivamente laboral o de prohibición de uso personal del ordenador y de los futuros controles hace que se rompa la expectativa razonable de secreto, dado que el correo electrónico corporativo se convierte en un canal abierto de comunicación con lo cual el empleador, con respecto al ejercicio de este derecho, queda legitimado a realizar un control de contenidos.

Ahora, para no vulnerar el derecho a la intimidad es necesario que exista, para justificar un control de contenidos, indicios razonables de incumplimiento con lo cual la presunción de que el contenido es personal se enerva frente al indicio de una posible inconducta laboral.

En consecuencia, no es que deba considerarse el supuesto de indicios de incumplimiento como un supuesto aislado a la advertencia de uso exclusivamente laboral y de sus futuros controles, como afirma el voto particular porque ambos son necesarios para efectos de la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, la advertencia, para efectos del ejercicio legítimo de los derechos a la protección de datos y del derecho de secreto de las comunicaciones y la exis-

27 NAVARRO MARCHANTE, V. «El Recurso a cámaras ocultas en los reportajes periodísticos: El caso Haldimann ante el TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional,* Nro. 105, 2015, p. 342 – 343. En el mismo sentido, *Vid.* DESDENTADO BONETE, A. y MUÑOZ RUIZ, A.B. *Control informático. informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012 p. 67.

tencia de los indicios razonables de incumplimiento para efectos de garantizar la protección del derecho a la intimidad del trabajador.

Con respecto al caso concreto, se afirma que la trabajadora ha utilizado de forma inadecuada el correo electrónico corporativo al enviar un mensaje a través de correo electrónico asignado por su empleadora a diferentes destinatarios en el cual se expone información falsa e inexacta que perjudica a su cliente E. Wong.

Al respecto, la empresa no acredita de manera alguna que haya informado a la trabajadora del uso exclusivamente laboral del correo electrónico corporativo, ni de la existencia de futuros controles laborales. Con lo cual, al no haberse producido tal advertencia se ha vulnerado tanto el derecho de protección de datos personales, al no haberse cumplido con el deber de informar, como el derecho al secreto de las comunicaciones, porque al no haberse realizado la advertencia no se ha producido el quiebre de la expectativa razonable de secreto que tendría la trabajadora sobre el uso de este sistema.

Además, si bien alega un supuesto incumplimiento, la empleadora no acredita de forma alguna contar con indicios previos razonables de este que legitimen el control sobre los contenidos que obran en el correo electrónico corporativo. Por ello, no existía una razón de suficiente entidad previa al control de contenidos que justifique esta medida como razonable, vulnerándose también el derecho a la intimidad.

Así, como señala el Tribunal Constitucional, efectivamente se vulnera el derecho del secreto de las comunicaciones, pues el empleador accedió al correo electrónico corporativo de la trabajadora, pero los argumentos que sostienen esta afirmación, de acuerdo con lo desarrollado en este artículo, van más allá que la mera identificación del correo electrónico personal con el correo electrónico corporativo basados en los precedentes jurisprudenciales constitucionales anteriores y la lesión al trabajador no sólo se produjo en un derecho fundamental, el derecho al secreto de las comunicaciones, sino en otros dos derechos, el derecho a la protección de datos y a la intimidad, de igual importancia.

Por último, consideramos pertinente advertir que a diferencia del voto particular no es necesario que el uso inadecuado del correo electrónico se encuentre tipificado expresamente como falta en alguna norma interna de la empresa, puesto que el uso de esta herramienta es sólo un medio para el incumplimiento

laboral, por ejemplo, en el caso, si efectivamente, en virtud de un control de contenidos legítimo se hubiera acreditado la remisión de información falsa de la empresa en perjuicio de uno de sus clientes, estos actos son contrarios a la buena fe laboral y, en consecuencia, la infracción se encuentra tipificada como falta grave en el literal a) del artículo 25 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que considera como infracción el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe en la relación de trabajo.

Por ende, existe un tipo y configuración de la infracción, el problema en el caso, como hemos visto, es que el ejercicio de la facultad de control del empleador no era lícito, dado que no se ha tenido en cuenta su armonización con respecto a los derechos fundamentales de la trabajadora al secreto de las comunicaciones, intimidad y protección de datos, con lo cual la prueba que le sirve para sustentar el incumplimiento laboral resulta inválida.

EL MOVIMIENTO OBRERO ANARQUISTA EN EL PERÚ (1890-1930)

Joël Delhom*

El presente artículo recoge la ponencia presentada por el autor ante el Congreso anual de la Society for Latin American Studies, University of Birmingham, realizado del 6 al 8 de abril de 2001 (sesión "*Labour History and the History of Labour in Latin America*"). Con el permiso del autor, se reproduce aquel trabajo conforme se presentó en aquel acto académico. El texto pasa revista al surgimiento y declive del sindicalismo anarquista, subrayando la importancia del pensamiento de Manuel González Prada en aquella corriente y usando amplias referencias a fuentes locales.**

La llamada cuestión social surgió en el Perú en las dos últimas décadas del siglo XIX, como consecuencia del desarrollo industrial estimulado por las inversiones del capital extranjero. Las asociaciones gremiales y mutualistas de tipo pre-industrial, que se habían ido constituyendo desde finales de los años 1850, se consolidaron y extendieron a partir de 1880, mientras ya empezaban a circular ideas de carácter socialista entre los trabajadores del país. En mayo de 1886, se realiza una primera unificación al fundarse la Confederación de Artesanos "Unión Universal" (CAUU), que pronto reunió casi todos los gremios de Lima en base a principios filantrópicos y de solidaridad. Es posible que su creación fuera impulsada por un delegado de la Primera Internacional, pero la Confederación tenía un carácter esencialmente conciliador y estaba vinculada con las

* Université de Bretagne Sud - ERIMIT - EA 4327, Francia.

** Sumilla hecha por los editores de *Laborem* núm. 24.

principales instituciones representativas. Ejemplares de esa orientación fueron el Congreso Provincial de Obreros de Lima organizado en 1896 y el Primer Congreso Nacional Obrero de 1901. Reunían a patronos, diputados, concejales y trabajadores a fin de conciliar los intereses del industrial y del obrero. Como consecuencia del último Congreso, fue fundada en octubre de 1904 la Asamblea de Sociedades Unidas, que funcionó como un foro permanente de conciliación además de su papel de promoción del mutualismo y del cooperativismo; también organizó la primera biblioteca popular (Pereda Torres, 1982:37-107; Barcelli, 1979:32-46, 57-59).

El auge económico[1] sin embargo, produjo un nuevo tipo de trabajador urbano-industrial o rural-industrial, sociológicamente diferente del artesano o del campesino tradicionales y sometido a nuevas formas de relaciones laborales. Guiado por la experiencia de sus primeros conflictos y por una prensa liberal radical que propugnaba la constitución de Sociedades de Resistencia, ese proletariado adoptó paulatinamente nuevas formas de lucha y organización, alejadas del clásico mutualismo. Este entró en una etapa de decadencia a partir de 1910, mientras las primeras organizaciones anarquistas orientaban los conflictos laborales del proletariado, oponiéndose a la estrategia de la Confederación de Artesanos "Unión Universal" (CAUU). Hegemónico hasta 1920, el anarcosindicalismo empezó entonces a ser cuestionado por los marxistas, quienes conquistaron la dirección del movimiento obrero a partir de 1926.

Nacimiento del sindicalismo anarquista

Es probable que la inmigración de algunos militantes obreros ayudara a la organización del proletariado peruano; se ha mencionado por ejemplo a dos españoles, a un argentino y a un chileno. Más tarde, en 1912, año en que se organizó una huelga general, llegaron también dos italianos así como un argentino, los tres delegados de la Federación Obrera Regional Argentina.[2] Pero el

1 Antes de que finalice el siglo, se establecen nuevas fábricas de tejidos de algodón y lana (Lima, Arequipa, Cuzco), de harina, fideos, chocolate, azúcar, bebidas, hielo, fósforos, velas, jabón, sombreros, cigarros, curtiembres, etc. En 1893 se termina de construir el Ferrocarril Central y en 1896 fusionan varias compañías eléctricas para constituir las Empresas Eléctricas Asociadas que permiten el desarrollo del transporte urbano y de la producción industrial (Pereda Torres, 1982:75-82 y Yepes del Castillo, 1972:207-219).

2 Piedad Pareja (1978:53) señala que algunos militantes extranjeros fueron expulsados en

impulso organizador no vino del extranjero. Desde finales del siglo XIX, existían vínculos entre algunos dirigentes obreros y la masonería o, de forma más amplia, los grupos de propaganda liberal, los cuales se comprometieron a elevar la condición intelectual, moral y económica de los trabajadores. Es un aspecto que merece investigaciones complementarias, aunque son ya bastante significativas las relaciones entre el dentista, miembro de la Gran Logia Masónica del Perú, Christian Dam y el panadero Manuel Caracciolo Lévano, uno de los más destacados militantes anarco-sindicalistas; entre el periodista director de *La Idea Libre,* Glicerio Tassara, y el grupo que editó *La Protesta;* entre el músico José B. Ugarte y el Centro de Estudios Sociales 1° de Mayo. Las Ligas de Librepensadores, constituidas por C. Dam, se dedicaban a la educación y la asistencia de los trabajadores; por otra parte, Dam y Ugarte habían sido miembros fundadores del partido radical Unión Nacional, creado por el escritor Manuel González Prada en 1891 y cuyo programa ostentaba un claro compromiso social. Destacada labor de concientización y educación de clase tuvieron entonces algunas publicaciones liberales de crítica sociopolítica: *La Luz Eléctrica* (1886-1897), *Integridad* (1889-1891), *Germinal* (1889; 1901-1906), *El Libre Pensamiento* (1896-1904), *La Idea Libre* (1900-1920), antes de que aparecieran órganos de definida orientación anarquista: *Los Parias* (1904-1910), *La Simiente Roja* (¿1905- 1907?), *El Hambriento* (¿1905-1910?), *Humanidad* (1906-1907), *El Oprimido* (¿1907-1909?) y *La Protesta* (1911-1926).

El primer caso de acción reivindicativa que utiliza la huelga como medio de presión lo constituye el paro de los tipógrafos por mejoras salariales en diciembre de 1883. Pero fue probablemente la huelga de los panaderos de Lima, en enero de 1887, la que tuvo mayores repercusiones al conducir a la creación, en abril del mismo año, de la Sociedad Obrera de Panaderos "Estrella del Perú", una organización que desempeñó un papel precursor en la formación de la conciencia de clase del proletariado. En 1896 ocurrió el primer gran conflicto industrial: la huelga de los tejedores de Vitarte (agosto), seguida por los movimientos de los cigarreros (septiembre), los tipógrafos (septiembre) y los pasteleros de la capital. Los obreros de esas industrias ya empezaban a ser influenciados por algunos líderes anarquistas. Los tabaqueros, por ejemplo, no dudaron en destruir la nueva maquinaria que causaba desocupación. Ese tipo de acciones luddistas eran

octubre de1914 y julio-agosto de 1916 (Daniel Antuniano, Antonio Panades, José Pica y José Chamorro).

excepcionales y normalmente los trabajadores solían recurrir a la mediación de políticos (diputados, ministros e incluso presidente de la República) lo que no impedía una severa represión.[3] El nuevo siglo se abrió en Lima con la huelga de cocheros en enero de 1900 y, sobre todo, la exitosa huelga de panaderos en abril-mayo de 1901. Aunque también recurrieron a comisiones de arbitraje, los últimos organizaron de forma ejemplar la solidaridad del gremio y trataron de impedir el funcionamiento de las empresas de panificación: (Pereda Torres 1982: 82-104). 1904, año de fuerte alza de los precios de las subsistencias, fue determinante para la maduración ideológica: la Sociedad Obrera de Panaderos, dirigida por Manuel C. Lévano, se desadhirió de la CAUU y pasó a llamarse Federación de Obreros Panaderos "Estrella del Perú", dando el primer paso hacia un sindicalismo moderno que representara los intereses del proletariado. La separación se debía al rechazo de las prácticas colaboracionistas de la Confederación de Artesanos. Los panaderos adoptaron como objetivo la jornada de ocho horas y celebraron en 1905, por primera vez en el país, la fiesta del Primero de Mayo. En marzo de 1904 también empezó a ser publicado en Lima el mensual *Los Parias,* que fue la primera publicación ácrata importante del país. Principalmente animada por M. González Prada, era favorable al sindicalismo y aspiraba al "comunismo proletario". En mayo, la huelga de los jornaleros del Callao, primera en costarle la vida a un trabajador, constituyó además una importante experiencia de lucha y de solidaridad de clase, aunque fue resuelta gracias a la intervención del presidente Andrés A. Cáceres.

Aporte conceptual de González Prada

Todos los historiadores mencionan el papel determinante de Manuel González Prada[4] en la formación ideológica de los trabajadores del

3 En 1896, cuatro dirigentes obreros de la empresa textil de Vitarte fueron encarcelados por seis años por un incendio que no cometieron (Pereda Torres, 1982:88).

4 Este poeta, ensayista y brillante polemista nació en una familia aristocrática de Lima en 1844. Después de un primer periodo de vinculación con el sector progresista del Partido Civil (1870-1885), rompió con la oligarquía dirigente a la cual culpó por la derrota de la Guerra del Pacífico (1879-1883) y fundó un partido político renovador, la Unión Nacional (1891), de tipo liberal federalista, cuyo proyecto democrático se apoyaba en las clases medias urbanas y aspiraba a mejorar las condiciones sociales de los sectores populares, obreros y campesinos. Por razones algo oscuras, González Prada se marchó a Francia a los pocos días de la creación de su partido. En París, donde permaneció seis años, y luego en

Perú,[5] pero hasta ahora no ha sido analizado detenidamente el tenor de su contribución.[6] Desde fines de los años 1880, González Prada se había ganado una fama de inconforme opuesto a las oligarquías, al caudillismo y al clero. Cuando regresó de Europa, en 1898, su popularidad fue creciendo a causa del tono muy radical de sus críticas a los poderes establecidos. En su discurso de agosto de 1898 en el local de la Unión Nacional, el ensayista había designado al obrero y al campesino como la parte sana del país. La semana siguiente, su amigo C. Dam le invitó a dar otra conferencia en la Liga de Librepensadores que fue impedida por el gobierno. Ideológicamente, los dos hombres evolucionaron de forma parecida, pasando del liberalismo radical al anarquismo, del cual fueron unos de los primeros propagandistas en Lima. La Liga desempeñaba un papel de educación popular y concientización política mediante reuniones públicas en las que participaban intelectuales y trabajadores. González Prada escribió algunos artículos para el semanario *El Libre Pensamiento,* el órgano de la Liga,[7] pero a partir de 1902, el escritor estrechó sus relaciones con los círculos obreros y parece que estuvo en contacto epistolar con varios líderes provincianos.

De octubre de 1904 a julio de 1909, ejerció una influencia directa en el incipiente movimiento anarquista, escribiendo asiduamente, bajo seudónimos o de forma anónima, en el mensual *Los Parias*. Es muy significativo que, el 1° de mayo de 1905, la Federación de Obreros Panaderos le invitara a pronunciar una conferencia que fue de suma importancia en la historia social del país. Se

Barcelona y Madrid, enriqueció su formación intelectual y su ideología se radicalizó. De nuevo en el Perú, se fue apartando de la Unión Nacional, cuyo electoralismo le disgustaba, hasta su separación oficial en 1902. A partir de 1912 desempeñó el cargo de director de la Biblioteca Nacional, al que renunció en 1914 para manifestar su oposición al golpe de Estado del coronel Óscar Benavides. Fue reintegrado en sus funciones por un nuevo gobierno constitucional en 1916. Falleció en Lima el 22 de julio de 1918.

5 Escriben, por ejemplo, Denis Sulmont que González Prada fue el "propulsor del pensamiento revolucionario a principios del siglo en el país, y uno de los primeros intelectuales en trabar relaciones con los obreros" (1980:19) y Hugo García Salvatecci que "La importancia del Anarquismo en el Perú se manifiesta en la enorme influencia que ejerció González Prada, durante tantos años, en nuestra juventud, y por su enorme repercusión en el origen del movimiento sindical" (1972:117). Véase también Pereda Torres (1982:113 *sq.*), Barba Caballero (1981:72), Pareja (1978:87).

6 Lo hace parcialmente Pereda Torres (1982:130-140).

7 Dichos artículos antirreligiosos fueron reunidos en la primera parte del libro *Propaganda y Ataque* (González Prada 1939).

trata del discurso "El intelectual y el obrero", en el cual afirmaba el autor la necesidad de la unión solidaria de todos los trabajadores sin distinción de clase social en la perspectiva de la futura revolución. También definía el papel que le corresponde al intelectual en su relación con las masas:

> Cuando preconizamos la unión o alianza de la inteligencia con el trabajo no pretendemos que a título de una jerarquía ilusoria, el intelectual se erija en tutor o lazarillo del obrero. A la idea que el cerebro ejerce función más noble que el músculo, debemos el régimen de las castas [...]. (Gonzáles Prada 1976:230)

Esa idea, que selló la solidaridad entre los jóvenes universitarios de la clase media y los proletarios, fue más tarde adoptada por Víctor Raúl Haya de la Torre en su Frente de trabajadores manuales e intelectuales.[8] La propuesta de frente revolucionario multiclasista tomaba en cuenta la especificidad de un país como Perú, donde el proletariado urbano era escaso y el rural se encontraba totalmente marginado de la sociedad, mientras una creciente clase media aspiraba a consistentes transformaciones sociales. Esa primera celebración de la solidaridad internacional de los trabajadores constituyó un hito en la evolución del obrerismo peruano hacia el sindicalismo. Se fijó como meta común la obtención de la jornada de ocho horas "dando inicio así a un mayor y nuevo impulso tanto en el movimiento obrero capitalino como en ciertos sectores mineros y costeños agrícolas" (Yepes del Casstillo 1976: 229).

El año siguiente, informado de lo que sucedía en Francia,[9] González Prada defendió en un artículo de *Los Parias* la campaña por la jornada de ocho horas, objetivo que ya había sido incluido en los estatutos de la Federación de Obreros Panaderos desde 1904. En esta ocasión, los panaderos habían convocado un paro general que fue parcialmente logrado. Es interesante subrayar la argumentación de González Prada:

> Según la iniciativa que parece emanada de los socialistas franceses, todas las manifestaciones que hagan hoy los obreros deben converger a crear una irresistible

8 Sobre la influencia de González Prada en Haya de la Torre y Mariátegui, véase nuestro artículo "Manuel González Prada : *un enjeu symbolique dans le Pérou des années vingt*" (Delhom 1996).

9 El 1° de mayo de 1906 era el término de la campaña de agitación por las ocho horas decidida en el XIV Congreso Nacional Corporativo (VIII de la Confederación General del Trabajo) y Conferencia de las Bolsas del Trabajo de 1904 en Bourges.

> agitación para conseguir la jornada de ocho horas. Cierto, para la emancipación integral soñada por la anarquía, eso no vale mucho; pero en relación al estado económico de las naciones y al desarrollo mental de los obreros, significa muchísimo: es un gran salto hacia adelante en un terreno donde no se puede caminar ni a rastras. Si la revolución social ha de verificarse lentamente o palmo a palmo, la conquista de las ocho horas debe mirarse como un gran paso; si ha de realizarse violentamente y en bloque, la disminución del tiempo dedicado a las faenas materiales es una medida preparatoria: algunas de las horas que el proletariado dedica hoy al manejo de sus brazos podría consagrarlas a cultivar su inteligencia, haciéndose hombre consciente, conocedor de sus derechos y, por consiguiente revolucionario. Si el obrero cuenta con muchos enemigos, el mayor está en su ignorancia. (González Prada 1940: 83-84).

El autor asigna a la auto-educación un valor revolucionario, lo que convierte todas las medidas que pueden favorecerla en un objetivo válido de lucha, a condición de que no se pierda de vista la meta final. Desde esta perspectiva, más amplia que la puramente económica, romper la alienación individual es una condición *sine qua non* de la emancipación colectiva. Al revés de muchos anarco-sindicalistas predomina en González Prada una concepción algo individualista que no hace del sindicato la prefiguración de la sociedad futura. Con todo, su pensamiento se mantiene cerca de la línea del anarquismo sindicalista preconizado por P. Kropotkin y Fernand Pelloutier, para los cuales las reformas parciales son ante todo la ocasión de fomentar la huelga general revolucionaria. De forma pragmática, el sindicato constituye una escuela de anarquismo, al proporcionar a los individuos una experiencia de lucha solidaria y antiautoritaria. Por otra parte, la postura del escritor no puede ser sindicalista revolucionaria porque no acata la neutralidad ideológica del sindicato exigida por la Carta de Amiens de 1906. El artículo que escribió en ocasión del 1° de mayo de 1907, celebrado simultáneamente en El Callao y en Lima, muestra su recelo en cuanto a la lucha por reformas inmediatas, juzgadas bastantes ilusorias ya que no afectan los fundamentos de la explotación. Ese texto, escrito varios meses antes del congreso anarquista internacional de Amsterdam (agosto de 1907), anticipa las críticas dirigidas por Errico Malatesta al sindicalismo revolucionario defendido por Pierre Monatte. Como el anarquista italiano, González Prada confía más en la solidaridad moral generada por un ideal común que en la solidaridad económica; no toma el sindicalismo sólo como un fin en sí mismo, sino como uno de los medios de acción para llegar a la revolución ácrata, la cual sobrepasa ampliamente los intereses de una sola clase y se propone la liberación integral

de la humanidad oprimida económica, política y moralmente.[10] El hecho de que González Prada no haya contribuido a *La Protesta* podría ser interpretado como un desacuerdo con la orientación anarcosindicalista del periódico.[11]

En junio de 1906, publicó un artículo de aclaración ideológica en el cual explicaba las diferencias entre el socialismo, que califica de reformista y autoritario, y el anarquismo, a menudo confundidos por los actores del movimiento social peruano. Advertía entonces:

> Entre socialistas y libertarios pueden ocurrir marchas convergentes o acciones en común para un objeto inmediato, como sucede hoy con la jornada de ocho horas; pero nunca una alianza perdurable ni una fusión de principios [...]. (González Prada 1940: 95)

Frente a interpretaciones conservadoras de "glorificación del trabajo", insistía, pues, en el significado verdadero del Primero de mayo, como celebración universal del sacrificio de los Mártires de Chicago.[12] En 1909, lo definía como un día privilegiado para demostrar la solidaridad proletaria en la lucha sangrienta por la revolución emancipadora. Rechazaba sin ninguna ambigüedad toda solución reformista y conciliadora, tal como la práctica muy frecuente del arbitraje político en los conflictos laborales:

> [...] no incurriremos en la ingenuidad o simpleza de imaginarnos que la Humanidad ha de redimirse por un acuerdo amigable entre los ricos y los pobres, entre el patrón y el obrero, entre la soga del verdugo y el cuello del ahorcado. Toda iniquidad se funda en la fuerza, y todo derecho ha sido reivindicado con el palo, el hierro o el plomo. Lo demás es teoría, simple teoría. (González Prada 1940: 164)

En noviembre de 1906, mientras habían cesado el trabajo los jornaleros del Callao, el escritor abogó por la huelga general armada. Meses más tarde, en mayo de 1908, después de la masacre en Iquique de 600 huelguistas por el ejército chileno (diciembre de 1907), preconizó también el sabotaje. No sólo

10 Sobre las relaciones entre anarquismo y sindicalismo, véase Maitron (1992:265-330).

11 Según E. Yepes del Castillo, "Los primeros brotes de anarco-sindicalismo quizá habían empezado a explicitarse hacia 1911, con la formación del grupo 'La Protesta' y llamado 'Comité de Propaganda Sindical'" (1972:271).

12 Véase igualmente el artículo "Primero de Mayo" de 1907 (González Prada 1940:101-104).

los considera los únicos medios eficaces de lucha contra los capitalistas, sino que también piensa como Kropotkine que toda lucha armada constituye una forma de preparación del pueblo para la revolución final. González Prada actúa también como censor y aguijón cuando lamenta el conservadurismo y la falta de solidaridad de los sindicatos peruanos, aún subyugados por la acción política, que según él divide las masas y debilita su acción.

En dos artículos publicados en enero y febrero de 1906 en *Los Parias*,[13] González Prada denunció la estrategia retrógrada y corruptora de la CAUU, calificada de "tenaza del político para coger al obrero" y celebró "la evolución regeneradora" emprendida por los panaderos bajo la dirección de M. C. Lévano. Sin desconocer la existencia de un sector intermedio,[14] consideraba que las sociedades se dividen esencialmente en dos clases enemigas "la de los poseedores y la de los desposeídos" o, dicho con otras palabras, "los explotadores" y "los explotados". En esa última, a la que atribuye una misión histórica de regeneración, distinguía entre "siervos" y "proletarios", o sea entre campesinos, en situación neofeudal, y obreros (González Prada 1940: 144 y 1976: 215). A los artesanos limeños, trabajadores propietarios de sus medios de producción y a menudo patronos de otros obreros, los identificaba como aliados objetivos de los explotadores. Pero lo que deseaba González Prada era que se produjera una toma de conciencia de esa clase intermedia para que se uniera a los demás trabajadores y regenerase el Perú:

Desde finales de los 1890, González Prada denunciaba el carácter inicuo del capitalismo que explota al trabajador y lo mantiene en la miseria: "Merced a las sociedades anónimas, todo ha sido monopolizado y es disfrutado por un diminuto círculo de traficantes egoístas y absorbentes". Ha enfatizado la desigualdad fundamental que caracteriza la relación de producción moderna y la vuelve moralmente inaceptable, según él:

> Donde hay cambio de dinero por fuerza muscular, donde uno paga el salario y el otro le recibe en remuneración de trabajo forzoso, ahí existe un amo y un

13 Posteriormente fueron refundidos para constituir uno sólo.

14 Escribe a finales de los ochenta: "Aquí no conocemos la burguesía europea; hay, sí, una especie de clase media, inteligente, de buen sentido, trabajadora, católica pero indiferente a luchas religiosas, amante de su país, pero hastiada con la política de que sólo recibe perjuicios, desengaños y deshonra." (González Prada 1976:29).

> siervo, un explotador y un explotado. Toda industria legal se reduce a un robo legalmente organizado. (González Prada 1940: 83).

Mostrando la continuidad histórica de la explotación (esclavitud, vassallaje, proletarización) afirmaba que el productivismo capitalista transforma al trabajador en proletario, o sea en máquina de carne y huesos, la forma más acabada de la alienación. Distinguía así entre dos concepciones de la actividad productiva humana: por una parte, el digno trabajo libre "para transformar el Globo en una morada cómoda y salubre, concediéndose las horas necesarias al solaz, a la instrucción y al sueño" y, por otra, la vil explotación que consiste en "bregar y esquilmarse para que otros reporten los beneficios [...] no conociendo más placeres que el trago de aguardiente y la procreación". Subrayaba la duplicidad del discurso ideológico dominante que tiende a enmascarar la realidad gracias a la alianza cómplice de intelectuales y capitalistas: "[...] en las sociedades modernas el letrado y el capitalista explotan al ignorante y al obrero, hipócritamente, predicando la evangélica máxima del amor al prójimo, hablando de libertad, igualdad y fraternidad". De ahí la importancia de su discurso "El intelectual y el obrero" que busca invertir la alianza de las clases medias instruidas con la oligarquía, en beneficio de los sectores populares.

En 1905 señalaba también la expoliación realizada por el imperialismo económico norteamericano al amparo del modelo agro-exportador promovido por la oligarquía nacional (González Prada 1941: 112). Se anticipaba al discurso antiimperialista que prevaleció a partir de los años 1920. Por otra parte, opuso las políticas restrictivas de los países industrializados en materia de inmigración laboral a sus agresiones coloniales en nombre del liberalismo económico, subrayando el carácter mundial del proceso de proletarización:

> Para introducir sus telas, su opio, su alcohol y su Biblia, las grandes potencias abren a cañonazos Asia y África; pero quieren cerrar sus puertas no sólo al amarillo y al negro, sino también al blanco sin bolsa repleta de oro. (González Prada 1940: 90-91)

De allí su prédica internacionalista, consecuencia lógica de la solidaridad de clase:

> Las muchedumbres no acaban de ver que el *negocio* no tiene patria; que, a pesar de Alsacia y Lorena, el francés rico es hermano del capitalista alemán, lo mismo que, a despecho de Tacna y Arica, el azucarero peruano es amigo y compatriota

> del hacendado chileno. Todos los grandes ladrones constituyen una masonería internacional, forman una casta esparcida en el globo, pero estrechamente unida y juramentada para luchar con su enemigo común: el proletario (González Prada 1941: 244).

El intelectual revolucionario aspiraba claramente al modelo político más igualitario que podía concebir, el del comunismo libertario teorizado por Kropotkin, Malatesta y Elisée Reclus, cuyo lema era "a cada uno según sus necesidades". También influenció al movimiento obrero el discurso anarquista de González Prada en cuanto al Estado y a la Iglesia, analizados como cómplices activos de la explotación capitalista.

Apogeo y crisis del movimiento obrero anarquista

Los gremios inicialmente más influenciados por el anarquismo fueron sobre todo los panaderos y los tipógrafos, pero también los sastres, zapateros y picapedreros; más tarde fueron muy activos los trabajadores del sector textil, que lograron influir en los jornaleros de los valles agrícolas cercanos a la capital. En 1907, ya existía en Lima el Centro de Estudios Sociales "Humanidad", muy concurrido por los tejedores de Vitarte. También debe citarse el Centro Socialista 1° de Mayo con su órgano *El Oprimido*, en el que participó a menudo el dentista C. Dam y que fusionó en 1908 con el grupo "Humanidad", dando origen al Centro de Estudios Sociales 1° de Mayo. En Lima desplegó también su actividad el Centro Racionalista Francisco Ferrer que editaba el mensual *Páginas Libres,* nombre que retoma el título del primer libro de González Prada (Paris, 1894). El grupo "Luchadores por la Verdad", que reunía a los más destacados militantes obreros y a algunos intelectuales, publicó a partir de febrero de 1911 el periódico *La Protesta.* Tuvo una activa participación en la formación ideológica y organización de los trabajadores: es de notar que constituyó un Comité de Preparación Sindical en julio de 1911. El anarquismo arraigó también en las provincias, particularmente en las localidades de Huacho, Sayán, Barranca, Trujillo, Chiclayo, Ica. Esa influencia entre los obreros del campo es también un aspecto que debería ser estudiado más profundamente, así como el discurso indigenista de la prensa proletaria.[15] En Arequipa fue constituido en 1905 el

15 Sulmont (1977:29) escribe que "la coordinación política entre el movimiento obrero y los movimientos campesinos fue iniciada por los grupos anarquistas". Pereda Torres estudia un poco ese proceso en Huacho (1982:207-214).

Centro Social Obrero. Varios periódicos fueron editados en Chiclayo, donde fue fundada la Confederación de Obreros 1° de Mayo en 1907. En Trujillo apareció *La Antorcha* y se fundaron Centros de Estudios Sociales como "Luz" e "Hijos del Pueblo". En Huacho fue creado el Centro de Estudios Femeninos "Luz y Libertad" (1918). Hubo también un Centro de Estudios en Pomalca con escuela y biblioteca.

A partir de 1911, la influencia anarquista en el movimiento obrero se volvió predominante. Afirma Pereda Torres (1982: 143): "La segunda década del presente siglo encontró a la dirigencia anarco-sindicalista en posesión de los principales gremios de la ciudad de Lima y del resto del país [...]". La primera huelga general de solidaridad tuvo lugar en abril de 1911 en apoyo a los tejedores de Vitarte; su resultado fue la supresión del trabajo de noche. El gobierno aprobó también en enero de 1911 una ley de accidentes de trabajo frente a la presión obrera. Como consecuencia del conflicto, se fundaron la Unificación Obrera Textil de Vitarte en mayo de 1911[16] y la Unificación Proletaria Textil de Santa Catalina en noviembre del mismo año, "verdaderas organizaciones sindicales" y "núcleos de formación y acción del anarco-sindicalismo de la ciudad de Lima", según Pereda Torres. Afirma el historiador que "estas organizaciones se constituyeron en modelos para los gremios de albañiles, sastres y ferrocarrileros quienes optaron definitivamente por la senda libertaria". Las huelgas por las ocho horas y aumentos salariales se sucedieron e intensificaron en 1912 y 1913, años de crisis económica, dando lugar a la constitución de nuevos sindicatos. En el campo, que se iba organizando en reivindicativas Sociedades de Auxilios Mutuos por la influencia anarquista, también hubo conflictos violentos: en abril, las fuerzas represivas mataron a decenas de jornaleros de los valles agro-industriales de Chicama y Santa Catalina (Dpto. de La Libertad) (Barcelli 1979: 66-69 y Yepes del Castillo 1972: 273). Finalmente, la Unión General de Jornaleros del Callao conquistó las ocho horas en enero de 1913 gracias a un nuevo paro general. (Federación Anarquista del Perú 1961: 5-11). Se creó entonces una nueva federación, la de Obreros Marítimos del Callao. Frente a la multiplicación de las huelgas y cediendo a la presión patronal, el gobierno del populista Guillermo Billinghurst promulgó en enero de 1913 un Reglamento de Huelgas destinado

16 Escribe J. Portocarrero: "Nombramos presidente a Emilio Ugarte; a Juan Híjar, vicepresidente; a Enrique Chuti, tesorero; a Antonio Guillinta, protesorero, y otros compañeros más completaron la directiva." (1987:33-34).

a luchar contra los métodos anarquistas de acción directa, aunque pretendía garantizar el derecho de huelga. No obstante, los conflictos se extendieron a los obreros del petróleo de Talara, Negritos, Lobitos y Lagunitas, en el norte del país. A iniciativa de la recién creada Sociedad de Galleteros y Anexos, se constituyó en marzo de 1913 una primera Federación Obrera Regional Peruana (FORP), que no logró perdurar.[17] A finales del año, los trabajadores pudieron constituir una imprenta proletaria que funcionó hasta los años 1930 y editó numerosos periódicos.[18] La propaganda sindical se intensificó a partir de 1914, a causa de la degradación de las condiciones de vida y trabajo. Como las clases populares no beneficiaban de la bonanza exportadora debida a la Guerra Mundial y tenían que sufrir el alza exhorbitante de los artículos alimenticios,[19] se organizaron nuevos sindicatos de oficios (zapateros, albañiles, sastres, ferrocarrileros...). También la represión se hizo más violenta, muriendo numerosos trabajadores en provincias en 1916 y años siguientes (Pereda Torres 1982: 203-214 y Yepes del Castillo 1972: 266-271). Según algunos historiadores, la FORP fue disuelta y sustituida en diciembre de 1918 por la primera Federación Obrera Local de Lima (FOLL).[20]

1919 fue el año de la culminación del anarco-sindicalismo en el Perú. Un nuevo paro general paralizó Lima y El Callao del 13 al 15 de enero de 1919 hasta conquistar la jornada de ocho horas. La Federación de Trabajadores en Tejidos del Perú, constituida en enero, fue también fruto del movimiento, así como la Federación Gráfica y la de Choferes. La huelga había sido iniciada por los tejedores y fue rápidamente apoyada por los demás sindicatos, así como los estudiantes de San Marcos (Portocarrero 1987: 45-68). Víctor Raúl Haya de

17 Según J. Portocarrero, el intento de organizar la FORP no pudo concretarse (1987:67).

18 Pereda Torres (1982:199) menciona los siguientes: *La Protesta, El Obrero panadero, El Libertario, Plumadas de Rebeldía, El Obrero Textil, La Rueda, El Tranviario, La Voz del Chofer, El Obrero Gráfico, El Pututo, La Reforma.*

19 El índice general de precios con base 100 en 1913 alcanza 104 el año siguiente, 112 en 1915, 123 en 1916; se dispara en los años siguientes hasta 142 en 1917, 164 en 1918, 188 en 1919 y 210 en 1920.
Disminuyó en 1921 (199) y 1922 (190) (Yepes del Castillo, 1972:268).

20 La FOLL "contó entre sus más importantes bases, con la Federación de Panaderos Estrella del Perú, la Federación Gráfica, la Confederación Ferrocarrilera, la Federación de Zapateros, la Unión de Obreros y Jornaleros del Callao, la Unión Obrera de Construcción Civil, la Federación de Sastres y distintas Federaciones mineras y obreras del Norte, Centro y Sur, etc." (Barba Caballero, 1981:101-102). Hay que añadir las organizaciones del sector textil.

la Torre, el principal líder de los universitarios, fue adquiriendo después una gran influencia entre los trabajadores textiles gracias a la creación en 1921 de las Universidades Populares González Prada (Portocarrero 1987: 87-128). Un frente único de sindicatos, gremios y organizaciones populares, llamado Comité Pro-Abaratamiento de las Subsistencias, fue constituido por la Federación de Trabajadores en Tejidos en abril de 1919 para luchar contra la elevación del costo de la vida (Federación Anarquista del Perú 1961: 12-20). Ese Comité dirigido por los anarquistas Carlos Barba (zapatero), Nicolás Gutarra (ebanista)[21] y Adalberto Fonkén (tejedor), organizó un paro general en mayo-junio que fue severamente reprimido por las autoridades, muriendo varios manifestantes (ley marcial). El 4 de julio, Augusto B. Leguía aprovechó la situación para hacerse con el poder en medio del entusiasmo popular. Ese mismo día, el Comité Pro-Abaratamiento ocupó el local de la CAUU para transformarlo en la sede de la segunda Federación Obrera Regional Peruana, constituida el 8 de julio de 1919 en base a los principios de 1913 (Portocarrero 1987: 82-86). En agosto fue constituida la Federación Obrera Marítima y Terrestre del Callao. A partir de los años 1920, los huelguistas se dividían entre aplicación de la acción directa o del arbitraje previsto por la nueva Constitución para resolver los conflictos laborales. En el Primer Congreso Local Obrero de Lima y El Callao, organizado en abril de 1921 por la FORP, fue planteada la cuestión de la acción política de los trabajadores. Parece ser que los anarquistas lograron declararla incompatible con el sindicalismo pero que no pudieron obtener del Congreso que se pronunciara en favor del comunismo libertario como objetivo de los trabajadores organizados (Pareja 1978: 61-62). Las ideas socialistas, divulgadas desde 1918,[22] empezaban ya a cundir en el proletariado: los sindicatos del textil fueron los que abogaron por la "política obrera". Para reforzar la organización anarquista, fue inmediatamente constituida la Federación de Grupos Libertarios, que se hizo cargo de *La Protesta.* En 1922, la exitosa huelga de la Federación de Motoristas y Conductores (septiembre) dio lugar a la creación, en noviembre, de una segunda Federación Obrera Local de Lima-FOLL (Pareja 1978: 62-64).[23] en la que "se

21 En los años siguientes, se volvieron ambos socialistas.

22 Desde 1918 existía un Comité de Propaganda Socialista integrado por Félix del Valle, César Falcón, J. C. Mariátegui, Luis Ulloa, Carlos del Barzo, Pedro Bustamante y otros más. "En diciembre de ese mismo año, Del Valle, Falcón y Marátegui se retiraron del Comité ante la decisión, considerada por ellos prematura, de Del Barzo y Ulloa de transformar el grupo de propaganda en Partido Socialista." (Portocarrero, 1987:70-71).

23 Ignoramos lo que sucedió con la primera, sólo mencionada por Barba Caballero.

agudizó la polémica entre anarquistas y socialistas" (Sulmont 1977: 37). En mayo de 1923 salió el primer número de *Claridad*, el órgano de la FOLL y de la Juventud Libre del Perú, fundado por Haya de la Torre y dirigido por José Carlos Mariátegui a partir de 1924, después de la deportación de Haya (octubre de 1923).[24] En octubre de 1923, los sindicatos y los estudiantes unidos lograron impedir la consagración del Perú al corazón de Jesús (Federación Anarquista del Perú 1961: 27-28).

A partir de 1924, con la reelección de Leguía, la represión se hizo más feroz y la influencia socialista arraigó en la FOLL. Los textiles, seguidos por los choferes, electricistas, gráficos y otros más, abandonaron el anarco-sindicalismo. Habían contribuido a propagar el marxismo-leninismo las Universidades Populares, en las que los anarquistas vieron pronto escuelas para ambiciosos y medios de infiltrar ideas reformistas en el proletariado. Síntoma de la gravedad de la fractura ideológica, fue que la FOLL no invitara a los grupos libertarios a la conmemoración del 1° de Mayo de 1925 (Pareja 1978:63). Los anarquistas, particularmente los albañiles y carpinteros, intentaron en vano crear una nueva organización obrera libertaria. Finalmente, a principios de 1926 ya dejó de publicarse *La Protesta* y en septiembre salió el primer número de la famosa revista *Amauta*. A mediados de 1926 empezaron los preparativos para el Segundo Congreso Local Obrero de Lima a iniciativa de los Trabajadores en Tejidos. Tuvo lugar bajo la dirección de Arturo Sabroso a partir de enero de 1927, pero sin la participación de los anarquistas. El Congreso se pronunció en favor del sindicalismo revolucionario sin orientación ideológica definida (Pareja 1978: 66-69). En junio de 1927, la represión gubernamental desestructuró las organizaciones obreras encarcelando o desterrando a sus principales líderes.[25] En octubre de 1928 fue finalmente constituido el Partido Socialista del Perú y, en mayo de 1929, la Confederación General de Trabajadores del Perú, cuyo primer Secretario General fue Julio Portocarrero, obrero textil de Vitarte, ex-anarco-sindicalista y miembro fundador del Partido Socialista (Sulmont 1977: 54-55).

24 *Claridad* fue sustituido por *Solidaridad* en septiembre de 1925.

25 Sobre la represión, véase Portocarrero (1987:122-123; 133-135).

Algunos comentarios historiográficos

Los historiadores han intentado explicar la pérdida de influencia del anarco-sindicalismo a partir de 1920. Según Denis Sulmont, que estudia poco el periodo anterior en sus libros, la ideología anarquista prosperó "cuando los trabajadores no disponían para sus reivindicaciones de otra alternativa", permitiendo la organización y la toma de conciencia de clase. Pero representó luego:

> [...] más bien un freno al desarrollo de la clase trabajadora hacia niveles superiores de organización y conciencia. La estrategia de acción directa de los anarquistas demostró sus límites al chocar contra el aparato represivo del Estado y las maniobras políticas de la burguesía, sin ofrecer alternativas para el proletariado (Sulmont 1977: 36).

Esa explicación de 1977 es poco convincente. Sulmont incurre en el mismo prejuicio ideológico un par de años más tarde cuando escribe:

> Si bien la conquista de la jornada de ocho horas representó una victoria para el anarco-sindicalismo, significó también su entrampamiento posterior. En efecto, la propaganda anarquista había señalado que la huelga general era el preludio de la revolución social y de la liberación de los trabajadores. Sin embargo, una vez obtenida una importante conquista inmediata, continuaba el poder de la burguesía y la explotación capitalista. La insuficiencia del planteamiento anarquista y del "sindicalismo revolucionario" (que pretende hacer la revolución directamente mediante los sindicatos) se manifestará más nítidamente luego del fracaso de la lucha por el abaratamiento de las subsistencias (Sulmont 1980: 23).

La misma argumentación había sido avanzada en 1972 por Ernesto Yepes del Castillo, quien añade el retroceso del anarquismo al nivel internacional:

> Bajo el impulso de las nuevas orientaciones ideológicas la clase obrera se fue desprendiendo de sus resabios anarquistas. Y es que la misma crisis que en los años de post-guerra ofreciera el anarco-sindicalismo a nivel mundial, no tardó en presentarse en el anarquismo local que, de otro lado, conseguida la jornada de 8 horas, halló vacío su arsenal reivindicativo (Yepes del Castillo 1972: 285).

También Hugo García Salvatecci, buen conocedor del anarquismo, se limitaba el mismo año a afirmaciones perentorias:

> Dando una visión de conjunto, podemos decir que el Anarquismo peruano tomó las ideas centrales del Anarquismo europeo. También heredó sus defectos:

> abuso de retórica y falta de cohesión. Sucumbió, sobre todo, por sus querellas internas. No logró amalgamarse. Combatió el caudillismo y el dogmatismo, pero terminó cayendo en ellos. Además, a diferencia de otros países, en el Perú nunca tuvo mucho arraigo popular (García Salvatecci 1972: 125).

Sin embargo, reconoce que "La tiranía de Leguía impidió luego el radio de su acción" (García Salvatecci 1972: 117). Otro comentario de Sulmont, en 1980, coincide con ese último y aporta elementos económicos interesantes:

> A partir de 1926, se multiplicaron los despidos y cierres de fábricas y la burguesía se mostró más intransigente frente a los reclamos. En 1927, los conflictos adquirieron proporciones alarmantes. Al mismo tiempo, muchas luchas sindicales fracasaron y los obreros perdieron varias de sus conquistas anteriores. La represión contra los dirigentes del movimiento obrero acabó con el apoliticismo anarco-sindical (Sulmont 1980: 27).

La represión es una explicación también propuesta por Yepes del Castillo:

> Más tarde, con el arribo de Leguía al poder, los aún recientes y no muy profundos logros organizativos serían definitivamente liquidados. Utilizando una astuta demagogia, el Presidente de la 'Patria Nueva' se recubrió inicialmente de un ropaje popular a fin de afianzar -ampliando- las bases de un sustento político que le permitiera enfrentarse con éxito a la hegemonía civilista. Pero más tarde, pasada la crisis política y consolidado en el poder, sistemática e implacablemente logró quebrar los soportes del movimiento laboral destruyendo sus cuadros dirigentes.
>
> [...] Así, respecto a los líderes anarquistas, varios de los más destacados fueron deportados a Europa. En otros casos, Leguía logró cooptar a algunas de las figuras de este movimiento [...]. El resto, con distinta suerte terminó en general orientándose hacia alguna de las dos grandes corrientes que empezaron a diferenciar la escena política peruana: el nacionalismo de corte populista [aprismo] y el socialismo (Yepes del Castillo 1972: 285-287).

Sulmont señala también la "confusión y división" que produjo el discurso populista de Augusto Leguía a partir de julio de 1919 en los sectores populares, aunque apunta que "los obreros que apoyaron a Leguía fueron rápidamente desilusionados" ya que en 1920 "se desencadenó una brutal represión contra las organizaciones sindicales", quedando la recién nacida FORP "casi paralizada" (Sulmont 1977: 36).

Por su parte, Piedad Pareja ha mostrado en 1978 que no se puede explicar la pérdida de hegemonía del anarco-sindicalismo por la categoría socioprofesional

de los trabajadores (transformación de los medios de producción y consiguiente proletarización) ya que ésta no ha influido en la elección de las ideologías:

> "[...] si observamos la distribución de las organizaciones por oficio y por industria, según su tendencia política, [...] podemos constatar que indistintamente, artesanos y obreros manufactureros se inclinan mayoritariamente primero por una y luego por otra alternativa política (Pareja 1978: 13)."

Algunos marxistas adoptan efectivamente una explicación muy subjetiva según la cual "el anarquismo está más en concordancia con la mentalidad de los artesanos y obreros de la pequeña industria que con la mentalidad de los obreros de la gran industria capitalista" o, dicho más claramente, el anarco-sindicalismo es una "doctrina pequeño- burguesa" (Prólogo de César Lévano en Pareja 1978: 9). Pareja señala también que, hasta los años 1920, las élites sindicales fueron muy representativas de su base social (Pareja 1978: 14). Parece entonces que el cambio ideológico fue el resultado de la creciente influencia entre los obreros de Haya de la Torre y de Mariátegui, especialmente por medio de las Universidades Populares. En su prólogo al estudio de Pareja, César Lévano también ha manifestado que Mariátegui logró "decantar a algunos de los mejores cuadros hacia el marxismo" (Pareja 1978: 14).

Bien se ve que no se ha explicado aún cómo, sólo en cuatro o cinco años, la mayoría del movimiento obrero cambió de orientación ideológica. Sólo sabemos que influyeron la represión gubernamental y la propaganda marxista a la que fueron sometidos los líderes sindicales. Por consiguiente, es probable que los trabajadores organizados no integrasen los fundamentos ideológicos del anarco-sindicalismo y siguiesen dócilmente una reducida élite. Sería interesante, entonces, estudiar el funcionamiento orgánico de los sindicatos y analizar las relaciones entre la Federación de Grupos Libertarios, constituida en 1921, y los dirigentes obreros de los sindicatos. Es necesario, pues, afinar las investigaciones y orientarlas hacia las modalidades de articulación de una serie de elementos explicativos, entre los cuales cabe citar: la competencia ideológica de la corriente marxista y sus medios de influencia; la importancia de la desorganización de los anarquistas causada por la represión gubernamental; el grado de conciencia ideológica de los delegados obreros de segundo plano, es decir de los que se encuentran en situación de sustituir a los líderes encarcelados o deportados, y también el de las masas; la importancia de la transformación de las condiciones económicas y políticas en los años 1920 (leguiísmo) que pueden haber acarreado

un cambio de estrategia de los sectores medios y también parte de los populares, o sea una búsqueda de nuevas alianzas políticas. Eso implica que se realicen estudios comparativos de los archivos de los principales sindicatos para entender los cambios ideológicos dentro del movimiento obrero. Ha seguido esa perspectiva general un estudio reciente de Paulo Drinot a propósito de la Federación de Panaderos a inicios de los años 1930, en el que el autor ha comprobado que:

> [...] las crisis económicas y políticas de los inicios de la década del treinta, al reducir la capacidad de la Federación a actuar como una entidad mutualista y sindical, llevaron a los obreros panaderos a abandonar el apoliticismo tradicional para establecer alianzas con grupos políticos, alianzas que podrían calificarse de micro-populistas (Drinot de Echave 1997)."

También sería útil analizar el contenido de la "cultura obrera" transmitida por los órganos de prensa proletaria, realizar estudios comparativos con los casos argentino y español, etc. Casi todo el trabajo de análisis queda por hacer, ya que hasta ahora fue sólo esbozado y, desgraciadamente, distorsionado por apriorismos ideológicos. Sólo se ha hecho una historia cronológica del movimiento obrero y es probablemente parcial.

Referencias bibliográficas

BARBA CABALLERO, José (1981) *Historia del movimiento obrero peruano,* Lima, Signo, 298 p.

BARCELLI S., Agustín (1979) *Crónicas de las luchas obreras en el Perú* [1864-1913] (Historia del sindicalismo peruano), tomo 1, Lima, Cuadernos Sindicales, 87 p.

DELHOM, Joël (1996) "Manuel González Prada : un enjeu symbolique dans le Pérou des années vingt", in *Hommage des hispanistes français à Henry Bonneville,* Tours, Société des Hispanistes Français de l'Enseignement Supérieur, p. 173-190.

DRINOT DE ECHAVE, Paulo (1996) *The 1931 General Strike in Lima: Organized Labour, Mass Politics and The Great Depression,* Master's Thesis, Oxford University.

DRINOT DE ECHAVE, Paulo (1997) "Obreros e historiadores: problemas y posibilidades en la investigación histórica del mundo obrero en el Perú",

Revista electrónica *Ciberayllu,* 1° de septiembre de 1997, http://www.andes.missouri.edu/andes/especiales/pd_obreros.html

FEDERACIÓN ANARQUISTA DEL PERÚ (1961) *El anarco-sindicalismo en el Perú,* México, Tierra y Libertad, 32 p.

GARCÍA SALVATECCI, Hugo (1972) *El Anarquismo frente al Marxismo y el Perú,* Lima, Mosca Azul, 126 p.

GONZÁLEZ PRADA, Manuel (1939) *Propaganda y ataque,* Buenos Aires, Imán, 252 p.

GONZÁLEZ PRADA, Manuel (1940) *Anarquía,* Santiago de Chile, Ercilla, 175 p.

GONZÁLEZ PRADA, Manuel (1941) *Prosa Menuda,* Buenos Aires, Imán, 252 p.

GONZÁLEZ PRADA, Manuel (1976) *Páginas libres. Horas de lucha,* [Caracas], Biblioteca Ayacucho, 399 p.

MAITRON, Jean (1992) *Le Mouvement anarchiste en France,* t. 1: *Des origines à 1914,* Paris, Gallimard, 486 p.

PAREJA [PFLÜCKER], Piedad (1978) *Anarquismo y sindicalismo en el Perú (1904- 1929),* pról. de César Lévano, Lima, Rickchay Perú, 120 p.

PEREDA TORRES, Rolando (1982) *Historia de las luchas sociales del movimiento obrero en el Perú republicano: 1858-1917,* Lima, Edimssa, 220 p.

PORTOCARRERO, Julio (1987) *Sindicalismo peruano. Primera etapa (1911-1930),* Lima, Ed. Gráfica Labor, 287 p.

SÁNCHEZ, Luis Alberto (1977) *Nuestras vidas son los ríos... Historia y leyenda de los González Prada,* Lima, UNMSM, 405 p.

SULMONT SAMAIN, Denis (1977) *Historia del movimiento obrero en el Perú,* Lima, Tarea, 358 p.

SULMONT SAMAIN, Denis (1980) *El movimiento obrero peruano: 1890-1980, reseña histórica,* 2ª ed. corr. y aum., Lima, Tarea, 238 p.

YEPES DEL CASTILLO, Ernesto (1972) *Perú, 1820-1920: un siglo de desarrollocapitalista*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos-Campodonico Ediciones, 367 p.

APUNTES PARA UNA HISTORIA DEL DERECHO DEL TRABAJO PERUANO

Juan Diego Motta Villegas*

"La historia de la humanidad, es la historia del trabajo".
Javier Neves

En este artículo, el autor reúne ideas centrales sobre los antecedentes y el surgimiento del Derecho Laboral en nuestro país, brindando aproximaciones al fenómeno social, político y normativo en las diversas etapas de la historia del Perú.**

I. Introducción a manera de dedicatoria

La versión original de este texto fue escrita en mayo de 2018, pero pensada y garrapateada mucho antes. También conversada muchas veces con Javier Neves, quien fue sin duda su principal motivador. Su vocación como profesor de derecho, y en donde el derecho era una hermosa excusa, lo acercó a otras manifestaciones de la cultura humana, y por ende a una visión interdisciplinaria del derecho. Su interés y preocupación por la historia era profunda, de allí que siempre recalcaba la necesidad de que los cursos de derecho del trabajo empezaran dedicándole un espacio a dicho tema. No obstante solía lamentar que no se le dedicara más espacio del que merecía. Solíamos comentar que un

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios en la Maestría de Relaciones Laborales de la PUCP. Profesor adjunto de Pragmática de las relaciones colectivas del trabajo en la PUCP. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios en la Maestría de Relaciones Laborales de la PUCP. Profesor adjunto de Pragmática de las relaciones colectivas del trabajo en la PUCP.

** Sumilla elaborada por los editores de *Laborem* núm. 24.

estudio de historia podría seguir siendo vigente luego de décadas, mientras que uno que analice un artículo de la ley puede perder su vigencia en el lapso que el voluntarioso legislador le conceda a la norma. Por eso recomendaba hablar de los problemas del derecho, problemas que trascienden una disposición, una norma. Problemas que, en el caso del derecho del trabajo, nos narran un conflicto que data de hace mucho, que cambia en apariencia, pero que mantiene una misma raíz. Hoy, en esta nueva edición, que aparece con pequeños cambios, es también Javier Neves quien sigue siendo la motivación para contar un poco de la historia del derecho del trabajo peruano.

II. Sobre el trabajo, la historia y el derecho del trabajo

1. ¿Por qué *una historia del derecho del trabajo en el Perú?*

Desde la noche de los tiempos la importancia del trabajo en la historia está más allá de cualquier duda. El trabajo está presente a lo largo de toda nuestra existencia, por lo que es válido decir que "el trabajo estructura nuestras vidas" (Quiñones, 259). Sin embargo, el trabajo supone algo más.

Han existido diferentes formas de valorar el trabajo. Desde preceptos dogmáticos a referencias académicas se ha intentado entender, o justificar, la forma como se instaura el trabajo. Así, se ha pontificado su papel como mecanismo fatídico de subsistencia individual, pues ha sido dicho que nos ganaremos el pan con el sudor de la frente (Génesis, 3.19), o como causa de la riqueza de las sociedades, en tanto este se organiza bajo un impulso egoísta (Smith). Como fuere, el trabajo ha sido el elemento de socialización de la humanidad a lo largo de la historia[1], pues también ha sido dicho que el trabajo ha creado al propio

1 El problema con esta socialización a partir del trabajo, es que se ha planteado como cosificación de lo humano, a partir de una ulterior promesa liberadora. Se pueden observar dos ejemplos históricos: La promesa ingenua, pero no menos efectiva al momento de asegurar la explotación-subordinación como algo natural, pues la cita bíblica completa no solo hace referencia a la maldición del trabajo (perdería utilidad en su propósito), si no que testifica que nos ganaremos el pan con el sudor de la frente, hasta que volvamos al mismo lugar del que provenimos, "porque polvo eres, y al polvo volverás" (el reino de los cielos). Así como el ofrecimiento de redención más elaborado en el capitalismo, en base al ejercicio del trabajo como profesión asceta que permite la acumulación racional en base a la propia capacidad y la iniciativa (Weber).

ser humano y que en realidad "la historia de la humanidad, es la historia del trabajo"[2].

Dada pues la importancia del trabajo y su valoración en la historia, no tendría por qué ser diferente el estudio de su regulación normativa a través de la historia. Más aún cuando la forma concreta como se estructuran las sociedades se reflejan a través de normas, cuya historia merece ser estudiada. En el caso peruano la sociología y la historia son las que más se han aproximado a la reflexión de la evolución del trabajo (Basadre, Mariátegui, Flores Galindo, Sulmont, entre otros), mientras desde el derecho hay todavía una deuda. Salvo el trabajo de Santistevan sobre la Huelga, los estudios que abordan el tema son escasos y no están enfocados (Neves, 2009; Villavicencio, 2010; Blancas, 2011) y los pocos que existen son muy puntuales (Ulloa, Boza y Quiñones). De esta manera, consideramos, queda suficientemente acreditada la importancia de una historia del derecho del trabajo peruano.

2. *Derecho del trabajo: historia y vigencia*

No obstante, más allá del sano empeño por la reflexión histórica de una materia poco desarrollada cabe una nueva pregunta ¿En qué radicaría la utilidad de su estudio? Absolver esta pregunta se torna cada vez más relevante cuando no son pocas las reflexiones académicas que discuten sobre el futuro del derecho del trabajo frente a los cambios en la estructura laboral o incluso cuestionan de plano su conveniencia para la sociedad[3]. ¿Qué sentido tendría discutir el pasado de algo que no tiene futuro?

2 Se trata de una expresión de Federico ENGELS parafraseada por Javier Neves en su discurso de clausura del año académico 2007 como Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La cita de ENGELS es la que sigue: "El trabajo es la fuente de toda riqueza, afirman los especialistas en Economía política. Lo es, en efecto, a la par que la naturaleza, proveedora de los materiales que él convierte en riqueza. Pero el trabajo es muchísimo más que eso. Es la condición básica y fundamental de toda la vida humana. Y lo es en tal grado que, hasta cierto punto, debemos decir que el trabajo ha creado al propio hombre" (Engels, 33).

3 Sobre esto último ver las ponencias de Enrique GHERSI y Guillermo CABIESES en el conversatorio "Derecho laboral ¿conveniente para la sociedad?" realizado por la Asociación Civil Foro Académico el 6 de noviembre del 2012 en la Pontificia Universidad Católica del Perú. En: http://www.youtube.com/watch?v=DWynUq2oQOg

Comencemos con la última cuestión. Consideramos que el trabajo y su regulación a través del derecho del trabajo son aún instituciones "cargadas de futuro". Bastaría ver que el nuevo gran empeño de la Organización Internacional del Trabajo para este periodo gira en torno a la "Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo", que tiene dentro de sus objetivos cumplir con el mandato que esta organización internacional tiene en materia de justicia social en el contexto siglo XXI (OIT, v). El rol del trabajo y su regulación para alcanzar la justicia social, precepto constitucional de la OIT, no solo sigue vigente a cien años de su creación, sino que es cada vez más imperioso. Si bien es obvio que a partir de la década de los setentas comienzan a experimentarse profundos cambios en la economía internacional y en la organización del trabajo, los que afectan gravemente el derecho del trabajo y sus instituciones clásicas, abriendo el cauce de una nueva etapa de este; no se puede probar de manera suficiente que nos encaminemos hacia el fin del derecho del trabajo o la mutación de sus objetivos esenciales (Palomeque, 1984, 15), por tanto, tampoco hablar alegremente de su inconveniencia o inutilidad[4].

Sobre lo primero afirmamos que plantear adecuadamente un problema es plantear adecuadamente su solución. En ese sentido, si queremos poner en claro el rol del derecho del trabajo y su vigencia actual, debemos transcender el estudio de su manifestación jurídica y comprender está institución "desde el objeto que regula" (es decir las relaciones sociales de producción) y a través "del manejo de las ideas que le dan fundamento (la *ideología* del derecho del trabajo, de acuerdo a Palomeque)", es decir, debemos estudiar el derecho del trabajo como "categoría social" (Motta, 281). O, de acuerdo a Sanguineti (1996), como categoría histórica.

4 No pretendemos profundizar respecto a los amplios tópicos que suponen el "futuro del trabajo" y el "futuro del derecho del trabajo", en un texto sobre la historia del derecho del trabajo peruano, solo queremos dejar constancia de su relación. Basta señalar que la OIT, institución que no siempre está a la vanguardia, ya ha colocado este tópico en su agenda. Por ahora nos limitaremos a mencionar algunos textos sugerentes. Sobre el análisis de la crisis del derecho del trabajo, podemos rastrear el debate entre quienes defienden la vigencia de los principios de este derecho frente a las crisis económicas, como el elocuente título de Palomeque: "Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica" (1984), hasta sus tempranos cuestionamientos desde el análisis económico del derecho como los trabajos de LESLIE y SHWAB; así como textos más actuales como la buena síntesis que se puede observar en GAMONAL (2013, pp17 y 18).

Así, para realizar algo tan útil como entender el presente, vigencia y futuro del derecho del trabajo peruano, estudiamos su historia. Acotándola en esta ocasión desde los antecedentes de la regulación del trabajo industrial, prehistoria del derecho del trabajo, en términos de Sanguineti (143) hasta la aparición de la libertad sindical, o sea hasta las primeras décadas del siglo XX (origen de la historia del derecho del trabajo). Para ello, es necesario plantear dos criterios:

a) Una metodología explicativa del derecho del trabajo, que trascienda la metodología expositiva y formalista del derecho desde un enfoque interdisciplinario, conforme a los aportes de Monereo y Palomeque (2011)[5]; y

b) Una perspectiva histórica que encuentre el fundamento del derecho del trabajo como un hecho social, no ajeno a la realidad. Es decir, no desarraigado del objeto que regula: las relaciones sociales de producción, que no son otra cosa que: i. Los hechos económicos, ii. Las ideas de los sectores sociales estructurados en torno al trabajo y iii) Las voluntades jurídico-políticas.

III. LA PREHISTORIA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA LIBERTAD SINDICAL EN EL PERÚ

Partiremos de la hipótesis, que no pretendo demostrar acá por no ser el objetivo del texto, que la historia del Perú está íntimamente ligada al elemento trabajo. Y que sin embargo, este no ha sido valorado con la misma intensidad a lo largo de nuestra historia. Planteo que en el Perú hay un antes y un después de la invasión española a este respecto. En la antigüedad habría habido una valoración muy positiva del trabajo, sobre todo aquel prestado colectivamente (minka, ayni). De alguna manera aquello ha pervivido pero transformado en

5 De acuerdo a MONEREO existen dos métodos para el estudio del derecho del trabajo: el interno o normativo (dogmática jurídica del derecho) y el externo o social (la realidad del derecho como forma social). En donde la primera describe el derecho vigente, mientras la segunda lo explica. Añadiendo que los "saberes neutros", "desinteresados" y "apolíticos" no existen: "el saber sobre el Derecho no puede ignorar el problema del poder, el saber es poder" (Monereo, 305-307). De otro lado, para PALOMEQUE, el conocimiento del Derecho del Trabajo no es "un conocimiento formal y ahistórico del problema". Es necesaria una "aproximación científica más provechosa y explicativa" la cual sólo es posible "si se tiene en cuenta su fundamento y su razón o por qué objetivos" (Palomeque, 2011, 20). Para mayor información ver: MOTTA, 29-32 (el resaltado es nuestro).

una suerte de cultura de la "laboriosidad andina"[6], muy ligado al mundo de la economía informal y al llamado emprendedurismo actualmente. Pero donde al distorsionarse el valor de lo colectivo en el trabajo, se valora más la promesa incierta de ascenso social en base al trabajo individual aunque en condiciones precarias, y no la garantía de acceso de derechos durante el trabajo (estabilidad, beneficios sociales, libertad sindical) o luego de este (seguridad social).

Mientras en la Colonia existió, por el contrario, cierto desprecio a las labores manuales y un doble estándar proveniente de las mismas autoridades al momento de cumplir las regulaciones laborales, algo que incluiremos en lo que denominaremos, como veremos más adelante, nuestra "herencia colonial". Si a ello le sumamos nuestra tortuosa incorporación al sistema-mundo capitalista desde la periferia en el Perú republicano, donde pervivían en un mismo espacio formas de organización del trabajo de "economía de enclave" capitalistas junto con lastres pre-capitalistas, tendremos los rasgos generales que han ido modelado nuestro actual sistema de relaciones laborales, la forma de sus conflictos y su regulación.

1. *Trabajo, conflicto y regulación en el Perú antiguo y colonial*

En el Perú antiguo el trabajo y la forma cómo este se ordenaba tuvieron un rol central. Autores como María Rostworowski (253) reconocen la importancia de la fuerza del trabajo como el recurso rentable fundamental en la construcción y ordenamiento del Tawantinsuyu. Esta autora señala que, ante la ausencia de dinero como medio de intercambio, la configuración política-económica del Tawantinsuyu se realizó en base a tres recursos rentables: la posesión de las tierras, la ganadería estatal y la fuerza del trabajo, la cual tuvo en la *mita*[7] a su mejor exponente. Esta importancia del trabajo se refleja incluso en los mitos y leyendas, como en la recreada por Garcilaso de la Vega sobre Manco Cápac y Mama Ocllo, en donde se reconocía a ellos como los "padres creadores", "no solo

6 Una ética del esfuerzo en base al trabajo y del apoyo a través de redes comunitarias que funcionan a partir de la reciprocidad andina, de la pertenencia a un mismo grupo o lugar del cual se ha migrado a las grandes ciudades. Al respecto se puede ver el trabajo de PARODI "Ser obrero es algo relativo: obreros, clasismo y política".

7 Para la autora la mita no solo se limitaba a un sistema de prestación de servicios colectivo y rotativo, si no que iba "más allá de un sistema organizativo de trabajo, conlleva cierto concepto filosófico andino de un eterno retorno". (Rostworowski, 253 y 254). Una visión del mundo en base a la reciprocidad laboral.

por habernos procreado -como en el caso de la tradición judeocristiana-, sino por habernos enseñado a trabajar" (Motta, 121); o la leyenda de los hermanos Ayar, donde se reconocía también el papel del trabajo, pues estos deambularon por la tierra sagrada del valle del Cusco hasta que llegaron a una tierra fértil factible para trabajarla y entonces se asentaron, (Rostworowski, 31-35).

Luego de las invasiones europeas el escenario se trastoca completamente. La forma de trabajo que gozó de mayor relevancia durante la Colonia, se caracterizó por ser prestado bajo condiciones de ausencia de libertad; mientras que su regulación por ser ambigua o contradictoria, rasgos que analizaremos más adelante. Entra en juego lo que Cotler ha denominado como "herencia colonial", es decir, una serie de lastres feudales, que en términos laborales se expresan en el "carácter de mano de obra aprisionada", que hacen realidad "la afirmación que *'sin deudas no hay trabajador'*" (23).

Precisamente Cotler explica que la invasión de América por los europeos se realiza en momentos de crisis del sistema feudal europeo, la misma que buscaba ser superada mediante la expansión territorial y la apropiación de nuevos mercados, materias primas y mano de obra barata, trabajo obligatorio y gratuito. Con ello se generó una *nueva división internacional del trabajo* de corte mercantilista, preludio de un germinal capitalismo de escala mundial, tocándole a América una posición periférica, una situación de dependencia, caracterizada por proveer los insumos necesarios para la acumulación originaria de los países europeos capitalistas, nos referimos a los recursos naturales y a la mano de obra barata (Cotler, 22 y 23). No obstante, paradójicamente siendo el esfuerzo de América causante del florecimiento de la civilización europea, aquella no gozó de las mismas transformaciones que se producían en esta, si no que las padeció. No solo no se produjo en nuestras tierras la "acumulación originaria", sino que se impidió desde el poder central la "liberación de la mano de obra de las ataduras legales pre-capitalistas" (Cotler, 23), que configuraban al trabajo forzoso (servidumbre) como el tipo principal de trabajo en estas tierras.

A tal punto sucedió esto que a diferencia del origen del Derecho del Trabajo en Europa, cuando en el Perú, muchos años después, comienzan a asentarse las bases del trabajo libre, subordinado y remunerado, sobrevivieron también diversas formas de prestación de trabajo pre-capitalistas, lo que implica un grado de complejidad aún mayor en nuestro sistema de relaciones laborales hasta el día de hoy. Incluso, es correcto decir que conforme al lugar asignado

al Perú en la división internacional del trabajo -a diferencia de lo acaecido en Europa-, al mercantilismo como antesala del capitalismo, por un lado, le interesó, y, por otro, no tuvo más opciones -dada su presencia tan arraigada-, que estas formas de trabajo pre-capitalistas pervivan en nuestra geografía en convivencia pero subordinadas a la economía mercantilista-capitalista. Cuando nos referimos a la pervivencia de formas de trabajo pre-capitalistas en esta época nos estamos refiriendo tanto a las relacionadas con el trabajo forzoso impuesto desde la Colonia, como las variables colectivas de producción de la tierra de raíces originarias.

2. Características de la organización del trabajo y sectores sociales antes de la aparición del capitalismo en el Perú

Para la segunda mitad del XVIII las clásicas características económico-políticas, ideológicas y jurídicas del Perú estaban en crisis. Una serie de revueltas anunciaban un nuevo orden en el que se buscaba considerar al indígena y a las otras castas explotadas, como ciudadanos con iguales derechos y que sin las ataduras legales a las que estaban sometidos en diversa intensidad, pudieran concurrir al mercado a ofrecer libremente sus productos (libertad de comercio) y/o su mano de obra (libertad de trabajo). Sin embargo, estos intentos fracasan con la revolución trunca de Túpac Amaru en 1780 y se deberá esperar cerca de medio siglo, hasta la independencia, para que se lleven a cabo algunas reformas.

En esta época, si bien existían algunos bolsones de "fábricas" y "obreros"[8], no había –por lo menos suficientemente- un sustrato ideológico, ni relaciones jurídicas, ni instituciones políticas que hayan podido dar un cauce propio a las incipientes relaciones sociales de producción capitalistas, como en Europa. Aún existía "mano de obra aprisionada" y los mercados de consumo, a nivel nacional eran impuestos a través de las "reparticiones de indios" y a nivel inter-

8 De acuerdo a CORNBLIT en el siglo XVII "en el área que ocupa actualmente el Perú existían alrededor de trescientos talleres textiles (…) llamados "obrajes". Durante el siglo siguiente su importancia decreció. (…) algunas fábricas daban ocupación a numerosos obreros, que en algunos pocos casos llegaban al millar" (148). De ser certeras estas aseveraciones, se debe notar que trescientas "fábricas" textiles, algunas de ellas ocupando a mil "obreros", no es poca cosa para un país pre industrial. A pesar de que los términos fábricas y obreros, sin duda no reflejan lo que entendemos ahora por estos, si demostrarían la lenta aparición de nuevas formas de producción capitalistas con sus nuevos escenarios y actores.

nacional con el monopolio español del comercio. Las superestructuras jurídicas pre-capitalistas, en este caso, ganaban la partida e impedían el desarrollo de las fuerzas económicas capitalistas. Asimismo, ello estaba condicionado en buena medida con el papel asignado a nuestra región en la división internacional del trabajo de aquella época, es decir como mera colonia proveedora de materia prima y mano de obra no liberada, y por tanto barata, que marcó luego nuestro rol como parte del capitalismo periférico y dependiente en la República[9].

En razón a ello la principal forma de trabajo continuó siendo el trabajo servil. Este desde una perspectiva objetiva, se expresaba en: a) el intercambio de mano de obra o por un salario (fijado legalmente, por ejemplo la mita) y/o por ciertas condiciones mínimas de vida o simples condiciones para garantizar que el trabajo se reproduzca (alimentación, vivienda, tierra que producir, por ejemplo el pongaje); b) la prestación obligatoria de estas labores por hombres y mujeres jurídicamente libres (no eran esclavos) pero en ausencia de su voluntad, contradicción que era salvada a través de c) figuras legales que legitimaban social y religiosamente dicha práctica e imponían sanciones ante su incumplimiento. Existía libertad personal –al menos tendencialmente-, pero no libertad de trabajo. Es decir, se trataba de trabajo humano, productivo, por cuenta ajena y forzoso (considerando incluso la moderna definición de trabajo forzoso del Convenio Internacional del Trabajo N°29).

Mientras, desde el punto de vista subjetivo, la principal mano de obra involucrada en estos trabajos eran nuestros pueblos originarios. Indios libres pero bajo la "protección" de españoles o criollos, pues desde la Corona española se consideraba legítimo que los indios deban ser tratados como hombres libres pero bajo la tutela de un tercero, que los adoctrinara para salvar su alma. Ejemplos fueron el servicio personal en sus diversas modalidades como la mita y el pongaje, o con algunas variables como el arriendo, el enganche, etc.[10]

9 A diferencia del poder virreinal español, la embrionaria burguesía criolla buscaba "la participación obligatoria de los campesinos [indios, debemos entender] en el mercado como peones" (Szeminski, 212). Existían contradicciones en la clase dirigente, pues por un lado requerían a los indios insertos en un mercado moderno como incipientes asalariados y sujetos a tributos, pero, por otro, sin reconocerlos como ciudadanos, sin concederles la libertad de comercio, ni de trabajo. El factor racial entre otros –herencia colonial que se prolonga en la República- impedía verlos como iguales.

10 Cabe señalar que también persistió un tipo de trabajo de naturaleza colectiva, estamos hablando de las variadas formas de trabajo propias de las formas de producción andinas

Por último, respecto a la regulación jurídica de estos tipos de trabajo, habíamos dicho que esta fue ambigua. Y lo fue tanto, temporalmente, proscribiendo la servidumbre en algunos periodos, mientras en otros -los más- permitiéndolo; como, espacialmente, con disposiciones de carácter intervencionista y reglamentarista venidas desde la metrópoli europea, pero de aplicación flexible o de no aplicación (desregulación laboral) en los hechos por los poderes locales. No obstante, lo más resaltante se encuentra en las figuras jurídicas y las instituciones políticas que permitieron constituir y justificar el trabajo forzoso de los pueblos originarios, nos referimos al servicio personal colonial.

Por último, para cerrar la etapa colonial consideramos de interés presentar de forma esquemática la forma cómo se organizaban las relaciones sociales de producción, es decir la forma como estaba dividido el trabajo, en la siguiente tabla[11].

TABLA 1 JERARQUÍA SOCIAL COLONIAL según:			
a) CASTA	**b) ESTAMENTO**	**c) ESTRATO**	**d) CULTURA**
Españoles, chapetones y criollos	*Nobles*	*Ministros: reales o eclesiásticos.* *Naciente burguesía: terratenientes, mineros, negociantes y otros empresarios.*	*Españoles*
Castas: Mestizos, cholos, mulatos y zambos	*Castas*	*Castas: pequeños empresarios, artesanos, pequeños comerciantes, funcionarios de los rangos más bajos (estatal, eclesial, militar y empresarial) y obreros (naciente proletariado).*	*Mestizos y ladinos*

y amazónicas prehispánicas de contenido colectivista, así como las de las comunidades campesinas recreadas en la Colonia y reformuladas en la República algunas de inspiración feudal, y sus innumerables variables.

11 En esta clasificación operaban cuatro nomenclaturas según a) su origen étnico o "casta", b) su condición social o "estamento", c) el rol que ocupaban en la organización productiva o "estrato" -dado que el término "clase" no refleja con exactitud la situación- y d) su "cultura". Se destaca de esta aproximación de SZEMINSKI que los habitantes amazónicos ("chunchos") siempre aparecen como elementos excluidos del sistema de organización social del trabajo, los negros incluidos, pero como esclavos. Los indios siempre en los oficios más bajos –salvo los funcionarios curacas o caciques que podían detentar cierto poder político y/o económico-, significarán un poco más del 50% de una población de millón y medio de personas. Asimismo, se debe relievar en la columna c) la aparición de la naciente burguesía y el naciente proletariado, como terratenientes, mineros, negociantes, empresarios, etc., así como obreros, peones o jornaleros.

TABLA 1 JERARQUÍA SOCIAL COLONIAL según:			
a) CASTA	**b) ESTAMENTO**	**c) ESTRATO**	**d) CULTURA**
Indios o naturales	*Indios o naturales*	*Indios: funcionarios, aldeanos, comuneros, yanaconas, criados, siervos, peones y jornaleros (naciente proletariado).*	*Indios*
Negros:	*Esclavos*	*Esclavos de casa o de plantaciones*	
Chunchos (habitantes de la Amazonía), al margen de la sociedad virreinal.			

Elaboración: Adecuación del cuadro elaborado por Szeminski, manteniendo las denominaciones de la época y agregando nuevos datos a partir de Cotler y Cornblit. (Szeminski, 1976, Cotler 1987 y Cornblit, 1976).

3. *Formación de relaciones económicas y jurídicas capitalistas: trabajo y conflicto en el siglo XIX*

Derrotado el imperio colonial de España en América y venidas a menos sus instituciones políticas laborales –aunque no del todo en el Perú, su último bastión-, la organización económica de la producción cambia hacia un modelo capitalista dependiente, donde formas pre-capitalistas de la sociedad convivían en función a las formas más modernas. No obstante, la configuración jurídica del trabajo sufrirá una transformación mucho más lenta y solo en algunos sectores. Ello sobre todo bajo la influencia de los adelantos tecnológicos que trae la primera revolución industrial, el nuevo reordenamiento geopolítico mundial, la división internacional del trabajo y el rol que nos toca, así como las nuevas ideas de igualdad y libertad que la Revolución Francesa construye para todo el orbe bajo el influjo de la naciente burguesía.

Durante la primera parte del siglo XIX, posterior a la independencia de 1821, el Perú gira completamente su órbita del colonialismo español al capitalismo inglés[12]. Si bien ello genera cambios a nivel social y político con respecto a lo laboral, estos se producen lentamente, haciéndolos casi imperceptibles. Se

12 En la década del 20 del siglo XIX, los ingleses cobran con creces al Perú el apoyo que habían prestado a los criollos durante la independencia. El valor de las importaciones inglesas a nuestra patria casi se duplica solo en los primeros meses de la independencia: de 86 329 libras esterlinas en 1821 a 111 509 en 1822, llegando a 368 469 en 1830 (Bonilla, 1985, pp. 403-410).

reproducen así muchas de las antiguas características coloniales del trabajo, como también aparecen nuevas relaciones sociales de producción.

Los principales productos demandados por el mercado inglés son el algodón, la azúcar, la lana y el cobre (Bonilla, 1985, pp. 403-410). Así, se fortalecen en función a las necesidades del capitalismo inglés tres formas de producción que vendrían a ser las más rentables:

a) las agro-exportaciones en la costa norte y central (algodón y azúcar),
b) los latifundios de los andes centrales (lana ovina) y la servidumbre de los del sur (lana de alpaca) y
c) la economía de enclave extractivista en el centro y sur (minerales).

En el primer caso hubo dos formas de trabajo: el trabajo esclavo llevado a cabo por los descendientes africanos y el campesino jornalero de hacienda que ingresa a una lógica de semi-proletariado. Se trata de peones o braceros agrícolas que recibían un jornal, con lo que adquirían la condición de asalariados. No obstante, eran mitad asalariados y mitad siervos, pues el jornal lo recibían a través del sistema del enganche, que era un mecanismo de servidumbre. En el segundo, se mantiene la servidumbre del indio andino sobre todo en el sur: pongos, yanaconas, y todo tipo de trabajadores al "servicio" del señor gamonal, que con antigua o nueva denominación básicamente repiten las formas de trabajo pre-capitalistas de la Colonia, pero cuya producción es organizada en base a los intereses y criterios de los exportadores capitalistas de la lana de los camélidos; mientras que los indios del centro tuvieron una relación un tanto más autónoma con los grandes latifundios (Flores, 2008). Mientras en el tercero se plantea el salto del campesinado comunero libre a su proletarización: obreros mineros. No obstante, aunque existieron casos de proletarios en el sentido clásico del término, la mayoría del trabajo minero revestía la ya conocida forma del "enganche" (Flores, 2008).

En conclusión podemos decir que existía una vasta variedad de relaciones sociales de producción[13] propias de las diversas formas de producción capitalistas

13 Hasta aquí no se incluye en esta síntesis la categoría de "trabajadores informales" tal y como la conocemos hoy en día, pues ello ameritaría no solo una investigación histórica a mayor profundidad de lo que se esperaría en un texto de este tipo, si no, sobre todo plantear una metodología apropiada para definir qué se entendería por trabajadores informales antes de

y pre-capitalistas en tensa coexistencia, pero en última instancia las que más generaban rentabilidad estaban en función del mercado capitalista internacional[14]. Es alrededor de estas formas de trabajo que se generan las condiciones para el naciente capitalismo dependiente peruano y donde aparecerán los conflictos entre capital y trabajo, así como su inicial regulación por el derecho del trabajo y la libertad sindical.

Hasta aquí la manera cómo se organizaban los trabajadores para defender sus derechos era básicamente a través de las sociedades de ayuda mutua (mutuales), presentes básicamente en las zonas urbanas. Se trataba de instituciones que estaban a mitad de camino entre las típicas asociaciones gremiales artesanales y los modernos sindicatos. Políticamente estas organizaciones estaban "afectadas por un discurso liberal populista" (Motta, 2018, p. 291), el cual fue cediendo paso a la prédica anarquista y luego a la socialista, en la medida que el trabajo artesanal cedía también su lugar al industrial. De acuerdo a Yepes y Bernedo los bajos salarios y las extremas condiciones laborales llevaron a que los trabajadores dejen de lado la poco eficiente organización mutualista y opten por la organización sindical (Yepes y Bernedo, 1985, p. 13).

Ello se hace evidente a partir de la década de 1890, periodo para algunos investigadores de inauguración del capitalismo en el Perú (Yepes, 1985), pues de la mano con el "crecimiento de la inversión extranjera y la relativa industrialización, el trabajo por cuenta ajena (aunque aún autónomo) cobra mayor significado" (Motta, 2018, p. 291). Un claro ejemplo de este proceso es la formación de la Sociedad de Obreros Panaderos Estrella del Perú el 10 abril de 1887, el primer prototipo de sindicato, organización que reuniría tanto a panaderos por cuenta propia como por cuenta ajena y algunos dependientes asalariados.

Estos cambios se reflejan también a nivel jurídico pues surgen los primeros proyectos legislativos que regulan los conflictos entre empleadores y trabajadores, entre estos: "En 1896 el proyecto legislativo sobre el Tribunal de Hombres

la aparición del capitalismo en Perú. Por ejemplo no podríamos estar hablar de informalidad laboral, pues no existía derecho laboral ni seguridad social. Acaso se trataría de la informalidad respecto a la regulación del Estado en temas tributarios, municipales, etc.

14 En este periodo la vinculación de nuestro mercado con el exterior "se produjo a través de la exportación de circulante monetario, lanas, algodón, principalmente, y algunos metales" (Bonilla, 1985, p. 402).

Buenos y Prudentes para Asuntos del Trabajo y el proyecto de ley que regula la locación de servicios de trabajadores, peones y demás operarios, así como en 1903, el primer proyecto sobre accidentes laborales. Sin embargo, son tachados por la prensa de la época como una "locura socialista" por parte de la oligarquía terrateniente aún muy poderosa" (Motta, 2018, p. 292). Cabe señalar que estos proyectos son impulsados desde algunos sectores progresistas de la burguesía y del movimiento de artesanos relacionados a estos, sin embargo, estos grupos sociales no son lo suficientemente fuertes ni sus métodos los más efectivos para materializar en normas sus propuestas y reclamos.

IV. Orígenes del derecho del trabajo y la libertad sindical en el Perú

"El sistema de reglamentar el trabajo en el Perú, ha de iniciarse, pues, con carácter restrictivo, aunque su extensión sea la regla del porvenir"
Matías Manzanilla, 14

El proceso de producción jurídica en tanto hecho social, no solo se agota en la publicación de la norma. Esa sería una visión que le prestaría únicamente importancia al surgimiento positivo del fenómeno jurídico. Justamente una metodología explicativa del derecho y un enfoque interdisciplinario, repara que hay un antes y un después: un proceso. Esto es justamente lo que nos interesa comenzar a poner en debate: ¿Por qué y cómo surge una norma (en este caso el derecho del trabajo en el Perú)? (validez) ¿Cómo se desarrolla esta en la realidad, su aplicación, su ejercicio? (vigencia).

En ese sentido, si bien la vía como aparece la primera norma del derecho del trabajo en el Perú[15] es a través de la acción legislativa como parte del derecho individual del trabajo (Ley de accidentes laborales de 1911), veremos que este proceso es mucho más complejo. Así por ejemplo, los primeros proyectos legislativos laborales están referidos a temas de derecho colectivo que buscan regular los conflictos entre empleadores y trabajadores (1896, 1905 y 1912).

15 El derecho del trabajo funciona a través de dos vías posibles, de acuerdo a ERMIDA: la heterónoma de origen estatal y la tutela autónoma de las propias partes de la relación laboral (Ermida, 2007, p. 7).

Asimismo, la promulgación de la ley de accidentes laborales no se hubiese conseguido sin la acción sindical, como se evidenciará luego. Esta participación es clara en las sucesivas normas dictadas por el gobierno sobre la jornada laboral de 8 horas (1913 y 1919) que fueron producto directo e inmediato no solo de la acción sindical (huelgas), si no, a través de procesos previos de negociación entre organizaciones sindicales y empleadores-gobierno. Esto es más claro en el caso del derecho a las 8 horas conseguido en 1917, el cual fue producto de una negociación colectiva entre una comisión de trabajadores y los hacendados de Huacho en el norte de Lima, como se verá más adelante.

Por este motivo, nos animamos a plantear que la libertad sindical juega un rol importante en los inicios del sistema de relaciones laborales peruano, tanto así que la primera aparición positiva de una norma sobre representación, arbitraje y huelgas es la Resolución de 1913, apenas dos años después de la ley de accidentes. Si bien, este proceso no se da con la misma intensidad, y sobre todo constancia, que en los sistemas laborales más sofisticados de Europa. Sin embargo, podemos afirmar que la historia de la acción sindical y de los conflictos laborales colectivos, acompañan y marcan la pauta del surgimiento del derecho del trabajo. Así, dentro del marco de los periodos que nos hemos propuesto analizar, y de la mano del desarrollo de la acción sindical, podemos plantear sistemáticamente la siguiente periodificación de la historia del derecho del trabajo peruano:

- Primer periodo: Antecedentes de la acción sindical y surgimiento del derecho del trabajo (mediados del s.XIX-1912). Que involucra a) los antecedentes del sindicalismo (ca. 1850-1903), b) los orígenes del sindicalismo y los antecedentes del derecho del trabajo (1904-1910), y c) el surgimiento del derecho del trabajo y los antecedentes de la libertad sindical (1911-1913) (Motta, 2018, p. 130).
- Segundo periodo: Surgimiento de la libertad sindical en el Perú (1913-1931). Que contiene a) el surgimiento de la libertad sindical (1913-1919), b) el desarrollo de la libertad sindical (1919-1929) y c) la crisis de la libertad sindical (1930-1932) (Motta, 2018, p. 130).

El primer periodo (antecedentes de la acción sindical y del derecho del trabajo) lo hemos ya abordado líneas arriba, por lo que nos concentraremos en las dos primeras décadas del siglo XX.

1. Sindicatos y derecho del trabajo: La larga marcha de la ley de accidentes de trabajo (1900-1912)

Estamos a inicios del siglo XX y la escena del momento muestra el proceso de industrialización. El crecimiento de bolsones industriales aún muy segmentados por regiones y según actividades. Los clásicos trabajadores artesanos cediendo su lugar a los modernos asalariados. Las corrientes anarquistas superando la prédica liberal populista. Y a nivel del derecho, "la libertad de trabajo, reconocida jurídicamente décadas atrás, comienza a materializarse sobre todo en las grandes ciudades con el crecimiento de la industria textil y de alimentos; mientras en menor medida para el caso de los jornaleros de las haciendas costeñas (algodón y azúcar) y los mineros (enclaves andinos), muchos de ellos sometidos al enganche (trabajo asalariado, pero con elementos de trabajo forzoso)" (Motta, 2018, p. 292)[16]. De este periodo es la Resolución Suprema de 1903 que aprueba el Reglamento de locación de servicios en industria minera, un intento por regular desde el derecho civil el nuevo fenómeno del trabajo asalariado, esta norma regula formalmente el "enganche" en la minería.

Todo este proceso se ve abruptamente afectado por la crisis económica de 1904, la cual repercute en las condiciones laborales. Esto traerá como respuesta una serie de protestas, siendo la más importante la huelga de los trabajadores portuarios del Muelle y Dársena del Callao del 4 al 23 de mayo de ese año, que terminó en represión y con la muerte del estibador Florencio Aliaga, el primer mártir obrero de nuestra historia, en términos de Basadre (Basadre, 1968, pp. 250-258).

Sin embargo, las crisis en el capitalismo suelen ser cíclicas. La economía se recupera, el movimiento obrero se fortalece y los conflictos no cesan. A las respuestas represivas desde las instancias de poder conservadoras, un joven sector de la burguesía más liberal propone como alternativa una serie de proyectos legislativos que "buscan regular los conflictos laborales mediante libertad sindical, conciliación, arbitrajes, huelgas, diálogo social y normas protectoras del trabajo y la seguridad y salud de los trabajadores". Podemos mencionar a la comisión especial impulsada por Matías Manzanilla de 1905 y el Informe Oficial sobre las huelgas del norte peruano presentado en 1912 por Felipe de Osma. En este

16 Debemos recordar que la Constitución de 1856 reconocía el derecho a la libertad de trabajo como un derecho fundamental autónomo, y antes, las constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, y luego 1860 y 1867 reconocieron la libertad de trabajo pero de manera genérica.

último informe se recomienda por primera vez el uso de los "contratos colectivos de trabajo" (Motta, 2018, p. 293).

Estos proyectos reflejan un intento de "plan capitalista para el Perú en base a la liberalización de la mano de obra, la asimilación del conflicto y la regulación del trabajo" (Motta, 2018, p. 293). Sin embargo, inicialmente terminarán más cerca del fracaso que de la victoria, pues de todos los proyectos solo se promulgará la Ley N° 1378 de 1911 sobre responsabilidad por los accidentes de trabajo, considerada como la primera norma laboral. Por lo que, si somos partidarios de conmemorar fechas exactas, esta sería la partida de nacimiento del derecho del trabajo peruano. Cabe señalar, sin embargo, que ya en 1909 se producen una serie de leyes que repercuten de manera positiva, aunque tímidamente, en las relaciones laborales. Estas leyes restringirán, sin desaparecerlo por completo, el trabajo gratuito de los indígenas y el "enganche", así como prohibirán el trabajo minero obligatorio.

TABLA 2
PROYECTOS, INFORMES Y NORMAS CON CONTENIDO LABORAL
Finales del siglo XIX e inicios del siglo XX

- *1896, primer proyecto legislativo sobre el Tribunal de Hombres Buenos y Prudentes para Asuntos del Trabajo. Proyecto para la creación de jurados mixtos para la conciliación y arbitrajes de los conflictos laborales. Proyecto de ley que regula la locación de servicios de trabajadores, peones y demás operarios. Todos desestimados.*
- *1903, primer proyecto sobre accidentes laborales (desestimado). Resolución Suprema del 04.09.1903 (¿?), Reglamento de locación de servicios en industria minera.*
- *1905, proyectos legislativos elaborados por Comisión Matías Manzanilla: derecho laboral individual, colectivo (libertad sindical: asociación, conciliación, arbitraje y huelgas), accidentes laborales y diálogo social.*
- *1907, nuevo proyecto de accidentes laborales.*
- *1908, intervención como mediador en conflictos laborales del presidente Pardo en agosto.*
- *1909, Ley que prohíbe a las autoridades gubernamentales exigir trabajo gratuito a indígenas. Ley que exige el pago en efectivo por el trabajo en "enganche" y prohíbe el trabajo minero obligatorio. Ley que prohíbe la intervención de autoridades públicas en la contratación de servicios de peones para trabajos públicos o particulares.*
- *1911, Ley N° 1378, sobre Accidentes de Trabajo del 20.01.1911: "art. 1: El empleador es responsable por los accidentes que ocurran a sus obreros y empleados en el hecho del trabajo o con ocasión directa de él".*
- *1912, Informe Oficial sobre las huelgas del norte peruano presentado por el comisionado de la presidencia de la república Felipe de Osma.*

Fuente: Archivo Digital de la Legislación del Perú [Congreso], Basadre, 1968; Cotler, 1987 y Manzanilla, 1939.
Elaboración propia del autor.

La Ley Nº 1378 que regula la responsabilidad del empleador en los accidentes de trabajo fue promulgada el 20 de enero de 1911 luego de 6 años de debate. La norma postulaba que quien genera las condiciones para los accidentes laborales (la industria), debe ser responsable de repararlos. La ley se correspondía con la teoría del riesgo profesional, abandonando la tesis de la culpa o el dolo (difíciles de probar para un trabajador) por "las ideas de responsabilidad y daño, por lo que, si existe daño, ha de existir una reparación"[17].

Su autor fue el profesor y abogado Matías Manzanilla, un político liberal que, conforme a Santistevan, sostuvo una dura batalla contra los sectores más conservadores de la oligarquía, e incluso con el lógico escepticismo del movimiento obrero que no participó del debate (Manzanilla, 1939, p. 34). Sin embargo, la idea provino de los mismos trabajadores, como reconoce el propio Manzanilla, que ya incluían dicha reivindicación "en las demandas de las huelgas del Callao de finales del siglo pasado y en el Congreso Obrero de Lima en el año 1901" (Motta, 2018, p.173).

El largo camino que recorrió esta norma es el mejor ejemplo para entender los componentes políticos y económicos que subyacen atrás del nacimiento del derecho del trabajo peruano. Primero se inicia como una reivindicación social de los trabajadores, que es asimilada luego por un sector de la burguesía que buscaba darle un cauce jurídico al conflicto capital-trabajo y combatir los rezagos feudales en el mercado laboral. En otras palabras "se habían cumplido las condiciones para el reconocimiento de la tesis de la especificidad y autonomía de un derecho que regule las relaciones laborales: el derecho del trabajo" (Motta, 2018, p. 174).

2. La conquista, por partes, de la jornada de 8 horas y el origen del "curioso" derecho a la libertad sindical en el Perú (1913-1919):

Como en el caso anterior, este periodo se inaugura con una nueva crisis, la crisis mundial que marcó la antesala de la Primera Gran Guerra. Como era de

17 La teoría del riesgo profesional sustituía el elemento subjetivo de la culpa o el dolo, con el criterio objetivo del daño. Así se superaban las anticuadas teorías del cuasidelito y de la culpa contractual, las cuales coincidían "en subordinar las indemnizaciones a la idea de la falta; y como la falta no es la regla sino la excepción, pues entre cien accidentes solo en doce de ellos es culpable el empresario, queda el resto en abandono" (Manzanilla, 1939, p. 11).

esperarse, esta crisis repercutió en las condiciones laborales y dio comienzo a nueva oleada huelguística. El punto de inflexión se produjo en enero de 1913 con una nueva huelga en el Callao que reclamaba, entre otros puntos, una jornada laboral de 8 horas. La medida contó con la solidaridad de la mayoría de organizaciones de trabajadores de Lima que ahora contaban con la influencia ideológica del anarco-sindicalismo, y fue de tal contundencia, que las autoridades preocupadas por los ribetes que alcanzaban las protestas, accedieron parcialmente a los reclamos y promulgaron el 10 de enero de 1913 una Resolución Suprema que reconocía por primera vez en el Perú el derecho a la jornada laboral de 8 horas, pero solo para los obreros del puerto del Callao.

Esta Resolución que fue vista por la opinión pública como una gran victoria del proletariado organizado, generó como reacción inmediata la promulgación, 14 días después, de una nueva norma: El Decreto Supremo del 24 de enero de 1913, que es la primera manifestación normativa de la libertad sindical en el Perú, la cual regulaba (o más bien constreñía) el derecho a la huelga. En efecto la conquista de las 8 horas en el Callao, no solo significaba el logro (parcial) de una sentida reivindicación popular, si no que reveló el poder de un nuevo actor social en la política peruana: lo obreros organizados sindicalmente, despertando el temor de las clases dominantes.

Ese temor pretendió ser conjurado mediante el Decreto Supremo del 24 de enero que, al pretender controlar el derecho a la huelga a través de una serie de requisitos restrictivos, terminó a la postre no solo reconociendo el derecho a la huelga, si no reconociendo implícitamente el derecho a la libertad sindical. Como se puede observar en la siguiente tabla, el mencionado decreto regula por primera vez no solo la huelga, si no el derecho a la representación obrera y el arbitraje obligatorio como medio de solución de conflictos laborales, es decir una suerte de derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, respectivamente[18]. Para llegar a esta conclusión es necesario tener en cuenta que al analizar una norma de 1913 "no se debe hacer con los ojos de la actualidad, si no entendiendo el contexto en que fue creada la norma, en aplicación de una suerte de principio de progresividad, en el sentido de que el contenido de los derechos fundamentales y su protección, si bien presentes desde un primer momento, se van ampliado con el paso del tiempo" (Motta, 2018, p. 246).

18 Sobre este punto ver: MOTTA, 2018, pp. 244-255.

TABLA 3 DERECHOS RECONOCIDOS EN EL DECRETO SUPREMO DEL 24 DE ENERO DE 1913
• *Representación obrera: tres delegados elegidos por los trabajadores al inicio de cada año (art. 1º)* • *El arbitraje obligatorio como medio de solución de conflictos y como etapa previa. (art. 2º y 3º)* • *Condiciones de la huelga: solo si el empleador no se presentaba al arbitraje (art. 4º)* • *Requisitos adicionales de la huelga: decisión mayoritaria de la asamblea con asistencia de ¾ de los trabajadores, votación secreta y mayoritaria, aviso de huelga con 24 horas de anticipación a la policía y para que no pierda su condición de legal debía ser renovada la voluntad cada 4 días. (arts. 5º, 6º, 7º y 8º)* • *El cierre patronal –Lock out-: cuando el empleador tuviese necesidades económicas o controversias con sus trabajadores, tenía que comunicarlo previamente a la policía.* • *Sanciones y prohibiciones: prohibidos los campamentos de huelga y las manifestaciones públicas, considerando delincuentes a los que impidan el ejercicio de la industria, el comercio y el trabajo. (art. 10º).*

Elaboración propia del autor.

Así, en el artículo 1 del Decreto Supremo del 24 de enero se manifiestan las principales libertades que componen el derecho a la sindicalización: la de representación, (los delegados representarán a los trabajadores ante un tercero); la de participación o de desarrollo de actividades sindicales (actividades vinculadas a la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores); y la de gestión o autonomía externa, (manejo de reclamos colectivos). Mientras que los artículos 2 y 3 de la citada norma implementan el arbitraje obligatorio como mecanismo de resolución de conflictos laborales. Sobre esto último, debemos recordar que para que la figura del arbitraje (más allá de sus modalidades) pueda ser reconocida como una manifestación del derecho a la negociación colectiva, debe ser considerada como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Es decir, un mecanismo de última instancia, al que se acude cuando se han agotado otras posibilidades, "o cuando, dado el peculiar contexto de las relaciones laborales, no existen otras posibilidades" (Motta, 2018, p. 251).

Como fuere, más allá de la interpretación jurídica que podamos hacer de una norma más de 100 años después, lo relevante es que en los hechos, para ese momento su promulgación fue entendida por los empleadores más conservadores (a la sazón los más poderosos) como un mecanismo pernicioso pues permitiría una mayor acción sindical, calificándolo como un "curioso derecho", o una

"candorosa fatuidad innovadora" (Santistevan, pp. 37-38)[19]. No obstante, debemos reconocer que su valoración no fue homogénea, desde académicos como Basadre, se le caracterizó como una norma de avanzada, pues permitía encauzar el conflicto; mientras que, conforme a los anarquistas, como un dispositivo meramente populista, aunque terminó siendo abrazada con aprehensión por los trabajadores en general (Basadre, 1968, Capítulo CVL).

En conclusión, el decreto del 24 de enero de 1913 comprueba la tesis de la doble valencia del derecho del trabajo: es una relativa conquista de los trabajadores, tanto como una concesión de un sector de la burguesía, para mantener el statu quo.

Luego de los acontecimiento de 1913, las jornadas huelguísticas no se detuvieron a pesar del intento de restringirlas a partir del Decreto Supremo del 24 de enero de ese año. El movimiento obrero envalentonado por el logro de la jornada de las 8 horas para el Callao y bajo la orientación anarquista, redobló sus esfuerzos para ampliar este derecho, produciéndose "una ola de huelgas en todo el país, con el consiguiente desborde de las sociedades de auxilio mutuo y el significativo fortalecimiento del anarquismo" (Cotler, 1987, pp. 172-173). Estos esfuerzos del movimiento sindical se van a ver coronados en 1919 con el reconocimiento de la jornada laboral de las 8 horas a nivel nacional, hecho de gran envergadura para la historia peruana y que cerrará esta etapa.

Durante este periodo, a nivel económico, político e ideológico también se configuran grandes cambios que repercutirán profundamente en el derecho del trabajo. Primero se materializa la penetración del capital norteamericano en desmedro del inglés en la economía peruana, lo que se consolidará en el

19 De acuerdo a un comentario reproducido en el número 257 de Variedades del 12 de febrero de 1913, dicho decreto admitiría el: "curioso derecho de huelga que no sabíamos que pudiera existir en un país bien organizado y menos en un país cuya organización está en pañales. La huelga no es un derecho, es un arma de los obreros, y decir que hay un derecho de huelga monta tanto como decir que todos los ciudadanos tenemos el derecho de salir a la calle con un revólver, puñal o rifle. (…) no es aceptable que le señor ministro de gobierno, y menos el presidente, puedan tener la candorosa fatuidad de querer innovar en el Perú los conceptos generales sobre la cuestión social, aceptadas en sociedades cultas en donde pensadores, parlamentarios y gobierno se preocupan y estudian con ahínco y acopio de datos las observaciones diarias, el vasto problema de las relaciones harmónicas (sic) entre el capital y el trabajo" (Santistevan, pp. 37-38).

gobierno del oncenio de Leguía a partir de 1919. A nivel ideológico hay una renovación radical en el quehacer político e intelectual no solo de las clases pudientes, si no, y por primera vez, en las clases bajas. Se produce el auge y caída del pensamiento anarquista en las masas trabajadoras, así como "la aparición del socialismo, la reforma universitaria, el fracaso de las tácticas de las huelgas generales y los levantamientos populares por parte del anarco-sindicalismo, la represión al movimiento sindical y los intentos de control político de la libertad sindical" (Motta, 2018, p. 295).

Con respecto al reconocimiento de las 8 horas se debe señalar que en agosto de 1917 se llevó a cabo una huelga de jornaleros en Huacho, por mejoras salariales y el fin del enganche. Conforme a Benza Pflücker dejará como saldo negativo por lo menos 2 muertos. Sin embargo, los hacendados se vieron obligados a negociar y entre otros logros se consiguió la jornada de las 8 horas de trabajo para dicha región (Benza Pflücker, 2011). Dejándose en la historia un nuevo hito hacia el reconocimiento de este derecho, esta vez conseguido mediante la negociación y la huelga directamente.

Sin embargo, el hecho más importante fue el primer paro nacional de nuestra historia, iniciado el 13 de enero de 1919, a partir de la huelga general textil de Vitarte. De acuerdo a Haya de la Torre (Citado por Lévano) el paro fue total "la ciudad solo era transitada por los automóviles del Comité de Huelga, por limitado número de vehículos del gobierno y por las ambulancias y carros del servicio fúnebre. El gobierno entregó la custodia de la ciudad al ejército". (24). En efecto la medida fue tan contundente que el 15 de enero de 1919 el presidente José Pardo y Barreda tuvo que reconocer el derecho a la jornada de las ocho horas a nivel nacional mediante decreto supremo (Cotler, 1987, pp. 179-181).

Todo el desarrollo que tuvo que atravesar este derecho, demuestra el carácter de "proceso histórico" del derecho del trabajo. El derecho a la jornada de las 8 horas consiguió su primer reconocimiento jurídico en 1913, luego un reconocimiento a partir de una negociación colectiva y finalmente a nivel nacional en 1919, no obstante ya figuraba en los pliegos de reclamos de las jornadas de protesta de inicios del siglo XX.

Para cerrar este periodo en el desarrollo de la historia del derecho del trabajo, se debe mencionar la Resolución Suprema del 30 de setiembre de 1919 que crea la Sección de Trabajo dentro del Ministerio de Fomento, claro antecedente del

futuro Ministerio de Trabajo y de la intervención administrativa del gobierno en asuntos laborales.

V. A manera de conclusión: hacia una historia del derecho del trabajo peruano

La construcción de la historia particular del derecho del trabajo peruano no puede limitarse a la acumulación de fechas y normas, ni a la enumeración de anécdotas; debe construirse identificando sus elementos particulares en contraste con los elementos centrales de la historia general del derecho del trabajo. Así, de acuerdo a Boza para entender el derecho del trabajo peruano, se debe tener en consideración que las características de la realidad nacional "presentan muchas variantes" respecto a las que dieron origen al derecho del trabajo en los países industrializados (Boza, 2014, p. 23).

Al respecto debemos tomar nota de dos elementos de la historia general del derecho del trabajo, por un lado, lo que Quiñones llama los "factores histórico-sociales" que permiten la aparición del derecho del trabajo, y que el autor sintetiza adecuadamente bajo la siguiente ecuación: "el reconocimiento de la libertad de trabajo + las transformaciones sociales originadas por la Revolución Industrial + la "cuestión social" derivada del nuevo sistema de producción"; y, por otro lado, lo que la doctrina clásicamente ha llamado las etapas de evolución del derecho del trabajo: "Prohibición, tolerancia y reconocimiento" (Ojeda, 1980, p. 49).

Sobre estos "factores histórico-sociales" debemos hacer algunas precisiones. La primera, que la libertad de trabajo es una típica conquista de libertades civiles individuales (incluidas en el paquete de las libertades contractuales), alcanzadas por el empuje innovador de la burguesía en su afán de romper con los lastres feudales que entorpecían el comercio y el intercambio de la mano de obra (trabajo servil en el campo y monopolio de trabajo en los gremios de las ciudades), configurando las condiciones para crear un nuevo orden económico y social (el sistema de producción capitalista). Mientras que el posterior reconocimiento de la libertad sindical (como respuesta jurídica a las transformaciones sociales originadas por la revolución industrial), es una típica conquista de derechos sociales colectivos, lograda a partir del conflicto y la tangencial transacción entre la fuerza renovadora del proletariado (que alcanza una cuota mayor de libertad-poder) y la burguesía (que cede parte de su libertad-poder), en su afán no de crear un

nuevo orden, si no mantener el orden económico y social existente frente a la amenaza que el poder de los trabajadores organizados en sindicatos. Es decir, la aparición del derecho a la libertad sindical y del derecho del trabajo, desde el punto de vista histórico, si bien fue un elemento indiscutiblemente liberador, no jugó el rol que desempeñó en su momento la aparición de la libertad de trabajo como elemento configurador de un nuevo orden social, sino todo lo contrario. Parafraseando a Alfredo Villavicencio, y dándole un nuevo sentido a su expresión, podríamos decir que la libertad sindical vino a salvar el capitalismo de los capitalistas (Villavicencio, 2003).

En el caso peruano, la conquista de la libertad de trabajo y el rol reformador de la burguesía venía siendo aún muy modesto, cuando empezó a manifestarse la libertad sindical y el derecho del trabajo. En ese sentido, mientras en Europa o los EE. UU. estos últimos sirven para "corregir" los abusos del capitalismo, en el Perú la libertad sindical se enfrentó no solo a las injusticias del capitalismo si no a los rezagos feudales (herencia colonial) existentes en nuestro sistema de relaciones laborales. Cruzándose no solo elementos de clase social, sino incluso étnicos, y donde muchas veces el empleador reproducía el trato del gamonal de la hacienda en la fábrica. Asimismo, en los orígenes del movimiento sindical peruano no solo se puede encontrar la clásica influencia ideológica de corrientes como el anarquismo o el socialismo, si no que se podrá observar una variedad de tendencias más o menos relevantes, desde un liberalismo ingenuo de corte popular en los primeros artesanos que se proletarizan (Mücke, 2010 o García-Bryce, 2008), hasta cierto milenarismo tawantinsuyano y una lógica comunal presente en los primeros comuneros campesinos que ingresan a las actividades mineras en las zonas alto andinas (Flores Galindo, 2008) o una ética del trabajo esforzado y el emprendedurismo andino, presente en los trabajadores de provincias que migran a las fábricas de las ciudades (Parodi, 1986).

La segunda precisión es que el denominado factor de la "cuestión social" es un eufemismo que puede llevar a equívoco. Pues, de acuerdo a Sulmont, la "cuestión obrera" sería el eje de la "cuestión social" y la cuestión obrera no solo expresaría deplorables condiciones laborales, sino "un temor ante la irrupción de los obreros en el escenario social" y "una inquietud respecto a la pérdida de cohesión de la sociedad moderna" (Sulmont, 2009, p.1). Es decir, se trata de una manifestación decorosa de lo que, en términos de las ciencias sociales -aunque pueda sonar altisonante-, diríamos "lucha de clases", refiriéndonos en este caso específicamente al conflicto entre capital y trabajo.

Así, el uso de este eufemismo no hace más que relievar el permanente grado de conflictividad en las relaciones laborales y la usual tentación para no expresarlo de manera directa. Lo cual deriva de la generalizada percepción patológica (Villavicencio, 2003, p. 23) y no dialéctica del conflicto capital-trabajo. Al respecto, es pertinente recordar lo señalado por De la Villa y Palomeque: "Reducir lo conflictivo a algo marginal o "patológico" supone desconocer que la conflictividad social se encuentra en la propia esencia de los mecanismos sociales". Para estos autores "los conflictos no pueden constituir una especie de "tumor" de la vida: ellos son la vida misma" (De la Villa y Palomeque, 1980, p. 23). Por ello coincidimos con Quiñones cuando advierte que el derecho del trabajo no busca "la eliminación del conflicto entre capital y trabajo en favor de alguna de las partes" (Quiñones, 2016, p. 263), pues, añadimos nosotros, su naturaleza tuitiva en favor del trabajador responde menos a una motivación ética, que a una motivación material, funcional. ¿En qué radicaría esa función?

La verdadera función del derecho del trabajo, así como de la libertad sindical, sería la de equilibrar, componer y regular el conflicto, procurando así "la cohesión social o democracia material en la sociedad, y con todo ello, podríamos agregar, asegurar la vigencia del Estado de Derecho, o como lo recuerdan Palomeque, Bayón Chacón y Pérez Botija: la vigencia del sistema capitalista con la clase obrera y sus derechos integrada a sus engranajes" (Motta, 2018, p. 33). En base a lo cual coincidimos en la conclusión de que el derecho del trabajo (con la libertad sindical especialmente incluida) resulta "funcional al sistema" y no una amenaza (Quiñones, 2016, p. 264). Así, un derecho del trabajo que califique abierta o vergonzosamente[20] el conflicto entre empleadores y trabajadores como algo patológico, no está ni siquiera siendo funcional al sistema, está regresando un paso más atrás en la historia.

En el Perú esta suerte de doble estándar jurídico está presente desde el virreinato (herencia colonial), cuando desde la metrópoli europea se dictaminaban normas que pretendían regular el trabajo, y las propias autoridades y los operadores del derecho se encargaban de no cumplirlas.

20 Aquí nos referimos al novísimo uso dentro de las relaciones laborales y el derecho del trabajo de términos copiados de las escuelas de administración de recursos humanos norteamericanas como "desvinculación", en lugar de despido o de "colaborador" en lugar de trabajador. El derecho del trabajo renunciando a sus fueros.

Por último, respecto a las clásicas etapas de evolución del derecho del trabajo, llámense "Prohibición, tolerancia y reconocimiento", debemos indicar que este esquema, si bien es útil para tener una idea de su evolución, debe ser tomado de manera referencial, pues la realidad no presenta un desarrollo igual u homogéneo. Así, compartimos con Palomeque la idea de "saltos adelante" y "retrocesos", pues las etapas no "se han sucedido entre sí de modo lineal" (Palomeque, 2011, p.29). De igual manera Ojeda señala que "las tres fases de su consolidación jurídica deben entenderse con ciertas matizaciones: el ciclo completo supone saltos y retrocesos" (Ojeda, 1980, p. 50). Esto resulta relevante para el caso peruano, pues mientras en Europa la historia del derecho del trabajo parece haber sido más pareja, en nuestro caso esta ha tenido sus propias particularidades.

Así, para Boza, mientras en Europa las organizaciones sindicales han jugado por lo general un rol relevante al configurar "sistemas de relaciones colectivas de trabajo consolidados y con regulaciones autónomas"; en el Perú "tales manifestaciones son excepcionales, siendo el legislador el llamado a suplantar el papel regulador que naturalmente corresponde al sindicato". Añadiendo que, en nuestro caso y el de los países de la región, los gobiernos "se han caracterizado por un marcado intervencionismo en las relaciones laborales, particularmente en las relaciones colectivas de trabajo". Lo cual se debería a "una persistente desconfianza de los gobiernos por los sindicatos, que son percibidos como enemigos políticos" (Boza, 2014, p. 24).

Al respecto, si bien a lo largo de la mayoría de la historia nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo no ha estado consolidado, en los orígenes del derecho del trabajo la libertad sindical y la acción sindical tuvieron un rol más protagónico. El cual se fue diluyendo y en todo caso se habría mostrado fluctuante en su devenir, quedará para adelante comprobar y explicar este fenómeno.

Asimismo, consideramos necesario precisar, más allá de las lógicas atenuaciones de cada caso, que los sindicatos suelen ser percibidos como enemigos políticos en toda sociedad capitalista, la diferencia entre lo que pasa en países como el nuestro y los más desarrollados se encuentran en otro aspecto. Nos referimos al rol que se ha venido asignando a los países periféricos (en desarrollo o emergentes) en la división internacional del trabajo. Si durante el origen de nuestro derecho del trabajo nos encontrábamos inmersos en un sistema de producción capitalista periférico, con pervivencia de formas de producción pre-

capitalistas ("herencia colonial"). Es lógico que nuestro sistema de organización del trabajo también se haya construido de manera periférica. Por lo que nuestro sistema de relaciones laborales (especialmente las colectivas) será también uno de las periferias. El movimiento sindical peruano, y por ende la libertad sindical, se enfrentaban a más dificultades que las que tenían que sortear sus similares en Europa por ejemplo. Así, aunque no en un inicio, luego, aparentemente, terminaría siendo marginal, en donde lo principal estará a cargo de la labor del legislador quien suplantará para bien o para mal a los sujetos colectivos. Por lo que el cambio de dicha situación dependerá tanto de una nueva voluntad jurídico-política, como de un nuevo ordenamiento económico y de cómo nos situemos frente a la economía mundial.

Todo ello teniendo en cuenta que el trabajo no solo debe servir para obtener nuestros medios de subsistencia o para ser un elemento generador de riqueza. Ni siquiera, debería ser solo un elemento de socialización de la humanidad, si no de humanización de la sociedad. Si para lo primero se necesita que el derecho del trabajo cumpla su rol sin complejos, para lo segundo se necesitará un nuevo derecho del trabajo. Así pues, el derecho del trabajo y la libertad sindical seguirán siendo un instrumento "cargado de futuro", por lo menos mientras el sistema de producción capitalista siga existiendo.

Bibliografía

ASOCIACIÓN CIVIL FORO ACADÉMICO

2012 Debate: Derecho laboral ¿conveniente para la sociedad? Realizado el 6 de noviembre del 2012. Con la participación de: Javier Neves Mujica, Daniel Ulloa Millares, Enrique Ghersi Silva y el Guillermo Cabieses. En: http://www.youtube.com/watch?v=DWynUq2oQOg

BASADRE, Jorge

1968 Historia de la República del Perú. V. XI. Lima: Universitaria.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos

2011 La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

BENZA PFLÜCKER, Manuel

2011 Irene Salvador Grados: Primera mártir de la lucha social en el Perú huacho en la historia de las luchas político-sociales. En Sociología7. Blog colaborativo para una sociología posible. En: https://sociologia7.wordpress.com/2011/03/10/irene-salvador-grados-primera-martir-de-la-lucha-social-en-el-peru-huacho-en-la-historia-de-las-luchas-politico-sociales-por-manuel-benza-pflucker/

BONILLA, Heraclio

1985 "Entre la independencia y la guerra con Chile". En: Historia del Perú. Tomo VI. Lima. Juan Mejía Baca. Pp. 395-473.

BOZA PRÓ, Guillermo

2014 "Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo". En: THĒMIS-Revista de Derecho 65. 2014. pp. 13-26

CORNBLIT, O.

1976 "Levantamientos de masas en Perú y Bolivia durante el siglo XVIII". En: Flores Galindo. 1976. Túpac Amaru II-1780. Retablo de papel ediciones. Lima.

COTLER, Julio.

1987 Clases, Estado y Nación en el Perú. Lima, IEP.

DE LA VILLA, Luis Enrique y Manuel Carlos PALOMEQUE

1980 Introducción a la economía del trabajo. Volumen I. Madrid, Colección Universitaria Editorial Debate.

ENGELS, Federico.

1980 "El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre". En: Dialéctica de la Naturaleza, en Obras Escogidas Tomo III de C. Marx y F. Engels. Moscú, Editorial Progreso, 1980 (escrito en 1876).

ERMIDA Uriarte, Óscar

2007 Prólogo a La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga. FCU, Fundación de Cultura Universitaria.

FLORES GALINDO, Alberto.

2008 "Los mineros de Cerro de Pasco, 1990-1930. (Un intento de caracterización social)". En: Obras Completas. T I. SUR Casa de Estudios del Socialismo. Lima. Primera edición: 1974.

GAMONAL, Sergio

2013 "Las dos almas del derecho del trabajo" en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social I. pp. 13-22. En: https://www.academia.edu/12819450/Las_dos_almas_del_derecho_del_trabajo

GARCÍA-BRYCE, Iñigo

2008 República con ciudadanos: los artesanos de Lima, 1821-1879. Javier Flores Espinoza, tr. Lima, IEP.

BIBLIA Génesis 3:19. Nueva Versión Internacional (NVI) En: https://www.biblegateway.com/passage/?search=G%C3%A9nesis+3%3A19&version=NVI

LESLIE, Douglas

1988 "Economic Analyses of Labor Law". En: Industrial Relations Research Association Series. Proceedings of the Forty-First Annual Meeting. December 28-30. New York, U.S.A pp. 227-235.

LÉVANO, César

1967 La verdadera historia de la jornada de las ocho horas en el Perú. Edición en Mimeógrafo. Lima. Consultado el primero de febrero de 2016 en. https://issuu.com/abrelosojos/docs/la_verdadera_historia_de_la_jornada

MANZANILLA, Matías

1939 La responsabilidad por los accidentes del trabajo. Discursos parlamentarios. Lima, Imprenta Gil.

MARIÁTEGUI, José Carlos

2010 Ideología y política y otros escritos. Mariátegui: Política revolucionaria. Contribución a la crítica socialista. Tomo V. Caracas. Fundación Editorial El perro y la rana.

MONEREO. José Luis

1996 Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo. Una reflexión crítica sobre el Derecho flexible del Trabajo. Valencia. Tirant lo Blanch.

MOTTA VILLEGAS, Juan Diego

2018 Norma, ideología y realidad: El origen de la libertad sindical en el Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. En: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/10025

MÜCKE, Ulrich.

2010 Política y burguesía en el Perú: El Partido Civil antes de la Guerra con Chile. Institut français d'études andines. Consultado el 11 julio 2016 en: <http://books.openedition.org/ifea/412>

NEVES, Javier.

2009 Introducción al derecho del trabajo. Lima: PUCP. Fondo Editorial.

OIT

2017 Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. En: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf

OJEDA Avilés, Antonio

1980 Derecho Sindical. Madrid: Ed. Tecnos.

PALOMEQUE López, Manuel-Carlos

2011 Derecho del trabajo e ideología: medio siglo de formación ideológica del derecho español del trabajo, 1873-1923. Madrid: Akal.

1984 "Un compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis económica". En: Revista de Política Social. N° 143. Julio-Septiembre 1984. En: http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAV-qs=~aWQ9MzEyOTcmaWRlPTEwMzcmdXJsPTEwJm5hbWU9UlB-TXzE0M18wMTUucGRmJmZpbGU9UlBTXzE0M18wMTUucGR-mJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbnRlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vc-GRm.

PARODI, Jorge

1986 Ser obrero es algo relativo: obreros, clasismo y política. Lima. Instituto de Estudios Peruanos.

QUIÑONES INFANTE, Sergio

2016 Breve repaso a la evolución histórica del Derecho del Trabajo. En: IUS ET VERITAS, N° 52, Julio 2016, pp. 258-268.

ROSTWOROWSKI, María

2014 Historia del Tawantinsuyu. 3era. Edición. Lima. IEP.

SANGUINETI, Wilfredo.

1996 "El derecho del trabajo como categoría histórica". En: Ius et veritas, Lima. N° 12 (Jun. 1996), 143-156.

SCHWAB, Stewart

1988 "The Economics Invasion of Labor Law Scholarship". En: Industrial Relations Research Association Series. Proceedings of the Forty-First Annual Meeting. December 28-30. New York, U.S.A pp. 236-242.

SMITH, Adam

1958 Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones. Mexico, D.F. Fondo de Cultura Económica.

SULMONT, Denis.

2009 "La cuestión laboral. Cambios y retos en el Perú". En: En: PLAZA, Orlando (Coordinador). "Cambios sociales en el Perú. 1968-2008". Libro homenaje a Denis Sulmont. Lima: Centro de Investigaciones Sociológicas, Económicas, Políticas y Antropológicas. 2009. Consultado el 10 de abril de 2018: https://es.scribd.com/document/81416892/Denis-CL-Retos-c

SUPIOT, Alain.

2008 El Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Heliasta

SZEMINSKI, Jan.

1976 "Szemiński, J. La insurrección de Túpac Amaru II" En: Flores Galindo. 1976. Túpac Amaru II-1780. Retablo de papel ediciones. Lima.

ULLOA MILLARES, Daniel.

2009 "El surgimiento del Derecho Laboral en el Perú. Una descripción del origen de los principales beneficios sociales para entender su presente y vislumbrar su futuro". En: "Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social". Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Lima: Grijley. 2009. p. 45 y siguientes.

VILLAVICENCIO, Alfredo.

2010 La Libertad Sindical en el Perú: Fundamentos, Alcances y Regulación. Lima: PLADES, Programa Laboral de Desarrollo.

2003 "Salvar el capitalismo de los capitalistas. Huelga, cohesión social y democracia". En Revista Ideele. N° 155. Junio del 2003.

WEBER, Max

2009 La ética protestante y el espíritu capitalista. Madrid. Editorial Reus.

YEPES DEL CASTILLO, Ernesto

1985 Los inicios de la expansión mercantil capitalista en el Perú. En: Historia del Perú. Tomo VII. Lima. Juan Mejía Baca. Pp. 303-403.

YEPEZ DEL CASTILLO, Isabel y Jorge BERNEDO

1985 La sindicalización en el Perú. Lima. PUCP

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.° 24 / 2021

SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

REGULACIÓN DEL TRABAJO A DISTANCIA: EFECTOS SOBRE LA ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO Y CONDICIONES DE SEGURIDAD Y SALUD DEL TRABAJO

Jaddy Milca Ladrón De Guevara Landa*

Resumen

Los avances tecnológicos – la inteligencia artificial, la automatización y la robótica** - han transformado las relaciones laborales, por ejemplo, generando cambios en la organización del trabajo. Ese impacto, en el contexto ocasionado por el COVID-19, se traduce en el aprovechamiento de las ventajas que proveen las tecnologías de comunicación e información, a favor de un incremento del trabajo a distancia. Sin embargo, la variación del lugar de la prestación del servicio, también genera efectos la cantidad de tiempo de trabajo, lo cual a su vez puede afectar la salud y seguridad de los trabajadores.

En tal sentido, en el presente estudio abordamos la regulación vigente del trabajo a distancia, sus efectos sobre la organización del tiempo de trabajo y las condiciones de seguridad de salud en el trabajo. Todo, desde el contexto laboral peruano que, debido a la pandemia, hoy tiene como característica central la flexibilización derivada de un contexto social y político y los desafíos del avance de la tecnología en la aplicación del trabajo a distancia.

Palabras clave

Nuevas tecnologías; tiempo de trabajo; seguridad y salud

* Abogada por la Universidad Nacional Federico Villareal. Candidata a la Maestría de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú y con Segunda Especialización Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la misma universidad y por la Universidad de Salamanca-España. Coordinadora y asociada de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas. Correo: jaddymilca@gmail.com.

** Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo (2019). *Trabajar para un futuro más prometedor*. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, p. 201

SUMARIO: I. Introducción. II. Trabajo a distancia y regulación en el Perú. III. Organización del tiempo de trabajo y condiciones de seguridad y salud del trabajo. IV. Desconexión digital y los desafíos de las nuevas tecnologías. VI. Conclusiones.

I. Introducción

La robotización, la digitalización y demás nuevas tecnologías están cambiando no solo las nuevas formas de trabajar; sino la de llevar nuestras vidas, en lo individual, familiar y social.[1]

Las tecnologías del trabajo marcan las formas y la organización del trabajo. Los grandes cambios en la historia de la organización del trabajo son consecuencia de descubrimientos e inventos del ser humano que inciden directamente las formas de trabajo.[2]

A lado de los cambios tecnológicos y en nuevas formas de organizar el trabajo, es importante no perder de vista la situación peruana, entre ellas, la reforma laboral de los años noventa en el Perú, a fin de tener en cuenta el ámbito normativo y por el cual podemos apreciar la eficacia de las normas laborales en un periodo de cambios tecnológicos masivos en un contexto de flexibilización.

Al respecto, la profesora Marta Tostes y el profesor Villavicencio señalan que - el proceso de flexibilización se inició a finales de los setenta, la transformación total del modelo de regulación de las relaciones laborales se produjo a comienzos de los años noventa, siendo sus expresiones emblemáticas el Decreto Legislativo 728 (relaciones individuales) y el Decreto Ley 27793 (relaciones colectivas)- así también, los autores citando a los profesores Ermida y Orsatti, señalan que-el proceso de flexibilización puede reflejarse en diversos ámbitos de las relaciones laborales, como en la administración del trabajo, seguridad social y el proceso laboral. En el caso peruano se argumenta a continuación que la flexibilización fue integral con profundas repercusiones sobre el modelo de relaciones laborales en el Perú.[3]

1 MURGAS TORRAZA, Rolando (2017). *El Trabajo del Futuro y su Protección*. Montevideo. Fundación Electra, p.8.

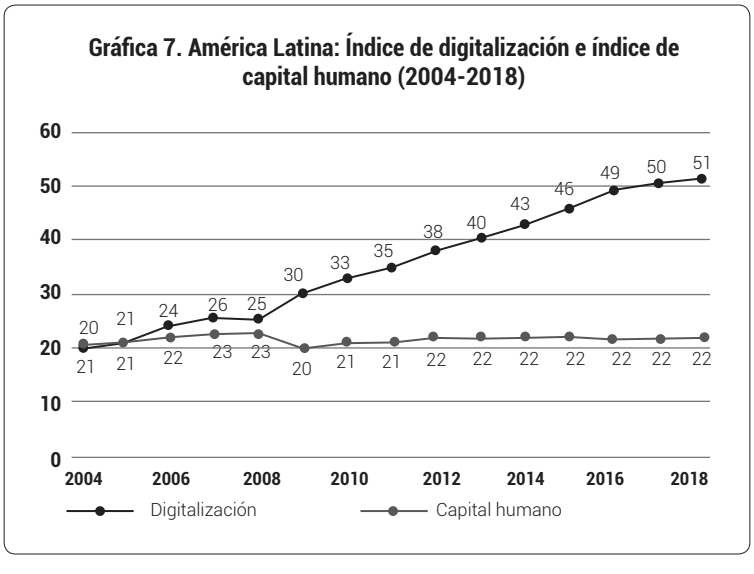
2 RASO DELGUE, Juan (2015). *Derecho del Trabajo*. Tomo I, Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria p. 17.

3 Marta TOSTES, Alfredo VILLAVICENCIO (2012). *Flexibilización del Derecho del*

En este proceso de flexibilización en el periodo 1991 y 2011, se produjo una ampliación del poder directivo a la modificación unilateral incluso de las condiciones sustanciales del trabajo: libre determinación de horarios, turnos y jornadas atípicas o acumuladas de trabajo.[4]

En ese contexto de flexibilización, adicionalmente tenemos el incremento de la informalidad en el Perú como una constante, y se ha evidenciado aún más en la presente crisis sanitaria, y a lado de estos factores que consideramos importante resaltar se ha producido el aceleramiento de la digitalización, y la aplicación del trabajo a distancia con las consecuencias que en la práctica se van reflejando, generando, por ejemplo, la creación del derecho a la desconexión digital.

Así, en América Latina, pese a las brechas y desafíos en el marco regulatorio sobre las telecomunicaciones, se verifica la aceleración de la digitalización (periodo 2004-2018) conforme podemos verificar en el siguiente gráfico[5]:



Fuente: ORBA de la CEPAL con base en datos de Telecom Advisory Services

Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú. Derecho & Sociedad. Lima, p. 362.

4 Ibídem, p. 363.

5 AGUDELO, Mauricio y otros (2020). *Las oportunidades de la digitalización en América Latina frente al Covid-19*. CEPAL, p. 23.

En el Perú, antes de la pandemia se evidencia un despliegue de empresas con ventas digitales tal como se muestra en el siguiente gráfico[6].

Tabla 3. América Latina: digitalización de canales de distribución (2018)

	Porcentaje de empresas que tienen sitio web	Porcentaje de empresas que han desplegado canales de venta digitales
Argentina	63.60%	18.52%
Brasil	59.52%	22.00%
Chile	78.80%	10.60%
Colombia	67.21%	38.00%
Ecuador	---	9.20%
México	49.79%	8.68%
Perú	---	7.20%
Uruguay	52.75%	35.41%

Nota: La información para algunos países ha sido estimada con base en la correlación del mismo con el nivel de adopción de internet.

Fuente: UNCTAD; análisis Telecom Advisory Services.

A modo de ejemplo, podemos inferir que, si bien la informalidad es uno de los ejes transversales en el contexto peruano, no ha representado un obstáculo para su el aceleramiento de la digitalización (y que en un contexto extraordinario ocasionado por la pandemia se ha incrementado), dado que no solo se ha acelerado en las economías desarrolladas sino también en casos como el nuestro con un alto índice de informalidad que se han embarcado en este proceso.

Así podemos citar el caso Gamarra, un emporio comercial conocido por la venta masiva de prendas de vestir, y que ante una crisis sanitaria se enmarca dentro del proceso de digitalización que incluso inició antes de la pandemia "Más allá del problema del hacinamiento, también es importante, respecto del consumidor final, repensar los mecanismos de pago: esta puede ser una oportunidad que fomente la bancarización de la economía y la formalización de los negocios, pues se trata de evitar pagos en efectivo. Hace algunos años, mercados emblemáticos como Gamarra iniciaron la venta virtual de sus productos, de modo

6 *Ibídem*, p. 13.

que se podría considerar usar ese tipo de comercio para evitar la aglomeración de consumidores".[7]

Y ante un nuevo escenario, como la pandemia ocasionada por el COVID-19, se evidencia un aceleramiento de la era de la digitalización, así por ejemplo la imposición de medidas sanitarias para enfrentar el COVID-19, "la clausura de lugares de trabajo y la cuarentena domiciliaria, ha ocasionado un incremento en el uso por parte de la población de redes de telecomunicaciones para resolver temas de aprovisionamiento de bienes, conectividad social, y acceso a información."[8]

Así, en las relaciones laborales, se "ha favorecido un experimento masivo de trabajo remoto en la cual los empleados utilizan plataformas virtuales para efectuar reuniones, realizar capacitaciones, informar y seguir el avance de tareas con sus compañeros y jefes. También comparten información sobre su estado de salud."[9]

En ese marco, el presente estudio desarrolla y presenta un análisis sobre la regulación del trabajo a distancia y sus efectos sobre la organización del tiempo de trabajo y las condiciones de seguridad y salud en el trabajo a razón del avance de la tecnología y su impacto en las normas laborales.

II. Trabajo a distancia y su regulación en el Perú

El trabajo a distancia en un contexto amplio presenta diversas modalidades y conceptos, y que para el presente estudio consideramos el caso peruano, y hacemos referencia a las modalidades de trabajo a distancia vigentes.

1. Trabajo a domicilio

Esta forma de trabajo en el Perú nace como respuesta de llevar los encargos de las empresas al domicilio de los trabajadores según las estipulaciones y precios fijadas por las empresas, así la profesora Sara-Lafosse, realizó un estudio

7 MANKY, Omar (2020). *Trabajadores Informales*. Por una nueva convivencia. Lima. Ministerio de Salud, p. 29.

8 KATZ, Raúl y otros (2020). *El estado de la digitalización de América Latina frente a la pandemia del COVID-19*. Caracas: CAF. Retrieved from, p.5.

9 RAFAEL PORRAS, Alfredo (2020). *El coronavirus y el derecho del trabajo.* En Revista de Derecho del Trabajo, Argentina, 2020, Thomson Reuters, p.23.

sobre datos del trabajo a domicilio y los encargos, recogiendo un intento con datos existentes, que los encargos se efectuaban en el sector de confesiones por mujeres, quienes realizaban los encargos en un promedio de 80% del trabajo en su domicilio.

Un dato importante es que "los pequeños empresarios esperan obtener rendimientos en forma inmediata, con una disponibilidad de fondos muy reducida, por lo cual organizan la producción prescindiendo de la utilización de bienes de capital. De que se utiliza gran cantidad de mano de obra a domicilio que pone la maquinaria, el local y realiza los gastos de consumo de energía y mantenimiento."[10]

La primera regulación sobre el trabajo a domicilio encuentra sustento en el artículo 27 de la Ley N° 2851 de 1918, "lo cual ha estado en la variación del lugar de prestación de servicio, pagándose por productividad, sin vigilancia del empleador, esta modalidad de trabajo ha mantenido su esencia en su regulación, constitucionalmente ha sido recogida en la Constitución de 1979 en la cual "se reconoce al trabajador a domicilio una situación jurídica análoga a la de los demás trabajadores, según la peculiaridad de su labor".[11]

Esta figura se encuentra regulada entre los artículos el artículo 87 al 96 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 3-97-TR, definiendo en el artículo 87 que el "trabajo a domicilio es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por este, sin supervisión directa e inmediata del empleador. El empleador tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse".

El trabajo a domicilio requiere de un acuerdo escrito de ambas partes y debe ser registrado ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la remuneración se fija en función de la productividad, en esta modalidad el empleador tiene la obligación de llevar un registro de trabajo a domicilio, se precisa

10 SARA-LAFOSSE, Violeta. *El trabajo a domicilio: antecedentes generales y análisis del caso de las confeccionista*, p. 89.

11 *Ibídem* p. 86.

de los siguientes los siguientes beneficios sociales; el pago de primero de mayo, vacaciones y compensación por tiempo de servicios (pago directo al trabajador).

Actualmente, conforme a la estadística presentada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, su uso no es frecuente (registrado), así podemos verificar que por ejemplo para el periodo de septiembre a diciembre del 2019, el promedio es de 54 contratos, lo cual representa una proyección de su poco uso en el Perú.

2. Teletrabajo

En un contexto de dinamismo y crecimiento económico en el Perú, en el 2013 se regula la modalidad de teletrabajo con la principal característica del uso de la tecnología; esta regulación en el Perú ha estado marcada como impulso en la contratación de sectores vulnerables a través de las cuotas de empleo; entre ellas por ejemplo su aplicación para personas con discapacidad.

El avance tecnológico, la organización del trabajo y la adaptación de las empresas a las nuevas formas de trabajo, han llevado a variar el lugar de prestación de servicios, y al modo de entender del autor Mayor Sánchez son algunos de estos factores que, "han estimulado que las empresas en el Perú poco a poco hayan estado implementando el uso del teletrabajo dentro de sus estructuras productivas. Es así como el teletrabajo, al contrario de lo que ocurrió años atrás, cuando su uso era precario, pasó de ser una forma de empleo desconocida a constituir parte de las estrategias organizativas de los Departamentos de Recursos Humanos de las principales empresas en el Perú.[12]

Por su parte, el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo presenta las empresas que han implementado el teletrabajo, verificándose que son 13 empresas que aplican el teletrabajo"[13], sin embargo no tenemos data de la cantidad de contratos bajo esta modalidad.

12 MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *La Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores: Entre la Optimización y la Rentabilidad de la Jornada y el Horario de Trabajo en la Empresa y su Impacto en el Derecho Laboral Peruano*. Derecho&Sociedad, p. 279.

13 Página Oficial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (visita realizada el día 14.06.2020). http://www.teletrabajo.gob.pe/experiencias-nacionales/

En cuanto a su regulación, se encuentra normado por la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2015-TR. Así la ley define el teletrabajo en el artículo 2; "el teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores".

Los principios que orientan la aplicación de la modalidad de teletrabajo son: voluntariedad, reversibilidad en su aplicación, igualdad de trato (a las condiciones de trabajo de los teletrabajadores, en relación a quienes laboran presencialmente), conciliación entre la vida personal, familiar y laboral: promover un equilibrio entre las actividades realizadas en los ámbitos, personal, familiar y laboral de los trabajadores. En tal sentido, deberá existir una adecuada correspondencia entre la carga de trabajo y la jornada de labores o servicios asignada.

El teletrabajo es una modalidad especial de prestación de servicios, caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y telecomunicaciones, en la cual los trabajadores y empleadores tienen los mismos derechos y obligaciones, la modalidad puede ser prestada de forma completa o mixta (dentro o fuera del centro habitual de trabajo), sus principales características y condiciones se encuentran reguladas en su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2015-TR [14]:

- La condición del teletrabajador debe registrarse en la Planilla Electrónica.
- El teletrabajador tiene derecho a recibir capacitación previa sobre la utilización de los medios informáticos, telecomunicaciones y análogos, respeto por la privacidad e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, protección de la maternidad y el periodo de lactancia, en caso corresponda, a las condiciones de seguridad y salud en

14 Mediante Resolución Ministerial N° 260-2016-TR, se estableció con carácter de obligatorio, que los empleadores declaren en el Registro de Información Laboral (T-Registro) de la Planilla Electrónica, la modalidad completa o mixta de teletrabajo aplicada en la respectiva prestación de servicios de los teletrabajadores.

el trabajo sin precisar a qué condiciones o recomendaciones se refiere la norma (como por ejemplo sobre ergonomía aplicables a su trabajo).

- Comunicar el mecanismo de supervisión o de reporte a implementarse para facilitar el control y supervisión de las labores, de ser el caso.
- La jornada ordinaria de trabajo sujeta a los límites previstos, se pueden pactar jornadas a tiempo parcial o en sistemas de media jornada, respectivamente, de acuerdo con los límites y requisitos previstos en las normas correspondientes, solo si éstos se encuentran sujetos a fiscalización inmediata de la jornada. Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo o de servicio previstas en las normas que regulan la jornada de trabajo se aplican al teletrabajo.

La utilización de la figura del teletrabajo, no ha sido visible estadísticamente desde su regulación, a pesar del incremento del uso de las tecnologías, y que ante un contexto extraordinario como el ocasionado por la pandemia, su regulación no ha dado respuesta en su aplicación masiva, lo cual conllevó a la creación de la figura temporal del trabajo remoto.

3. Trabajo remoto

En un contexto extraordinario como la pandemia ocasionada por el virus COVID-19, se establecieron medidas laborales para reducir el riesgo de propagación de la enfermedad causada por el virus, con la finalidad de reforzar los sistemas de prevención, control, vigilancia y respuesta sanitaria, a fin de preservar la salud y el empleo de los trabajadores.

Y ante la imposibilidad de aplicar las figuras como el trabajo a domicilio y el teletrabajo tal como se encontraban reguladas por su falta de flexibilidad en su aplicación, se creó una figura temporal denominada trabajo remoto regulado por Decreto de Urgencia N° 26-2020, 029-2020 y reglamentado por Decreto Supremo N° 10-2020-TR, con características flexibles en su aplicación manteniendo los derechos y obligaciones de los trabajadores tanto en la modalidad de contratación y sobre las condiciones de trabajo y seguridad y salud en el trabajo.

El uso de esta figura temporal ha sido prorrogada por Decreto de Urgencia N° 127-2020, hasta el 31 de julio de 2021, asimismo se estableció el derecho de los trabajadores a la desconexión digital.

La regulación del teletrabajo vigente, tiene como principal característica que para su implementación se requiere de un acuerdo entre las partes y condiciones específicas, así podemos citar por ejemplo las herramientas/equipos para ejecutar el trabajo son proporcionadas por el empleador, lo cual ha marcado una diferencia con el trabajo remoto que es temporal y es de decisión unilateral del empleador en su implementación, las herramientas pueden ser proporcionadas por el trabajador o empleador para lo cual se resalta el acuerdo entre las partes; diferencias sustanciales que han delimitado que se opte por la aplicación del trabajo remoto.

El trabajo remoto es la prestación de servicios que realiza el trabajador en su domicilio o lugar de aislamiento, utilizando cualquier medio o mecanismo que posibilite realizar las labores fuera del centro de trabajo, siempre que la naturaleza de las labores lo permita, subsistiendo las obligaciones del trabajador: cumplir con la normativa relativa a seguridad de la información, protección y confidencialidad de dato, las medidas y condiciones de seguridad y salud en el trabajo informadas por el empleador y estar disponible durante la jornada de trabajo para las coordinaciones de carácter laboral que resulten necesarias.

La implementación del trabajo remoto, es una facultad del empleador en la cual solo se comunica al trabajador la decisión al trabajador a través de cualquier medio físico o digital, debiendo el empleador comunicar los mecanismos, duración y forma de desarrollo de esta figura, así como las condiciones sobre seguridad y salud en el trabajo, con la obligación de disponer esta medida para los empleadores que tienen trabajadores de riesgo calificados como grupos de riesgo.

III. Organización del tiempo de trabajo y condiciones de seguridad y salud del trabajo

La ordenación del tiempo de trabajo atiende diferentes finalidades, y entre la que nos interesa citar es que "(…) las normas sobre tiempo de trabajo pueden responder a finalidades preventivas, de defensa de la seguridad y salud laboral, de protección de la salud física y psíquica de los trabajadores. Cualquier estudio al respecto revela como la prolongación de la jornada no sólo tiene efectos a medio y largo plazo, ante la disminución del necesario descanso, sino a plazo inmediato al incrementarse la fatiga y disminuir la atención a medida que

avanzan las horas de trabajo, lo que puede repercutir en que se produzcan más fácilmente accidentes laborales."[15]

Considerando la finalidad preventiva, es importante ubicar a la organización del tiempo de trabajo; jornadas y horarios de trabajo, dentro de la clasificación de la flexibilización laboral.

1. Flexibilización laboral

Existe una diversidad de conceptos y clasificaciones en cuanto a la flexibilización laboral, "a las críticas tanto positivas o negativas recibidas, podemos señalar que la flexibilización ha surgido frente a la crisis del derecho del trabajo que no es más que la crisis del concepto de subordinación como criterio esencial de la limitación de la disciplina"[16], de la producción de bienes y servicios, "basada en las innovaciones y los progresos técnicos en el ámbito de los transportes y telecomunicaciones, apoyada por un mercado financiero internacional que posibilite las transacciones financieras realizadas en cuestión de segundos y que superan ampliamente las transacciones financieras reales"[17].

Así, la flexibilización laboral en el Perú, ha traído consigo una ampliación del poder directivo por ejemplo en las condiciones de trabajo como lo es la organización del tiempo de trabajo, como lo es la organización de los horarios y jornadas de trabajo.

2. Flexibilidad Numérica Interna: Tiempo de trabajo

Dentro de las clasificaciones de flexibilización laboral, "abordamos la clasificación de flexibilidad que recae sobre la materia o al instituto laboral sobre la cual recae la flexibilización, ya que puede flexibilizarse el horario de trabajo o la remuneración, el contrato de trabajo o el despido, la movilidad geográfica o la funcional, etc."[18]

---

15 ALFONSO MELLADO, Carlos (2007). *Las Horas Extraordinarias.* Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo. España, p. 58.

16 RASO DELGUE, Juan (2015). *Derecho del Trabajo*.Tomo I. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 22.

17 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (2004). *La función y la Refundición del Derecho del Trabajo*. Derecho del Trabajo y Razón Crítica, Salamanca, p.41

18 ERMIDA URIARTE, Oscar. *La Flexibilidad. Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú*. Oficina Internacional de Trabajo, p. 7

Ante las distintas clasificaciones sobre flexibilidad, para el presente estudio abordamos la clasificación de flexibilización numérica[19], así el profesor Miguel Canessa partiendo de hacer "una mixtura de propuestas, toma como criterio la organización de la unidad productiva de la unidad económica definiendo entonces a la flexibilidad numérica como "a la libertad en el uso de la cantidad de fuerza de trabajo necesaria para realizar actividades económicas requeridas por unidad productiva", dividiendo así en flexibilización numérica externa e interna, en cuanto al primero señala que es la "libertad del empleador de contratar servicios externos de subcontratistas para realizar actividades necesarias o complementarias para el ciclo productivo de su empresa", y por el segundo considera que "es propiamente la libertad en el uso de la fuerza de trabajo dentro de la unidad productiva", en este caso considera por ejemplo la jornada de trabajo y su organización dentro de la clasificación de flexibilidad numérica interna.

3. Ordenación del tiempo de trabajo

Teniendo en cuenta la clasificación de flexibilización, ubicamos a las condiciones de trabajo: jornada de trabajo y horarios de trabajo en la clasificación de flexibilidad numérica interna, a partir del cual abordamos el presente apartado, considerando la finalidad preventiva de la regulación del tiempo de trabajo.

"En la ordenación del tiempo de trabajo deben tenerse en cuenta, ante todo, dos cuestiones básicas. La primera de ellas la constituye el carácter imperativo de toda la ordenación del tiempo de trabajo en garantía de los derechos de los teletrabajadores sobre los límites de la jornada y la duración de los descansos en beneficio de su salud y la seguridad en el trabajo".[20]

Al respecto es importante considerar, "que el empleador quien, asume los riesgos de la explotación, se encuentra facultado para dirigir el emprendimiento de la manera que estime del caso según su leal saber y entender."[21]

---

19 CANESSA MONTEJO, Miguel. "*La aplicación de la flexibilización laboral en el Perú (1990-2000)*" – Tema 4- Pág. 3 - Sociología del Trabajo.

20 MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *La Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores: Entre la Optimización y la Rentabilidad de la Jornada y el Horario de Trabajo en la Empresa y su Impacto en el Derecho Laboral Peruano*. Derecho&Sociedad, p. 275.

21 IGLESIAS MERRONE, Leticia (2017). *El Principio de Buena Fe en el Derecho del Trabajo*.

En cuanto a la organización del tiempo de trabajo, en lo relativo a jornada y horario de trabajo es una facultad del empleador, en la cual debemos considerar que "la buena fe constituye un instrumento de control del ejercicio del poder de dirección del empleador – siendo por ende un tamiz esencial al cual someter a las distintas medidas adoptadas en función de la facultad de organización a fin de evaluar si las mismas son pertinentes o si por el contrario, entrañan un accionar patronal desviado que afecte derechos fundamentales del dependiente."[22]

En el marco del tiempo de trabajo, se regula la jornada de trabajo y los horarios de trabajo, los cuales repercuten en las condiciones por ejemplo de seguridad y salud en el trabajo, dado el tiempo en la cual el trabajador se encuentra a disposición del empleador, lo cual incide en la salud de los trabajadores.

Dentro de los riesgos que se presentan, además es importante destacar a un grupo de trabajadores a los que no se aplica las reglas sobre jornadas de trabajo máxima conforme lo prevé el artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2002-TR. Este grupo de trabajadores está referido a los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.

En relación a este grupo de trabajadores, quisiéramos destacar a los trabajadores no sujetos a fiscalización que se encuentra definido en el literal c) del artículo 10 del Decreto Supremo N° 008-2002-TR (Reglamento), señalando que son aquellos que realizan labores sin supervisión (o con supervisión parcial) y aquellos que realizan trabajos fuera del centro de trabajo.

Esta excepción, sobre los trabajadores no sujetos a fiscalización se regula de forma tan general, que podría significar un desbalance en el tiempo de trabajo a disposición del empleador, si consideramos que, en la práctica, el uso de las nuevas tecnologías está propiciando muchas situaciones en las que, los empleadores o terceros vinculados se comunican a través de distintos medios sin

Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, p. 149

22 *Ibidem*, p. 157.

límites; entre ellos mensajerías, video llamadas, reuniones virtuales, etc., fuera del horario de trabajo establecido.

Así, podemos considerar, que bajo la directriz del empleador de organizar el tiempo de trabajo y determinar la categoría de trabajadores, se puede combinar la aplicación de la regulación mixta del trabajo a distancia, es decir aplicar una jornada dentro del centro de labores y otra jornada fuera de ella dentro de las facultades otorgadas al empleador, con lo cual la organización del tiempo de trabajo, podría incidir negativamente en la salud de los trabajadores, así reviste especial consideración el no haberse detallado en la regulación del trabajo a distancia condiciones específicas en materia de seguridad y salud, que considere los riesgos a los que están expuestos los trabajadores, y que pudiesen ser identificados a través de la matriz de identificación y evaluación de riesgos conforme lo prevé la normativa comparada.

Así la doctrina, ha ido considerando que el tiempo excesivo del tiempo dedicado al trabajo guarda relación directa con la seguridad y salud de los trabajadores, así el autor Lastra señala que; "(…) La medicina del trabajo repite, con insistencia, que el trabajo continuo puede ser perjudicial para la salud del trabajador, puede ocasionar un decaimiento y agotamiento de sus energías físicas e intelectuales y, con ello, un menor rendimiento y disminución de la producción, siendo el rendimiento inversamente proporcional a la duración de la jornada laborable, además del peligro que representa el cansancio natural que puede producir accidentes de trabajo" [23]

En el contexto de pandemia, se ha emitido el Decreto Supremo N° 010-2020-TR (reglamento que regula el trabajo remoto) que establece que la jornada laboral ordinaria se aplica al trabajo remoto, no pudiéndose exceder en ningún supuesto a las ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales. Esta norma incluye la facultad del empleador de pactar con el trabajador la distribución libre de la jornada de trabajo en los horarios que mejor se adapten a sus necesidades, con una distribución máxima de seis días a la semana, así como que el trabajador se encuentre a disposición del empleador, estableciendo además mecanismos de supervisión y reporte de las labores realizadas durante la jornada laboral, de ser el caso, mediante el empleo de mecanismos virtuales.

23 LASTRA LASTRA, J. (1997). Instituciones de derecho del trabajo y la seguridad social. La jornada de trabajo. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 424.

Sin embargo, esta facultad del empleador de organizar el tiempo de trabajo y determinar las categorías de los trabajadores, combinar modalidad del trabajo a distancia con prestación de servicios dentro del centro de labores y fuera de ella, así como la de aplicar estas excepciones a las jornadas máximas, podría encontrar un balance en la aplicación del deber de prevención y vigilancia en la seguridad y salud de los trabajadores, así como en las medidas de fiscalización por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo en cuanto a verificar el cumplimiento del respeto de los derechos fundamentales sobre la limitación del tiempo de trabajo y descanso efectivo, salud, entre otros.

En esencia, el deber de prevención determina un rol importante por cuanto cualquier medida adoptada por el empleador debe resguardar la seguridad y salud de sus trabajadores. Y en contexto de un uso masivo y la puesta a disposición de la tecnología corresponde el deber de vigilancia para que el trabajador no sobrepase la duración de la jornada, y se garantice el derecho al descanso y como consecuencia a desconectarse digitalmente.

4. Efectos de la organización del tiempo de trabajo sobre la seguridad y salud de los trabajadores

Los trabajadores, desde el origen del movimiento obrero, han reivindicado una reducción de la jornada de trabajo. Trabajar menos para conservar la salud, para ser más libres y tener una vida familiar, esparcimiento acceso a cultura. Pero, desde algunos años, y bajo una fuerte y persistente presión patronal, la reducción de la jornada está vinculada al acondicionamiento del tiempo de trabajo.[24]

En esa línea, el profesor Alejandro Castello, citando a Juan Francisco Dieste, señala que "la cuestión de la limitación del tiempo de trabajo ya no se circunscribe al problema de su reducción, la cual ha sido consagrada a todo nivel normativo (internacional, constitucional, legal, reglamentario, convencional, etc.) sino que se refiere principalmente a aspectos cualitativos a cómo trabajar de forma diferente y mejor, tratando de armonizar las necesidades de la empresa con las inquietudes, aspiraciones e intereses del trabajador, lo que implica buscar formas

24 JAVILLIER, Jean-Claude (2007). *Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, p. 532.

de ordenamiento multidimensional del tiempo de trabajo que tenga en cuenta aspectos como la vida familiar, estudios, recreación y diversión, etc."[25]

La limitación del tiempo de trabajo es un derecho fundamental, "los derechos humanos laborales son garantías inherentes a la personalidad humana y cuanto tal indisponible, no solo para el legislador sino también para el propio constituyente e inclusive para las normas internacionales, las cuales no pueden ofrecer grados de protección menor."[26]

Sobre lo señalado, y en un contexto de masificación del uso de las tecnologías, la limitación del tiempo de trabajo genera un impacto sobre la vida de toda persona y en las condiciones de trabajo que le permitan un desarrollo digno y en condiciones de seguridad y salud, lo cual debe considerar además a los trabajadores que se encuentran excluidos a la limitación de la jornada máxima.

Actualmente, en el contexto de la pandemia, los empleadores se encuentran reformulando la organización y distribución de la jornada de trabajo no solo por razones de reactivación de sus actividades empresariales, sino también por la incidencia como mecanismo de prevención y control de contagios a través de lineamientos de prevención y control dispuestas como medidas adoptadas por el gobierno, y por la creación del derecho a la desconexión digital como mecanismo que limite el ejercicio abusivo de las nuevas tecnologías como herramienta para contribuir las facultades de dirección y control del empleador que incidan en derechos fundamentales como lo es la salud de los trabajadores.

Los lineamientos de prevención y control por riesgo COVID-19, son implementados por las empresas a razón del reinicio de sus actividades conforme a lo dispuesto en la R.M. Nº 239-2020-MINSA, y sus modificatorias, dentro de los lineamientos se incluyen modificaciones a los turnos de trabajo, variación en los horarios de entrada y salida, duración de la jornada, en los horarios flexibles o escalonados, y/o aplicación mixta de la figura del trabajo remoto.

Para lograr los objetivos de los lineamientos, el empleador debe realizar la vigilancia de salud de los trabajadores a otros factores de riesgo, por ejemplo de tipo ergonómicos, jornadas de trabajo, posturas prolongadas, movimientos

25 CASTELLO, Alejandro (2015). *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo, p. 11

26 *Ibídem,* p. 11.

repetitivos y otros, psicosocial (condiciones de empleo, carga mental, carga de trabajo, doble presencia y otros), u otros factores de riesgo que se generen como consecuencia del trabajo; de ser necesario se establecen las medidas preventivas y correctivas que correspondan, según lo determine el Servicio de Seguridad y salud en el trabajo.

En tal sentido, se aprecia que la organización y limitación del tiempo de trabajo genera impactos en las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, los cuales se evidencia por ejemplo en el Decreto de Urgencia Nº 026-2020 que entre otros implementa la aplicación del trabajo remoto en las cuales el empleador tiene el deber de comunicar las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en la prestación de sus servicios, así como en las medidas que vienen adoptando los empleadores a través de la implementación de los lineamientos en la prevención y control de propagación del COVID-19.

Teniendo en consideración lo señalado, es relevante y oportuno considerar a modo comparativo, que el 23 de abril de 2020, en Chile se promulgó el Decreto Supremo N° 18, que aprueba el Reglamento del artículo 152, Quáter M, que establece las condiciones específicas de seguridad y salud en el trabajo que deberán sujetarse los trabajadores que prestan servicios a distancia o teletrabajo; reglamento que detalla de forma específica las condiciones sobre la prestación de servicios de los teletrabajadores, resaltando la elaboración de la matriz de identificación y evaluación de riesgos, condiciones ambientales y ergonómicas, evaluación del puesto, lugar de prestación, labores y entre otros detalla en el literal c) artículo 8 que, en la organización del tiempo de trabajo deben establecerse pausas y descansos dentro de la jornada y tiempos de desconexión. Si se realizan labores de digitalización, se deberá indicar los tiempos máximos de trabajo y los tiempos mínimos que se deberá de observar.

En tal sentido, consideramos importante considerar la prevención y protección de todo trabajador, considerando dentro de la matriz de riesgos las consideraciones ambientales y ergonómicas de todo trabajador en relación a la organización del tiempo de trabajo y los riesgos que se genera por la falta o no organización de la garantía del descanso del trabajador, lo cual debe estar acompañado de una regulación específica sobre los riesgos psicosociales a efectos de que se pueda garantizar y efectivizar su adecuada prevención.

IV. Desconexión digital y los desafíos de las nuevas tecnologías

Con el aceleramiento de la digitalización, y los desafíos de las nuevas tecnologías en la cual nos adoptamos cada día más, nos preguntamos si, ¿es necesario regular el establecimiento de ciertos derechos? en un contexto donde han surgido discusiones sobre el derecho a la desconexión digital y que en el Perú recientemente ha sido regulado.

Al respecto, no debemos perder de vista que la Constitución Política del Perú, establece en su artículo 1 como derecho fundamental que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, estableciendo en su artículo 23 que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

De allí que los trabajadores a distancia gozan de los mismos derechos que los trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad convencional, lo cual ha sido recogido en el artículo 5 de la Ley N° 30036 que regula el Teletrabajo y en la figura temporal del trabajo remoto.

"Los trabajadores tienen derecho a unas jornadas limitadas en el tiempo y a unos descansos entre jornadas, semanales y feriados anuales, especialmente protegidos por la Constitución, que en el marco de los principios rectores de la política social y económica."[27] Así, la Constitución en el artículo 25 señala que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

De acuerdo a lo anterior, consideramos que no necesitaríamos regulaciones específicas que creen derechos ya recogidos como principios constitucionalmente establecidos como derechos fundamentales y humanos. En esa línea, la autora Perciballi sostiene que "al momento de hablar de la limitación del tiempo

27 MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *La Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores: Entre la Optimización y la Rentabilidad de la Jornada y el Horario de Trabajo en la Empresa y su Impacto en el Derecho Laboral Peruano*. Derecho&Sociedad, p. 276.

efectivo de trabajo, lo estamos haciendo de un derecho humano fundamental, tan es así que tanto los instrumentos normativos internacionales, como nuestra Constituciona Nacional en consonancia con lo que ha sido el proceso de constitucionalización de los derechos humanos laborales a nivel internacional, así lo recogen."[28]

Por su parte, "la desconexión digital no solo puede ser vista desde la perspectiva de la jornada de trabajo, sino también desde la obligación empresarial vinculada a los deberes de prevención, seguridad e indemnidad."[29], los cuales han recobrado importancia en contexto extraordinario con la pandemia generada por el COVID -19, en las que corresponde el deber del empleador de adoptar lineamientos de control, prevención ante los riesgos por COVID-19, en los procesos de reactivación de sus actividades como parte del principio de prevención establecido en el título preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Teniendo en cuenta el sustento constitucional, es importante considerar que el 01 de noviembre de 2020, mediante Decreto de Urgencia Nº 127-2020, que modifica las obligaciones establecidas en el Decreto de Urgencia N° 026-2020, se regula la obligación del empleador de respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador, quien tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos.

El derecho a la desconexión ha sido reglamentado recientemente el 11 de marzo de 2021, a través del Decreto Supremo N° 004-2021-TR y en sus disposiciones complementarias y modificatorias desarrolla disposiciones sobre la desconexión digital. Así se determina:

- El trabajador tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos (internet, telefonía, entre otros), el empleador no puede exigir al trabajador realizar tareas, durante el tiempo de desconexión digital. A menos, que haya pactado el pago de horas extras.
- El empleador debe establecer las medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión digital.

28 PERCIBALLI VIRGINIA (2015). *Estudios de las Normas Internacionales sobre el Tiempo de Trabajo*. Fundación Electra, Montevideo, p. 5.

29 Ibídem. Pág. 73.

- También se considera tiempo de desconexión digital los días de descanso semanal, días feriado, días de descanso vacacional, días de licencia y demás periodos de Suspensión perfecta de labores.
- El tiempo de desconexión digital para los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata debe ser de, al menos, 12 horas continuas en un periodo de 24 horas.
- Constituye una infracción administrativa grave ejercer coerción sobre el trabajador o incurrir en actos dirigidos a intimidar al trabajador para realizar tareas, responder comunicaciones o establecer coordinaciones de carácter laboral.

Así, el derecho a la desconexión digital, recientemente regulado no trata necesariamente de un nuevo derecho, sino más bien, de un deber para el empleador, y que debido al uso masivo de las nuevas tecnologías sin limitación alguna afecta derechos fundamentales; derechos que se vuelven más vulnerables y por lo cual requieren de mecanismos que garanticen la eficacia de tales derechos.

Por consiguiente, debemos destacar que uno de los desafíos del uso de las nuevas tecnologías, viene entre otros formulado por la masificación en el uso de las tecnologías y la limitación en su uso por parte del empleador cuando se vea comprometido derechos fundamentales, en la cual el deber de prevención resulta un pilar fundamental al momento de establecer los riesgos que se derivan de la sobreexposición del trabajador a las tecnologías, y que el empleador puede garantizar que se efectivice el derecho a la limitación de las jornadas, descanso y por consiguiente la seguridad y salud de los trabajadores a través del deber de vigilancia, considerando que las tecnologías independientemente del trabajo generan un nivel de dependencia, que deben ser consideradas por los empleadores desde políticas internas de las empresas.

Lo señalado anteriormente, se ve reforzado con un sistema de inspección que fiscalice el cumplimiento de los derechos socio laborales, así se han adoptado medidas que aceleran el uso de los medios digitales como herramienta en el ámbito de fiscalización, por ejemplo, para requerir información a través de medios digitales por parte de los inspectores, lo cual ha sido establecido en la R. S. N° 74-2020-SUNAFIL que aprueba el Protocolo N° 003-2020-SUNAFIL/INII sobre el ejercicio de la función inspectiva.

Así, también el Decreto Legislativo N° 1499, establece diversas medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos socio laborales en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID – 19, disponiendo en su artículo 10, que la SUNAFIL realiza acciones de prevención, difusión normativa, así como de asesoría especializada, para lo cual puede recurrir al uso de sistemas de comunicación electrónica, a través de las tecnologías de la información y comunicación.

Finalmente, resulta pertinente destacar que una buena organización del tiempo, no sólo está referido al trabajador sino al empleador, por el cual el tiempo y disfrute del descanso del trabajador inciden no sólo en la seguridad y salud del trabajador sino en un ambiente que genere la sostenibilidad del empleador, con un trabajo productivo, con indicadores claros y eficientes basados en el principio de buena fe entre las partes y donde se tenga en cuenta la igualdad de género.

V. Conclusiones

El contexto ocasionado por la pandemia por el COVID-19, ha acelerado la digitalización influyendo en los mecanismos de respuesta por parte de las empresas, en la adopción de nuevas formas de organizar el trabajo, sin que la informalidad sea un obstáculo para el aceleramiento de las nuevas tecnologías.

El uso de las nuevas tecnologías representa uno de los mayores desafíos en el incremento del uso del trabajo a distancia, generando transformaciones en la organización del trabajo, incidiendo en la variación del lugar de la prestación del servicio, y la organización del tiempo de trabajo lo cual afecta la seguridad y salud de los trabajadores.

La organización del tiempo de trabajo como facultad del empleador se encuentra delimitado por el deber de prevención del empleador a fin de garantizar los medios y condiciones que protegen la vida, seguridad y salud de los trabajadores. El deber de prevención resulta un pilar fundamental al momento de establecer los riesgos que se derivan de la sobreexposición del trabajador a las tecnologías, y como consecuencia se efectivice el derecho a la limitación de las jornadas, descanso y por consiguiente la seguridad y salud de los trabajadores a través del deber de vigilancia.

Este deber de prevención ha sido adoptado en los lineamientos de prevención y control frente a la propagación del covid-19, los cuales se encuentran sujetos a fiscalización posterior, resultando un importante avance en lo que se refiere a la vigilancia en seguridad y salud de los trabajadores, debiéndose tener en cuenta los mecanismos que permitan el disfrute de derechos fundamentales como al descanso y la limitación de jornadas de trabajo a través del ejercicio del derecho a la desconexión digital.

La regulación del trabajo a distancia debe incluir medidas específicas sobre las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, entre ellas, la evaluación de los factores de riesgos ambientales y ergonómicos y posibles riesgos psicosociales a fin de garantizar derechos fundamentales, lo cual debe verse reforzado con un sistema de inspección que fiscalice el cumplimiento de los derechos socio laborales.

Bibliografía

ALFONSO MELLADO, Carlos (2007). *Las Horas Extraordinarias*. En Tiempo de Trabajo. Editorial Bomarzo. España.

AGUDELO, Mauricio y otros (2020). *Las oportunidades de la digitalización en América Latina frente al Covid-19*. CEPAL.

CASTELLO, Alejandro (2015). *Derecho del Trabajo*. Tomo II. Fundación Cultura Universitaria. Montevideo.

CANESSA MONTEJO, Miguel. *La aplicación de la flexibilización laboral en el Perú (1990-2000)*. Tema 4- Pág. 3 - Sociología del Trabajo.

CERVANTES HERRERA, José (2011). *La Jornada de trabajo – Flexibilización y desregulación, Breve referente al caso español*. Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *La Flexibilidad. Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú*. Oficina Internacional de Trabajo.

HERMOSO FERNÁNDEZ, Martín (2020). *El teletrabajo en la encrucijada*. Análisis y Propuestas. Documento elaborado por el Servicio de Estudios de la Confederación de UGT.

IGLESIAS MERRONE, Leticia (2017). El Principio de Buena Fe en el Derecho del Trabajo. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

JAVILLIER, Jean-Claude (2007). *Derecho del Trabajo*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo.

LASTRA LASTRA, J. (1997). Instituciones de derecho del trabajo y la seguridad social. La jornada de trabajo. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MANKY, Omar (2020). *Trabajadores Informales*. Por una nueva convivencia, Lima.

MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. *La Ordenación del Tiempo de Trabajo de los Teletrabajadores: Entre la Optimización y la Rentabilidad de la Jornada y el Horario de Trabajo en la Empresa y su Impacto en el Derecho Laboral Peruano*. Derecho & Sociedad.

MURGAS TORRAZA, Rolando (2017). *El Trabajo del Futuro y su Protección*. Montevideo. Fundación Electra.

KATZ, Raúl y otros (2020). *El estado de la digitalización de América Latina frente a la pandemia del COVID-19*. Caracas: CAF. Retrieved from.

RAFAEL PORRAS, Alfredo (2020). El coronavirus y el derecho del trabajo. Revista de Derecho del Trabajo, Thomson Reuters, Argentina.

RASO DELGUE, Juan (2015). Derecho del Trabajo, Tomo I, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

SARA-LAFOSSE, Violeta. *El trabajo a domicilio: antecedentes generales y análisis del caso de las confeccionista*.

TOSTES, Marta Alfredo VILLAVICENCIO (2012). *Flexibilización del Derecho del Trabajo y sus implicancias sobre las relaciones laborales en el Perú*. Derecho & Sociedad. Lima.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos (2004). La función y la Refundición del Derecho del Trabajo. Derecho del Trabajo y Razón Crítica, Salamanca.

PERCIBALLI VIRGINIA (2015). Estudios de las Normas Internacionales sobre el Tiempo de Trabajo. Fundación Electra, Montevideo.

SEGURIDAD Y SALUD EN TIEMPOS DE COVID19: TELETRABAJO &TRABAJO REMOTO

Karla Giamnina Cánova Talledo*

Resumen
El estado de emergencia Sanitaria a nivel mundial nos ha llevado a innovar en el mundo de las relaciones laborales. En esta línea, el teletrabajo y el trabajo remoto como formas de trabajo a distancia se han incrementado enormemente en el país, como alternativas para mitigar el impacto de la COVID19. Por ello, en el presente artículo desarrollamos las implicancias de las nuevas relaciones laborales que ha conllevado a darle una nueva mirada a la seguridad y salud en el trabajo con motivo de los accidentes de trabajo y aparición de riesgos emergentes.

Summary
The state of health emergency worldwide has led us to innovate in the world of labor relations. In this line, teleworking and remote work as forms of remote work have increased enormously in the country, as alternatives to mitigate the impact of COVID19. Therefore, in this article we develop the implications of the new labor relations that have led to a new look at health and safety at work due to accidents at work and the appearance of emerging risks:

Palabras clave:
Teletrabajo / Trabajo remoto / seguridad y salud / riesgos emergentes / accidente de trabajo

Keywords:
Telecommuting / Remote work / health and safety / emerging risks / work accident

Sumario: I. Antecedentes. II. Alcances conceptuales del teletrabajo. III. El Teletrabajo y la seguridad y Salud en el Trabajo en el Derecho Comparado. IV. La Seguridad y Salud en el Teletrabajo y Trabajo Remoto en el Perú. V. Reflexiones finales.

* Universidad de Lima. Master en Seguridad y Salud en el Trabajo.

I. Antecedentes

En el estado peruano, por medio del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, se reguló la modalidad de trabajo a domicilio, la cual se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por ésta, sin supervisión directa e inmediata del empleador.

Posteriormente, a la luz de la masificación de las tecnologías de la información y comunicaciones (TIC), el Estado peruano promulgó -a mediados del año 2013- la Ley N° 30036, Ley que Regula el Teletrabajo, y se reglamentó a finales del año 2015, a través del Decreto Supremo N° 017-2015-TR, considerándose al teletrabajo como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) en las instituciones públicas y privadas, sin la presencia física del trabajador en la empresa o entidad, con la que mantiene un vínculo laboral, siendo el empleador quien controla y supervisa sus labores a través de medios informáticos, telecomunicaciones y análogos.

Ahora bien, con la detección del primer caso de COVID-19 en el territorio nacional el 06 de Marzo del 2020, el Poder Ejecutivo buscó las fórmulas legales en materia laboral para proteger a los trabajadores del sector privado y a los servidores públicos, analizando la implementación del trabajo a domicilio y/o el teletrabajo; sin embargo, dichas modalidades laborales fueron pensadas para utilizarse en circunstancias ajenas al riesgo biológico que representa el virus del SARS-CoV-2, siendo su propia regulación el principal problema para ponerlas en práctica de forma masiva durante la declaratoria de Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el referido virus, aprobada por el Decreto Supremo N° 008-2020-SA.

Por un lado, el principal problema con aplicar la modalidad de trabajo a domicilio se veía representada en la imposibilidad de que el empleador no iba a poder supervisar de forma directa e inmediata al trabajador; y, con la aplicación del teletrabajo -al tener el teletrabajador los mismos derechos y obligaciones que los establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada- el empleador debía de implementar las medidas de protección en materia de SST en el lugar donde el teletrabajador presta el servicio (domicilio o lugar de aislamiento), debiendo estos lugares reunir las condiciones óptimas para

teletrabajar; por lo que el empleador debía de supervisar cada domicilio de sus trabajadores a fin de implementar las medidas correspondientes en materia de SST, todo ello en plena expansión de la COVID-19. Por todo esto, es que en el país se implementa una figura laboral más flexible a la cual se le denomino Trabajo Remoto, como otra de las formas de trabajo a distancia. Veamos los alcances de estas figuras en el marco de la Seguridad y Salud como Derecho Fundamental.

II. Alcances conceptuales del teletrabajo

El teletrabajo es una modalidad laboral de prestación de servicios, que se caracteriza por el hecho de que la prestación se ejecuta a distancia y mediante el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación. Asimismo, es definida por algunos especialistas como:

> "Es una forma organizativa de las labores inscritas en el marco de la descentralización productiva y exteriorización de la fuerza de trabajo cuyo rasgo diferenciador radica básicamente en el empleo de las nuevas tecnologías de la información" (Puntriano, 2005).

En el Perú, el teletrabajo se encuentra regulado en la Ley N° 30036 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 017-2015-TR, siendo sus características más resaltantes las siguientes:

— Debe desarrollarse dentro del territorio nacional.

— El teletrabajo puede desarrollarse de forma completa o mixta.

— En el contrato se deberán precisar los medios informáticos a emplearse para la prestación del servicio, así como la parte del contrato responsable de proveerlos.

— El empleador tiene el deber de capacitar al trabajador sobre los medios informáticos que utilizará para la ejecución de las labores, así como también, brindarle información con relación a los riesgos laborales asociados al teletrabajo.

Asimismo, la referida Ley dispone en su Art. 5, a la letra:

> "El teletrabajador tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada (…) "

De la misma manera, se estable en el Art. 6, literal d) del reglamento contenido en el DS. 017-2015-TR como único alcance sobre seguridad y salud, lo siguiente:

> "Seguridad y salud en el trabajo, en lo que fuera pertinente y considerando las características especiales del teletrabajo".

De lo anterior, puede precisarse que desde la perspectiva de la seguridad y salud en el trabajo, a la fecha, en el Perú, el teletrabajo mantiene una regulación bastante general que busca la protección del derecho fundamental a la seguridad y salud recogido en la Ley N° 29783, el cual alcanza cualquier riesgo emergente que pueda generarse en este tipo de relación laboral, de la misma manera ocurre con el trabajo remoto. Sin embargo, ¿Cuáles son los alcances o el tratamiento que se le deben dar los accidentes de trabajo en las modalidades del trabajo a distancia? Ésta y otras interrogantes no son claramente atendidas según el marco regulatorio existente por lo que es necesario investigar sobre lo que ocurre en el marco internacional y sobre las políticas públicas que deben aplicarse para mejorar este problema.

III. El teletrabajo y la seguridad y salud en el trabajo en el derecho comparado

En el caso de España

En el marco internacional, sobre todo en Europa, el teletrabajo es una forma bastante arraigada en las empresas, motivo por el cual, este tipo de relaciones ha venido en evolución llegando a un nivel de controversias de mayor complejidad como si la enfermedad ocupacional generada con motivo del trabajo delegado es responsabilidad del empleador o si el accidente ocurrido en el domicilio del teletrabajador constituye un accidente de trabajo.

En la legislación española, donde encontramos un mayor desarrollo con relación al tema, el art. 156.3 del Real Decreto Legislativo 8/2015, por medio del cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad, señala que "se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo".

De la lectura simple de la norma, se puede analizar, que no hay mayor criterio ni distinción sobre el nexo causal ante una ocurrencia, con lo cual se presumirá el carácter laboral de todo accidente, ya sea que acontezca en las instalaciones de la empresa o en el domicilio del propio trabajador, en el caso específico del teletrabajo.

Esta presunción es conocida en la jurisprudencia española como la "presunción de laboralidad del accidente"; sin embargo, al tratarse de una presunción iuris tantum (que admite prueba en contrario), se precisa que esta puede ser válidamente desvirtuada aportando los medios probatorios suficientes que determinen que el accidente ocurrido no guarda relación con la actividad laboral desempeñada por el trabajador, sino por el contrario, que se trata de un accidente común o doméstico. La carga de la prueba le corresponderá al empleador, cuando considere que no ha sido un accidente de trabajo; y al trabajador, cuando el accidente no se reconozca como laboral.

En el caso de Chile

En Chile, a raíz de la crisis sanitaria producida por el Covid-19, se promulgó el pasado 24 de marzo de 2020, la Ley N° 21220, dispositivo que modifica el Código del Trabajo en materia de trabajo a distancia. Con relación a los cuestionamientos que se suscitaron acerca de cómo se iba a efectuar la regulación de los accidentes laborales que se produzcan bajo esta modalidad, el experto Dr. Luis Herrera explicó a CHV Noticias Chile que: "(…) sin perjuicio de lo anterior, será la mutual en caso de que el trabajador se encuentre afiliado a una Asociación Chilena de Seguridad (ACHS) o Mutual de Seguridad o el Instituto de Seguridad Laboral (ISL), en caso no haya afiliación a mutual de seguridad, quienes determinarán mediante investigación si el hecho corresponde o no a un accidente laboral" (El Economista, 2020).

Entre otros de los aspectos relevantes en materia de seguridad y salud en el marco del teletrabajo, se prescribe el deber del empleador de informar sobre los riesgos laborales asociados a las labores, las medidas preventivas y medios de trabajo necesarios; además de capacitar a los teletrabajadores sobre las medidas de seguridad y salud que deberán observar en todo momento durante la ejecución de sus labores.

De todo lo anterior, precisamos que al igual que en el caso español, la regulación chilena, mantiene una especie de presunción de laboralidad del accidente, toda vez que, el mismo será cubierto en un primer momento por la asegurada sin mayores demoras; sin embargo, será esta la responsable de, posteriormente, evaluar caso por caso con el fin de determinar si el accidente ocurrido constituye o no un accidente de trabajo propiamente dicho.

Como podemos ver, en ambos casos, se presume en un primer momento el carácter laboral del accidente, debiendo efectuarse la correspondiente verificación, mediante los medios probatorios pertinentes, en caso se busque que sea declarado como un accidente común, debiendo evaluarse en esos casos, las circunstancias en las que se produjo.

Sin perjuicio del tratamiento de los accidentes de trabajo, tanto en España como en Chile se mantiene la responsabilidad del empleador sobre los accidentes que puedan generarse durante la ejecución de las labores tanto en el teletrabajo como en el trabajo remoto, esta última figura vigente hasta la culminación de la emergencia sanitaria. Ahora bien, la responsabilidad del empleador no solo se limita a la cobertura ante una la ocurrencia de un accidente, sino que además alcanza a la generación de cualquier enfermedad ocupacional, de la misma manera alcanza a cualquier tipo de riesgo emergente relacionado al puesto y entorno de trabajo en el que se desarrolla el teletrabajador o trabajador remoto.

En la actualidad, existen una variante de riesgos emergentes como trastornos psicosociales y otros relacionados al uso de las tecnologías, nanotecnologías, robótica, entre otros, que deben ser advertidos y debidamente evaluados en el marco de un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo a fin de poder adoptar medidas de control eficientes en las distintas formas de prestación de las labores que puedan generarse.

IV. La seguridad y salud en el teletrabajo y trabajo remoto en el Perú

Nuestra legislación en materia de Seguridad y Salud ha sido establecida bajo la concepción de que el empleador previene, fiscaliza y garantiza la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo. Es decir, el empleador mantiene un control total de lo que sucede dentro de sus instalaciones

e inclusive asume responsabilidad frente a cualquier contingencia que se genere en esta materia por causa de su negligencia (Hills, 2016).

Sin embargo, llevar estas obligaciones al contexto del teletrabajo o del trabajo remoto, conlleva a una matización de la mismas en virtud de las limitaciones que ofrece cualquier trabajo a distancia, toda vez que el teletrabajador o trabajador remoto realiza sus labores desde su domicilio o desde otro lugar que haya señalado y el empleador responde por los medios de producción y las condiciones ambientales del lugar como si el trabajador estuviera realizando actividades presenciales en las instalaciones del empleador (Thibault, 2000). De acuerdo a De las Heras (2016), el empleador debe seguir las siguientes pautas, en el marco de trabajos a distancia, que habilitarán aquellas condiciones mínimas de Seguridad y Salud en el Trabajo:

a) Valoración de la capacidad y aptitudes de los trabajadores.- Esta medida será útil en el riguroso proceso de selección de teletrabajadores, sabiendo que, no todos los trabajadores tienen potencial para teletrabajar o cuentan con el carácter que se requiere para hacer frente a situaciones posibles de aislamiento, depresión, etc. Será pertinente la práctica de una evaluación psicológica a los postulantes.

b) Evaluación de los riesgos.- El empleador se asegurará de que los equipos que vaya a utilizar el teletrabajador sean adecuados y que el lugar de teletrabajo cuente con ventilación, iluminación y temperatura apropiadas, espacio suficiente, entre otros. Se tomará en consideración los posibles riesgos psicosociales tales como el tecnoestrés, la tecnófila, la tecno adicción, sensación de aislamiento, falta de objetivos claros, etc., de tal forma que se pueda evitar el estrés, el burnout o el acoso; ello sin perjuicio de las enfermedades cardiovasculares, respiratorias, inmunitarias, gastrointestinales, dermatológicas, endocrinológicas, musculoesqueléticas, visuales, etc.

c) Informar y capacitar a los teletrabajadores.- En este punto, el empleador a distancia deberá informar al trabajador sobre los riesgos del puesto de trabajo y las actividades de prevención que hay que adoptar.

d) Establecer programas de vigilancia respecto a la salud y seguridad de los teletrabajadores.- Esta vigilancia deberá realizarse antes del inicio del teletrabajo y posteriormente con periodicidad de acuerdo al nivel

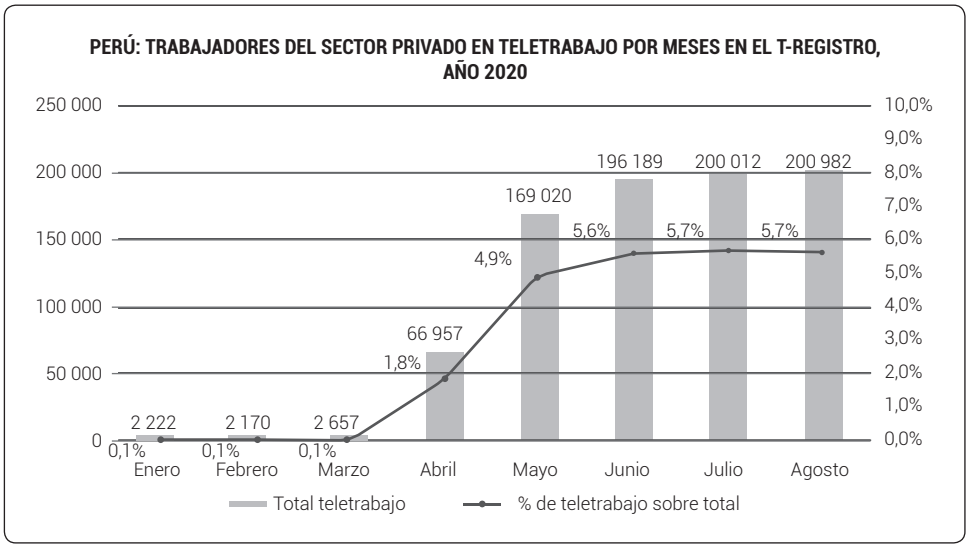
de riesgo, y cuando aparezcan trastornos que pudieran deberse al teletrabajo o trabajo remoto.

Es importante, que las empresas implementen este tipo de documentación dentro de su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo en particular al grupo de teletrabajadores o trabajadores remotos, ya que, al no encontrarse dentro de las instalaciones del empleador, son más propensos a verse perjudicados en temas de salud y seguridad dentro de las labores que realicen. Para evitar o disminuir los riesgos a la salud de los teletrabajadores o trabajadores remotos, resulta importante que el empleador implemente un adecuado programa de vigilancia de la Seguridad y Salud en el Trabajo de sus teletrabajadores o trabajadores remotos con el objetivo de realizar un eficiente seguimiento al respecto, el cual debe estar a cargo de profesionales especializados en las materias a vigilar en el marco de los servicios de seguridad y salud en el trabajo según el Art. 36 de la Ley N° 29783.

De lo expuesto hasta aquí, es importante plantearnos la interrogante: ¿Qué tanto se utiliza el teletrabajo y trabajo remoto en el Perú?

El Reglamento de la Ley del Teletrabajo, contenido en el DS 017-2015-TR en su disposición complementaria final, establece la obligación de registrar en la planilla los trabajadores que se encuentren bajo la modalidad de teletrabajo, sin embargo, con la creación del trabajo remoto según el Decreto de Urgencia N° 026-2020 no se dispuso la obligación del registro ante el cambio de modalidad que pudiera darse en el contexto de la emergencia sanitaria, lo que resulta importante promover a fin que tener información real que permita adoptar políticas coherentes en uso de esta modalidad.

De las normas expuestas en el párrafo anterior, se precisa que según la data, hasta agosto del 2020 teníamos 200 982 trabajadores que vienen desarrollando trabajo a distancia, lo cual se contrasta con los 2657 trabajadores que se encontraban teletrabajando en el mes de marzo de 2020, cuando recién inició la Emergencia Sanitaria por la COVID-19, conforme a la siguiente gráfica:



Fuente: Planilla Electrónica (T-Registro) - Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Las cifras señaladas anteriormente, nos llevan a concluir que los empleadores progresivamente están adoptando la modalidad del trabajo remoto en favor de sus trabajadores; asimismo, nos lleva a sopesar la necesidad de adoptar una nueva ley de teletrabajo, más flexible en ciertos aspectos, pero sin desproteger los derechos de los teletrabajadores, especialmente en aspectos referidos a Seguridad y Salud en el Trabajo.

Reflexiones finales

1. Con motivo de la emergencia sanitaria, se ha relevado la importancia de la seguridad y salud en el trabajo ante la existencia de un nuevo riesgo biológico, lo que conlleva necesariamente a que los sistemas de gestión de seguridad y salud evolucionen a fin de salvaguardar la salud e integridad de nuestros trabajadores.
2. El respeto por el derecho fundamental de la seguridad y salud, se extiende a cualquier modalidad que haya sido creada en el marco del trabajo a distancia (teletrabajo y trabajo remoto) y deberá evolucionar atendiendo a la aparición de riesgos emergentes con lo cual las disposiciones legales, así como las políticas públicas también deberán adaptarse a fin de cumplir con el principal objetivo que atiende a la prevención de riesgos laborales.

3. Bajo cualquiera de las modalidades de trabajo a distancia se mantienen los mismos derechos respecto a la seguridad y salud en el trabajo, con lo cual, es completamente posible que entre los derechos que se mantienen estén: la participación activa de los procesos de elección de sus representantes ante el Comité de Seguridad y Salud por cualquiera de los medios o herramientas puesta a disposición por parte del empleador, derecho a la consulta, información sobre el sistema de gestión, entre otros.
4. Tanto en el teletrabajo como en el trabajo remoto, no se puede perder de vista el derecho a la vigilancia de la salud y al reclamo por cualquier daño que se origine a su integridad física o psicológica durante la ejecución de sus labores. Precisar, que el empleador no solo debe limitarse al análisis de peligros y riesgos del puesto de trabajo, sino que además alcanza al entorno de trabajo, más aun, cuando el trabajo se hace en el domicilio del trabajador o el que haya sido acordado por las partes. De la misma manera, el empleador se obliga a ir más allá de estas evaluaciones adelantándose a los potenciales riesgos a fin de diseñar un sistema de gestión de seguridad y salud resiliente.
5. Resulta posible que se configure un accidente de trabajo ante cualquiera de los escenarios de trabajo a distancia, para lo cual rige el principio de laboralidad del accidente, analizándose cada caso en concreto respecto de la causalidad.
6. De la misma manera, pese a la escasa regulación de las tecnologías de la información y telecomunicaciones, se debe reconocer el derecho a la desconexión digital de todos los trabajadores, independientemente de la modalidad a distancia en la que se encuentren, inclusive de los trabajadores que realizan actividades presenciales, a fin de que puedan también ejercer su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Esta regulación permitiría contribuir con la prevención de riesgos laborales que atienden a la generación de trastornos psicosociales, inclusive.
7. La evolución de las relaciones laborales va de la mano con la evolución de la seguridad y salud en el trabajo, con lo cual, se deben buscar todos los caminos que conlleven a que en el país se respete la Seguridad y Salud en su calidad de Derecho Fundamental.

Bibliografía

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE/BCN. Ley N° 21220, que modifica el código del trabajo en materia de trabajo a distancia, 2020. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143741.

DE LAS HERAS, ARANZAZU. El teletrabajo en España: Un análisis crítico de normas y prácticas. (Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2016). págs. 235-237.

EL ECONOMISTA AMERICA, ¿Cómo determinar si he sufrido un accidente laboral cuando hago teletrabajo?, 2020. Disponible en: https://www.eleconomistaamerica.pe/empresas-eAm-chile/noticias/10495195/04/20/-Como-determinar-si-he-sufrido-un-accidente-laboral-cuando-hago-teletrabajo.html.

IBERLEY. Particularidades del teletrabajo o trabajo a distancia. 2020. Disponible en: https://www.iberley.es/temas/trabajo-distancia-teletrabajo-6151.

PUNTRIANO ROSAS, CESAR ALFREDO. El teletrabajo, nociones básicas y breve aproximación al ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores, 2005. Disponible en: https://docplayer.es/40944194-El-teletrabajo-nociones-basicas-y-breve-aproximacion-al-ejercicio-de-los-derechos-colectivos-de-los-teletrabajadores.html

THIBAULT ARANDA, Javier. El teletrabajo. (Madrid: Consejo Económico y Social, 2000). Pág. 67.

HILLS RAMIREZ PUNCHIN, EDDY Y CHUQUILLANQUI ARAGÓN, OSCAR RAÚL. "El Teletrabajo en el Perú: Comentarios al Nuevo Marco Normativo". Derecho & Sociedad, Núm. 46, 2016, pág. 117.

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.° 24 / 2021

SEGURIDAD SOCIAL

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ENTRE ESCILA Y CARIBDIS: POBREZA Y DESEMPLEO POST COVID-19 EN EL PERÚ Y EL ENTORNO LATINOAMERICANO

Leopoldo Gamarra Vílchez*

Resumen:
La pandemia del covid-19 ha puesto en evidencia la pobreza y el desempleo en América Latina, el Perú no es ajeno a este hecho. En este artículo examinamos el problema del desempleo, subempleo e informalidad y la pobreza acentuada por la crisis económica y sanitaria; luego, a manera de respuesta a la pregunta de cómo resolver los problemas, tratamos el tema tributario como posible solución; y, por último, comentamos críticamente el sistema fiscal peruano, como los ingresos y los efectos del covid-19; y, la necesidad de cambios a través de una propuesta concreta: reforma de los ingresos fiscales.

Palabras Clave: Pobreza, desempleo, informalidad, Covid-19, impuestos.

Abstract:
The covid-19 pandemic has highlighted poverty and unemployment in Latin America, Peru is no stranger to this fact. In this article we examine the problem of unemployment, underemployment and informality and poverty accentuated by the economic and health crisis; then, as an answer to the question of how to solve the problems, we treat the tax issue as a possible solution; and, finally, we critically comment on the Peruvian tax system, such as the income and effects of covid-19; and, the need for changes through a specific proposal: tax revenue reform.

Keywords:
Poverty, unemployment, informality, covid-19, taxes.

* Coordinador y profesor de la maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima-Perú). Contacto: lgamarrav@unmsm.edu.pe
Miembro investigador del Instituto de Estudios Latinoamericanos (IELAT) de la Universidad de Alcalá de España. Contacto: leopoldo.gamarra@edu.uah.es

Sumario: I. Introducción. II. La pobreza y el desempleo que el Covid-19 puso en evidencia en América Latina. 1. El problema del desempleo, el subempleo y la informalidad. 2. La pobreza acentuada por la crisis económica y sanitaria. III. ¿Cómo resolver los problemas? El tema tributario es imprescindible. *1. El papel de la fiscalidad en términos económicos y sociales. 2. Relación entre tributación pobreza, desempleo e informalidad. 3. La recaudación tributaria en el entorno latinoamericano.* IV. El sistema fiscal peruano y la necesidad de cambios. *1. Los ingresos tributarios en el Perú. 2. Los efectos del Covid-19. 3. Reforma de los ingresos fiscales: propuesta concreta.* V. Conclusiones. VI. Referencia bibliográfica.

I. Introducción

En estos últimos meses, en el Perú y en el entorno latinoamericano, tenemos varias medidas económicas y legales para tratar de paliar los problemas económicos y sociales que nos dejó el covid-19: miles de trabajadores han perdido su empleo y centenares de familias han quedado desintegradas por la pérdida de algún miembro; los países, atraviesan en distintos niveles la peor crisis del siglo. Esto nos obliga a cambiar nuestra forma de pensar, trabajar, consumir, producir; en suma, nos obliga a repensar y reflexionar sobre el funcionamiento de nuestras sociedades. En ese sentido, es importante el quehacer académico; por ello, felicito al director de la revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social; asimismo, agradezco la invitación a participar con una colaboración en *Laborem* 24.

El título del presente artículo expresa el grave problema que nos dejó el covid-19: pobreza y desempleo que se presenta de manera desafiante y difícil de superar por su relación indesligable. A pesar de todas las medidas tomadas por el gobierno, la pobreza se ha incrementado considerablemente, circunstancia en la que, entre otros factores, desempeña un papel determinante el desempleo. Como en el mito de Escila y Caribdis, en la Odisea de Homero, se describe la existencia de dos monstruos marinos: en un lado, Escila y sus descendientes que atacan a los barcos; en el otro lado, un remolino permanente que atrapa a los barcos y los destroza. Y, como el canal es muy estrecho, al pasar los barcos corren un gran peligro; pues, sino caen en las garras de Escila lo hacen en el remolino de Caribdis.

Por ello, en este artículo desarrollamos tres temas: en el primero, examinamos la crisis que el covid-19 puso en evidencia y la situación que nos dejó en Amé-

rica Latina, especialmente en el Perú: el problema del desempleo, el subempleo y la informalidad; en el segundo, a través de la fiscalidad se intenta responder ¿cómo resolver los problemas? Consideramos importante abordar la relación entre pobreza, desempleo e informalidad; también, la recaudación tributaria en el entorno latinoamericano. En el tercer tema, comentamos críticamente el sistema fiscal peruano a través de los ingresos y los efectos del covid-19; terminamos planteando algunas medidas estructurales que se deben tomar en cuenta en la reforma tributaria necesaria. Finalmente, mencionaremos algunas ideas, para tratar de superar el desempleo que genera pobreza a modo de conclusión y acompañamos la referencia bibliográfica.

II. Pobreza y desempleo que el Covid-19 puso en evidencia en América Latina

El crecimiento económico en América Latina en estas últimas décadas fue importante con tasas que superaron el 7 %, pero sin desarrollo[1]. A pesar de ese crecimiento económico, los problemas sociales se mantienen como la debilidad del empleo formal, la plantilla es débil, en el sentido de expresión de empleo formal con beneficios sociales[2]; es decir, con amplio dominio del trabajo independiente, temporal, sin contrato, o en términos generales informal[3]. Existe una escasa cobertura de los seguros sociales frente al grupo poblacional que enfrenta la contingencia.

1 Es decir, el concepto de desarrollo no puede limitarse al crecimiento de objetos inanimados (como el PIB) sino que "su valor debe estar relacionado con el efecto que tienen en las vidas y libertades de las personas a quienes atañen" (Martha NUSSBAUM y Amartya SEN, eds., The Quality of Life (Oxford: Clarendon Press, 1993), y David CROCKER y Toby LINDEN, eds., Ethics of Consumption, New York: Rowman and Littlefield, 1998).

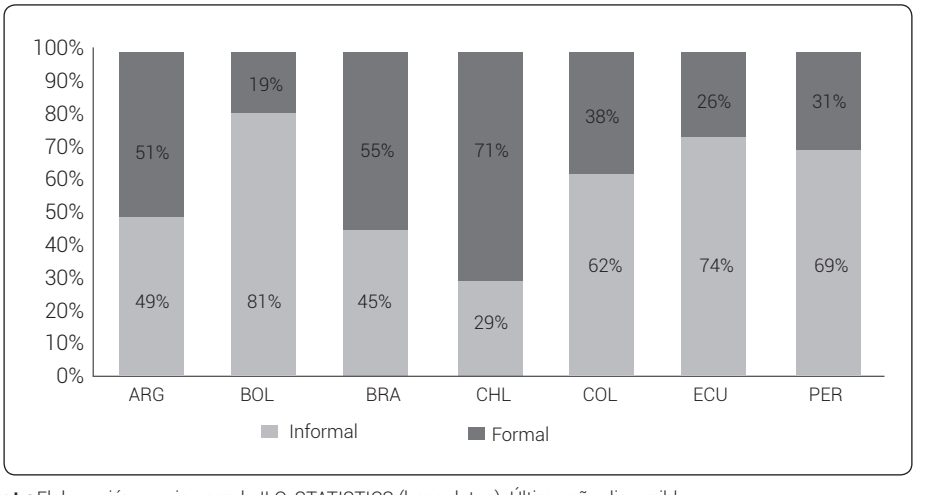
2 Esta diferencia entre el crecimiento económico (expresado en el comportamiento del PBI) y la tasa de ocupación se debe al modelo de desarrollo de una economía extractiva de recursos naturales y no de materias con valor agregado.

3 El desempleo y subempleo, expresada en la constante pérdida del poder adquisitivo, sería una de las causas principales del crecimiento de la pobreza, donde pobres son los hogares que no tienen un ingreso suficiente para satisfacer sus necesidades básicas.

1. El problema del desempleo, el subempleo y la informalidad

El desempleo y subempleo se convierten en un límite estructural para el desarrollo social; además, el impacto de esta situación se extiende a la economía informal, por cuanto la demanda de los bienes y servicios depende en gran medida del ingreso medio de los trabajadores. Así, una mirada de algunos países de América Latina nos muestra que los países con mayor empleo informal son[4]: Bolivia (81%), Ecuador (74%) y Perú (69 %), según los datos de la OIT. Ver gráfico 1.

Gráfico 1
Empleo formal e informal (% empleo total, por países)



Fuente: Elaboración propia usando ILO-STATISTICS (base datos). Último año disponible.

Por otro lado, los instrumentos que podrían paliar la situación económica y social como son los seguros sociales en América Latina muestran aspectos polémicos[5], como la cobertura minoritaria respecto a la población, las cotiza-

4 No obstante, en la última década, estos tres países han implementado políticas públicas, con el objetivo de ampliar la cobertura de la protección social, con programas no contributivos. A pesar de estos avances, que solo son programas, gran parte de la población aún no tiene acceso a sistemas de protección social.

5 En el Informe del Banco Mundial, *Manteniendo la promesa de seguridad de ingresos para los de edad avanzada en Latinoamérica*, analiza 11 países de la región concluyendo que las reformas ignoraron el papel del primer pilar público en la reducción de la pobreza, ya que el asunto de la cobertura era uno de los objetivos de las reformas de los sistemas de jubilación. Y propone, tanto para orientar a las autoridades de los países que ya están en proceso de

ciones de los empleadores en momentos de crisis, las limitadas prestaciones, la complejidad administrativa y burocrática, han originado el divorcio del sistema previsional respecto a los beneficiarios, que se expresa en problemas permanentes como la deuda previsional y la falta de institucionalidad de las prestaciones. De esta manera surgió la necesidad de tener que expresar en pasivos tangibles las promesas/compromisos de pago a futuro cuando se acredita el derecho de tener una pensión; ello se expresó de dos maneras: como bonos del Estado que reconocen aportaciones realizadas y como flujo de pagos futuros para atender pensiones en períodos subsiguientes.

Las drásticas restricciones que aquejaron al sistema público, de cuenta única y de solidaridad, alentaron en casi todos los países de América Latina el modelo previsional de capitalización individual de carácter privado con el supuesto objetivo de brindar mayores y mejores pensiones[6]. Ahora afronta problemas y limitaciones para su desarrollo de manera diferente en cada país latinoamericano.

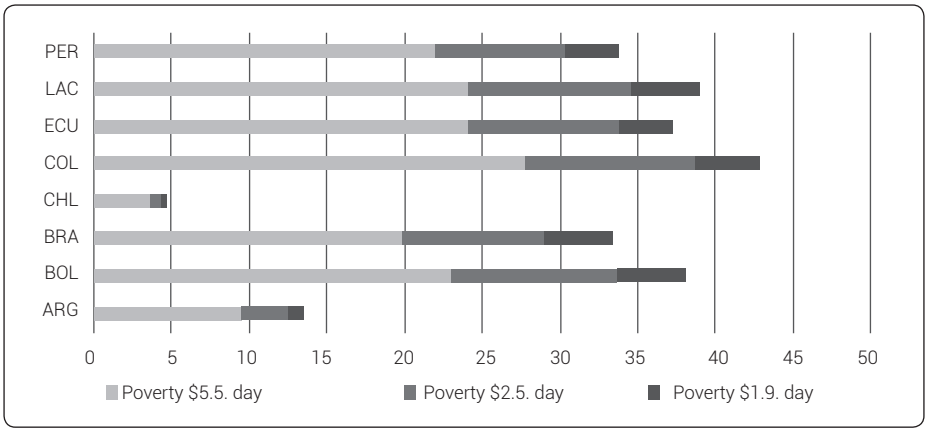
2. La pobreza acentuada por la crisis económica y sanitaria

Una revisión objetiva de la realidad latinoamericana bastaría para demostrar cuán lejos está el modelo teórico de crecimiento económico del desarrollo social; asimismo, la pandemia del Covid-19 puso en evidencia la magnitud de los problemas económicos y sociales que han salido a flote estos últimos meses y que probablemente se recrudezcan en los próximos años. En este gráfico 2 se puede observar los índices de pobreza.

reforma, como para aquellos que están considerando emprenderlas, que deben prestar más atención a la función de prevenir la pobreza, para la cual consideran fundamental los pilares públicos: "la formación de un primer pilar robusto de jubilaciones".

6 Sin embargo, según el Informe de la OIT en la 91 Conferencia del 2003, se verificaron éxitos en la cobertura de las pensiones en Brasil y de las prestaciones de salud en Costa Rica, ambos con el sistema público como base.

Gráfico 2
Pobreza en América Latina



Fuente: Elaboración propia usando World Bank Database.

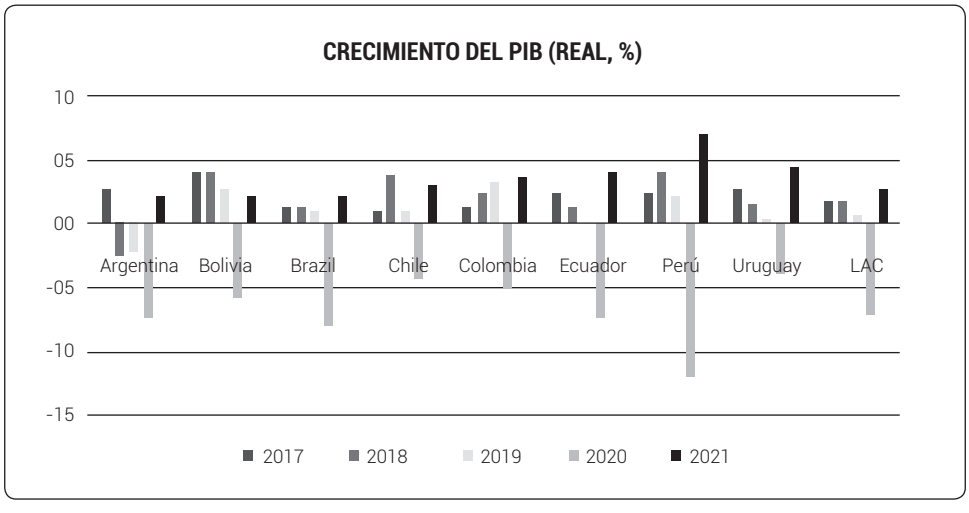
Nota: Último año disponible (2018 todos los casos, excepto Brasil 2017).

La pobreza está medida como el porcentaje de personas del total de la población que viven con menos de 5.50$ (color azul), 3.20$ (color naranja) y 1.90$ (color gris) al día. Como ejemplo, podemos apreciar que en el Perú el 22% de la población en el 2018 vivía con menos de 5.50$ al día, el 8% con menos de 3.20$ al día y el 3% con menos de 1.90$ al día. La pobreza en el Perú se encontraba en el 2018 ligeramente por debajo de la media de América Latina y el Caribe (LAC): 24% (5.50$ día), 10% (3.20$ día) y 4% (1.90$ día). Por encima de Perú sólo se sitúa Ecuador con 24%, 10%, 3%, Colombia con 28%, 11%, 4% y Bolivia con 23%, 11% y 5% de pobreza, pobreza media y extrema pobreza correspondientemente.

Esta medición nos demuestra que no se debe considerar el concepto de pobreza en forma general y alejado del trabajo que representa la única posibilidad, para la mayoría, de obtener ingresos para la satisfacción de sus necesidades básicas. Con el covid-19, muchos trabajadores que perdieron su empleo pasaron a formar los "nuevos pobres" de la población. Esta situación es grave en tanto que el desempleo, al no existir un seguro, se presenta en forma disfrazada en el subempleo que se manifiesta en la informalidad con ingresos ínfimos y fuera del marco legal laboral.

Ahora veremos el crecimiento del PIB de los últimos 3 años y las proyecciones de este para los años 2020 y 2021. En el gráfico 3 se muestra un crecimiento negativo del 2020 en todos estos países de América Latina[7].

Gráfico 3



Fuente: Elaboración propia usando World Bank database

Esta caída en el PIB parece que será más aguda en el Perú (-12% en 2020) y menor en Chile (-4.3%) y en Uruguay (-3.7%). No obstante, para el año 2021 la proyección es de un crecimiento positivo en todos los países de la región (color celeste). Esto refuerza la idea que este año a causa del COVID-19 los países se sumergirán en una profunda recesión la cual arrastrará a mucha gente a una situación de pobreza (o pobreza extrema). Aunque las cifras señalan que la recuperación será rápida, probablemente no lo sea en muchos países y esta situación de miseria se perpetuaría por mucho tiempo.

En ese contexto, conviene recordar lo que se sostuvo desde la década de los 90, en todos los tonos, que un sistema económico neoliberal[8] generaría riqueza

7 Hemos seleccionado una muestra representativa de países latinoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Uruguay) así como Latinoamérica y el Caribe en su conjunto (LAC).

8 El término neoliberal es un neologismo que permite dar a conocer una nueva etapa del liberalismo como el proceso de hegemonía ideológica y política en el pensamiento político contemporáneo; en términos económicos, se debe a que sus medidas se aproximan a los pre - keynesianos o liberales.

y la satisfacción de las necesidades sociales, se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado, se argumentó también que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionaría la economía[9].

III. ¿Cómo resolver los problemas? El tema tributario es imprescindible

En este punto, partimos con la pregunta de cómo resolver los graves problemas de pobreza, informalidad y desempleo. Para responder consideramos necesario y fundamental un enfoque que utiliza los impuestos como instrumento para hacer frente a ese desafío, propuesta que tiene sustento en la relación entre impuestos y desarrollo social como crucial para el desempeño económico de cualquier país, y en particular para los países en desarrollo porque una correcta relación entre ambos no sólo aumenta la recaudación sino también puede tener externalidades positivas y superar los problemas mencionados. Este nuevo enfoque de "impuestos y desarrollo" es todavía limitado, debemos reconocer que los países en desarrollo han aplicado nuevos instrumentos tributarios para hacer frente a sus principales problemas; pero, por muchas razones esos instrumentos no se incluyen en la teoría ni en el diseño de políticas.

1. El papel de la fiscalidad en términos económicos y sociales

Según la sociología fiscal, "la fiscalidad puede fomentar la construcción del Estado proporcionando un punto de negociación entre el Estado y la ciudadanía, y desarrollando instituciones de alta calidad para la recaudación de impuestos" (FMI, 2011). En efecto, si bien un buen sistema tributario[10] puede ayudar a la mejora de las instituciones, a su vez lo inverso también es posible: instituciones

9 Esta posición, como núcleo argumental, según la cual el Estado debe limitar su acción o ser neutral de las políticas macroeconómicas, esto es, en la asignación de recursos que determinen el mercado; es lo que se viene aplicando hace más de treinta años en nuestros países de América Latina.

10 Piénsese en la eliminación de facultades discrecionales que son oportunidades de corrupción, el desarrollo de servicios que ayuden al contribuyente, trabajar juntamente con el sector privado, la información de las políticas fiscales y la descentralización de las competencias en materia fiscal. Así, en los países en desarrollo, las experiencias en torno a la creación de autoridades fiscales, en los últimos años, son signos alentadores; como ha sucedido en Uganda o en Perú que desde 1991 frenó en parte el incumplimiento de pago.

sólidas ayudan a llevar a cabo adecuadas reformas tributarias, las cuales a su vez permiten un mejor desarrollo institucional. Al respecto, tenemos una amplia literatura. La más reciente e interesante se encuentra en la obra colectiva de Dom y Miller (2018) sobre la historia de la fiscalidad en donde se establece claramente la relación entre los impuestos y las teorías del desarrollo económico desde los años 20 hasta la actualidad.

Cuadro 1
Panorama histórico de la fiscalidad

PERÍODO	EVENTOS	TEORÍAS DEL DESARROLLO ECONÓMICO	TEORÍAS DE IMPUESTOS
1920's- 1945	Primera Guerra Mundial y la Gran Depresión	Promover el desarrollo económico no es una agenda explícita, pero las relaciones internacionales están influenciadas por repensar el papel del Estado.	Disminución del laissez-faire haciendo hincapié en los impuestos mínimos. Aparece la escuela institucionalista preocupada por el bienestar social.
1945- 1970's	Segunda Guerra Mundial y la Descolonización	La 'economía del desarrollo' surge como campo de estudio: promueve la acumulación de capital dirigida por el Estado para fomentar el desarrollo económico	Coexisten diferentes escuelas. Los estructuralistas ven la política fiscal como una herramienta para promover la industrialización a través de la sustitución de importaciones.
1980´s	Crisis petrolera, crisis de deuda	El Consenso de Washington afirma que la intervención estatal y las políticas que distorsionan los mercados son la barrera principal para el desarrollo.	El principio de neutralidad domina la reforma fiscal. La política fiscal no debe distorsionar y permitir que los mercados promuevan el desarrollo.
1990's- 2000's	Fracasos políticos, fin de la Guerra Fría	El Consenso de Washington se complementó con un enfoque en 'buen gobierno' y fortalecimiento de 'instituciones'.	La neutralidad permanece en la reforma fiscal, pero la administración tributaria se vuelve más prominente y puede apoyar mejoras en la 'gobernanza'.
2010's	Crisis financiera mundial	Se buscan respuestas empíricas sólidas y manejables. Se cambia el enfoque de los planos institucionales hacia la comprensión de cómo ocurre. El papel de la política se vuelve más importante.	El reconocimiento que el contexto y las políticas fiscales son importantes. Mayor enfoque en cuestiones de impuestos internacionales y pérdidas por elusión y evasión de impuestos.

Fuente: Roel Dom and Mark Miller, *Reforming tax systems in the developing world, ¿what can we learns from the past?* Report, ODI, London, june, 2018, p.9.

Nuestra respuesta a la pregunta inicial en este punto se basa en la idea de que los ingresos fiscales deben ser reinvertidos en políticas redistributivas. Pero, para hacer esto, como dicen, la reforma del sistema tributario y de la administración tributaria deben ir de la mano, ya que, "en los países en desarrollo, la administración tributaria es la política tributaria"[11].

2. Relación entre tributación, pobreza, desempleo e informalidad

La literatura sobre tributación e informalidad laboral sugiere que existe una clara definición. Así, en la perspectiva laboral se define el empleo informal como personas o trabajadores que se encuentran fuera del mercado de trabajo, sin derechos laborales. Esa informalidad representa un 40-60% del PIB, en promedio, en los países en desarrollo[12]. Pero esto no es en sí el problema, tenemos micro comerciantes que pueden ser "informales" (por ejemplo, los lustradores de zapatos en Lima o los vendedores callejeros en La Paz); pero con ingresos y ventas muy por debajo de cualquier razonable umbral de impuestos. En consecuencia, es más importante considerar la informalidad en términos tributarios que incluya lo laboral.

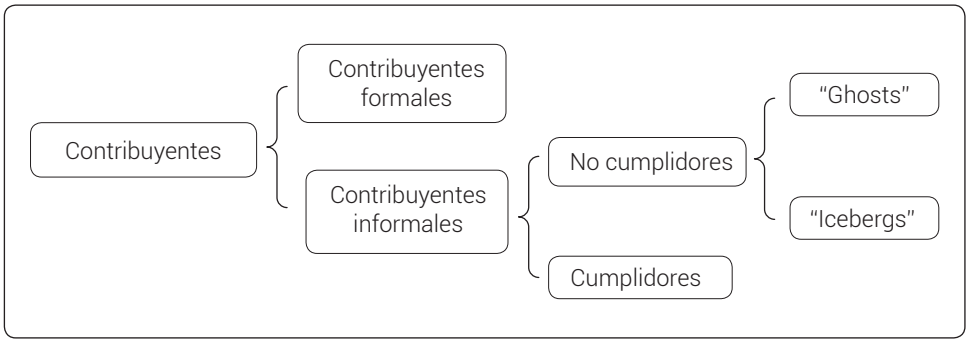
Cuando tomamos en cuenta el costo en los ingresos perdidos que estos individuos generan al no tributar y lo comparamos con el administrativo que conllevaría su inclusión, la decisión final es que no paguen impuestos. El impuesto óptimo para dichos operadores pequeños debería ser cero. Por ende, el problema no es la informalidad sino la evasión que usualmente es realizada por profesionales calificados (funcionarios, médicos, abogados, arquitectos, medianas y grandes empresas en el sector agrícola, extractivo y bancario) los cuales no son informales sino "icebergs" y causan un daño a la equidad y a la eficiencia del sistema fiscal, porque generan pérdidas de ingresos.

Por ello, el incumplimiento tributario es el verdadero desafío en los países en desarrollo. En ese contexto, una de las principales aportaciones de Kanbur

11 CASANEGRA DE JANTSCHER, Milka, 1990, "Administering the VAT", in *Value Added Taxation in Developing Countries*, Ed. By Malcolm Gillis, Carl S. Shoup and Gerardo P. Sicat (Washington: World Bank).

12 Cuando nos referimos a países en desarrollo queremos decir países de bajos y medianos ingresos. Esta clasificación es realizada por el Banco Mundial, a través del método Atlas, en función del ingreso nacional per cápita de cada país (la última clasificación es de 2014).

y Keen (2014) es que el sector informal no es una masa indiferenciada. Como podemos observar en el siguiente gráfico, hay diversas variedades de informalidad en función del cumplimiento e incumplimiento, los cuales conducen a diferentes implicancias en el diseño de políticas. Por lo tanto, el análisis de la informalidad en los países en desarrollo debe centrarse en determinar el umbral óptimo del impuesto (para el IRPF, el IVA y el IS). Esta perspectiva es crucial, ya que la elección del umbral afecta el comportamiento de los contribuyentes (divide el sector informal en las diferentes formas de cumplimiento) y tiene un impacto en el tamaño del sector informal.

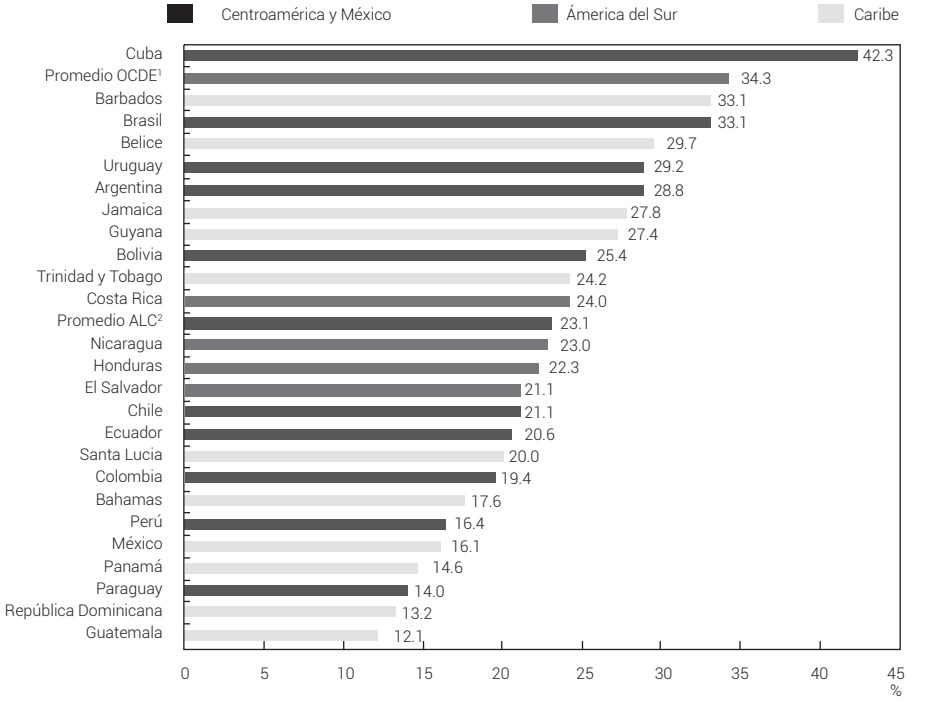


Los autores llaman contribuyentes formales a los que declaran sus verdaderos ingresos, los contribuyentes informales-cumplidores son los que reducen legalmente sus ingresos reales por debajo del umbral (es decir, los vendedores ambulantes o lustradores de zapatos), y los contribuyentes informales-no cumplidores son los que reducen ilegalmente sus ingresos con el propósito de tributar menos ("icebergs") o simplemente no pagar nada ("ghosts"). Sugieren que si los contribuyentes fueran honestos entonces la principal preocupación en esta economía serían los contribuyentes informales-cumplidores. Pero, si los contribuyentes son deshonestos, es decir, la población es mayormente no cumplidora, entonces la principal preocupación en esta economía es los "ghosts" y "icebergs".

3. La recaudación tributaria en el entorno latinoamericano

Veamos la recaudación tributaria en América Latina que tienen dificultad de ingresos internos para financiar políticas sociales y que dependen en gran medida de la inversión extranjera directa, de subvenciones y de recursos naturales. Ver el siguiente gráfico.

GRÁFICO 4
Recaudación tributaria (% del PIB), 2018
Total de ingresos tributarios como porcentaje del PIB



Nota: Las cifras no tienen en cuenta los ingresos de Administración local de Argentina (si se incluyen los ingresos de las provincias), las Bahamas, Barbados, la República Dominicana, Santa Lucia, Trinidad y Tobago, y Venezuela, puesto que los datos no se encuentran disponibles.

1. El promedio de la OCDE es el promedio no ponderado de los 36 países miembros de la OCDE, -Chile y México también forman parte del grupo de la OCDE. Para México, en 2018, se ha hecho una estimación de los datos de ingresos de la Administración central y local.

2. Representa el promedio no ponderado de 25 países de América Latina y el Caribe, sin incluir Venezuela, por problemas de disponibilidad de datos.

Fuente: OCDE et. al. (2020$_{(2)}$)

Se puede observar que actualmente los ingresos tributarios en el Perú (16.4% del PBI) estaban por debajo de los ingresos de países vecinos (Brasil: 33.1%, Uruguay: 29.2%, Argentina: 28.8%, Bolivia: 25.4%, Chile: 21.1%, Ecuador: 20.6%, Colombia: 19.4%) y representaban menos de la mitad de los países de la OECD (34.3% del PBI).

Asimismo, sus ingresos tributarios se encuentran presionados por la liberalización del mercado y la competencia fiscal internacional; como consecuencia,

tienen una cantidad de tratamientos preferenciales (deducciones, exenciones, regímenes especiales e incentivos fiscales). Además, su riqueza está concentrada en un pequeño grupo de la población con altos ingresos, con economías informales[13], por lo general sectores difíciles de tributar como es la agricultura de subsistencia[14]. Es decir, tienen serios problemas fiscales tales como poca capacidad administrativa y débiles sistemas de administración tributaria, evidenciando un lento progreso en sus reformas fiscales.

Al 2018 estos países se enfrentan a cambios económicos que afectan claramente sus sistemas tributarios; muchos de ellos han incrementado su participación en la producción económica y en el comercio mundial, han internacionalizado sus cadenas de producción y han absorbido más inversión extranjera directa que en otros años. Por ello, la mejora de sus sistemas tributarios puede generar ganancias indirectas (externalidades positivas) a largo plazo que podrían tener resultados importantes, como la construcción de un Estado de Bienestar, de instituciones más sólidas y de ciudadanía.

No obstante, América Latina cuenta con características específicas como compartir una historia institucional común; autores como Acemouglu (2005) sugieren que la historia poscolonial puede tener un impacto en el desarrollo económico actual, incluso en materia fiscal. Por lo tanto, los países comparten una herencia colonial común que podría facilitar una integración fiscal regional. Entonces, llegado a este punto, debemos recordar que el sistema económico actual no puede lograr por sí solo una eficiente movilidad social. Por consiguiente, hay que lograr que "los que ahora ganan pierdan y los que ahora pierden ganen"; para ello, el mejor instrumento económico son los impuestos, pero los impuestos progresivos.

13 Por ejemplo, Bolivia concentra la segunda mayor actividad económica informal del mundo, seguido por Perú (Bloomberg Business, 2015). Esto es debido, entre otras razones, a que sus regulaciones gubernamentales son escasas o inexistentes (Schneider, 2012).

14 Como señalan HINDRIKS y GODIN (Godin, M. and Hindriks, J. 2015, "A Review of criISal issues on tax design and tax administration in a global economy and developing countries").

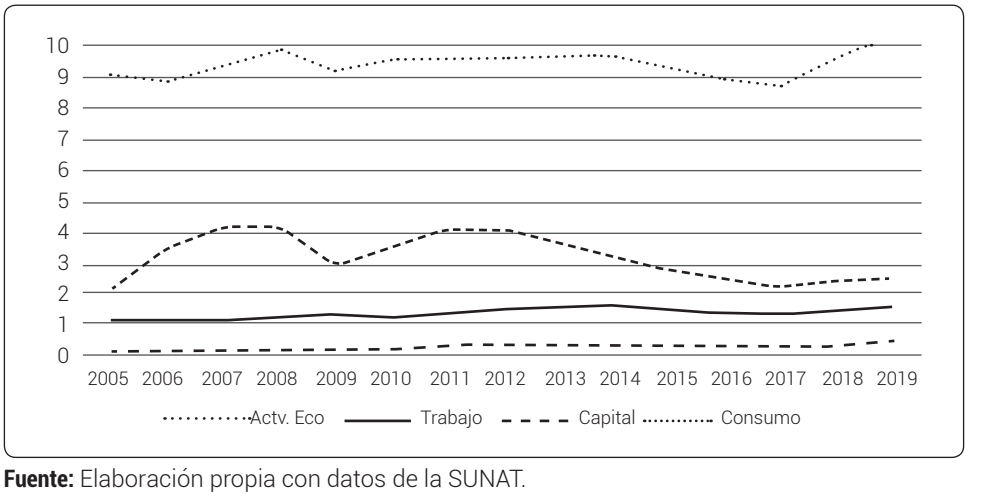
IV. El sistema fiscal peruano y la necesidad de cambios

Los países en desarrollo tienen una preferencia especial por la imposición indirecta que es la más distorsionadora y regresiva, y dejan de lado impuestos como el IRPF que no sólo recaudan más sino sobre todo encarnan una función redistributiva. El Perú no escapa de esa realidad, su historia lo demuestra: los desequilibrios fiscales, la función de la tributación como únicamente recaudatoria, lo que es incongruente con sus problemas sociales; en ese sentido, es necesario revalorar y redescubrir la política fiscal, existe la necesidad de una verdadera reforma tributaria para construir una nueva sociedad.

1. Los ingresos tributarios en el Perú

En el 2019, los ingresos tributarios obtenidos por las rentas del trabajo (sueldos y salarios) representaron el 1.4% del PBI, las rentas provenientes de la actividad económica (comercial, industrial, extracción de recursos naturales, servicios, entre otros) el 2.5% del PBI y las rentas del capital sólo el 0.4% del PBI, tal como se puede observar en el gráfico 5.

Gráfico 5
Ingresos tributarios, principales impuestos (% PBI)



Fuente: Elaboración propia con datos de la SUNAT.

Dentro de estas últimas, los ingresos del capital inmobiliario (rendimiento de inversiones de capital, dividendos, intereses, patentes, regalías) - los cuales se acumulan principalmente entre los más ricos - representaron el 0.3% del PBI

y los ingresos del capital mobiliario (alquiler de bienes muebles o inmuebles) recaudaron un 0.1% del PBI en 2019. Lo cual quiere decir que las rentas del capital contribuyen poco a las arcas públicas probablemente porque se benefician de una deducción sustanciosa del 20% o porque su tasa impositiva no supera el 7% sobre la renta neta o, simplemente, porque eluden parte de sus ingresos.

Por otra parte, el Impuesto a la Propiedad suele estar infrautilizado en los países en desarrollo, la evidencia indica que los contribuyentes más pudientes pagan menos impuestos a la propiedad de lo que deberían según la ley. El mercado inmobiliario en el Perú ha crecido estos últimos años al igual que el valor de las propiedades, sobre todo de los individuos ricos, quienes constituyen la gran mayoría de la base imponible. Sin embargo, este impuesto recauda sólo el 3% del total de ingresos tributarios, mientras que en los países de la OCDE los ingresos obtenidos de este impuesto representan el 6% del total[15].¿Cómo ampliar la red impositiva de los más ricos? En primer lugar, se debe identificar a tales contribuyentes, sus ingresos y sus propiedades; ya que, muchos puede que no estén registrados en absoluto por razones políticas o de administración débil.

La identificación de estos contribuyentes puede no ser tan difícil como parece, las autoridades suelen empezar identificando los indicadores más visibles de riqueza como las casas grandes y de más alto valor, los automóviles de lujo, las compañías o carteras de acciones con extensas ganancias, etc[16]. No obstante, hay datos sobre la riqueza que se encuentran en paraísos fiscales y que son difíciles de identificar, pero no imposibles. En líneas generales, identificar los focos de riqueza en tiempos de pandemia requerirá esfuerzos en la recopilación de datos, la valoración, la facturación, los pagos y el cumplimiento; pero, sobre todo se necesitará de un compromiso político concertado.

15 Fuente: SUNAT, MEF, OECD.

16 Por ejemplo, Freetown (capital de Sierra Leona) aprobó en abril un Impuesto a la Propiedad que otorga una mayor carga a los más ricos, con el fin de aumentar los ingresos provenientes del capital. Para identificar y medir cada propiedad las autoridades usan imágenes satelitales y un nuevo sistema informático para calcular la base imponible de cada propiedad en función de la calidad de las paredes, los techos y las ventanas.

2. Los efectos del covid-19

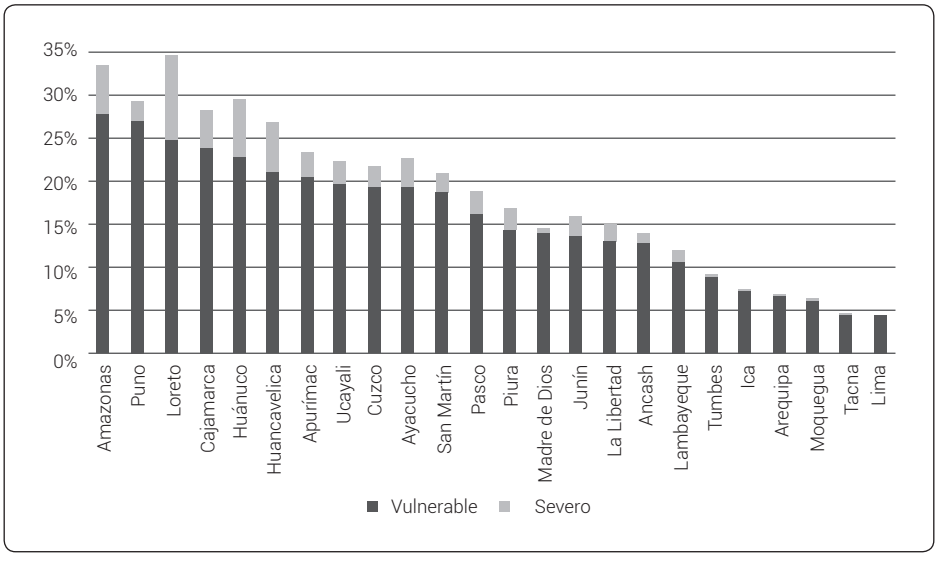
El problema del COVID -19, que fue a inicios del presente año, está llevando al Perú a una crisis nunca vista desde la guerra del pacífico, lo que sugiere la necesidad de enfoques innovadores de financiación (OECD 2020). En abril 2020, como consecuencia de la pandemia, los ingresos tributarios cayeron -41.2% respecto del año anterior producto de la caída en la recaudación de los principales impuestos: Impuesto a la Renta (-33.8%), IGV (-35.4%) e Impuesto Selectivo al Consumo (- 51.5%)[17]**.** Con lo cual, la administración tributaria deberá esforzarse por aumentar la recaudación y probablemente tendrá que enfrentar desafíos políticos y problemas técnicos y de capacidad en la implementación de las medidas fiscales.

Además, el covid-19 tiene un impacto desproporcionado entre los pobres, exacerba un círculo vicioso de enfermedad, indigencia y muerte: la pobreza acentúa el riesgo de contagio y el COVID incrementa la probabilidad de caer en la pobreza. En el 2017, el 10% de la población peruana era considerada *pobre vulnerable* porque estaba privada de al menos tres indicadores del Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) y el 2% era considerada *pobre severo* porque carecía de al menos cinco indicadores[18]. Este tipo de pobreza se duplica, por ejemplo, en Amazonas, Puno, Loreto, Cajamarca, Huánuco y Huancavelica tal como se puede observar en el Gráfico 6. Lo que demuestra que un grueso de la población vivía en estado de emergencia mucho antes que el COVID**.**

17 Fuente: SUNAT.

18 Los indicadores son: años de escolaridad, asistencia escolar, electricidad, saneamiento, agua potable, piso, combustible de cocina, tenencia de activos, nutrición y mortalidad infantil.

Gráfico 6
Pobre vulnerable y severo (por departamentos)



Fuente: Elaboración propia con datos de Oxford Poverty and Human Development Initiative (OPHI, 2017).

Entre los diez indicadores del IPM, la falta de acceso a agua potable, la desnutrición y el tipo de combustible usado para cocinar, incrementa el riesgo de contagio de muchas enfermedades y, en especial del COVID. En Perú, el 60% de la población carece de al menos uno de estos indicadores relacionados con el virus:16.64% no tiene acceso a agua potable, 9.64% está desnutrido y 33.68% cocina con leña, carbón o querosene[19].

El coronavirus puede revertir casi una década de progreso en la reducción de la pobreza. El confinamiento limita a los pobres suavizar sus ingresos por vías comúnmente utilizadas como el trabajo informal, la migración o el apoyo comunitario. El desempleo, la informalidad, la escasa cobertura del sistema de seguridad social y el alcance limitado de los programas gubernamentales, enfatizan la exclusión social que caracteriza a los hogares pobres. Por lo tanto, el virus agudiza todas las dimensiones de la pobreza y resalta los rostros más débiles de nuestra sociedad: los trabajadores precarios, los hogares monoparentales,

19 Fuente: Oxford Poverty and Human Development Initiative (OPHI, 2017).

los inmigrantes[20], las mujeres, los indígenas[21], los campesinos, los informales, entre otros.

3. La reforma de los ingresos fiscales: propuesta concreta

La cuestión en este punto es responder *¿cómo el Perú puede aumentar sus ingresos fiscales?* Esta pregunta se inclina hacia la perspectiva de eficiencia del sistema fiscal con el fin de evitar pérdidas[22]**.** En ese sentido, después de todo lo desarrollado, para lograr una verdadera reforma tributaria y aumentar la recaudación fiscal proponemos tres medidas concretas que pueden cambiar la situación económica y social del Perú.

En primer lugar, *la expansión de la base tributaria*.

La primera propuesta concreta, como algo imprescindible del cambio, es la extensión o expansión de la base tributaria en el Perú. Para ello, i) se debe luchar contra la evasión fiscal, cabe señalar, que los mayores evasores fiscales de todo sistema tributario son los individuos de las rentas más altas; ii) eliminar

20 La austeridad económica, el aumento de la xenofobia y la discriminación han llevado a un flujo estimado de 600 personas por día desde abril a decidir regresar a Venezuela. En: PNUD https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/en/home/blog/2020/la-situacion-de-los-migrantes-en-america-latina-en-el-contexto-d.html

21 La curva de contagios y de fallecimientos en la Panamazonía está ahora mismo en fase de crecimiento exponencial sin saber cuándo y cómo se podrá aplanar. La penetración de la pandemia hacia el interior de los territorios es innegable, las zonas indígenas que concentran el mayor número de contagiados y de muertos son: Brasil (148 264 contagiados y 6 951 muertos) y Perú (12 472 contagiados y 521 muertos). A fecha 2 de junio, el coronavirus ha infectado a 174 819 y ha matado a 7 845 indígenas en la Panamazonía. Fuente: Red Eclesial Panamazónica (REPAM).

22 La mayoría de los países en desarrollo padecen dos problemas: pobreza y desempleo. Una forma de enfrentarlos es a través del gasto público en bienes y servicios, como infraestructura, educación, salud y seguridad social. La manera cómo los gobiernos gastan sus ingresos puede tener un fuerte impacto redistributivo y un efecto favorable en los más pobres. Pero esta propuesta requiere una movilización de los recursos internos, los cuales son escasos. La perspectiva de equidad se centra en el efecto redistributivo de los impuestos sobre el conjunto del sistema fiscal y busca un sistema tributario más progresivo. Este nos lleva a buscar el equilibrio entre la equidad y la eficiencia en los sistemas fiscales. Este es el *trade-off* que enfrentan los países en desarrollo en términos tributarios.

todas aquellas deducciones y exenciones innecesarias que en lugar de favorecer a los que menos tienen complejizan el sistema y crean vías para la elusión fiscal.

Una visión general de la situación y un análisis de la literatura actual recomienda la necesidad de explorar profundamente la *anatomía del incumplimiento tributario*[23], que es el verdadero desafío fiscal en la discusión sobre impuestos y desarrollo. Esto último exige hacer una clara distinción entre las personas que deben ser gravadas y las que no y, por consiguiente, definir un "umbral" adecuado que permita esta diferenciación para un mejor diseño y aplicación de las políticas tributarias.

Como señalamos los altos niveles de informalidad han dañado considerablemente la base imponible y la estructura económica de muchos países; especialmente en el Perú, de ahí la importancia en desarrollar la necesidad de la regulación y los sistemas tributarios bien diseñados para su correcta implementación. Los impuestos son parte de uno de los canales utilizados por los gobiernos para intervenir en la economía. Los gobiernos aumentan los impuestos para financiar los bienes públicos y redistribuir los ingresos. Los impuestos cumplen dos roles, de eficiencia (recaudación) y de equidad (progresividad). Sin embargo, en el sistema fiscal peruano no se puede hablar de equidad si sólo un porcentaje minúsculo de la población paga los impuestos (sobre todo, el impuesto a la renta).

Todo lo expuesto anteriormente no podrá llevarse a cabo si no se refuerza a la administración tributaria a través de nuevas tecnologías y digitalización, una mayor capacidad institucional, voluntad fiscalizadora y apoyo político. Los estudios indican que una administración tributaria fuerte puede tener un valioso impacto sobre todo en los países en desarrollo (OECD 2020). A su vez, en estos tiempos donde la cooperación es crucial, compartir los datos fiscales (anonimizados) con académicos y centros de investigación puede ser de gran ayuda para un mejor diagnóstico y un análisis más robusto de las propuestas fiscales.

23 Como señalamos, el incumplimiento se divide en "ghosts" y "icebergs"; los primeros son los no declarantes u operadores evasores o contribuyentes invisibles que deberían registrarse fiscalmente, pero no lo hacen, por tanto, son desconocidos para las autoridades fiscales. Los segundos, son los contribuyentes que registran una cantidad de renta imponible menor a la real, con el objetivo de pagar menos impuestos. En los países en desarrollo, los "ghosts" son mucho más frecuentes que los "icebergs" (Hindriks y Godin, 2015 y Keen, 2012).

En segundo lugar, *luchar y superar la elusión y evasión fiscal*

El Perú tiene dos grandes males fiscales que hoy se hacen más visibles y cuestionables: la *elusión* y la *evasión fiscal*. Aquellos individuos y/o empresas que se aprovechan de los vacíos legales del sistema para pagar menos o no pagar impuestos. Estos dos males son los más perjudiciales económica y moralmente en países en desarrollo. Por ello, la importancia de luchar contra ese flagelo y lograr su superación.

Tanto la evasión como elusión merman los ingresos tributarios y generan injusticias porque cuando los contribuyentes que pueden (y deben) no pagan sus impuestos, a menudo son los pobres que invisiblemente soportan las consecuencias. El covid-19 hace más visible este problema porque la política fiscal que se implemente beneficiará en gran medida a las personas relativamente ricas y a las empresas más acomodadas. Por ejemplo, un aplazamiento o reembolso del Impuesto a la Renta podría impulsar el consumo, pero al ser la base de este impuesto tan estrecha sólo se beneficiará a quienes están registrados siendo poco probable la transferencia de poder adquisitivo a los pobres. Del mismo modo, una reducción o suspensión del IGV que podría beneficiar a los pequeños minoristas tiene menos efectos porque beneficiará principalmente a las empresas más grandes.

Este espacio fiscal limitado se debe fundamentalmente a los dos grandes agujeros del sistema peruano que hoy se hacen más visibles y cuestionables: la *elusión* y la *evasión fiscal*. La base del Impuesto a la Renta, en particular, es muy angosta y; en consecuencia, el grueso de los ingresos fiscales recae en muy pocos contribuyentes. Los que pueden - usualmente, los contribuyentes de los tramos más altos de la renta - eluden sus obligaciones tributarias a través de deducciones o excepciones fiscales, y los que no, simplemente no tributan.

A la evasión y la elusión fiscal se suma el gran problema de la *informalidad*. Los llamados "ghosts" (fantasmas) en la literatura económica, definidos como aquellos individuos o empresas (pequeñas o grandes) que están fuera de la red tributaria, son inexistentes para la SUNAT. Las medidas fiscales no llegan a la economía informal y, sin darse cuenta, profundizan la brecha entre la economía formal e informal.

Específicamente sobre la evasión fiscal, relacionado a la captación de contribuyentes ricos, la lucha es clave para asegurar que el grueso de la recauda-

ción no recaiga sobre los pobres. Sobre este punto, el FMI propone supervisar estrechamente a los grandes contribuyentes que estén en condiciones de cumplir sus obligaciones fiscales, reconociendo que la carga de cumplimiento de presentación de declaraciones y los problemas de liquidez pueden ser preocupaciones mayores para los más pequeños (IMF 2020).

En tercer lugar, *crear impuestos progresivos sobre las rentas*

Una vez que se logre esta segunda medida, se puede entonces hablar de equidad o progresividad en el sistema peruano. ¿Qué importancia tiene sobre la desigualdad que un sistema tributario sea progresivo?[24]**.** Según Piketty (2019), es determinante que un sistema tributario en su conjunto sea progresivo, porque significa que la distribución de la renta post impuestos es mayor que la distribución de la renta antes de impuestos para la población con menos renta, caso inverso para la población con más renta.

Pero no cualquier tipo de tributación sino una *tributación progresiva*[25]. En especial, de un impuesto progresivo sobre las rentas del capital y sobre las rentas del trabajo pueden reducir la creciente desigualdad, sin desmerecer las políticas y los programas sociales[26]**.**

24 Las políticas y programas sociales mejoran, sin duda, la situación de pobreza y/o pobreza extrema en la que una gran proporción de la población se encuentra inmersa. Efectivamente, son herramientas cruciales para aumentar las posibilidades de desarrollo de esta población. Empero, este tipo de política no afecta a la concentración de la riqueza; en consecuencia, no logra una mejor redistribución de la renta y, por ende, no reducen la desigualdad.

25 Según Piketty y Saez la definición general de progresividad es: "un sistema tributario es progresivo si después del pago de impuestos, la renta está más equitativamente distribuida que antes del pago de impuestos". Y la definición estándar: "un sistema tributario es progresivo si la participación de la renta pagada en impuestos aumenta con la renta" ("How Progressive is the U.S Federal Tax System? A Historical and Inernational Perspective", Journal of Economic Perspective - Volume 21, Nº 1, 2007, p. 3 - 24).

26 Las políticas y programas sociales mejoran, sin duda, la situación de pobreza y/o pobreza extrema en la que una gran proporción de la población se encuentra inmersa. Efectivamente, son herramientas cruciales para aumentar las posibilidades de desarrollo de esta población. Empero, este tipo de política no afecta a la concentración de la riqueza; en consecuencia, no logra una mejor redistribución de la renta y, por ende, no reducen la desigualdad.

Quiere decir que hay un "efecto redistributivo" o, en otras palabras, que la desigualdad en la renta se reduce post el pago de impuestos si y sólo si el sistema tributario es progresivo. Luego, la progresividad de un sistema fiscal es elemental debido a su capacidad de redistribuir la renta[27].

De ahí, nuestro interés en rescatar la función redistributiva, además de la recaudatoria, de algunos impuestos. Sobre su posible efecto en el crecimiento económico, la historia nos muestra que el PIB *per cápita* creció mucho más después de la Segunda Guerra Mundial sobre todo en países como Alemania y Francia donde los *shocks* fueron extremadamente devastadores y fueron los países que fijaron un impuesto sobre las rentas del capital.

Sin embargo, como consecuencia de la globalización y de la liberalización del mercado, muchos países en desarrollo de manera generalizada aplicaron tratamientos fiscales especiales como "tax holidays"[28], subsidios especiales a la inversión, zonas francas, entre otros. Los cuales causan problemas de eficiencia, ya que, distorsionan las decisiones de financiación de las empresas, dificultan el control y generan efectos secundarios negativos. Por otra parte, algunas empresas estatales tienen problemas de cumplimiento, lo que es más evidente en empresas relacionadas con los sectores de recursos naturales, de energía, de telecomunicaciones y de transporte.

Cabe señalar, que para algunos economistas este tributo sobre las rentas del capital sólo es un obstáculo para el crecimiento económico por sus supuestos efectos negativos sobre las decisiones de consumir y ahorrar de los individuos, además del costo de eficiencia y de deslocalización del capital a los que lo relacionan[29]. Por el contrario, Piketty (2019) sugiere que este impuesto tiene efectos dinámicos y acumulativos que reducen el retorno neto de la riqueza. En consecuencia, el impuesto sobre las rentas del capital impide que la riqueza

27 Este hecho se puede corroborar a través de varios índices como la curva de Lorenz, el índice de Gini y de Concentración.

28 "Tax holidays" son períodos en los que los beneficios generados por la empresa están exentos de impuestos o sujetos a un tipo impositivo reducido. Son una señal de la existencia de una administración fiscal corrupta o ineficiente (FMI, 2011).

29 Pero esta deslocalización se debe a que no existe ninguna cooperación en materia de impuestos directos entre países. Por ejemplo, en la UE, recién en 1997 se adoptó un paquete de medidas para combatir la competencia fiscal. No obstante, actualmente aún no se pone en práctica ningún acuerdo de cooperación.

crezca desorbitadamente que si no existiese ningún impuesto. De esta manera, este tributo resulta ser un instrumento de redistribución en la sociedad (Conesa y otros, 2009).

Cabe destacar, que el impuesto sobre las rentas del trabajo es importante para el sistema tributario porque además de ser un instrumento recaudatorio sustancial de cuyos ingresos depende buena parte del gasto público, también tiene una función redistributiva que ningún otro impuesto posee. Muchos estudios empíricos, demuestran que es el único tributo que aporta progresividad al sistema fiscal en su conjunto debido a la regresividad de los impuestos indirectos y la casi proporcionalidad, con ligera tendencia a la regresividad, de las cotizaciones sociales. Por lo tanto, el grado de progresividad de todo sistema tributario depende de la significación de las rentas del trabajo que tenga en el sistema.

Por ello, para lograr una estructura económica y social que tenga como base la igualdad y la justicia, necesitamos de voluntad política de la sociedad de un contrato social fiscal. Adam Smith (1776, 13) nos enseña que la economía por sí sola no permite la organización eficiente y equitativa de la sociedad: "No es de la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero que esperamos nuestra comida, sino de la consideración que ellos hacen de sus propios intereses. Apelamos no a su sentido humanitario sino a su amor por ellos mismos (…)". En ese sentido, Sen (2002) sugiere que también se requiere de instituciones y de una ética en el comportamiento.

V. A modo de conclusión

Podemos señalar algunas ideas, a manera de conclusión, influenciado por "el espíritu del tiempo"[30]: tras la pandemia del coivd-19, la realidad económica y social expresada en mayor pobreza y desempleo como dos problemas indesligables se ha vuelto a imponer. Es indudable que superar esos dos problemas graves, puesta en evidencia y profundizada por el covid-19, requiere voluntad política y mucho esfuerzo del Estado. Se puede afirmar que es imprescindible el

30 Traducción de la expresión alemana *Zeitgeist*, muy utilizada por los profesores y los sociólogos, que no es otra cosa que la empatía con la coyuntura, buscando atrapar eufemísticamente el espíritu del tiempo.

cambio para superar el mal de la pobreza y el desempleo que aqueja a los países de América Latina, en especial al Perú.

En esa dimensión, las políticas estructurales son fundamentales para superar la pobreza y el desempleo. Debemos distinguir los derechos fundamentales sociales, como el trabajo y la vida digna, de otros derechos que exigen una actuación del Estado. El Estado no puede ser ajeno a ese reclamo de muchas décadas agudizada por el problema sanitario, es una cuestión de necesidad. El reto cuyo tiempo propicio ya llegado, aunque quizá sea el último, pues las condiciones de pobreza y desempleo pueden permitir cambiar el curso de la historia de nuestro país.

Es imprescindible el paso del estado de necesidad al Estado de Bienestar en América Latina a través de la aplicación de los impuestos progresivos; de esta manera, se podrá incidir en la concentración o el grado de desigualdad de la base imponible que tienen un impacto sustancial a largo plazo sobre la desigualdad social debido a que inciden sobre la concentración del capital y de la renta después del pago de impuestos. Creemos que de esta manera se puede avanzar en nuestros países y específicamente en el Perú para superar la pobreza y el desempleo con la construcción de una sociedad que haga compatible el crecimiento económico y el desarrollo con equidad social. Se trata de examinar nuestra realidad latinoamericana, para superar la crisis económica de la mayoría de los países, el consumismo de pocos y la pobreza generalizada, la irresponsabilidad social y la quiebra de las naciones.

VI. Referencia bibliográfica

ACEMOUGLU Daron, 2005, "Politics and Economics in Weak and Strong States", *Journal Monetary Economics*, Vol. 52, pp.199-226.

BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el envejecimiento sin crisis*, Washington. Informe sobre el desarrollo mundial, Washington 1995.

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Desarrollo más allá de la economía, Informe del Progreso Económico y Social en América Latina*, Washington D.C., 2000.

BERTRANOU Fabio (coord.), *Envejecimiento, empleo y protección social en América Latina,* OIT para el Cono Sur de América Latina, Chile, 2006.

BORON Atilio (compilador), *Tiempos violentos : neoliberalismo, globalización y desigualdad en América Latina,* Ed. CLACSO, Buenos Aires, 2004.

BUSTOS Raúl, *Reforma de los Sistemas de Pensiones, peligros de los programas en América Latina,* Revista de Estudios Públicos, N° 58,1995.

CALVEZ Jean Yves, *Nécessité du Travail : disparation d'une valeur ou rédefinition*, Les Editions de I'telier, Paris, 1997.

CASTEL Robert, *Les metamorphoses de la question sociale: une chronique du salaire*, Editions Fayard, París, 1995.

CEPAL, *Panorama Social de América Latina*, Santiago de Chile, 1998. Equidad, Desarrollo y Ciudadanía, Santiago de Chile, 2000.

CONESA, J., KITAO, S. y KRUEGER, D. "Taxing capital? Not a bad idea after all", *American Economic Review,* March 2009.

DOLLS Mathias, *An Unemployment Re-Insurance Scheme for the Eurozone? Stabilizing and Redistributive Effects*, CESifo Working Papers 8219, april 2020.

FURMAN Jason, *protecting people now, helping the economy rebound later*, in "Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes", Edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR Press.

GAMARRA RONDINEL Ana, Hacia una tributación compasiva, Revista Páginas, Ed. CEP. Lima, agosto, 2014.

GORZ André, *Métamorphoses du Travail*, Ed. Galilée, Paris, 1988.

HABERMANS Jürgen, *Facticidad y validez,* Ed. Trotta, Madrid, 1998.

HAYEK Fréedrich, *Los fundamentos de la libertad*, Unión editorial, Madrid, 1998.

HUERTA DE SOTO Jesús, *Estudios de Economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2004.

JIMÉNEZ, Luís Felipe y CUADROS Jéssica, *Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: Cuatro aspectos críticos y sugerencias de política,* CEPAL, serie Financiamiento del Desarrollo 131.

MARKEY Laurence, *Droit Social,* Université Louvain-la-Neuve, Bélgica, 2014.

MESA - LAGO, Carmelo y BERTRANOU Fabio, "Un reto de Iberoamérica en el siglo XXI: La extensión de la cobertura de la seguridad social", en América Latina Hoy Nº 48 (67-81).

MOLINA Carlos Gerardo, *Gasto público social*, BID, Washington D.C., 2000.

NORTH Douglas, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico,* Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

OIT, Para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo (98ª Conferencia Internacional del Trabajo), Ginebra, OIT, 2009. World Social Security Report 2010-11, Ginebra, 2010.

KANBUR R. and KEEN M. (2014), "Thresholds, informality and partitions of compliance".

KRUGMAN Paul (2020), *The case for permanent stimulus*, in "Mitigating the COVID Economic Crisis: Act Fact and Do Whatever It Takes", Edited by Richard Baldwin and Beatrice Weder di Mauro, CEPR Press, p.213-219.

LETTIERI Alberto, *La Civilización en debate: de las revoluciones burguesas al neoliberalismo*, Ed. Prometeo libros, Buenos Aires, 2004.

PIKETTY Thomas, *Capital e ideología,* Ediciones Deusto, Barcelona, diciembre 2019.

SEN Amartya, conferencia del tema ¿qué impacto puede tener la ética? En la Reunión Internacional sobre "Ética y Desarrollo" del Banco Interamericano de Desarrollo, Buenos Aires, 2002.

SCHWARGER Helmut, CASALÍ Pablo y BERTRANOU Fabio (Coordinadores), *La Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT, el papel de los pisos de protección social en América Latina y el Caribe,* OIT, 2914.

SMITH Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, vol 1, Londres, 1776, p.13.

ROSAVALLON Pierre, *La nouvelle question sociale, repenser l'état-providence*, Editions du Seul, París, 1995.

¿VAN VEEN Tom, "Have macroecomic models lost their connetion with economic reality?", CESIFO Working papers N° 8256, april 2020.

ALDEA GLOBAL Y POLÍTICA SOCIAL

Martín Fajardo Cribillero*

Resumen

Se trata de echar una mirada preliminar respecto a la aldea global y al sistema de protección social que, por estos tiempos, están sacudidos por la pandemia del covid-19. ¿Cómo quedarán nuestra aldea global y nuestros sistemas de protección, alicaídos como están ahora, luego de que se aleje o sea eliminado el covid-19?. Se espera una reactivación. Pero si, por ventura, antes o después del resultado de este espectro, apareciese otra ola de desastre letal, del mismo o de distinto pelaje como, por decir, la anunciada pandemia del hambre que también capture a nuestra aldea global? Es de suponer que en esa crucial hipótesis habrán de actuar de nuevo los gobernantes de cada Estado y también los organismos internacionales, caminando más rápido, con ideas y hechos concretos y solidarios de protección, que arropen la salud y la vida de los habitantes todos del globo.

Palabras clave

Política social, aldea global, peste del covid-19, neoliberalismo, Carta Social Latinoamericana.

Summary

It´s about taking a preliminary look at the global village and the social security system that, during these times, are beaten by the covid-19 plague. How are our global village and our social security system, weak as they are now, would remain after the covid-19 is removed or eliminated? A reactivation is expected. But if, by chance, before or after the result of this spectrum, another wave of lethal disaster appears, of the same or of a different kind, such as, say, the announced hunger pandemic that also captures our global village? It is to be assumed that in this crucial hypothesis, the rulers of each State and also international organizations will have to act again, walking faster, with ideas and concrete and supportive acts of protection, that protect the health and life of all the inhabitants of the world.

Keywords:

Social politic, global village, covid-19 plague, neoliberalism, Latin-American Social Letter.

* Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Martinfajardoc@hotmail.com.

CONTENIDO: I. Propósito.- II. La mundialización.- III. La peste del Covid-19.- IV. Política social y seguridad social.- V. Conjunción y ayuda mutua.- VI. El descompromiso social.- VII. El Perú.- VIII. Anexo.- Carta social Latinoamericana.- 1. Derechos humanos.- 2. Seguridad social.- 3. Política social.- 4. Solidaridad.- 5. El trabajo.- 6. La empresa.

I. Propósito

Las ideas expuestas en este boceto tratan de una aproximación "*a priori*" a cerca de la incidencia en nuestro planeta de la pandemia covid-19, como fenómeno socio-económico, cuyo virus está afectando a las personas e instituciones de protección, como son básicamente la Política Social del Estado y de la Seguridad Social. No hay duda alguna que las apreciaciones que hacemos ahora pueden cambiar mañana dada la movilidad impredecible de los factores sociales - en cuyo centro de ebullición nos encontramos - habida cuenta que, como es sabido, los fenómenos de esta naturaleza, para ser consistentes, se describen de lejos.

En este marco socio-económico, se advierte la generalizada sensación que estamos viviendo confinados, en forma casi estática, entre dos placas aherrojantes que no tienen las mismas características pero que coinciden en la finalidad del desconcierto, temor y destrucción. Así "voluntariamente" confinados, está a la expectativa el fenómeno económico del neoliberalismo, cuya data según parece viene de los años 70' del siglo pasado cuando la política keynesiana comenzó a decaer, adoptando dicha nominación, según algunos autores, en el año 1938 durante una convención de economistas realizada en Paris, que desde entonces ha crecido mediante raíces ideológicas tan grandes y profundas que traspasan los límites nacionales y se enlazan, visible o soterradamente, con otras corrientes mundialistas.

II. La mundialización

La persona humana y sus instituciones tienden, y han tendido siempre, a ensanchar sus límites como signo de pertenencia, poder y legitimación. Desde siempre ha sido así, y así se percibe en la perspectiva oscilante de las eras del pasado y que, como ya lo observaba Heráclito en el decurso de las aguas del río que transcurren, y Vico en el *corsi e ricorsi* en todo lo existente; es decir, espacios sucesivos donde hay altos y bajos, prosperidad y decaimiento, bonanza y pobreza,

según lo cual las etapas históricas no se repiten y que, antes bien, interactúan como acaecimientos naturales bajo la sentencia ineluctable de que en el planeta tierra todo es finito. Desde hacen 7000 años a.C. la historia nos da cuenta de los sucesos ancestrales de los imperios de Mesopotamia, Grecia, Egipto, Roma, entre otros, que se erigieron vertical y horizontalmente, y finalmente quedaron en el camino, resueltos y de sólo admirable recordación. Claro es que en esas épocas no habían grupos de poder contestatarios, pues el centralismo sólo requería de esclavos, y tampoco existían derechos humanos ni aprecio por la dignidad humana. De suerte que esta susodicha referencia expansionista es sólo ilustrativa de como transcurre la naturaleza humana y de cómo eventualmente podría actuar en los tiempos futuros desafiando a la parábola "*vino nuevo en odre viejo*" según la cual, el modelo del recipiente antiguo se resquebraja.

Ahora último, en el año 1991 cuando se disolvió la Unión Soviética dando término al suspenso de la Guerra Fría y en que 11 países de la órbita comunista se acogieron a la Unión Europea, fue cuando se vio ampliado el mercado de consumo mundial con millones de personas sujetas a la ley de la libre oferta y la demanda, no conquistadas en los campos de batalla sino trasvasadas en movimiento horizontal. Es así como los líderes del neoliberalismo pudieron ampliar sus ámbitos de acción para vivir aún más seguros, ya que los recursos del consumo y de la comunicación ellos lo pueden hacer circular más rápido y liberados de la regulación estatal. Es que el sistema neoliberal beneficia sólo a los que más tienen, en la perspectiva de mantener su enlace con el poder político, y posponer las premisas de la democracia liberal.

Así posesionados, sus prácticas implican, para el entorno social mayoritario, inseguridad en los ingresos, riesgo en los precios, enlazamiento directo con la inversión extranjera, reducción en la tributación, cleptocracia, minusvalía del estado de derecho, pretensiones de favorecer el múltiple acceso al poder, la desfinanciación y el desmantelamiento de las entidades de protección social. Se supone que, ante estos cuestionamientos, para poder subsistir en lo futuro, deberán reinventarse. Y ser concesivos.

El profesor de Derecho Luigi Ferrajoli, en Roma, llama a levantar un constitucionalismo planetario, "una conciencia general de nuestro común destino que, por ello mismo, requiere también de un sistema común de garantías de nuestros derechos y nuestra pacífica y solidaria coexistencia" (en: La República del

26.3.2020). Es probable y harto necesario que también tanto los Estados como los neoliberalistas propongan la creación de nuevas ideas inclusivas, métodos y respuestas de mejora y seguridad en la sociedad, abrir oportunidades, porque la verdadera democracia es proporcionar alternativas para todos.

III.La peste del Covid-19

En este escenario dual y en ciernes aparece, coincidentemente, la peste del covid-19, de origen más reciente (diciembre de 1919) con un cargamento de destrucción y muerte que, si bien – según algunos analistas - podría jugar un factor de desglobalización de efectos positivos a posteriori, aunque por ahora debilita y estanca en alto grado la productividad y la producción, y afecta el sistema de comunicaciones y de la economía. Ha traído esta pandemia más miseria, precariedad, profundización de las desigualdades, cierto aliento al pre-existente terrorismo nacional e internacional y a los grandes movimientos migratorios.

Ante esta bipolaridad, de fuerza y contra fuerza socio-económicas, de seguir subsistiendo en el futuro la peste del covid-19 a escala global, creemos, como muchos teorizantes, que ella deberá ser resuelta necesariamente a escala también global, cual una cruzada solidaria y coordinada de los organismos internacionales con logística y técnicas avanzadas, además de los recursos de todos los países del orbe, habida cuenta que la peste del covid-19 es hija de la globalización con sus desajustes, y extinguirlo también importa y depende de ésta. La peste del covid-19 ha venido como un flagelo a nivel mundial como los efectos parecidos a los estragos de la guerra y el hambre colectivos han sido también los otros desastres que tanto han diezmado a la humanidad.

IV. Política Social y Seguridad Social

La Política Social, como parte de la tarea del Estado, es la encargada de garantizar la vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general, vale decir, la procuración del bien común de sus miembros. Tal misión, amplia y compleja, lo es en razón de la multiplicidad, variedad e intensidad de las diversas necesidades y percances que sufren las personas que lo integran. Más aún, si se tiene en cuenta que desde fines del año 1919, la Política Social de los países todos del orbe llevan sobre sus espaldas crujientes la señalada peste del covid-19, cuyas pérdidas en vidas humanas no se pueden aún contabilizar, y que en el Perú ha

generado 2.2 millones de desempleados, ha hecho contraer el 11.10 % del PBI y ha gastado para tratar de combatirla solo en el 2020 la cantidad de 210 millones de Soles, y requerirá de la aplicación de más financiación en los años que vienen para su atenuación y/o erradicación. Algo similar hacen apresuradamente los demás países del mundo, los que también han cerrado sus fronteras, como si viviéramos en una especie de compartimentos-estancos infranqueables, no obstante que esta invisible pandemia ha capturado por entero a la aldea global por aire, mar y tierra, sin limitación geográfica alguna. Los 11.5 millones de contagios que registra Brasil a mediados de este mes de marzo, por ejemplo, no se contrae únicamente a los límites geográficos de dicho país, sino que remonta fronteras y representa una amenaza para nuestra región y el mundo.

La aldea global no ha dado respuesta unitaria para su abatimiento, como ya dijimos, en forma también global, como podría ser mediante un fondo de solidaridad de contribución voluntaria acopiado de los países desarrollados y de una parte de las ganancias obtenidas por los empresarios prósperos. El FMI ha recomendado un impuesto a la riqueza para ser implementado por los países, para cuando pase esta pandemia de efectos catastróficos. Ciertamente, esta peste viral nos ha desconcertado y ha puesto al descubierto, de improviso, tanto la fragilidad del género humano como la indiferencia de sus instituciones tutelares de protección, aletargadas como estaban en la improvisación y limitación de sus servicios. También ha encontrado a una familia que estaba caminando muy de prisa y cada vez más atomizada, obligándola al confinamiento y retorno al núcleo tradicional de la "familia rural" o re-encuentro en el seno de una vida de cohesión social más cálida; así como también el acceso a la modalidad de los estudios y del trabajo remoto, desde casa, en forma virtual. A nivel personal la peste del covid-19 ha traído el hábito de la higiene, la vida en el seno familiar inter-relacionado, el uso masivo de internet; y en el ámbito institucional ha confirmado el apoyo mancomunado de la Seguridad Social hacia la Política Social del Estado mediante la intervención de su potencial y logística técnicos.

De cara al futuro, se debería tener también en cuenta que ya la ONU ha previsto una hambruna global capaz de devastar a 300 mil personas por día, cuantitativamente más grave que la actual pandemia covi-19, hambruna global que deberá ser confrontada por todos los medios con que cuenten la Política Social de los Estados y de la Seguridad Social, así como con la acción y los recursos significativos que proporcionen necesariamente los organismos internaciones, no

solo a través de de pautas generales a seguir y de datos estadísticos *a posteriori*, sino también convocando a la praxis mediante actividades de campo, planificadas y coordinadas holísticamente, como lo exigen los tiempos de desastres y catástrofes mundiales.

El sistema de Seguridad Social como ente para-estatal, constituye una plataforma dinámica especializada de servicios, destinada a tratar de dar solución a las contingencias y el bienestar a su colectivo asegurado, amenguando así la agobiada misión de la Política Social del Estado**.** Su data, como derecho fundamental de la persona humana, no viene de siglos atrás, ni de la época greco-romana cuya preocupación principal era la búsqueda de la razón externa, más que de la búsqueda interna de valores en la persona humana y su acción protectora, separados como estaban en clases sociales de cobre, plata y oro, básicamente de patricios, plebeyos y esclavos. Bismark concibió el año 1881 un modelo de seguro de accidentes de trabajo que fue elemento de institución en diversos países, y en el año 1938 el Alcalde de Nueva Zelanda declaró establecido el primer sistema integral de Seguridad Social del mundo, a la cual los trabajadores ni los empleadores de ese país contribuyen, según informa la OIT. Terminada la segunda guerra mundial el 7 de diciembre de 1941, sobrevino la época de la industria febril del maquinismo - calificada por los analistas como capitalismo salvaje, corrupto y mercantilista - y con el fin además de canalizar la ola del comunismo, William Beveridge en el año 1942 elaboró un Plan de Bienestar Social (welfare state) para Inglaterra, sobre el modelo de una Seguridad Social Obligatoria destinada a la protección universal de la persona humana, en forma solidaria, desde la cuna hasta la tumba, modelo que cuajó y se difuminó también hacia las legislaciones de medio mundo como un derecho fundamental de las personas. En diciembre de 2000 fue proclamada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada el 12 de diciembre de 2007, conteniendo como uno de los derechos básicos a la Seguridad Social y el respeto a la dignidad humana.

V. Conjunción y ayuda mutua

En el entendido de que nadie está exento de pobreza, enfermedad, angustia, accidente, soledad, dolor, etcétera, sobre todo en estos casos de tragedia mundial que representa la peste del covi-19 y que los recursos gubernamentales son limitados y los servicios de la Política Social del Estado son por lo general lentos - y "empíricos" al decir de Jorge Basadre -, interviene en su apoyo el servicio de

la Seguridad Social, entidad algo más flexible, con autonomía pero adjunta e integrante del marco socioeconómico del país, y por ende de la Política Social, inspirada en la premisa de brindar prestaciones oportunas y eficientes en base al espíritu de la solidaridad y protección, de connotación cálida y efectiva, con recursos de fuente contributiva, según el cual todos aportan y todos se benefician. Siendo necesario tener en cuenta que, en su génesis, la persona humana desde su concepción en el claustro materno viene siendo protegido, y tal sentido de protección lo lleva ínsito en su numen, en su genoma y en su ADN, y es por ello que en su devenir como ente activo busca instintivamente, como orientación natural de empatía, socializar y estar inmerso en algún conjunto homogéneo, cual un impulso instintivo gregario. La Seguridad Social hunde sus raíces en esa instintiva búsqueda de protección innata, la que es recogida como sabia nutriente de su institución, tratando de hacer concurrir mancomunadamente a los estamentos principales de la producción (Estado-empleador-trabajador) para amparar y tratar de alcanzar el anhelado Estado de Bienestar que implica salud, desarrollo y progreso sostenibles dentro de una nación. Acerca de este concepto productivo de asociación, la Madre Teresa lo resume así: "Puedo hacer lo que usted no puede, y usted puede lo que yo soy incapaz de hacer. Juntos podemos hacer grandes cosas". Es en esta la virtud, que el pilar de la Seguridad Social de conjunción y ayuda mutua se erige como un derecho fundamental en cuanto implica redistribución de los ingresos del país y lleva a preservar y a afianzar la dignidad, así como a la cohesión y solidaridad nacional.

VI. El descompromiso social

El acuerdo de subsidiariedad de hubo a fines de los 60' entre Margaret Thatcher y Ronald Reagan sobre el descompromiso social del Estado en los seguros sociales de los países europeos, con el propósito de establecer un Estado fuerte y regulador, y un individualismo de los asegurados quienes debían sufragar sus contingencias y prosperar por su propios medios, no fue receta para el Perú, y antes bien, produjo desconfianza y ajuste estructural en las prestaciones a los asegurados, privatización de buena parte de los servicios de salud y de pensiones, precariedad, y apertura de una mayor brecha entre la riqueza y la pobreza, una severa contracción de servicios en las contingencias de enfermedad, maternidad y pensiones, al dejar a la población asegurada - acostumbrada como estaba a acudir a sus institución de Seguridad Social - librados a la suerte del mercado libre de

la oferta y la demanda, y a la deriva en un cúmulo de demandas personales y de respuestas ciegas durante más de cuatro décadas.

Bajo tal coyuntura, los responsables de la gestión de la Seguridad Social del país y de nuestra región no supieron suscitar la fraternidad y solidaridad suficientes entre las personas ni entre los pueblos, ni entre los Estados para afincar fuertemente a esta entidad en el rol de las sociedades organizadas que tienen el deber moral de destinar parte de sus recursos como contribución para proporcionar un adecuado nivel de consumo a los otros miembros de la colectividad que tienen una baja o muy baja capacidad contributiva, y a otros que no la tienen.

La decreciente soberanía fiscal del Estado-Nación como resultado de la mundialización, en el que nos encontramos inmersos, es aún uno los nuevos retos para los sistemas nacionales de protección y, por ende, de la Seguridad Social. Y luego, con la necesidad de que, por añadidura, nos sobrevendrá la hambruna de la que nos advierte la ONU, será otro reto que resolver, además del volumen omnipresente y masivo de los desempleados, subempleados e inocupados que quedará para entonces en cada país, obligarán a pensar en un necesario rediseño de la estructura de la Política Social y también de la Seguridad Social.

Se suponía también que luego de 1989 cuando cayó el muro de Berlín, y de 1991 cuando se disolvió la Unión Soviética, referidos en el apartado II, y la crisis financiera del año 2008 que desacreditó el modelo neoliberal, advendría una nueva época de rescate de los valores de la democracia liberal, mas no ha sido así, por cuya razón será necesario, de cara al futuro, repensar seriamente en sus raíces, a efecto de evitar que dicho modelo seductor del poder político continúen de la mano, ya que, como lo puntualiza el Premio Novel Friedrih von Hakek, “El mercado no es natural, es un sistema controlado por un grupo determinado de personas que pueden crear desigualdad social” (Entrevista, en El Comercio del 3.11.2019).

Y ahora que los especialistas opinan que el neoliberalismo ha decepcionado y que todo cambiará luego de pasada esta etapa de desastre mundial, el Estado debería revisar significativamente los valores democráticos y sociales y volver a estar presente en la gestión institucional de la Seguridad Social, con su aporte real que justifique su legitimidad, y si fuese necesario mediante un impuesto a ciertos productos o con la adición del 1% al IGV, u otros mecanismos compatibles con la finalidad de protección y del Estado de Bienestar, tratando de conseguir la

coherencia responsable de las clases sociales en el Perú con el aporte de quienes más tienen, demostrando la inversión del hecho doloroso, pero cierto, de lo que dice Angela Merkel: "Los ricos en América Latina no quieren pagar nada".

Mas, si el Estado sigue alejado de dicha de solidaridad, iría contra el *principio del tripartismo* que promueve la OIT en sus convenios, recomendaciones y conferencias; y eventualmente la Seguridad Social se estaría convirtiendo en una asociación civil privativa, de sus verdaderos aportantes, típico de una entidad independiente, pudiendo llamar a la tercerización para la gestión de sus servicios sin perjuicio de hacer intervenir también a las cajas regionales, mutuales, municipios, a los microseguros y demás organizaciones civiles, con gastos mesurados y sin ánimo de lucro.

VII. El Perú

Dentro del contexto de la región latinoamericana cuya población se estima en 650 millones, la población total del Perú según el INEI es de 32,5 millones de personas, en estimación al año 2020, la cual eventualmente debería ser acogida por las instituciones de la Política Social del Estado. Sin embargo, teniendo en cuenta que el volumen mayor del 50% de la población no está inserta en las entidades de la Seguridad Social, por razones de pobreza, es razonable pensar que, debido además a las limitaciones, la formalidad y los diseños de los actos burocráticos de la Política Social del Estado, se producirá siempre el desborde inevitable de sus responsabilidades hacia los servicios de la Seguridad Social. Para ello, se debería fomentar intensamente los planes de los citados microseguros por lo menos para las prestaciones de reparto simple de enfermedad-maternidad dado que "el acceso a la asistencia sanitaria es una de las prioridades por excelencia de los trabajadores de la economía informal, sobre todo en los países con ingresos bajos" como lo señala la OIT en "Seguridad Social – Un Nuevo Consenso", 2002, pág. 116.

El ramo de pensiones, por otro lado, requerirá de una reforma sustancial de la mixtura dispersa actual que desorienta y deja en la incertidumbre a los beneficiarios del país, poniéndolos para ello bajo la administración coordinada de sus correspondientes seguros ciertamente sociales, o también de los microseguros autorizados, dentro del esquema solidario de un adecuado sistema general de Seguridad Social organizado, que contemple claramente prestaciones económicas

básicas, proporcionales y complementarias. La OIT dice al respecto, en Normas del Siglo XXI - Seguridad Social, 2002, pág. 12, que "al examinar la compatibilidad de un sistema privado de pensiones con el Convenio Nº 102, estimó que la coexistencia dentro del sistema de la Seguridad Social de dos regímenes, uno público y otro privado, no resulta en sí compatible con el Convenio…".

VIII. Anexo

En el propósito de promover la esperanza para las personas de la región latinoamericana a través de la Seguridad Social, enlazadas en virtud del idioma y la expectativa de un ideal común de progreso, bajo un techo plural que respete la peculiaridad e idiosincrasia de cada país, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) a cargo del finado Dr. Carlos Martí Bufill esbozó hace algunos años un proyecto de Carta Social Latinoamericana, para recoger iniciativas y someterlo después a la aprobación de los gobiernos, y apoyar en la elaboración de las sendas leyes de bases, cuyos diseños forjarían la fisonomía mejor del derecho a un bienestar general en la región latinoamericana. El llamado que dicho documento contiene cobra vigencia en estos momentos de tragedia colectiva y de esperanza del retorno a la nueva normalidad democrática y de progreso social.

CARTA SOCIAL LATINOAMERICANA

I. Derechos humanos

De un tiempo a esta parte, como nunca antes, ocupan los Derechos Humanos un lugar preferente en la sociedad contemporánea y no cabe duda que seguirán cobrando vigencia en los días venideros. No es que no hayan hecho falta en tiempos pasados, sino que los Derechos Fundamentales del Hombre han estado subyacentes y es ahora cuando al parecer comienza a desplegarse en toda su magnitud a nivel mundial.

Las dos grandes guerras mundiales sacudieron 90 años a muchos países de Europa y con posterioridad a la segunda de ellas deja latente la amenaza de una guerra nuclear y la eventualidad de una terrible autodestrucción humana. El mundo de los valores, fines y razones históricas reacciona y descubre a partir de

1948 y sobre todo después del año 1989 que requiere de un manto protector ante tales perspectivas.

La aparición en la escena social de pueblos que, luego de haber sufrido siglos de sumisión, reclaman ahora su legítima presencia política en sus naciones y un puesto entre los organismos internacionales, ensanchan también los criterios de la realidad sociológica, política y jurídica, propia de la convivencia de personas humanas en sociedad. También concurren paralelamente otros factores a nivel global que, a más de requerir atención por sí solos, van a posponer las plataformas de protección y bienestar social de los países organizados, con estructuras de Derechos orientadas a tal finalidad, y que no pueden marginarse porque también tienen derecho a lo mismo, aún cuando no haya normas escritas respecto a ellos.

Así surge la tendencia a la globalización del mundo mediante la aparición de los grandes capitales, por una parte, y, por otra, al analfabetismo, la drogadicción, la falta de educación y vivienda, el incremento del desempleo y del subempleo, la delincuencia, el terrorismo, el crecimiento demográfico, la preocupación por la ecología, que también se han mundializado por efecto de la economía y su precariedad de redistribución.

La causa de este subdesarrollo, sobre todo en Latinoamérica, es no sólo de orden económico, sino también cultural, político y a veces, simplemente, de consideración humana, empero que se convierten en piezas de un mecanismo y engranaje gigantescos.

El neoliberalismo que fomenta la privatización, el libre juego de la oferta y la demanda, el individualismo y el poder del más fuerte sobre el débil; la violencia en sus diversas manifestaciones; la educación política; y el derecho internacional de los Derechos Humanos, son pues otras reflexiones acerca de este vasto mundo que sin duda nos tocará vivir en adelante, en cuanto constatamos, sobre todo, que – como reiteramos - a partir de la vigencia del artículo 103° de la Carta de las Naciones Unidas se hacen prevalecer y polarizar las obligaciones que ésta impone por sobre todo otro acto u otra convención que puedan concertar los estados miembros de dicha Organización Internacional.

II. Seguridad social

La transformación de la sociedad industrial en sociedad de desarrollo tecnológico ha significado la quiebra de los patrones tradicionales de las instituciones, singularmente aquí, en América Latina, que se encuentra sacudida por cambios profundos de orden estructural y democrático. En la última década, la presencia del nuevo liberalismo ha acentuado la transformación de los servicios de la Seguridad Social, agravada con el descompromiso social de Estado y, consiguientemente, de las instituciones que tienen a su cargo de la gestión de dichos servicios.

No se pueden predecir ni mensurar aun los cambios que se producirán en dichos servicios, en orden a restablecerlos en procura del bienestar y de la protección social, en vista de que el concepto y la significación misma de la Seguridad Social, al parecer, se encuentran en proceso de transición y transformación.

El factor más decisivo que causa esta etapa de larga transmisión es la generada por la profunda crisis económica mundial que aún estamos viviendo, y que durará todavía buen tiempo, según dan cuenta los especialistas en la materia; pero los escenarios cada vez más agudos de la pobreza, de la pobreza extrema, el hambre y el índice de morbilidad y de mortalidad, constituyen flagelos diarios en las mesas de, por lo menos, un 60% de la población Latinoamericano. Este drama permanente cuya solución no se vislumbra a corto plazo sin lugar a duda dejará graves secuelas y la protección y el bienestar social, que son los objetivos de la Seguridad Social, en América Latina se sienten alejados, no obstante constituir legítimas aspiraciones humanas. El estadio de cierta comodidad y bienestar material, en este interregno, se le intuye como una especie de hedonismo social, el cual nuca ha sido fuente enriquecedora de la vida humana, como en verdad lo ha sido, por el contrario, el sufrimiento y el drama crucial y profundo de los hombres. De estos últimos ha surgido casi siempre las historias protagónicas y más conmovedoras y harán surgir también, sin duda, los impulsos imprevistos de superación y desarrollo humanos, en sus más diversas direcciones.

De este modo, la universalidad de su desplazamiento y la solidaridad que es su base insustituible se encuentran postergadas o aquietadas. La solidaridad social, que es la esencia de la Seguridad Social, no ha dejado de ser, aún desde los inicios de la vida humana, la fuerza motriz en que se apoya toda persona en su vida diaria, de ayuda mutua y de manos cálidas y entrelazadas de los seres

vivientes, en procura de la solución de sus problemas y el desarrollo de nuevas instituciones tutelares. Por ello es que la Seguridad Social seguirá encontrando en el espíritu solidario de la gente su más rico bastión y su más fuerte compromiso para el retorno generalizado en la concepción y diseño de las nuevas vertientes de protección social y, tal vez, de nuevas instituciones que enmarquen nuevos contenidos de amor a todos los miembros de la comunidad Latinoamericana. Ello será obra de los espíritus renovados en cuanto puedan encontrar repuesta de los planificadores sociales, y de las entidades destinadas a su forjación, como son las universidades, las asociaciones civiles y cuantas entidades se encuentren preocupadas y de cara al futuro.

III. Política social

La Política Social entendida como actividad que realiza el Poder Público en pro de bien común, confunde la articulación de sus raíces y concepciones con los de la Seguridad Social, en cuanto ambas procuran lograr el bienestar general de la población, si bien, claramente aceptado, el rol de la Seguridad Social no pasa de ser el instrumento más poderoso de la Política Social del Estado, como se vislumbró en el Programa de Otawa.

Teniendo en cuenta que el Estado ha proclamado últimamente, con ocasión del neo liberalismo, su descompromiso social, a partir de un aparato más pequeño pero más fuerte, más dinámico y menos burocrático, seguirá teniendo – aún allí – a la sociedad humana en su conjunto como sujeto de gravitación y de su propia razón de existir. Porque su contenido u objeto es la defensa de los sectores de la población en inferioridad por su situación social o económica, la protección sanitaria y económica del población, la regulación demográfica, el fomento y la mejora de la vivienda personal, la difusión del acceso a la propiedad, el aseguramiento de una cultura popular gratuita, la prevención de siniestros e infortunios en todas la actividades colectivas, un sistema de buenos seguros sociales contra todas las contingencias personales, en otros. Estos objetivos que surgen preñados de solidaridad, en busca de su fin último, que es la paz social, dejan ver con claridad meridiana que la Política Social y la Seguridad Social siguen siendo articuladas por el Estado, aún cuando cada cual lo verifique con los medios o instrumentos propios destinados a la consecución de una misma finalidad.

Ello aún concediendo que la Política Social de estos tiempos orienta sus acciones a través de los sistemas del liberalismo que conduce al mercado libre de la oferta y la demanda, y al individualismo que pueda coincidir eventualmente con la egolatría y el autismo, en tanto que la Seguridad Social se nutre de la sabia proveniente de la sociedad concebida bajo el principio de que los bienes de la creación están destinados a todos.

IV. Solidaridad

Sin embargo, a pesar de los portentosos avances logrados en los campos de la ciencia, de la tecnología y de la comunicación, la Política Social aún no ha podido sentar las bases de la igualdad social, la solidaridad humana, ni el desarrollo sostenido, ni mucho menos solucionar los tremendos problemas que la afligen, que hemos señalado al tratar el tema de los Derechos Humanos. Es que la disponibilidad de los recursos naturales y financieros por sí solos son ineficientes para conseguir la solidaridad social, el crecimiento de los pueblos, evitar las migraciones perennes y combatir la aparición de enfermedades nuevas y la reaparición de otras que se suponían ya superadas.

La solidaridad social es por eso necesaria para conseguir la equidad humana, de suerte que no puede seguir siendo tratada como un elemento adversativo. Para ello es preciso reconocernos todos como seres humanos, de modo que quienes tienen más recursos los compartan responsablemente con los demás, y no dejar que se practique únicamente la solidaridad de los pobres entre sí, quienes rechazan la idea de presentar sus carencias ante la ineficacia o la corrupción de Poder Político y evitar su derivación en violencia. El mismo precepto se aplica, por analogía, en las relaciones internacionales, pues la interdependencia debe convertirse en solidaridad, había cuenta que los bienes de la Creación están destinados a todos y, en consecuencia, lo que la industria humana produce elaborando las materias primas, con la aportación del trabajo, debería servir igualmente al bien de todos.

La solidaridad, dice la doctrina Social de la Iglesia, nos ayuda a ver al otro – persona, pueblo, nación — no como un instrumento cualquiera para explotar a poco costo su capacidad de trabajo y resistencia física, y abandonarlo cuando ya no sirve, sino como un semejante nuestro, una ayuda; para excluir de esta manera la explotación, la opresión y la anulación de los demás. El desarrollo -

según la conocida expresión de la Encíclica de Pablo VI - es el nuevo nombre de la paz, de manera que la solidaridad que vislumbramos es un camino hacia la paz y hacia el desarrollo. Por eso, si bien el tema de Pío XII era (*opus institiae pax*) la paz como fruto de la Justicia, hoy podría decirse (*opus solidaritates pax*) la paz como fruto de la solidaridad. De esta manera – reitera — que el objetivo de la paz, tan deseado por todos, sólo se alcanzará con la realización de la Justicia Social e Internacional, y además con la práctica de las virtudes que favorecen la convivencia, y nos enseña a vivir unidos, compartiendo sufrimientos y alegrías, para construir juntos, dando y recibiendo, una sociedad y un mundo mejor.

V. El trabajo

La relevación del género humano, a partir de la dignidad del hombre, hay que buscarla en el vasto contexto de esa realidad que es el trabajo, que exige una renovada atención, cada día, a una nueva especialización. No obstante, esta mutabilidad y renovación constantes no favorecen un crecimiento menos rápido del bienestar material y social en los países del área Latinoamericana, debido a su desgaste institucional a nivel global.

A su vez, sabido es que el trabajo humano tiene un valor ético, cuyas fuentes hay que ubicarlas mayormente en su dimensión subjetiva y no en su dimensión objetiva, en la convicción que tenemos de la prioridad del trabajo humano sobre lo que significa y ha significado en el transcurso del tiempo el capital, entre cuyos factores no debe existir antinomia, sino la significación eminente del valor humano.

Es verdad que desde el año 1945 la electrónica y luego los microprocesadores han convulsionado la producción y las informaciones, desplazando a la mano de obra tradicional, dando lugar a los serios problemas del desempleo, subempleo, esto es, a una desocupación calificada como masiva.

También se advierte lo que se ha dado en llamar la brecha creciente que hay entre el Norte desarrollado y el Sur en vías de desarrollo, cada vez más compleja, debido a que ha comprometido las materias de otras áreas del tejido social y ha asumido a la vez una dimensión mundial. También se abren dentro de la propia unidad del género humano los denominados Primer Mundo, Segundo Mundo, Tercer Mundo y Cuarto Mundo, en segmentos cuarteados y con abismos de distancia entre unos y otros, en sustitución de los bloques Este y Oeste.

Paralelamente, sin embargo, se viene fomentando la búsqueda del desarrollo armónico de los mercados de trabajo, la integración subregional y al mismo tiempo la integración regional, con un criterio de unión y de fortalecimiento vital de sus miembros, porque de otro modo – reproduciendo el Evangelio (Mt. 16,26) – podríamos decir: "de qué le servirá al hombre parcelar y ganar el mundo entero, si arruina su vida?".

VI. La empresa

La empresa latinoamericana, heredera de una tradición no siempre nacionalista, se siente movida entre los estamentos de sociedades tradicionales y el poderoso capital transnacional. Su desarrollo, *per se*, entonces es limitado. La encontramos ahora último, por fuerza del neoliberalismo y la desregulación laboral, distribuida en microempresa, pequeña, mediana y gran empresa, con tales ansias de emprendimiento personal de las tres primeras, más que de estudios de administración, finanzas, economía, ni de ciencias sociales. Es que a diferencia de lo que ocurrió siempre en otras latitudes, a los latinoamericanos no les dijeron en su infancia que tenían que ser empresarios, arraigados como estaban mentalmente a un trabajo asalariado y a una noción de dependencia.

La imagen que generalmente proporcionaba la empresa de clases dominante de la región se ha modificado en los últimos quince o veinte años con el advenimiento de la democracia, el proceso de globalización, el gran consenso de la lucha por el progreso, reposicionando el valor de la equidad, la lucha por el mercado, y otras variables que van configurando un entorno en el cual los empresarios asumen un compromiso de superior valor y que trasciende en mucho el nuevo propósito de lucro.

Se destacan por eso las virtudes de innovación y diversificación o reconversión, en base al atributo de la flexibilidad de sus concepciones, que les permite luchar contra situaciones imprevistas, contingencias e imponderables, que son cualidades esenciales en un entorno tan cambiante como el que vivimos. En menor proporción se advierte su desplazamiento y competición en el extranjero, aparentando la visión tradicional de un empresario pasivo y seguidor, cuando, en verdad, quizás con más dotación de recursos y conocimientos, podamos apreciarla con una gran capacidad emprendedora, creativa e innovadora.

Requiere el empresario de esta latitud, por otra parte, mayor entendimiento con los trabajadores para lograr una mayor productividad de cada cual y un compromiso fortalecedor de los mismos con los fines de la empresa, en un medio democrático y de mayor aceptación de la ciudadanía que es, al fin y al cabo, a quienes se deben.

Es que el desarrollo económico y la empresa han de estar inmersos en un sistema político democrático, que es el medio más adecuado para la libre competencia, la imaginación creadora y la seguridad jurídica. La prueba está en que los países ricos con desarrollo empresarial son los más democráticos y que, por el contrario, países con gobiernos autoritarios y coyunturalmente con etapas de un rápido crecimiento hoy se debaten en crisis profundas, viéndose obligados a abandonar el dirigismo, el proteccionismo y el excesivo control estatal.

APORTES DE LA ÚLTIMA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA REFORMA DEL MODELO DE PENSIONES EN EL PERÚ

R. Alexandra Ortiz Pérez*

Resumen

Nuestro modelo de seguridad social en pensiones se encuentra en grave crisis. Tenemos una diversidad de subsistemas de pensiones cada uno con sus reglas y niveles de protección, un Sistema Nacional de Pensiones (SNP) en déficit de aportes que debe ser permanentemente subsidiado por el Estado, una cobertura en seguridad social que depende de la existencia de una relación laboral formal, excluyendo a aproximadamente el 70% de la población económicamente activa, entre otros problemas estructurales y regulatorios.

Estos problemas, que no son recientes, se vieron impactados por la pandemia del Covid-19 y los efectos negativos que ha traído sobre el mercado de trabajo, lo cual motivó la promulgación de la Ley 31083, norma que, entre otros, autorizó el retiro de los aportes realizados al SNP. El Poder Ejecutivo interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra esta Ley, la que fue declarada fundada por el Tribunal Constitucional.

Los fundamentos expuestos por el Tribunal en su Sentencia, basados en la aplicación de diversos principios constitucionales a la situación particular del SNP y reconociendo a la seguridad social y el derecho a la pensión como derechos fundamentales, pueden servir como pautas para los procesos de reforma que se vienen debatiendo, así como los convenios e instrumentos técnicos internacionales que conllevan compromisos para el Perú.

Abstract

Our model of social security in pensions is in crisis. We have a diversity of pension sub-systems, each one with its own rules and levels of protection, a National Pension System (NPS) in deficit of contributions that must be permanently subsidized by the

* Abogada. Egresada de la Maestría de Relaciones Laborales de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sección Peruana de Jóvenes Juristas. Correo: ralexandraortiz@gmail.com

State, a social security coverage that depends on the existence of a formal employment relationship, excluding approximately 70% of the economically active population, among other structural and regulatory problems.

These issues, which are not recent, were impacted by the Covid-19 pandemic and the negative effects it has had on the labor market, which led to the enactment of Law 31083, a rule that, among others, authorized the withdrawal of the contributions made to the NPS. The Executive Authority filed a lawsuit of unconstitutionality against this Law, which was declared founded by the Constitutional Court.

The grounds of the Court's Sentence, based on the application of various constitutional principles to the situation of the NPS and recognizing social security and the right to a pension as fundamental rights, can serve as guidelines for the reform processes that are being debated, as well as the conventions and international technical instruments that entail commitments for Peru.

Palabras clave

Seguridad Social, sistemas de pensiones, reforma, jurisprudencia constitucional

Keywords:

Social Security, pension systems, reform, constitutional jurisprudence

Sumario: I. Breve diagnóstico de las pensiones en el Perú. II. Hacia la reforma de las pensiones. III. La inconstitucionalidad del retiro de aportes del sistema nacional de pensiones. *1. Posiciones debatidas. 2. Principales argumentos del Tribunal Constitucional.* IV. Aportes de la sentencia del TC a la reforma de pensiones. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Breve diagnóstico de las pensiones en el Perú

En líneas generales, en América Latina se pueden distinguir dos grupos de países en relación a su tratamiento de la seguridad social: un primer grupo en el que los Estados tienen mayor presencia en la cobertura de los riesgos sociales, y un segundo grupo, al que pertenece el Perú, en que el Estado tiene un rol marginal y las familias se ven recargadas ante la insuficiente incorporación en el mercado de trabajo y la ausencia de respuestas estatales (Antia, 2018).

En el contexto del Estado Social de Derecho que consagra nuestra Constitución Política y de los convenios internacionales ratificados por el Perú[1], en

1 Entre ellos: (i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional

nuestro país la seguridad social es un derecho fundamental que comprende la protección que una sociedad proporciona a los individuos y los hogares para asegurar el acceso a la asistencia médica y garantizar la seguridad del ingreso, el particular en caso de vejez, desempleo, enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, maternidad o pérdida del sostén de familia (Organización Internacional del Trabajo).

Sobre el derecho a la pensión como una de las manifestaciones de la seguridad social, y tal como se destaca desde el propio Tribunal Constitucional, "la plena efectividad del derecho a la pensión coadyuva a alcanzar uno de los fines del Estado democrático y social de derecho, el cual es la igualdad material y justicia social, en la medida que su objetivo es elevar la calidad de vida del individuo que percibe la pensión"[2].

De esta premisa se derivan una serie de consecuencias y, para efectos del presente análisis, nos interesa resaltar dos. En primer lugar, es la persona humana la titular del derecho, no solo aquella que tiene un trabajo asalariado y formal. En segundo lugar, en su condición de derecho social, la seguridad social compele al Estado a actuar e intervenir; de lo contrario, no es posible su realización efectiva (Blancas Bustamante, 2007).

En esta oportunidad no nos detendremos a relatar la historia de la seguridad social o de las pensiones en el Perú[3]; sí resaltaremos que en 1993 se creó un esquema previsional paralelo al sistema administrado por el Estado, hoy en

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho de toda persona a la seguridad social; (ii) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y su Protocolo Adicional, sobre el derecho de toda persona a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de –entre otros– la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia (artículo XVI); (iii) la Carta de la Organización de Los Estados Americanos, mediante la cual los Estados miembros convienen en dedicar sus máximos esfuerzos al desarrollo de una política eficiente de seguridad social (artículo 45°); (iv) Convenio sobre la seguridad social, 1952, Convenio 102 de la OIT, aunque el Perú se ha acogido a ciertas excepciones temporales; y (v) otros Convenios de la OIT sobre seguro de enfermedad, de vejez, de invalidez, de muerte, desempleo, etc.

2 Fundamento de voto del magistrado Ramos Núñez emitido en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 31083.

3 Para mayores detalles véase: (Abanto Revilla, 2013)

día administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), esta vez basado en aportes en cuentas individuales y administrado por entidades privadas, las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Coexisten, desde ese momento: (i) el SNP, basado en la solidaridad intergeneracional y que permite que trabajadores activos financien las pensiones de los pensionistas; (ii) el Sistema Privado de Pensiones (SPP), basado en la capitalización individual de los aportes de los trabajadores; y (iii) entidades como la Caja de Pensiones Militar Policial, la Caja de Pensiones del Pescador, del Estibador, entre otras que administran sistemas de pensiones específicos por actividad.

Posteriormente, en octubre de 2011 se creó el "Programa Nacional de Asistencia Solidaria - Pensión 65", con la finalidad de brindar una subvención monetaria a personas mayores de 65 años en situación de pobreza extrema y contribuir a la autonomía, independencia y calidad de vida de la persona adulta mayor. Según las estadísticas más recientes disponibles, en el año 2018 Pensión 65 otorgó subvenciones a 544,202 personas en 1,874 distritos, 196 provincias y 24 departamentos del país (Programa Nacional Pensión 65).

Según cifras de la ONP citadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 40% de pensionistas pertenece al SNP, 12% pertenece al SPP, 39% a Pensión 65, 6% a la Caja de Pensiones Militar y Policial, y 3% a otros sistemas (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020). Así las cosas, estamos más bien frente a un conjunto no orgánico de subsistemas, unos más complejos que otros, y de instituciones de la seguridad social que no siguen los mismos principios ni protegen de la misma manera a los trabajadores.

Salvo los diversos programas sociales no contributivos como Pensión 65, se trata de un modelo de pensiones que solo se activa si existe una relación laboral subordinada y formal; actualmente, esto solo alcanza aproximadamente al 30% de la PEA[4], el resto de los trabajadores, al desenvolverse en situaciones de informalidad o incluso en situaciones formales precarias[5], no se encuentran cubiertos por la seguridad social.

4 Según la Encuesta Nacional de Hogares 2019, 4,7 millones de personas conforman la PEA ocupada formal, representando un 27,3% de la PEA.

5 Incluso en contextos de formalidad, existe una precarización arraigada en las relaciones laborales de nuestro país, que se traduce en la predominancia de la contratación sujeta a modalidad en detrimento de la contratación a plazo indeterminado, el uso fraudulento

Sobre la informalidad y cómo impacta en la cantidad de personas que aportan a algún sistema de pensiones, es posible advertir que las políticas utilizadas hasta la fecha no han sido efectivas, ya sea por su diseño o por su implementación[6], por lo que se demandan rumbos alternativos que prioricen políticas de desarrollo productivo y la generación de procesos administrativos y tributarios simplificados (Organización Internacional del Trabajo, 2020), así como la generación de incentivos adecuados para mejorar los niveles de cobertura laboral y de vejez (Alonso, Sanchez, & Tuesta, 2014).

Sobre la posibilidad de que los propios trabajadores realicen aportes voluntarios, opción permitida por el SNP y el SPP, existen una serie de factores, de muy diferente naturaleza, que influyen en que los trabajadores independientes decidan no afiliarse o no realizar aportes previsionales; entre ellos, la propia cultura de trabajo informal en la que se desenvuelven, que tienen otro tipo de expectativas de ahorro a largo plazo o los cuestionamientos de los ciudadanos frente a la débil sostenibilidad del propio sistema (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018). Aún se recuerda el rechazo que generó las reglas de aporte obligatorio para los trabajadores independientes introducidas por la Ley 29903[7], las cuales fueron derogadas en setiembre de 2014 por la Ley 30237.

La propia configuración dispersa de nuestro modelo de pensiones, la elevada informalidad en el mercado de trabajo y la cultura previsional imperante implican retos importantísimos para la efectividad de la seguridad social en nuestro país: muchas personas no podrán dejar de trabajar una vez lleguen a una edad avanzada ya que los ingresos para su subsistencia dependen de continuar laborando; y si dejan de laborar no cumplirán los requisitos para acceder a una pensión bajo los modelos de pensiones que tenemos. En suma, se estima que son muy pocos los peruanos que recibirán una pensión mínimamente adecuada (Abusada, 2020).

---

de la intermediación laboral y de la tercerización de servicios, entre otros (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

6 Por ejemplo, en materia de fiscalización laboral, en agosto de 2020 el Superintendente Nacional de Fiscalización Laboral informó que la SUNAFIL había aumentado su fuerza inspectora a 822 operadores a nivel nacional (Gestión, 2020).

7 Esta Ley de Reforma del SPP se promulgó en julio de 2012 y obligaba a todo trabajador independiente que no superase los 40 años a afiliarse al SNP o al SPP.

En líneas generales, el panorama regulatorio de las pensiones en el país no es compatible con la realidad de nuestro mercado de trabajo y no se ha implementado una política pública integral de seguridad social en materia de pensiones que permita un ejercicio pleno y sostenible de este derecho, más aún si tenemos en consideración que la sociedad peruana está envejeciendo[8] y que se acrecienta la esperanza de vida.

Al mismo tiempo, existe un debate global sobre las distintas opciones para adaptar los sistemas previsionales a la constante evolución del mundo del trabajo y reducir las brechas existentes, siendo un desafío especial el incluir en la cobertura a los trabajadores con empleos atípicos, a fin de garantizar una protección continua de las personas independientemente de su situación laboral particular (Organización Internacional del Trabajo, 2016).

En el siguiente acápite desarrollaremos algunas ideas de reforma de pensiones que se vienen analizando y debatiendo en el Perú.

II. Hacia la reforma de las pensiones

El diseño de políticas de seguridad social debe poder asegurar un adecuado nivel de vida para las personas cuando sus ingresos se vean interrumpidos temporal o permanentemente, procurándole una autonomía económica al individuo y su familia que les permita vivir dignamente. En palabras de la OIT, los regímenes previsionales deberían ser eficientes en la administración de recursos y efectivos en materia de calidad, cobertura y progresividad de las prestaciones (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

Sobre el adecuado diseño de un sistema de pensiones, en la 89ª Conferencia Internacional del Trabajo del año 2001 se concluyó que "los sistemas de pensiones obligatorios deben asegurar unos niveles de prestaciones adecuados y garantizar la solidaridad nacional" y que "la función del Estado es proporcionar un marco reglamentario eficaz y mecanismos de control y aplicación"; más específicamente, que los sistemas de cuentas de ahorro individuales (como el SPP) pueden existir pero no deben debilitar los sistemas de solidaridad (como el SNP) en los que el

8 Las características demográficas del Perú permiten considerarlo como un país de envejecimiento moderado; debido a los cambios en la dinámica poblacional que el Perú viene experimentando desde la segunda mitad del siglo XX, se prevé que la población de 65 años a más represente cerca del 17,1% en 2025 y 29,9% en 2100 (Olivera & Clausen, 2014).

riesgo está repartido entre todos los afiliados al régimen, y que otros planes de pensiones más adaptados a las circunstancias y a la capacidad contributiva de algunos grupos de la fuerza laboral no pueden sustituir a los regímenes obligatorios de pensiones (Organización Internacional del Trabajo, 2001).

De la misma manera, el Convenio 102 de la OIT –que ha sido ratificado por el Perú en el año 1961– establece objetivos mínimos para cada una de las nueve ramas de la seguridad social[9], referidos al porcentaje de la población protegida por sistemas de seguridad social, al nivel de la prestación mínima que se garantiza a las personas protegidas, y los requisitos y periodo para tener derecho a las prestaciones.

De este mandato se ha derivado una estrategia bidimensional para la extensión de la seguridad social[10] que comprende: (i) establecer y mantener pisos de protección social como elemento fundamental de los sistemas de seguridad social; y, (ii) llevar a cabo estrategias de extensión de la seguridad social que aseguren al mayor número de personas posible.

Para la OIT, no hay excusas para que ninguna sociedad posponga el establecimiento de la seguridad social, y esto puede realizarse en cualquier etapa del desarrollo, aunque sea gradualmente (Organización Internacional del Trabajo, 2012). Precisamente mediante la Recomendación 202 se complementan las normas vigentes de seguridad social de la OIT y se aportan pautas para el establecimiento de pisos de protección social adaptados a las circunstancias y niveles de desarrollo de cada país.

Los pisos de protección social son conjuntos de garantías básicas definidos a nivel nacional que aseguran una protección dirigida a prevenir o a aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social, y deben ser otorgadas a través de la combinación más eficaz y eficiente de prestaciones y regímenes en el contexto nacional (Organización Internacional del Trabajo, 2012).

9 Estas ramas son: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez y prestaciones de sobrevivientes.

10 Tal como se define en la Resolución y Conclusiones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 100ª reunión de junio de 2011, y como se reforzó posteriormente con la Recomendación 202.

En el caso peruano específicamente, un primer aspecto a resaltar fue identificado en el año 2014 cuando se constató que la contribución a temprana edad en un sistema de pensiones es clave para obtener una pensión adecuada por jubilación y se diagnosticó, en función a la cobertura de afiliados y de cotizantes regulares existente al momento del estudio, que cualquier programa del gobierno debía atender el alto nivel de desprotección de los más jóvenes en situación de informalidad "a fin de darles soporte para incrementar su participación en los sistemas de pensiones, mejorar su densidad y ayudarlos a consolidar los ingresos en su vejez" (Alonso, Sanchez, & Tuesta, 2014).

Se observó así una relación estrecha entre la cobertura laboral de los trabajadores activos y la cobertura de vejez futura que recibirán estos trabajadores, concluyéndose que la manera más sostenible de lograr que un mayor número de individuos obtenga pensiones en el futuro es incentivando el ahorro de los que están actualmente en el mercado laboral y, en paralelo, focalizando recursos en los colectivos de vejez en situación de pobreza (Alonso, Sanchez, & Tuesta, 2014).

Otro aspecto a tener en cuenta es que cuando se aborda el problema de la seguridad social en economías con un alto nivel de informalidad como la nuestra, se plantea cubrir por lo menos 2 aspectos: el crecimiento económico para generar empleos formales, e incentivos para la formalización a través de estrategias sociolaborales. Bajo este enfoque, una reforma pasaría precisamente por impulsar la generación de empleos formales, para que esos nuevos trabajadores formales empiecen a cotizar ya sea en el SNP o en el SPP.

En junio de 2020, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo presentó ante el Congreso de la República una propuesta de una reforma basada, además de mantener el Programa Pensión 65, en: (i) rediseñar el sistema de pensiones peruano con la creación del Sistema Integrado de Pensiones basado en capitalización individual; (ii) ampliar la cobertura previsional a través de esquema de pensiones dirigidas a trabajadores independientes o de bajos ingresos; (iii) incrementar la competencia y la reducción de costos, incluyendo la implementación de una Entidad Pública Administradora de Fondos; y (iv) mejorar el régimen de inversiones y el esquema de beneficios y prestaciones (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2020).

El referido Sistema Integrado de Pensiones funcionaría como un único sistema basado en 4 pilares: (i) piso mínimo de protección social, focalizado para per-

sonas en extrema pobreza; (ii) componente semi-contributivo de capitalización individual obligatorio que otorgue una pensión mínima, financiado con aportes del trabajador y del Estado; (iii) componente contributivo de capitalización individual obligatorio financiado con aportes del trabajador; y (iv) componente de ahorro personal voluntario, con mecanismos de incentivo al ahorro.

Por su parte, también en el contexto de presentaciones ante el Congreso en junio de 2020, el Banco Central de Reserva del Perú presentó una propuesta de reforma que puede agruparse en cuatro objetivos: (i) eliminar el riesgo de pobreza en la vejez; (ii) generar competencia en el sistema de pensiones; (iii) aprovechar economías de escala y reducir las barreras de entrada; y (iv) mejorar la rentabilidad del afiliado. Se reconoce además que estas medidas no resultarían suficientes para alcanzar pensiones adecuadas para todos los ciudadanos, por lo que se requieren reformas estructurales que permitan formalizar la economía y elevar la productividad de las personas (Banco Central de Reserva del Perú, 2020).

Lamentablemente, las pocas reformas legislativas que se han realizado no han satisfecho requerimientos técnicos y constitucionales mínimos y no han dado los resultados esperados. Comparados con los promedios regionales, los niveles de cobertura de nuestros sistemas de pensiones resultan alarmantemente bajos y no ha sido posible hacer frente a la informalidad laboral y la precarización del empleo (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

Dos de las reformas pendientes que no reciben suficiente atención tienen que ver, por un lado, con el empleo de los adultos mayores. Se está incrementando la expectativa de vida y el envejecimiento demanda una atención prioritaria desde el Estado[11], pero en el Perú aún no hay políticas públicas orientadas a identificar y mejorar las condiciones socioeconómicas de los adultos mayores; sin reformas sobre el envejecimiento tendrá que incrementarse el gasto fiscal para el otorgamiento de subsidios, lo que conlleva implicaciones relevantes para la sostenibilidad financiera de los esquemas de seguridad social (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018).

11 La Declaración de Brasilia de 2007, emitida en el marco de la Segunda Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe, establece que asegurar la calidad de vida de las personas adultas mayores es una de las obligaciones y prioridades de las políticas sociales del Estado. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21505/S2007591_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y (revisado el 22 de marzo de 2021).

Por otro lado, hay muy poca atención hacia la necesaria diferenciación entre las transiciones que experimentan los jóvenes hacia un empleo decente y formal, ya que cada transición requiere políticas específicas y un sistema de formación y capacitación de alcance general (Chacaltana & Ruiz, 2012). Este proceso resulta de especial relevancia para su incorporación temprana a los sistemas de pensiones.

Otro asunto pendiente tiene que ver con la brecha de género en las pensiones, situación que tiene su origen en el hecho que las mujeres perciben remuneraciones más bajas que a su vez generan menores aportes previsionales y menores futuras pensiones (De la Fuente, 2018). Es claro que una de las maneras más idóneas para combatir la brecha de género en la población de pensionistas radica en reducir la discriminación salarial entre hombres y mujeres durante su vida laboral; para ello, resulta necesario que el Estado implemente mecanismos normativos y de fiscalización que permitan mitigar la brecha que sufren actualmente las trabajadoras.

No podemos tampoco perder de vista que en el diseño y reforma de nuestro modelo de pensiones no se toma lo suficientemente en consideración ni se fomenta la participación de actores sociales, sino que vienen dictaminados directamente por el Ejecutivo, o por un Legislativo que aprueba medidas que nacen inconstitucionales.

Resultaría inviable atender una posible reforma de pensiones si dejamos de lado que estamos ante un derecho fundamental reconocido y que debe ser garantizado en nuestro país a través de una intervención activa del Estado, previo diseño de políticas públicas idóneas y acordes con los estándares internacionales a los que se sujeta el Perú. Así, es necesario ir más allá con las reformas y garantizar el derecho a la seguridad social en pensiones como derecho fundamental para todas las personas, incluyendo los trabajadores independientes y aquellos por cuenta ajena que laboran en situación de informalidad. En ese proceso, resulta también indispensable reforzar una cultura previsional bajo la cual la garantía de pensiones dignas es también un deber de todos como parte de la sociedad, especialmente de los jóvenes y cómo vemos a los sistemas de pensiones.

III. La inconstitucionalidad del retiro de aportes del sistema nacional de pensiones

En líneas generales, y salvo contadas excepciones, consideramos que el libre retiro de fondos previsionales en un país como el nuestro es una medida política

muy tentadora, pero peligrosa desde el punto de vista de la protección futura de los trabajadores. Ya sea que el trabajador pertenezca a una AFP o a la ONP, el retiro de los fondos de pensiones termina vaciando de contenido el derecho constitucional a una pensión digna[12].

Para el SNP el panorama es más delicado aun; al tratarse de un sistema basado en el principio de solidaridad y de la agrupación de los aportes de todos los afiliados, y no en cuentas individualizadas de aportes, permitir un libre retiro de aportes generaría un impacto tremendamente negativo sobre el financiamiento y el manejo económico de las pensiones y pondría en riesgo a los futuros pensionistas.

Pues bien, mediante Ley 31083[13] se estableció un régimen especial facultativo para la devolución de los aportes realizados a la ONP bajo el Decreto Ley 19990. Por un lado, esta norma permitía, de manera excepcional y por única vez, la devolución de hasta 1 Unidad Impositiva Tributaria (UIT)[14] a los aportantes activos e inactivos; por otro lado, establecía el derecho a la devolución de la totalidad de los aportes efectuados a la ONP por personas que a los 65 años o más no han logrado cumplir los requisitos para obtener una pensión.

A continuación, describimos brevemente los principales argumentos de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Poder Ejecutivo contra la Ley 31083 y que dio origen al Expediente 00016-2020-PI/TC, así como los argumentos que expuso el Tribunal Constitucional para declarar fundada dicha demanda.

12 Nos adelantamos un poco para precisar que el fundamento de voto del magistrado Blume Fortini indica que el análisis de constitucionalidad de la Ley 31083 implica precisamente tener en cuenta que "por mandato internacional el Estado peruano se encuentra impedido de eliminar la materialización del derecho a la pensión", situación que se generaría de aplicarse dicha Ley (fundamento 16).

13 El 18 de setiembre de 2020, el Poder Ejecutivo observó la autógrafa de ley, con argumentos similares a los contenidos en la demanda de inconstitucionalidad. Posteriormente, el Pleno del Congreso de la República aprobó la insistencia en la autógrafa de la Ley 31083, siendo promulgada por la Presidenta de Congreso y publicada el 4 de diciembre de 2020.

14 Actualmente, S/ 4,400.

1. Posiciones debatidas

Dentro de otros argumentos, el Poder Ejecutivo alegó en su demanda que la Ley 31083 era inconstitucional por las siguientes razones:

- Sobre la inconstitucionalidad material de la Ley 31083, esta norma contraviene el carácter intangible de los fondos para el pago de pensiones reconocido en el artículo 12° de la Constitución Política[15], el cual se fundamenta en la necesidad de que los aportes sean utilizados solo para garantizar las prestaciones de la seguridad social (en salud y pensiones) y, de esta manera, la vigencia del derecho a la pensión.
- La Ley 31083 también infringe el principio de sostenibilidad financiera[16] de los regímenes previsionales recogido de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política, al aprobar una devolución de aportes sin identificar las fuentes de financiamiento requeridas para su aplicación (aproximadamente, 15 mil millones de Soles[17]).
- El ahorro colectivo de los aportantes al SNP no puede destinarse para un consumo actual, sino exclusivamente para un fin pensionario. La devolución de estos aportes dificultaría el pago de las pensiones actuales y atentaría contra el derecho a la seguridad social y el libre acceso a las prestaciones de pensiones reconocidos en los artículos 10°[18] y 11°[19] de la Constitución, respectivamente.

15 "Artículo 12.- Fondos de la Seguridad Social. Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley."

16 Para el Tribunal Constitucional, la sostenibilidad financiera puede ser entendida tanto como un requisito para la aprobación de modificaciones a los regímenes previsionales, como una exigencia de fondo sobre el contenido y alcances de tales normas.

17 De conformidad con el Informe 513-2020-EF/53.05 del 4 de diciembre de 2020, emitido por la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos del Ministerio de Economía y Finanzas, el cual forma parte de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Poder Ejecutivo.

18 "Artículo 10°.- Derecho a la Seguridad Social. El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida."

19 "Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones. El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.
La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".

- Al basarse en un sistema de solidaridad intergeneracional en el cual todos los aportes se destinan en su totalidad al pago mensual de los actuales pensionistas, el retiro de aportes resulta incompatible con el SNP.
- Existe también inconstitucional formal de la Ley 31083, ya que no obtuvo un informe favorable del Ministerio de Economía y Finanzas, así como vulneraciones a los principios de separación de poderes, de cooperación entre poderes, de iniciativa de gasto del Congreso y de equilibrio presupuestario reconocidos en la Constitución.

Por su parte, el Congreso de la República defendió la constitucionalidad de la Ley 31083 alegando que esta norma no alteraba el régimen de pensiones de los actuales pensionistas del SNP y éstos no verían vulnerado su derecho a la pensión; en general, indicando además que las medidas adoptadas cumplen los deberes primordiales del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

Sobre la intangibilidad de los fondos de pensiones, alegó que es la ley la que establece cuáles son las contingencias protegidas por la seguridad social y que esa es la finalidad de la Ley 31083; mientras los recursos de dichos fondos se apliquen para reconocer el derecho progresivo de toda persona a la seguridad social, no habría afectación a este principio. Indicó que también que no se afectaba el principio de sostenibilidad financiera ya que la Ley 31083 resultaría económicamente menos costosa para el SNP que la propuesta de otorgar pensiones proporcionales especiales para afiliados de 65 años con menos de 20 años de aportes[20].

Asimismo, desde el punto de vista formal, alegó que se cumplieron todas las etapas del procedimiento legislativo, de conformidad con la Constitución y el Reglamento del Congreso. Sobre el no contar con un informe previo del MEF, sostuvo que se trataba de un tipo de inconstitucionalidad subsanable.

2. Principales argumentos del Tribunal Constitucional

En su Sentencia de fecha 4 de febrero de 2021, el Tribunal Constitucional realizó el análisis sobre la constitucionalidad de la Ley 31083 "a la luz de las nor-

20 Proyecto de Ley 6114/2020-PE.

mas constitucionales referidas a: (i) la intangibilidad de los fondos y las reservas de la seguridad social como garantía institucional del derecho fundamental a la pensión; (ii) la exigencia de sostenibilidad financiera en las modificaciones a los regímenes pensionarios vigentes; (iii) la administración de la hacienda pública como competencia del Poder Ejecutivo y la prohibición de iniciativa de gasto público que alcanza al Congreso de la República; y, (iv) el principio de equilibrio y estabilidad presupuestaria".

En primer lugar, se evaluó la inconstitucionalidad formal invocada por el Poder Ejecutivo, y se concluyó que sí se había cumplido el procedimiento legislativo constitucional en la expedición de la Ley 31083, por lo que se desestimó esta pretensión[21].

Los aspectos más relevantes de la Sentencia, desde luego, radican en el análisis que hace el Tribunal sobre la inconstitucionalidad material de la Ley 31083.

En relación a la intangibilidad de los fondos de pensiones del SNP, el Tribunal advirtió que la Ley 31083 no establece cuál será la fuente de financiamiento de los gastos que ordena ejecutar, lo que implicaría usar los aportes de los afiliados al SNP que actualmente trabajan y aportan, situación que colisiona frontalmente con los artículos 11° y 12° de la Constitución. Acertadamente, el Tribunal resalta que "los aportes realizados al SNP constituyen un ahorro colectivo previsional que solo genera un derecho a percibir en el futuro una pensión" (fundamento 10).

Sobre la sostenibilidad financiera de las modificaciones a los regímenes previsionales, el Tribunal destacó que está referida a la existencia de fuentes de financiamiento que garanticen el cumplimiento de compromisos de gasto presentes y futuros. La realidad actual es que el SNP no logra autofinanciarse con los aportes de los trabajadores, por lo que el déficit es asumido por el tesoro público[22]. Dado que las medidas dispuestas por la Ley 31083 carecen de una fuente de financiamiento identificada para cubrir los gastos que demandará su

21 En el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez manifiesta que la contravención de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución vicia el procedimiento legislativo y ello genera la inconstitucionalidad formal de la Ley 31083.

22 Según la Sentencia bajo comentario, entre enero de 2010 y diciembre de 2019 los recursos públicos asignados a la ONP para el pago de las pensiones ascendieron a 11,306 millones de Soles.

ejecución, el Tribunal concluyó que se contraviene lo dispuesto por la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (fundamentos 15 y 16).

En cuanto a la separación y cooperación entre los poderes del Estado, el Tribunal señaló que la propia Constitución establece en su artículo 118° que corresponde al Ejecutivo administrar la hacienda pública; en contraposición, el Congreso de la República no tienen iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos salvo en lo que concierne a su propio presupuesto. En consecuencia, la ejecución de las medidas de la Ley 31083 tendría un impacto fiscal no presupuestado que acentuaría el déficit fiscal del SNP, todo lo cual supondría una vulneración a la separación de poderes a través de una intromisión en el manejo de la hacienda pública, así como incurrir en la prohibición dirigida a los congresistas respecto a la creación de gastos públicos (fundamentos 20, 22 y 25).

En relación al equilibrio presupuestario, el Tribunal Constitucional ha establecido que se trata de un principio fundamental en nuestro modelo constitucional que "implica que el presupuesto debe contener todos los ingresos y gastos del Estado debidamente balanceados, a efectos de evitar que el déficit fiscal perturbe el proceso de desarrollo económico del país" y no comprometer las perspectivas económicas de las futuras generaciones (fundamento 29).

Analizándose la viabilidad financiera de la Ley 31083, el Ministerio de Economía y Finanzas concluyó en su oportunidad que no sería viable disponer los fondos de pensiones del SNP para las devoluciones, por lo que tendría que cubrirse dicho financiamiento con transferencias del tesoro público, lo que implicaría dejar de financiar gastos vinculados a la emergencia sanitaria generada por el Covid-19 y la reactivación económica; inclusive, se estimó que los recursos necesarios para cumplir con la Ley 31083 representarían el 63% de los recursos que ya se han destinado frente a la pandemia[23].

Ante ello, el Tribunal Constitucional concluye que la Ley 31083 desconoce los principios presupuestales de la Constitución al regular un mecanismo de devolución de aportes del SNP que implica un gasto público no previsto en ningún pliego presupuestal.

23 De conformidad con el Informe 491-2020-EF/42.03 del 4 de diciembre de 2020, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, el cual forma parte de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Poder Ejecutivo.

El Tribunal Constitucional declaró, por unanimidad, la inconstitucionalidad de la Ley 31083. Asimismo, los magistrados Ledesma Narváez, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Nuñez y Espinoza-Saldaña Barrera formularon fundamentos de voto.

IV. Aportes de la sentencia del TC a la reforma de pensiones

la Sentencia del Tribunal Constitucional que se ha revisado tuvo por finalidad específica determinar la constitucionalidad de una ley, y nos deja algunas consideraciones relevantes de cara a los actuales y futuros procesos de reforma de nuestro modelo de pensiones.

En primer lugar, hubiera sido ideal que el Tribunal Constitucional profundice sobre la seguridad social y las pensiones como un derecho fundamental indispensable para el desarrollo de las personas. Es en los fundamentos de voto de la magistrada Ledesma Narváez que se cuestiona, por ejemplo, el sentido de las políticas públicas que no logran hacer justicia para los más vulnerables o que no sirven al bien común.

Como refiere la magistrada, el artículo 1° de nuestra Constitución establece que "la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado", lo que implica que la razón de ser de las autoridades estatales es la protección efectiva de los derechos fundamentales y que, para lograr dicha protección, es indispensable la generación de condiciones mínimas de subsistencia. En esta línea de razonamiento, coincidimos en que será difícil hacer efectivo el derecho a las pensiones si las personas no cuentan con condiciones mínimas de subsistencia que deben ser precisamente garantizadas como parte del núcleo básico de la actividad estatal.

La centralidad de la persona en las reformas de nuestros sistemas de pensiones forma parte de las propuestas de implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) adoptados por todos los países en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015 con una visión transformadora hacia la sostenibilidad económica, social y ambiental. Los Estados Miembros han reconocido que la verdadera finalidad del desarrollo no es solo aumentar los ingresos, sino ofrecer a las personas las máximas oportunidades, fortaleciendo los derechos humanos, las libertades y las capacidades que les permitan tener una vida plena, saludable y creativa (Organización de las Naciones Unidas, s.f.).

El ODS 1 consiste en poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo, reconociendo que el crecimiento económico debe crear empleos sostenibles y promover la igualdad (Organización de las Naciones Unidas, 2018). La meta 1.3 de este ODS consiste en implementar sistemas y medidas apropiadas de protección social para todas las personas, incluidos niveles mínimos. con la finalidad de reducir y prevenir la pobreza, prestando especial atención a las personas pobres, vulnerables y adultos mayores.

En un sistema de relaciones laborales como el nuestro que condiciona en la mayoría de los casos la cobertura de la seguridad social al trabajo formal, también resulta relevante el ODS 8, consistente en promover, entre otros, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos. El vínculo entre el trabajo y el desarrollo humano es sinérgico; para conseguir el desarrollo económico sostenible, las sociedades deberán crear condiciones necesarias para que existan oportunidades de trabajo decente y las personas accedan a empleos de calidad que permitan asegurar, entre otros, el acceso a las prestaciones de seguridad social (Organización de las Naciones Unidas, 2018).

La Organización Internacional del Trabajo se ha pronunciado con un enfoque muy compatible al analizar el futuro de las pensiones en el Perú. En su informe del año 2020 recomienda establecer una prestación universal para la población que no accede a las pensiones contributivas a fin de ampliar la cobertura a los trabajadores independientes, rurales, migrantes, entre otros grupos considerados más vulnerables (Organización Internacional del Trabajo, 2020). Consultado sobre las conclusiones identificadas, el Director de la OIT para los Países Andinos manifestó que "las reformas necesarias y urgentes deben hacerse teniendo a la persona en el centro de las preocupaciones, y a los más vulnerables de manera particular", sin desnaturalizar los objetivos de la seguridad social (2020).

Un segundo aspecto relevante de la Sentencia tiene relación con el desarrollo que hace el Tribunal de las reglas constitucionales que deben garantizarse en un contexto de reforma de los sistemas de pensiones.

Partiendo del hecho de que nuestro modelo está fragmentado, tiene baja cobertura previsional y baja densidad de cotización, en el fundamento de voto de la magistrada Ledesma Narváez se exhorta al Congreso a garantizar que la reforma de pensiones se inspire en principios como "la universalidad de la cobertura; la heterogeneidad; la integralidad del sistema; transparencia en la gestión y buena

gestión financiera y administrativa; que sea producto de un amplio debate de todos los integrantes de la relación laboral y de los especialistas; no discriminación, igualdad de género y respuesta a las necesidades especiales; equilibrio económico, financiero y actuarial; mejorar los beneficios y prestaciones; reducir el riesgo de pobreza en la vejez; que tenga en cuenta la elevada informalidad laboral en el país; entre otros" (fundamento 36).

Tal como ha propuesto la OIT para el caso peruano, es posible pensar en una combinación de esquemas semicontributivos –ligados o no al empleo– o no contributivos que alcancen a segmentos de difícil cobertura y de baja capacidad contributiva (Organización Internacional del Trabajo, 2020). En una línea similar se ha planteado la propuesta de reforma del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Lineamientos de Reforma del Sistema de Pensiones, 2020). En cualquier escenario, la reforma debe contemplar la participación de los actores sociales involucrados y demás exigencias mínimas contempladas en el Convenio 102.

Desde 1994 el Perú ha recibido doce observaciones por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) vinculadas al incumplimiento de principios de seguridad social consagrados en el Convenio 102[24]; ante ello, es indispensable incorporar la plena observancia de los estándares internacionales mínimos en el diseño de cualquier reforma de los sistemas de pensiones y tener presentes los principios desarrollados por el Tribunal Constitucional.

V. Conclusiones

La brecha de cobertura de pensiones en el Perú implica que un 74% de la población ocupada no percibirá una pensión contributiva al llegar a la edad de jubilación (Organización Internacional del Trabajo, 2020). En ese sentido, el Estado peruano está obligado a adoptar acciones impostergables que garanticen el derecho fundamental a la seguridad social teniendo en cuenta su contenido mínimo y las exigencias de los convenios internacionales ratificados, la inacción

24 Tales como: (i) la financiación colectiva de las prestaciones; (ii) la gestión democrática y transparente de las instituciones de la seguridad social; (iii) el abono de las prestaciones durante toda la contingencia; y, (iv) la garantía de una tasa mínima de prestaciones.

no es una opción para los responsables de nuestras políticas públicas (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018).

Como ha resaltado la OIT, no existe un modelo único de pensiones que se pueda replicar en todos los casos, sino que influyen los usos y costumbres de la sociedad, sus instituciones y su nivel de desarrollo económico; pero, en cualquier caso, el Estado es el responsable de garantizar la seguridad social según las normas internacionales del trabajo y cumpliendo los estándares mínimos sobre la materia, como los establecidos en el Convenio 102 (El futuro de las pensiones en el Perú: Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales, 2020).

Las reformas, en ningún caso, pueden atentar contra los principios de la seguridad social, tales como la universalidad, la integridad, la solidaridad, la unidad orgánica y estructural, y la internacionalidad[25]. Más aún, no pueden contravenir principios constitucionales como la intangibilidad de los fondos de pensiones, la sostenibilidad financiera en las modificaciones del modelo de pensiones y la división de poderes, ni tampoco poner en riesgo el equilibrio presupuestario del Estado ni la materialización del derecho a la pensión.

En nuestro país, la proporción de empleo independiente e informal genera un gran desafío para la expansión del modelo de seguridad social en pensiones, así como para el acceso a la salud. En consecuencia, se hace necesario re-pensar una fórmula que permita a toda aquella persona que trabaja, independientemente que sea de forma subordinada o no, acceder a las coberturas de la seguridad social y a una pensión digna.

Las alternativas técnicas que se han formulado desde el Poder Ejecutivo deben ser un punto de partida y continuar su proceso de debate con la participación de las organizaciones de trabajadores, de empleadores, de las diversas entidades públicas involucradas y de organismos internacionales, ya que solo así se podrán lograr consensos sobre la base de un verdadero diálogo social que legitimen las reformas y se evitará adoptar medidas inconstitucionales o que empeoren de por sí una situación que ya es crítica. Como señaló en su momento el Director de la OIT para los Países Andinos, "la urgencia es clara, pero lo es también la necesidad de no reaccionar sin la reflexión pertinente, de no desmantelar

25 Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 01473-2009-PA/TC.

el sistema que existe hoy de manera improvisada, y de convocar a los actores sociales a participar en este proceso" (OIT analiza el futuro de las pensiones en el Perú, 2020).

Finalmente, en el marco del debate actual sobre el trabajo decente y el futuro del trabajo, se esperan transformaciones sustanciales sobre quién trabaja, cómo se trabaja y en qué ocupaciones se trabaja. Atender una reforma de pensiones que abarque estos aspectos y que contribuya a un cambio cultural que favorezca el incremento significativo de la cobertura en pensiones constituye un gran reto, más aún si tenemos en consideración nuestro contexto regulatorio[26] y cultural (Organización Internacional del Trabajo, 2020).

VI. Referencias

ABANTO REVILLA, C. (2013). *Manual del sistema privado de pensiones.* Lima: Gaceta Jurídica.

ABUSADA, R. (20 de febrero de 2020). ¿Qué pasa con nuestras pensiones? *El Comercio*, pág. 22.

ALONSO, J., SANCHEZ, R., & TUESTA, D. (2014). Un modelo para el sistema de pensiones en el Perú: diagnóstico y recomendaciones. *Revista Estudios Económicos*(27), 81-98.

ANTIA, F. (2018). Regímenes de política social en América Latina: una revisión crítica de la literatura. *Revista Desafíos, 30*(2), 200.

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ. (3 de julio de 2020). *Consideraciones para una Reforma del Sistema de Pensiones.* Obtenido de http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/CEM-sistema-previsional/files/presentaciones/bcr_congreso_reforma_pensiones.pdf

BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO. (2018). *Presente y Futuro de las Pensiones en América Latina y el Caribe.*

26 Sobre nuestro sistema de relaciones laborales, véase: (Villavicencio, 2012) (Villavicencio, 2015).

BLANCAS Bustamante, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CHACALTANA, J., & RUIZ, C. (2012). El empleo juvenil en el Perú: diagnóstico y políticas. En *Empleo y Protección Social* (pág. 319). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

DE LA FUENTE, M. (3 de Julio de 2018). *La brecha de género de las pensiones: sus razones y políticas para combatirla*. Recuperado el 9 de Abril de 2019, de https://vientosur.info/spip.php?article13974

Gestión, R. (1 de agosto de 2020). Sunafil incorporó a 100 inspectores y ahora tendrá presencia a nivel nacional. *Gestión*. Recuperado el 22 de marzo de 2021, de https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kvi7cYiMJTcJ:https://gestion.pe/economia/management-empleo/sunafil-incorporo-a-100-inspectores-y-ahora-tendra-presencia-a-nivel-nacional-noticia/+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=pe

MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. (Junio de 2020). *Lineamientos de Reforma del Sistema de Pensiones*. Obtenido de http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2020/CEM-sistema-previsional/files/presentaciones/mtpe_reforma_sistema_de_pensiones_26-06-2020.pdf

OLIVERA, J., & CLAUSEN, J. (2014). Las características del adulto mayor peruano y las políticas de protección social. *Economía, XXXVII*(73), 76.

Organización de las Naciones UnidAS. (2018). *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Santiago.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. (s.f.). *Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Recuperado el 22 de marzo de 2021, de https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2001). *Resolución y conclusiones relativas a la seguridad social, Conferencia Internacional del Trabajo, 89° reunión*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 21 de marzo de 2021, de https://www.ilo.org/wcmsp5/

groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_secsoc_34193.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2012). *Seguridad social para todos: la estrategia de la Organización Internacional del Trabajo: establecimiento de pisos de protección social y de sistemas integrales de seguridad social.* Ginebra: OIT.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2016). *El empleo atípico en el mundo: retos y perspectivas.* Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (2020). *El futuro de las pensiones en el Perú: Un análisis a partir de la situación actual y las Normas Internacionales.* Lima: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 21 de marzo de 2021, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_741409.pdf

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (10 de abril de 2020). *OIT analiza el futuro de las pensiones en el Perú*. Obtenido de https://www.ilo.org/lima/sala-de-prensa/WCMS_741438/lang--es/index.htm

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (s.f.). *Hechos concretos sobre la seguridad social.* Recuperado el 21 de marzo de 2021, de https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf

PROGRAMA NACIONAL PENSIÓN 65. (s.f.). *Memoria Anual 2018.* Recuperado el 28 de Marzo de 2019, de https://www.pension65.gob.pe/wp-content/uploads/2019/12/MEMORIA-ANUAL-2018-P65.pdf

VILLAVICENCIO, A. (2012). El modelo de relaciones colectivas peruano: del intervencionista y restrictivo al promocional. *Derecho PUCP*(68), 553.

VILLAVICENCIO, A. (2015). La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes. *Derecho PUCP* (75), 338.

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Laborem

N.° 24 / 2021

TENDENCIAS: LA FISCALIZACIÓN LABORAL A LOS 15 AÑOS DE LA LEY GENERAL DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

SPDTSS
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

LO SUBSANABLE EN LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Daniel Ulloa Millares*

Para Javier, obviamente

En el presente artículo, el profesor Ulloa formula una propuesta para dar contenido a uno de los conceptos más recurridos al tratar las fiscalizaciones laborales en la práctica: las infracciones subsanables. Así, atendiendo a algunos criterios hechos valer por la Autoridad de Trabajo, se sustenta un concepto que procura ser razonable y adecuado a los fines del Sistema de Inspección del Trabajo.**

Introducción

La inspección del trabajo en el Perú está regulada, de manera esencial, por lo dispuesto en la ley general de inspección del trabajo, Ley 28806 (en adelante "la ley") y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo 19-2006-TR (en adelante "el reglamento"). Ambas normas tienen a la fecha decenas de modificaciones, por lo que sugerimos tener cuidado en verificar la vigencia de sus disposiciones dado que aún no se publica un texto único ordenado de cada una.

La ley se basa, como debe ser, por lo dispuesto en el convenio OIT N° 81, convenio calificado como uno de los cuatro de gobernanza o prioritario, rati-

* Doctor en Derecho por la Universidad Castilla-La Mancha, España. Profesor de derecho laboral en las universidades PUCP, ESAN y UNMSM. Socio del estudio De Las Casas y Ulloa (www.dyu.pe)

** Reseña formulada por los editores de *Laborem* núm. 24.

ficado por Perú el 1 de febrero de 1960. Al estar ratificado, el convenio forma parte del derecho nacional tal como lo prevé el art. 55 de nuestra Constitución. Por ello, aquella es la norma de lógica referencia para los posibles problemas que podamos encontrar en la normativa interna[1].

En específico y para entrar al tema del presente trabajo, si un inspector de trabajo considera que, luego de la investigación realizada dentro de la etapa previa al procedimiento sancionador (etapa que la ley denomina "actuación inspectiva"), se ha producido una infracción de las normas laborales, puede requerir al sujeto responsable de su comisión la adopción, en el plazo que determine, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones que entiende vulneradas (art. 14 de la ley). Esta acción, que no puede ser impugnada, se denomina "medida de requerimiento" y se debe emitir por escrito, sin perjuicio de la posible generación del acta de infracción y de la propuesta de sanción. Para darle imperio a esta decisión, incumplirla supone automáticamente la comisión de una infracción a la labor inspectiva según lo prevén los art. 36 y 39 de la ley y los art. 45 y 46 del reglamento.

Esta medida de requerimiento (que no es igual al requerimiento de información, la cual es una conducta previa) supone una toma de decisión por parte del inspector sobre los hechos revisados, la cual muchas veces supone una interpretación más que solamente una verificación de hechos pero que siempre se dará cuando el inspector considere que los incumplimientos sean subsanables. Caso contrario, el inspector procederá simplemente a emitir una constancia y luego un acta de infracción (art. 16 de la ley).

Como es conocido, una actuación inspectiva puede finalizar con la emisión de un informe de actuaciones inspectivas de investigación (en caso se considere que no hay infracción) o con la emisión de un acta de infracción (que se comunicará al infractor con la imputación de cargos, iniciando así el procedimiento administrativo sancionador).

En el caso de infracciones insubsanables y de manera previa al acta de infracción el inspector emite una constancia de actuaciones inspectivas de in-

1 Similar posición es asumida por el profesor ARCE ORTIZ, Elmer. "El sistema de inspección del trabajo en el Perú, aspectos jurídicos", Palestra, 2020.

vestigación que contiene una hoja anexa donde incluye los "incumplimientos insubsanabales / no revertibles".

En síntesis, el servidor público investiga unos hechos y antes de concluir su trabajo le debe dar al inspeccionado una oportunidad de regularizar su situación (requerimiento) lo cual ocurre solamente cuando considere que las infracciones pueden ser subsanables: cuando entienda (y este es el tema a estudiar) que no lo son, simplemente dejará constancia de los hechos verificados, las normas incumplidas y los trabajadores afectados para luego comunicar su propuesta de multa.

Para el profesor Arce esta conducta promueve el caos laboral pues antes de la llegada del inspector se puede vivir en una "mala fiesta de incumplimientos laborales" dado que el empleador sabe que el inspector le debe dar un plazo para subsanar su incumplimiento. Según el citado autor "*este es un esquema pernicioso que pone en entredicho la credibilidad del sistema inspectivo en su conjunto*"[2].

En realidad, nosotros entendemos que el esquema adoptado por la ley y normas inferiores le otorga amplias facultades a cada inspector, que le permite optar por un sistema de advertencia o por uno de imposición de multas. Y ello dependerá de su criterio (¿adiós a la predictibilidad?) y de las peculiaridades de cada caso, aspecto que la discusión sobre la definición de lo subsanable pone de relieve.

Podemos verificar que la ley no precisa la relación de las infracciones que pueden ser advertidas por los inspectores sino que solamente las califica por materias (art. 33 al 36) y por su gravedad (art. 37). Es el reglamento el que especifica de manera detallada (art. 23 al 46) las conductas que deben respetarse, algunas muy claras o precisas y otras de contenido abierto o interpretable. Por ejemplo, no pagar u otorgar íntegra y oportunamente las remuneraciones y los beneficios laborales a los que tienen derecho los trabajadores por todo concepto, incluidos los establecidos por convenios colectivos o laudos arbitrales, así como la reducción de los mismos en fraude a la ley (art. 24.4.) es una conducta que parece clara de entenderse (el reglamento la califica como infracción grave) y que no nos parece que genere mayor duda si uno conoce la forma de cálculo y la oportunidad de pago de cada concepto. Así, si no se deposita la compensación por tiempo de servicios (CTS) hasta el 15 de mayo o noviembre, queda claro que se

2 ARCE, op. cit., p. 96.

está incumpliendo esta obligación y no solamente debe pagarse el beneficio sino también deben reconocerse los intereses financieros pertinentes dentro del plazo otorgado por el inspector en su requerimiento, de lo contrario se generará un procedimiento sancionador. La discusión para negarse al pago podrá venir, por ejemplo, si el empleador cuestiona que el trabajador tenga derecho al beneficio (si se alega que es un trabajador que labora menos de cuatro horas diarias) pero nos queda claro que esta es una obligación que siempre será subsanable, esto es, si se paga principal e intereses se resuelve el inconveniente del cumplimiento. Pero queda la duda si debería multarse o no por el incumplimiento detectado, lo cual se resuelve con el modelo de inspección que se quiera adoptar[3].

De otro lado, existen preceptos que no poseen dicha precisión y quedan abiertos a la interpretación, por ejemplo el que prevé como infracción muy grave los actos de hostilidad y el hostigamiento sexual *así como cualquier otro acto*[4] que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 25.14.) o el no adoptar las medidas necesarias para prevenir o cesar dichos actos (art. 25.15.). Expuesto así, dependerá del criterio de cada inspector si un determinado acto (por ejemplo, una corrección disciplinaria poco respetuosa en público, una penitencia o algún comentario publicado en redes) afecta la dignidad del trabajador y configura esta infracción. Y también dependerá de su criterio si esta infracción resulta subsanable o no pues el acto ya fue hecho, se generaron efectos y justamente por ello es que se reclama.

La importancia de definir lo subsanable

Que una infracción sea subsanable genera una gran consecuencia: permite que el infractor tenga la posibilidad de corregir su conducta y con ello evitar una multa o, si esta se produce, optar por una reducción importante de su cuantía, tal como lo prevé el art. 40 de la ley (descuentos de 70% y 50% de la multa). Sin embargo, al existir la posibilidad de considerar a las infracciones como no subsanables, el infractor ya no puede corregir su conducta, pierde la posibilidad

3 Sobre esto puede verse el texto clásico de WEIL, David "Un planteamiento estratégico de la inspección del trabajo", en la Revista Internacional del Trabajo, OIT, p.389-419, 2008. Se puede encontrar en el siguiente enlace: http://ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/s3_weil.pdf

4 El resaltado es nuestro.

de recibir un requerimiento y también de aplicar a algún descuento de la multa. ¿Cuáles son estas?

Las normas en cuestión

El texto original del reglamento indicaba en su art. 49 lo siguiente:

> "En el caso de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley, la autoridad competente podrá ordenar las diligencias necesarias para que se verifique la subsanación de las infracciones detectadas, a efectos de emitir pronunciamiento sobre la solicitud de reducción de multa."

Como vemos, no se limita la posibilidad de subsanación sino que solamente se prevén sus consecuencias.

En diciembre de 2013 se modifica este artículo por el D.S. 12-2013-TR y se le agregan dos párrafos más, siendo el segundo el que precisa cuándo una infracción es subsanable, limitando la aplicación del beneficio previsto en la ley (¿el reglamento podía hacer esto?):

> "Los beneficios previstos en el numeral 17.3 del artículo 17 del presente Reglamento y los previstos en los literales a) y b) del artículo 40 de la Ley, son aplicables en la medida en que la infracción sea subsanable. Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos."

Luego, en agosto de 2017, se confirma esta posición con la modificación realizada mediante D.S. 16-2017-TR:

> "Los beneficios previstos en el artículo 40 de la Ley son aplicables en la medida en que la infracción sea subsanable. Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos."

En enero de 2018 se publicó el D.S. 1-2018-TR, que modificó algunos artículos del reglamento y agregó un párrafo (D) a su numeral 48.1 por el que se señala expresamente lo siguiente: "las infracciones tipificadas en los numerales 25.7. y 25.18 del artículo 25 tienen el carácter de insubsanables". No aparecen otras en nuestra normativa con dicha condición. Por tanto, resulta incuestio-

nable que dichas conductas, relacionadas con la prohibición del trabajo infantil y el trabajo forzoso, dos de los cuatro derechos fundamentales según la OIT[5], justificarían su consideración como infracciones que no admitirían corrección o arrepentimiento.

Mediante Resolución de Superintendencia N° 186-2019-SUNAFIL de fecha 4 de junio de 2019 se aprobó la versión 2 de la directiva N° 2-2016-SUNAFIL/INII, reglas generales para la fiscalización en materia de seguridad y salud en el trabajo. En el punto 7.8. (referido a la medida inspectiva de requerimiento) se señala que:

- De comprobarse una infracción en temas de seguridad y salud, se requerirá al responsable la adopción de las medidas necesarias para cumplir las normas vulneradas (7.8.1.).
- No se emitirá requerimiento cuando el incumplimiento (7.8.3.):
    - Causó un accidente de trabajo y produjo lesión orgánica, perturbación funcional, invalidez o muerte al trabajador afectado.
    - No puede ser objeto de subsanación porque ya se produjo durante el periodo afectado y no es susceptible de subsanación en forma retroactiva[6].
- El inspector debe indicar el carácter insubsanable en la constancia de actuaciones inspectivas y anexos y sustentarla en la imposibilidad de revertir los defectos, sustento que también debe figura en el acta de infracción.

Ahora es una norma inferior la que también excluye ciertas conductas de la posibilidad de subsanación.

5 Ver la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de junio de 1998 en el siguiente enlace: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_467655.pdf Sobre la importancia de los derechos fundamentales laborales en nuestras vidas ver ULLOA MILLARES, D. (2013) "La titularidad de los derechos constitucionales laborales y su tratamiento legal: ideas sobre el concepto de trabajador previsto en la Constitución y las relaciones laborales legalmente excluidas". *Derecho & Sociedad* (40). 101-111. Recuperado a partir de http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12792

6 Curiosa definición circular: No puede ser objeto de subsanación por no es susceptible de subsanarse.

Luego, mediante Resolución de Superintendencia N° 237-2019-SUNAFIL de fecha 24 de julio de 2019, se adoptó como segundo criterio normativo que las infracciones previstas en el numeral 25.22 del reglamento (referidas a contar con los cuadros de categorías y funciones o la política salarial prevista en la ley 30709) califican como subsanables, "estando facultado el inspector de trabajo a emitir la medida de requerimiento respectiva, una vez verificado que el sujeto inspeccionado no cuenta" con los documentos antes indicados.

Resulta discutible que este incumplimiento sea subsanable pero es lo que señala la norma.

Finalmente, mediante Resolución de Superintendencia N° 31-2020-SUNAFIL de fecha 3 de febrero de 2020 se aprobó la directiva N° 1-2020-SUNAFIL/INII, directiva sobre el ejercicio de la función inspectiva, la cual dejó sin efecto las reglas generales para esta función aprobada por la directiva N° 1-2016-SUNAFIL/INII. En el punto 7.14. (referido a las medidas inspectivas) esta norma establece, entre otros requisitos, que:

- Si se advierte la comisión de infracciones, los inspectores emiten medidas de advertencia, requerimiento, paralización o prohibición de trabajos o tareas o cierre temporal según corresponda (7.14.1.).
- Las medidas de requerimiento, paralización o prohibición de trabajos o tareas o cierre temporal deben incluir el detalle y la descripción "clara, precisa y concisa"[7] de (7.14.1.):
    - los hechos o actos constitutivos de los incumplimientos,
    - los trabajadores afectados,
    - las normas vulneradas,
    - los numerales del reglamento que tipifican los hechos como infracciones,
    - los periodos de comisión de las infracciones,
    - la obligación normativa que exige su cumplimiento y el riesgo grave o inminente advertido, según corresponda,
    - el mandato específico que debe cumplir el inspeccionado.

7 Resulta interesante este énfasis en el contenido de la medida, el mismo que debe ser conjuntivo.

- El plazo para el cumplimiento del requerimiento se establece considerando la cantidad de trabajadores afectados, la gravedad y naturaleza de la infracción, la urgencia de la medida, la racionabilidad y cualquier otro factor que, a su juicio, permitan evaluar la duración del plazo (7.14.5.).
- Se puede calificar una infracción como insubsanable para lo cual debe motivarse debidamente y sustentarse en una conducta infractora que, antes de ser detectada por el inspector, agotó sus efectos dañosos y no es posible remediar el perjuicio producido o evitar el que se pudiera producir al trabajador, sustento que también debe figurar en el acta de infracción. Todo esto debe notificarse al inspeccionado y no se genera requerimiento (7.14.8.).

De la evolución normativa antes reseñada podemos notar que la regla sería que todo es subsanable y que las infracciones insubsanables son la excepción y, por ello, deben ser específicamente previstas en las normas, tal como se hizo hasta enero de 2018. Por tanto, lo señalado por el "comité de criterios" en el 2019 parecería redundante. O de repente han querido cambiar el orden de las cosas, interpretación que tendría sustento en lo incluido en la directiva del 2020, en la cual se describe el poder del inspector para definir cuándo una infracción le parece insubsanable.

Consideramos que esta situación es peligrosa y merecería una posición clara del Tribunal de Fiscalización Laboral próximo a ejercer funciones porque como hemos anotado anteriormente, las consecuencias son muy diferentes si estamos ante una infracción subsanable que otra que no lo sea. Y esa característica de que "no es posible remediar el perjuicio producido" en realidad se puede aplicar a todo incumplimiento, inclusive a la falta de pago de beneficios económicos pues pueda darse el caso que al no recibir mi gratificación de Navidad no pude pagar mi respectiva cuota de la hipoteca y ello me generó mayores gastos y trámites y disposición de tiempo que los reconocidos por los intereses legales. Esto es, siempre se podrá producir un daño que parecería no sería atendido si el incumplimiento se considera como subsanable.

Y, en cambio, el no cumplir con realizar la elección del comité de seguridad y salud en el trabajo podría calificarse como insubsanable a pesar de no haber

tenido incidente o accidente alguno y no generarle daño real a los trabajadores. Aquí es donde resulta necesaria, creemos, una claridad, razonable y coherente.

La realidad

Basados en el texto de la ley y sus objetivos de reducción de multa y sanción de la reiteración entendemos que debe presumirse que todas las infracciones son subsanables salvo los que la norma indique que no lo son (hasta hoy, dos infracciones). Pensar que resulta subsanable solamente aquello que puede ser revertido es algo que no está siendo debidamente interpretado pues, siendo objetivos, todo lo pasado ya no puede ser modificado. Como ya indicamos, si no se depositó la CTS el 15 de mayo, ello ya no puede modificarse, ya se generaron efectos, buenos y malos.

En efecto, vemos que muchos inspectores de trabajo (y las autoridades pertinentes) han venido interpretando sin mayor sustento que otras conductas resultan insubsanables, en especial las vinculadas con accidentes de trabajo, con el citado criterio de que "no son posibles de revertir en el tiempo". Esto nos parece muy discutible porque, como hemos indicado, pensando así ninguna infracción resultaría subsanable y se le negaría al infractor la posibilidad de corregir su conducta, presumiendo una responsabilidad objetiva en su actuación.

Veamos algunos casos reales recientes:

1) En el anexo constancia de actuaciones inspectivas de fecha 19 de octubre de 2018 que se incluyó como punto 4.6. de la respectiva acta, se señala que "en aplicación de la Directiva N° 002-2016-SUNAFIL/INII, numeral 7.8.3., se han detectado causas de accidente de trabajo que son incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo y se determinas (sic) como hechos insubsanables a la fecha de la ocurrencia del accidente de trabajo ocurrido".

   En efecto, se señala en el anexo que el accidente de trabajo que sufrió el trabajador califica como hecho insubsanable "por la imposibilidad de revertir el daño ocasionado", por ser "imposible de ser revertido en el tiempo", tal como lo prevé el numeral 7.8.3. de la directiva N° 2-2016-SUNAFIL-INII, norma vigente al momento de ocurrir el accidente.

2) En el punto 3.13. de la resolución de intendencia N° 3-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 8 de enero de 2021 (se analiza un accidente trabajo) se señala que:

> Este razonamiento está ligado justamente con el carácter insubsanable de la infracción cometida conforme a las disposiciones normativas que se enuncian a continuación. El artículo 49 RLGIT indica que: "Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos". Por su parte, el punto 7.8.3. de la Directiva N° 002-2016-SUNAFIL/INII – Reglas Generales para la Fiscalización en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo dispone que no se emitirá medida inspectiva de requerimiento (que tiene como objeto ordenar la subsanación de la infracción) en los siguientes supuestos: (...) b) Incumplimientos a las normas de SST que no puedan ser objeto de subsanación, debido a que ya se produjeron durante el periodo afectado y no son susceptibles de subsanación en forma retroactiva. Sobre el particular, en el noveno hecho verificado del Acta de Infracción, se señaló que: "Tal incumplimiento configura una infracción que, deviene en la afectación del trabajador Jesús Antonio Huamán Ramos. Al no realizar el sujeto inspeccionado la identificación y valoración completa de todos los peligros y riesgos para el puesto de trabajo y/o la actividad que desarrollaba el trabajador (Técnico Mecánico) a la fecha del accidente de trabajo 4.1.2015; se evidencia la vulneración del derecho a la integridad física (vida) del trabajador consignado.

3) En el punto 3.9. de la resolución de intendencia N° 12-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 12 de enero de 2021 (otro accidente de trabajo) se señala que:

> Al respecto, es oportuno precisar que el incumplimiento constatado que se analiza, constituye una infracción insubsanable en materia de seguridad y salud en el trabajo, toda vez que a la fecha del accidente de trabajo materia de investigación, esto es al 15 de noviembre de 2014, ya se había ocasionado daño a la trabajadora Yovany Jackeline Dávila Ramos, no siendo susceptible de subsanación en forma retroactiva, lo cual se dejó constancia en la Hoja Anexa a la Constancia de Actuaciones Inspectivas; por lo que no se procedió a emitir la medida inspectiva de requerimiento, de conformidad con Resolución Directoral N° 29-2009-MTPE/2/11.4 Sobre Criterios Aplicables en la Inspección del Trabajo donde el numeral 7 dispone que "en caso de incumplimientos en materia de seguridad y salud en el trabajo, que causó un accidente de trabajo, no se extenderá respecto del trabajador afectado medida de requerimiento al

tratarse de una infracción insubsanable; sin embargo, se deberá dejar constancia de ese hecho en la actuación inspectiva en la que se determine dicha infracción; debiendo efectuarse la respectiva motivación en el Acta de Infracción correspondiente."; concordante con el artículo 40 del RLGIT.

4) En el punto 3.8. de la resolución de intendencia N° 13-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 12 de enero de 2021 (otro accidente de trabajo) se señala que:

> Además, se advierte que el personal inspectivo de trabajo determinó que la presente infracción es de carácter insubsanable en vista que los efectos del accidente no pueden ser revertidos, conforme al Anexo No I - Infracciones Insubsanables/Irreversibles que obra en autos.

5) En los puntos 3.10. y 3.11. de la resolución de intendencia N° 19-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 12 de enero de 2021 (accidente de trabajo) se señala que:

> 3.10. Al revisar los actuados en el expediente investigatorio, se advierte que con relación al Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo al termino de las investigaciones la Inspectora del Trabajo actuante emitió el Anexo 2: Hechos No Revertibles, notificado el 11 de enero de 2017 a la inspeccionada a través de apoderado Giancarlo Paolo Bonilla Hurtado, donde dejo constancia que los incumplimientos advertidos en este documento es una infracción no revertible a la fecha de ocurrencia del accidente de trabajo del señor Coronado Rojas, estando a que la vulneración a las normas de seguridad y salud en el trabajo ya se produjeron y no es posible su subsanación en forma retroactiva, al amparo del literal b) del numeral 7.8.3 de la Directiva N° 002-2016-SUNAFIL/INII – Reglas Generales para la Fiscalización en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.
>
> 3.11. En atención a lo anterior, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo presentado con sus descargos contra el Acta de Infracción, cuyas observaciones se detectaron a la fecha del accidente de trabajo, ya no pueden ser subsanadas por la inspeccionada, en atención a las consideraciones expuestas por la inspectora actuante, sin perjuicio de las acciones correctivas que debe adoptar la inspeccionada luego de la ocurrencia de un accidente laboral.

6) En los puntos 3.10. y 3.11. de la resolución de intendencia N° 24-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 13 de enero de 2021 (un registro en planilla y accidente de trabajo) se señala que:

3.10. En cuanto a lo señalado en el numeral iii) del recurso de apelación, de la revisión de autos, se advierte que en coincidencia con lo señalado en la Hoja Anexa – Hechos Insubsanables, la autoridad de primera instancia ha señalado en los considerandos 18 y 22 de la resolución apelada ha señalado que habiéndose determinado que "Kraftwagen no registró en su planilla de pago al señor Cortez desde el 21 de abril de 2014, fecha de inicio de sus labores, siendo que a la fecha de ocurrencia de su accidente de trabajo sucedido el 22 de abril de 2014, la infracción se convierte en insubsanable", además en el considerando 22 de la resolución apelada se ha precisado que, "(...) el carácter insubsanable de la omisión de no haber inscrito al señor Cortez en su planilla a la fecha de su accidente de trabajo se configura en atención a su temporalidad, al advertirse que toda inscripción de dicho trabajador en el sistema de planilla electrónica se registraría con fecha posterior al 22 de abril de 2014", desestimando así, el argumento de la inspeccionada.

3.11. De lo que se advierte que la autoridad de primera instancia, sí ha emitido su pronunciamiento y sustento sobre el motivo por el que se ha considerado insubsanable en el presente caso el incumplimiento del registro en la planilla electrónica, toda vez que, no obstante pueda registrar al trabajador en una fecha posterior, no logrará desvirtuar el incumplimiento de no haber cumplido con su registro de forma oportuna, pues no sería posible retrotraer el tiempo para que se realice dicho registro, esto es dentro del día en que ingresó a laborar el mencionado trabajador, en contravención a lo dispuesto en el artículo 4-A. del Decreto Supremo N° 018-2007-TR, que señala: "El empleador deberá registrarse, así como a sus trabajadores, (...) de acuerdo a los siguientes plazos: a) Trabajador, prestador de servicios a que se refiere el numeral ii) del literal d) del artículo 1 del presente Decreto Supremo, (...) dentro del día en que se produce el ingreso a prestar sus servicios, independientemente de la modalidad de contratación y de los días laborados."

7) En el punto 3.7. de la resolución de sub intendencia N° 187-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE2 de fecha 28 de febrero de 2019, confirmada por resolución de intendencia N° 166-2021-SUNAFIL/ILM de fecha 28 de enero de 2021 (se resuelve un traslado de centro de labores que se acusa de hostil), se señala que:

En particular, esta conducta ha sido calificada como injustificada, conforme se señaló en el trigésimo primer hecho verificado del acta de infracción, de acuerdo al siguiente detalle:

> "(…) Asimismo, habiéndose verificado que el sujeto inspeccionado no ha demostrado que su actuación de trasladar a la trabajadora KARINA ANGELA GUARDIAN RODRIGUEZ de la Agencia Próceres a la Agencia El Agustino, obedezca a una causa real y razonable, a una decisión que se haya adoptado atendiendo a los criterios de razonabilidad, necesidades del centro de trabajo y con respeto a los derechos fundamentales de dicha trabajadora que constituyen en suma los límites propios del poder de dirección del empleador, y como consecuencia de ello le causó un perjuicio económico, se determina que incurrió en infracción al artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 (...), al haber incumplido sus disposiciones relacionadas con la facultad de introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, subsumiéndose la conducta (...) en lo señalado en el literal c) del artículo 30º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728 (...) que constituye INFRACCIÓN DE CARÁCTER INSUBSANABLE en razón a que los efectos del incumplimiento normativo no pueden ser revertidos toda vez que, el traslado y el perjuicio económico se materializaron, además a la fecha dicha trabajadora ya no labora para el sujeto inspeccionado por vencimiento de su contrato de trabajo (…)"

La citada resolución de sub intendencia señala en su numeral 3.30.:

> Corresponde señalar que la presente infracción tiene el carácter de insubsanable, conforme se dejó constancia durante el trámite de las actuaciones inspectivas, pues por la naturaleza de la infracción se tornan irreversibles la afectación de la dignidad de la persona humana.

Vistos estos ejemplos, podemos ver con interés los diferentes argumentos para calificar de insubsanable diferentes conductas previstas en las directivas antes indicadas, lo que consideramos ilegal y contradictorio con las normas superiores.

En efecto, como ya se ha dicho y siendo estrictos, ninguna infracción laboral puede ser revertida en el tiempo. Entonces, la posibilidad de reconocer la subsanación dependerá de lo que queramos incentivar en los empleadores.

Otro caso real nos puede servir como ejemplo: La resolución de intendencia N° 523-220-SUNAFIL/ILM de fecha 9 de setiembre de 2020 confirmó la resolución de sub intendencia N° 268-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE5 de fecha

14 de marzo de 2019 que impuso sanción a una empresa por no acreditar el pago de remuneraciones de 651 trabajadores de octubre 2015 a febrero 2016 y por no cumplir con la medida de requerimiento. En efecto, en este caso las inspectoras comisionadas detectaron los incumplimientos y remitieron una medida inspectiva de requerimiento de fecha 17 de junio de 2016[8] para que la empresa acredite "el reintegro de la remuneración a partir del mes de octubre de 2015 al mes de febrero del 2016, a favor de los 651 trabajadores afiliados al sindicato…" caso contrario se constituiría una infracción a la labor inspectiva, como finalmente ocurrió.

Vemos entonces que no pagar la remuneración fue considerado una conducta subsanable.

Lo mismo confirmó la autoridad en la resolución de intendencia N° 532-2020-SUNAFIL/ILM de fecha 11 de setiembre de 2020 cuando una empresa no pagó en diciembre de 2018 la indemnización vacacional de un trabajador generada en los periodos 2014 a 2016 (tres años). Este incumplimiento también fue considerado subsanable y, al no pagarse en el plazo, generó la multa por infracción a la labor inspectiva. Es más la resolución de primera instancia, resolución de sub intendencia N° 499-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE4 de fecha 19 de junio de 2019, señaló:

> Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 48.2 del artículo 48 de la LGIT se exige al sujeto inspeccionado cumpla con subsanar la infracción señalada en el numeral 1 del cuadro que antecede. Asimismo, si bien la infracción a la labor inspectiva es de naturaleza insubsanable, corresponde instar al sujeto inspeccionado para que en lo sucesivo cumpla con su deber de colaboración frente a la inspección del trabajo.

No realizar charlas de formación e información en seguridad y salud en el trabajo también se consideró curiosamente una infracción subsanable, tal como lo resolvió la resolución de sub intendencia N° 702-2019-SUNAFIL/ILM/SIRE1 de fecha 12 de agosto de 2019 confirmada por resolución de intendencia N° 521-220-SUNAFIL/ILM de fecha 9 de setiembre de 2020. Y eso a pesar de que las charlas sobre formación e información de riesgos específicos en el puesto de trabajo debieron realizarse en el 2016 y la inspección emitió su acta en el 2017.

8 Hay que notar la demora del procedimiento (más de tres años).

De todos estos casos, que como podrá verse son de un periodo muy corto (2019-2021) se puede ver que el tema no queda claro. Así, si no pago la gratificación de un trabajador el 15 de diciembre, la falta de dinero en ese día puede causar un perjuicio al trabajador, pues tiene menos ingresos y sufrirá esa falencia hasta que el empleador pague, por lo que estaríamos también ante un incumplimiento que puede producir un perjuicio que no puede ser subsanado. Claro, para cubrir ello se inventaron los intereses, como una forma de compensar o sancionar el incumplimiento (mora). Empero, cuando existe un accidente de trabajo, se parte de la idea básica de que es imposible su subsanación porque el tiempo no puede retrotraerse para justamente evitar la ocurrencia del hecho. Pero, no siempre la ocurrencia de un accidente se debe porque exista un documento.

Otro ejemplo: no tener registro de asistencia se considera insubsanable. Pero, ¿acaso no se puede probar dicha información con, por ejemplo, la grabación de cámaras? ¿O con un cuaderno de vigilancia? ¿O con testimonios? ¿O con otros indicios? Claro, pareciera más fácil ir por lo insubsanable pero con ello estaríamos acercándonos a un sistema de responsabilidad objetiva: lo tienes o no lo tienes, dejando lo subsanable solamente para las obligaciones de dar dinero pero no las de hacer (registrar en planilla, entregar condiciones de trabajo, evitar un accidente).

Entonces, más que hechos insubsanables, que los son todos, creemos que lo que la ley originalmente buscaba (ojo que estamos hablando de una norma del 2006) es observar si en cada caso a revisar la empresa puede corregir o subsanar alguna conducta que impida la reiteración de los hechos (más allá de lo que haya ocurrido) así como una debida compensación y disminuir riesgos. Es por ello que consideramos que las directivas que califican como insubsanable los incumplimientos de seguridad y salud resultan ilegales, pues crean supuestos que impiden la aplicación del beneficio legal de la reducción de multa previsto en el artículo 40 de la ley. ¿Por qué la ocurrencia de un accidente no puede corregirse y si el pago de algún beneficio? ¿Un acto de hostigamiento o un acoso serían subsanables? ¿Impedir la constitución de un sindicato (25.11. del reglamento) o incumplir el deber de confidencialidad en el uso de los datos relativos a la vigilancia de la salud de los trabajadores (28.4. del reglamento) es algo subsanable?

En efecto, las reducciones al 30% y al 50% de la multa propuesta o impuesta previstas en la ley se logran cuando se acredita "la subsanación de las infracciones detectadas". Esto significa que:

1) Hay una infracción.
2) El infractor decide subsanar la infracción, porque no conocía su incumplimiento o porque la interpretación que le daba no ha sido compartida por el inspector o porque simplemente no quiere cumplir las normas. Tres supuestos diferentes que recibirían la misma consecuencia.

Los textos señalan que "Las infracciones son subsanables siempre que los efectos de la afectación del derecho o del incumplimiento de la obligación, puedan ser revertidos." Entender que solamente se puede subsanar lo que supone entrega de dinero supone a nuestro parecer actuar de manera limitada, sin sustento técnico y, principalmente, contradiciendo el mandato del art. 40 de la ley. Asimismo, demuestra poca información en el objetivo buscado con la inspección pues ¿cuál es el objetivo de nuestro modelo: solamente multar o una buscar una cultura de respeto de las normas?

Cuando hablamos de accidentes se trabaja normalmente la infracción prevista en el numeral 28.10 del reglamento, a saber: "el incumplimiento de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo *que ocasione* un accidente…" Por tanto, el incumplimiento debe ser la causa del accidente, aspecto que debería probarse en el acta o el procedimiento de inspección. Lamentablemente esto no ocurre y todo es reemplazado por una aplicación automática de verificación de accidente – multa.

Frente a esto podríamos preguntarnos cómo se pueden subsanar los hechos acusados en un accidente de trabajo. ¿Cuáles son estos efectos para poder verificar si pueden ser revertidos? Si un accidente, por ejemplo, no fue generado por algún incumplimiento sino que fue consecuencia de factores externos al infractor, a saber:

- La temeridad del trabajador,
- El incumplimiento del trabajador,
- El hecho decisivo de un tercero.

Entonces, si el infractor no participa como causante de la consecuencia ¿cuál es el argumento para que no pueda subsanar su conducta y no obtener la reducción de la multa? El numeral 7.8.3. de la directiva 2-2016 establece que es "la imposibilidad de revertir los efectos del incumplimiento normativo o de

la afectación del derecho, sustento que también debe ser consignado en el acta de infracción".

¿Qué ocurre si el trabajador se recupera de las dolencias del accidente? ¿Qué pasa si el empleador, una vez ocurrido el accidente, activa todos los seguros contratados y atiende a la persona? ¿No se ha producido una reversión de su afectación del derecho? Nótese que, como indicamos líneas arriba, tenemos solamente dos opciones: o todo es insubsanable porque no se puede regresar en el tiempo o todo es subsanable porque siempre existirán medidas de compensación o sanción ante la ocurrencia de un incumplimiento.

De repente ese ha sido el motivo por el cual la norma del 2018 solamente considera como insubsanables las conductas previstas en los numerales 25.7 y 25.18. del reglamento de la ley general de inspección. Y por ello podemos entender que es posible una reducción en la multa, si acaso esta se mantuviera, dado que las consecuencias del incumplimiento pueden ser revertidos o subsanados (en el caso de un accidente no mortal con cuidados y atención médica hasta lograr la alta del trabajador). Esto es, la discrecionalidad del inspector debería considerar, como señala el art. 38 de la ley, no solo mecánicamente la gravedad de la falta de cada caso y el número de trabajadores afectados (caso en el cual hay normas que fijan un número) sino también el tipo de empresa y sus antecedentes y principalmente, los principios de racionabilidad y proporcionalidad (art. 47 del reglamento). Y así no tratar igual lo que en cada caso puede ser diferente. Caso contrario, no habría incentivos para reducir los riesgos si la multa va a ser la misma que aquella impuesta a aquel que no realizó cobertura alguna. Más barato resulta ser informal y eso es justamente lo que no queremos auspiciar. Dura tarea que tiene el Tribunal de Fiscalización Laboral.

Pensar como las directivas nos llevaría nuevamente al supuesto imposible de no consideración de las prevenciones realizadas por un empleador cuando le ocurre un accidente, inclusive si este es causado por un tercero o por negligencia del trabajador. Reparemos que la legislación española, referente común de nuestra legislación y nuestra doctrina, excluye expresamente de su concepto de accidente de trabajo a:

> "a) Los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente.

En ningún caso se considerará fuerza mayor extraña al trabajo la insolación, el rayo y otros fenómenos análogos de la naturaleza.

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado."

Queda claro que no podemos pedir lo imposible y calificar como accidente de trabajo a todo suceso que le afecte al trabajador cuando concurren, por ejemplo, numerosas fracturas del nexo causal.

Hacia una propuesta para no incentivar incumplimientos

Creemos que la inspección del trabajo constituye una función esencial en nuestra sociedad, en especial porque ha sido relevante para corregir las numerosas falencias de nuestra legislación así como la demora en la atención de resolución de conflictos por parte del Poder Judicial. Asimismo, vemos con satisfacción que la calidad profesional de los inspectores ha venido mejorando con el tiempo desde aquella célebre acta de infracción emitida en el año 2007 en el caso Topy Top[9]. Pero es necesario tener claridad en las posiciones.

En este sentido, y dado que ya se han elegido a los miembros del Tribunal de Fiscalización Laboral, consideramos que un tema importante a definir será la diferenciación, si cabe, entre infracciones subsanables e insubsanables, dado que el criterio de la reversión en el tiempo no nos parece adecuado. Creemos que los elementos que pueden tomarse para esta definición pueden ser:

- La gravedad de la falta, entendiendo como gravedad entre otros la naturaleza de la misma, esto es, si está relacionada a un derecho fundamental, a un beneficio económico o a un beneficio cualitativo; los motivos de generación de la falta; verificar quien la generó (si fue una persona determinada o una política de empresa) así como el impacto de la falta al trabajador, su familia como al personal.

9 Para conocer esta interesante historia puede verse el trabajo de SANGUINETTI RAYMOND, W., GARCÍA LANDABURU, M. y VIVAS PONCE, M. Empresas multinacionales, responsabilidad social y derechos laborales en el Perú, la experiencia de Topy Top, informe de investigación del CICAJ N° 1, 2013. Recuperado a partir de https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2015/11/libro_topy-top_sanguineti-garcia-landaburu-vivas.pdf

- El número de trabajadores, tanto los real como los potencialmente afectados.
- El tipo de empresa.
- Las conductas realizadas previamente por el infractor para evitar la comisión de la falta.
- La reiteración de la falta.
- La pedagogía, el objetivo a buscar.

Los tres primeros figuran en el art. 38 de la ley como criterios generales para la graduación de la sanción pero se usan muy poco en las actas y resoluciones, las que normalmente siguen mecánicamente el cuadro de multas del art. 48 del reglamento. Asimismo, no nos parece razonable que el tipo de empresa pueda generar una diferencia en muchas infracciones. Por ejemplo, un acoso sexual no debería verse diferente según el tipo de empresa pero si de repente ante una demora en el pago de un beneficio (considerando el nivel de ingresos de la empresa en el último semestre por ejemplo). Y esto debería verse caso por caso, lo cual no hemos visto en la mayoría de resoluciones revisadas.

Entendemos que un análisis casuístico para la imposición de la multa supone mayor tiempo pero ellos nos llevaría a resoluciones más razonables y, también, justas. Y parte de ello supone tener una lista clara de cuáles son las faltas que pueden subsanarse y que tendrían una nueva oportunidad y cuáles no, tipificación que debería estar por lo menos en una norma reglamentaria y no en una directiva elaborada justamente por la propia autoridad. O, en todo caso, que se fundamente en motivos claros y razonables, con un plazo previo para difusión y no tal como figuran en las directivas antes citadas.

Somos de la idea que todas las infracciones son subsanables para adelante dado que la conducta sancionable ya se cometió. Pero la particularidad del infractor, la naturaleza de la falta, las consecuencias de la misma, los motivos de su ocurrencia y la posibilidad de corrección para adelante deberían ser suficientes motivos para generar un cambio en el infractor. Esto es, en la primera vez siempre debería presumirse la buena fe, la inocencia del infractor e, inclusive, obligarlo a llevar un curso de capacitación en obligaciones laborales a cargo de la autoridad de trabajo, los cuales deberían ser mensuales para así comprender

a los infractores. Si luego de todo esto, el infractor continúa incumpliendo, las multas podrían incrementarse.

Todo lo anterior nos parece también aplicable a los accidentes de trabajo aunque este tema, tan sensible y tan cercano -en la reciente experiencia judicial- a la responsabilidad objetiva, nos parece que debería merecer un estudio específico tomando en cuenta las metas a cumplir.

Lima, marzo de 2021

EL PAPEL DE LAS Y LOS DENUNCIANTES EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Estela Ospina Salinas*
Fanny Bautista Puchuri**
Andrea Sánchez Matos***
Nataly Polanco Monteza****

Introducción

El sistema de inspección del trabajo es una función pública vital para cualquier estado democrático, incluido el Perú. Tal como señala la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (en adelante, CEACR) "(La inspección) es fundamental para promover y hacer cumplir condiciones de trabajo decentes y el respeto de los principios y derechos fundamentales en el trabajo" (Aplicación de las normas internacionales del trabajo, 2020, pág. 521)

Dada la relevancia del buen funcionamiento del sistema, el presente trabajo expone la situación actual del sistema de inspección en el Perú para alcanzar

* Abogada. Maestrías en Derecho del Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales. Docente en PUCP. Gerente de investigación y Formación en Thani Consultoras Laborales SAC.

** Abogada por la UNMSM. Alumna del Programa de 2da. Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Gerente general en Thani Consultoras Laborales SAC.

*** Abogada por la UNMSM. Alumna de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP. Gerente Ejecutiva en Thani Consultoras Laborales SAC.

**** Trabajadora Social por la UIGV, con estudios en Seguridad y Salud en el Trabajo por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Directora Administrativa en Thani Consultoras Laborales SAC.

como primer punto una reflexión sobre el papel real que debe cumplir. Ello, sin dejar de reconocer la etapa de fortalecimiento en la que se encuentra la inspección en el país. Se requiere direccionar la visión reactiva del sistema a una visión proactiva.

La inspección, como servicio público, no se ofrece al denunciado, sino a la o el denunciante, quién recurre al sistema buscando el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad y salud en el trabajo. No obstante, el o la denunciante no es una parte del procedimiento sancionador como sí sucede en los procedimientos trilaterales. Entonces, ¿cuál es el papel de los denunciantes en la inspección de trabajo?

Respondiendo a ello, en este trabajo se desarrolla un análisis del papel y los derechos de la y los denunciantes en la inspección de trabajo. Se resalta su papel coadyuvante en todas las etapas del proceso inspectivo y que este no se agota con la sola interposición de la denuncia que inicia el procedimiento.

1. Situación de la inspección en el Perú

La presentación de los datos sobre la situación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) procura identificar el momento actual de la construcción de "una entidad orgánica independiente y técnica (…), como fortalecer la discrecionalidad de los inspectores y de las autoridades sancionadoras en el ejercicio de sus funciones, así como simplificar los procedimientos internos…". (Arce Ortíz, 2021, págs. 26-27)

La institución aún se encuentra en etapa de desarrollo de capacidades, por ello parte de los indicadores que reportan son del aumento en el número de intervenciones. Por esto son pocos los indicadores que guardan relación con un diagnóstico global o con el impacto de su intervención en la situación de la problemática laboral nacional. Los diferentes Informes de gestión se plantean sobre la base del logro de los años anteriores.

En enero del 2020 se tenía previsto el inicio del ejercicio de las competencias inspectivas y sancionadoras de la SUNAFIL para Huancavelica (27 de abril de 2020), Amazonas (25 de mayo de 2020), Apurímac (22 de junio de 2020), Ucayali (27 de noviembre de 2020) y Tacna (18 de diciembre de 2020). Sin

embargo, estos plazos se han visto modificados por la situación generada por la pandemia del Covid 19. (SUNAFIL, 2020) Cabe recordar que, a diciembre del 2019 la cobertura la SUNAFIL solo llegaba al 81% del territorio nacional y contaba con 660 Inspectores del Trabajo.

A través de la Resolución Ministerial Nº 018-2020 TR el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) del 30 de enero del 2020, inició el proceso de transferencia de las competencias inspectivas (actuaciones inspectivas y administración de responsabilidades sancionadoras) a la SUNAFIL por parte de los Gobiernos Regionales de Huancavelica, Amazonas, Apurímac, Ucayali y Tacna. Con lo cual, la fiscalización laboral completaba su cobertura de atención en las 25 regiones del país, con el objetivo de velar por el cumplimiento los derechos sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo, de todos los trabajadores del sector privado del país.

El 71% (46 006 inspecciones) de las inspecciones en 2018 fueron de las órdenes de inspección en atención a denuncias (SUNAFIL, 2020). En el 2019, SUNAFIL realizó 55 mil 928 fiscalizaciones a empresas situadas en Lima y en regiones, 34% más fiscalizaciones que las realizadas en el 2018 (41 mil 688). De ese total, el 72% se generaron por denuncias de las y los trabajadores y, por operativos de oficio el 28% del total. Sobre los resultados, del 100% de las fiscalizaciones, el 81% terminó en informe (cumplimiento y subsanación de faltas encontradas en la empresa) y 19% en actas de infracción. Los sectores económicos más denunciados son los siguientes: Actividades inmobiliarias: 8,073 denuncias; comercio al por mayor y menor: 4,564 denuncias e; industrias manufactureras: 4,489 denuncias. De las 16 mil 938 fiscalizaciones originadas por operativos, los sectores fueron el comercio al por mayor y menor: 3,588 operativos; hoteles y restaurantes: 3,130 operativos y; actividades inmobiliarias: 1,710 operativos. (SUNAFIL, 2019).

En el 2020, SUNAFIL declaró formalizar a un "total de 102.311 trabajadores (42.447 mujeres y 59.864 hombres), la mayoría de ellos se desempeñaban en el sector agrícola, en donde la cifra alcanzó a 47.548 trabajadores". Además, de conformidad con el Plan Anual de Inspección de Trabajo para el 2021, la entidad fiscalizadora se ha establecido como meta, la formalización de 256.000 trabajadores a nivel nacional, de los cuales 160.000 provendrán de las estrategias de formalización que realizarán en el ámbito rural y urbano. (Vega, 2021)

Cabe mencionar que, en el 2020 en el contexto de la pandemia de la Covid19, lo que resalta es la cantidad de solicitudes de Suspensión Perfecta de Labores (SPL) que ingresaron a la mesa de partes de SUNAFIL. En total, las empresas plantearon 24,339 solicitudes y SUNAFIL presentó 23,881 Informes de verificación de SPL derivadas a la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), el 98%. Fue Lima Metropolitana donde las empresas presentaron la mayor cantidad de solicitudes de SPL un total de 17,218 y se emitieron 16,882 Informes (SUNAFIL, 2020, pág. 10) (casi el 71% del total).

En enero del 2021, SUNAFIL señaló que entre los años 2014 al 2019, "el sistema de inspección del trabajo (SIT) desarrolló sus acciones de inspección mediante la aplicación de dos únicas herramientas: fiscalización y orientación. *"Con ambas herramientas solo logramos alcanzar, como máximo, al 11% de empresas que declaran trabajadores.* (Vega, 2021)

Cuadro No 1
ÓRDENES DE INSPECCIÓN SUNAFIL
2015, 2018, 2019

Año	Órdenes de Inspección cerradas	Órdenes de procedencia externa	Órdenes de inspección por Accidentes de trabajo, Accidentes mortales, Incidentes peligrosos y Enfermedades profesionales.
2019	39 707	28 967	1 427
2018	28 870	24 339	946
2015	22 565	19 088	734

Fuente: Informes SUNAFIL, 2020, 2019, 2016

Sobre el fortalecimiento de las y los inspectores.

Al 31 de julio del 2020, el MTPE a través de SUNAFIL incorporó a 100 inspectores e inspectoras auxiliares, siendo un total de 822 inspectores a nivel nacional. A diciembre del 2020 se tenía previsto atender el 100% del territorio nacional reactivándose el proceso de implementación de las intendencias pendientes (SUNAFIL, 2020). Sin embargo, se presentaron situaciones legales que están en curso a la fecha. No obstante, hay 100 inspectoras e inspectores incorporados a SUNAFIL. Sin embargo, para el 2021 se plantea el incremento a 1,007 y que implicaría la contratación de 208 nuevas y nuevos inspectores.

Con ese nuevo personal y con un incremento importante de recursos económicos, SUNAFIL se ha propuesto para el 2021 "con una capacidad fortalecida, permitirá que se desarrollen 171.351 inspecciones, con ello se alcanzará a no menos de 89.103 empresas". (Vega, 2021)

Finalmente, se logró culminar el proceso de selección y la constitución de la sala del Tribunal de Fiscalización Laboral. Tribunal compuesto por tres vocales titulares y tres vocales alternos, según lo señala la Ley Nº 29981. De acuerdo con los procesos de selección del 2018 y del 2020, la conformación será la siguiente: vocales titulares: Desiree Bianca Orsini Wisotzki, Luz Imelda Pachecho Zega y Luis Mendoza Legoas y; los vocales alternos: Luis Gabriel Paredes Morales, Katty Angélica Caballero Sega y Jessica Pizarro Delgado. (SUNAFIL, 2020)

2. La función del procedimiento de inspección

El respeto y el efectivo cumplimiento de las normas sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo es un tema prioritario para una sociedad democrática, para ello es necesario tener un sistema de inspección de trabajo fortalecido. En efecto un sistema de inspección del trabajo adecuadamente organizado, con atribuciones suficientes, con recursos económicos, humanos y organizativos necesarios, contribuirá al trabajo decente, será un medio para reducir la informalidad laboral.

Como señala el profesor Arce, "un sistema no puede construirse únicamente sobre la base de normas jurídicas que establezcan deberes y derechos para las personas, pues requiere también de normas que adjudiquen potestades a quienes deban velar por su aplicación." (Arce Ortíz, 2021, pág. 27)

Constitucionalmente, el artículo 44º de la Constitución señala que uno de los deberes primordiales del Estado es la de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos. Mandato constitucional que debe ser plenamente cumplido por el Estado peruano. El Poder Judicial reconocerá los derechos en los casos concretos, el Poder Ejecutivo actúa de forma reactiva, cuando apareció el conflicto, la vulneración y se necesita el reconocimiento del derecho, en el caso particular.

El Poder Ejecutivo, tiene también el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales, tal como se

reconoce en el artículo 118, numeral 1. Lo cual concuerda con el artículo 23º que señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

A ello, se debe agregar el Convenio 81º, relativo a la inspección del trabajo, ratificado por el Perú que exige garantizar un sistema de inspección de trabajo para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos relativos a la protección de las y los trabajadores.

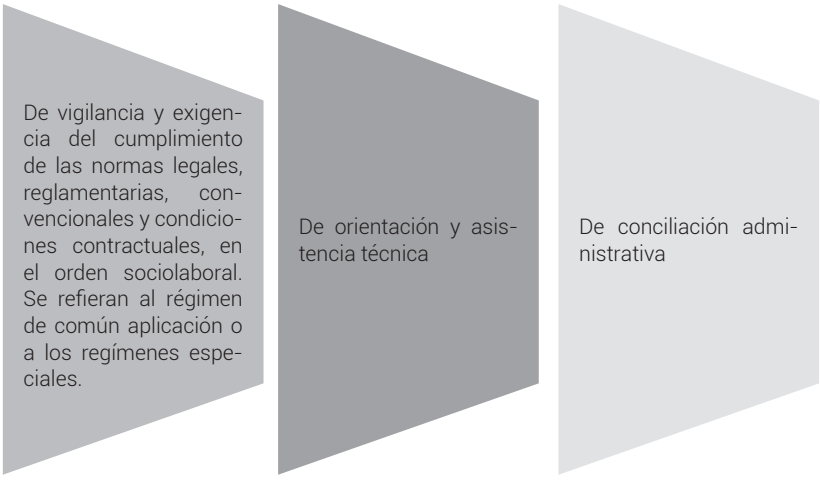
Este objetivo será logrado a través de un sistema prioritariamente sancionador, es decir que involucre sanciones para reprender las conductas contrarias a las normas por cuyo cumplimiento deben velar los inspectores de trabajo, y dicho sistema está en concordancia con los Convenios de la OIT ratificados por el Perú.

El Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81), el Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969, y el Protocolo de 1995 relativo al Convenio sobre la inspección del trabajo, de 1947, así como las Recomendaciones núms. 81, 82 y 133, han establecido los criterios generales que debieran observar los sistemas de inspección del trabajo nacionales en lo que respecta a su integración como sistemas unificados, polivalentes e integrados, así como a su competencia, funciones, estructura, personal, recursos materiales, métodos generales de inspección y trámite y sanción de las infracciones de la legislación laboral. En síntesis, en tales normas internacionales se sientan los criterios básicos del sistema de inspección por un lado, y del sistema sancionador por otro.

En consecuencia, si el Perú se precia de ser un Estado democrático debería disponer de un adecuado marco jurídico sobre inspección del trabajo para hacer efectiva la función pública de vigilancia y control, que debe estar integrado el sistema de inspección y el sistema sancionador.

Teniendo un sistema de inspección eficiente se contribuye además a la mejora del contenido y de la aplicación del derecho laboral y de seguridad y salud en el trabajo, porque, las y los inspectores al observar en la práctica el cumplimiento de las normas laborales, pueden identificar las fortalezas y debilidades de la legislación laboral y ser promotores de mejoras de la legislación laboral, seguridad y salud en el trabajo.

La LGIT, en su artículo 3 señala las funciones de la inspección del trabajo, de las que destaca las siguientes funciones principales:



La función de conciliación administrativa fue introducida por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo Nº 1499, publicado el 10 de mayo de 2020.

Como se aprecia, la conciliación administrativa es una competencia nueva que se ha agregado a la inspección. Esta competencia es discutible, por las siguientes razones: sobrecarga, duplicidad y especialización. En primer lugar, se corre el riesgo de sobrecargar los servicios de inspección que con las funciones que le son propias resulta aún con limitaciones. Duplicidad, debido a que, por la naturaleza de la competencia, éste servicio es ofrecido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Finalmente, la especialidad. Hay que tener en cuenta que los procesos de conciliación son, en muchos casos, procesos que toman un tiempo considerable, además de que exige al conciliador o conciliadora debe desarrollar habilidades de búsqueda de solución de conflictos, lo que podría ocasionar un gasto excesivo de tiempo en detrimento con el ejercicio de su función principal, el de vigilar el cumplimiento de las normas laborales.

Para que el sistema de inspección funcioné de forma adecuada, la OIT ha señalado una serie de reglas que deben cumplirse entorno a la organización y funcionamiento, y así lograr el cumplimiento de sus objetivos: “En virtud de estas disposiciones, la inspección del trabajo debe funcionar a modo de sistema,

bajo supervisión y el control de una autoridad central, con la cooperación de otras instituciones públicas o privadas, y con la colaboración de los empleadores y los trabajadores, o de sus organizaciones" (OIT, 2006, pág. 53)

Por ello, la legislación se ha estructurado en base a dos etapas principales (las actuaciones inspectivas y el procedimiento sancionador), aunque hay que mencionar que se han agregado dos etapas previas, el módulo de gestión de cumplimiento y la conciliación administrativa.

En efecto, en el año 2020, mediante la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo Nº 1499, se han agregado estas dos etapas:

> "Artículo 10-A.- Acciones previas al inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias
>
> La Inspección del Trabajo, previo al inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias, puede practicar diligencias preliminares para obtener el cumplimiento de la obligación objeto de la investigación, ya sea de forma presencial y/o a través de sistemas de comunicación electrónica, mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación (virtual), según sea el caso y cuando corresponda.
>
> Se considera como parte de las acciones previas al inicio de las actuaciones inspectivas de investigación o comprobatorias, la aplicación del módulo de gestión de cumplimiento; así como la conciliación administrativa a cargo del personal que integra el Sistema de Inspección del Trabajo." (Ley General de Inspección del Trabajo, 2006)

Como se mencionó la conciliación administrativa es una competencia que debe ser cautelosa en su ejecución porque demanda mucho tiempo y esfuerzo, lo que podría poner en riesgo el cumplimiento de la principal función del inspector, que es la de vigilar el cumplimiento de las normas laborales.

El módulo de gestión de cumplimiento es un procedimiento célere, con la que se busca solucionar algunos casos que son de mero incumplimiento por falta de pago. Este procedimiento es como un proceso monitoreo, donde el inspector, en el plazo de tres días, emite una carta disuasiva al empleador o denunciado, solicitando se sirva contestar, absolviendo o confirmando los hechos del denunciado, en la misma carta, se requiere el pago del cumplimiento de la obligación contenida en la denuncia, y se le otorga un plazo de cinco días

para el pago. Se puede ampliar por cinco días más. En caso de que el obligado no cumpla, se redacta un informe de resultados y se deriva a la inspección del trabajo para la generación de la respectiva orden de inspección. (Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL, 2020)

Ahora bien, sobre las dos etapas principales, ambas se encuentran claramente diferenciadas, con el fin de que se garantice la imparcialidad del sistema. De esta manera, que el que realiza las actuaciones inspectivas no sancione y el que sancione no fiscalice.

La *actuación inspectiva* es la primera fase del sistema de inspección, en esta etapa el inspector investiga, las llamadas "actuaciones inspectivas de investigación" éstas son diligencias previas al procedimiento sancionador. Cuyo inicio y desarrollo se rigen por los dispuesto por la Ley General de la Inspección de Trabajo, Ley Nº 28806, su Reglamento, el Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, y la Resolución de Superintendencia Nº 031-2020-SUNAFIL.

La legislación nacional no promueve la planificación estratégica de la inspección del trabajo, para que se base la intervención inspectiva sobre los sectores económicos o trabajadores más vulnerados, de esta manera, se promueve una cultura de cumplimiento. Asimismo, se mejora la capacidad de reacción de SUNAFIL, porque con esta política se adquiere una lógica proactiva y preventiva, antes de que se inicie el conflicto laboral por incumplimiento de normas. Lamentablemente, el actual sistema inspectivo nacional es un sistema reactivo, que actúa principalmente en base a las denuncias.

Las modalidades de actuaciones inspectivas pueden ser, requerimiento de información por medio de sistema de comunicación electrónica, visita de inspección a los centros y lugares de trabajo, requerimiento de comparecencia del sujeto inspeccionado ante el inspector actuante para aportar documentación y/o efectuar las aclaraciones pertinentes; y la comprobación de datos o antecedentes de obren en base de datos que obren en el sector público. En estricto, esta etapa no es un procedimiento administrativo sino una fase previa al procedimiento sancionador.

En tanto que *el procedimiento sancionador* tipifica las infracciones. Las sanciones se tipifican de acuerdo con la naturaleza de la infracción y los trabajadores afectados, el procedimiento para su imposición garantizando los principios de

seguridad jurídica y la eliminación de la arbitrariedad de los poderes públicos que afectan los derechos de empleadores y de trabajadores. Además, ese sistema sancionador debe observar rigurosamente los principios de legalidad, tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad de las sanciones, entre otros, propios del derecho administrativo sancionador.

La Ley de General de Inspección del Trabajo, Ley Nº 28806, en su artículo 44º señala que los principios del sistema sancionador son la observación del debido proceso, la economía y celeridad procesal; y, la pluralidad de instancia.

a El procedimiento de inspección

En términos genéricos para la LGIT la fase de actuación inspectiva tiene por objeto que la autoridad a cargo de una orden de inspección acopie los elementos necesarios para lograr su convicción de la verdad material indispensable para verificar el incumplimiento de alguna norma socio laboral y de seguridad y salud en el trabajo. Se trata entonces de formar la fundamentación que servirá de insumo a la futura resolución de sanción a emitirse por la autoridad.

Son dos principios administrativos fundamentales que caracterizan a la instrucción: la oficialidad y la verdad material. Los actos de instrucción en puridad comprenden dos tipos diferentes de actuaciones procedimentales: aquellas dirigidas a aportar datos al expediente y aquellas que constituyen actividad probatoria. Para ello, la o el inspector a cargo puede accionar los siguientes tipos de actuaciones inspectivas:

Actuaciones inspectivas

- Requerimiento de información
- Visita de inspección a los centros y lugares de trabajo
- Requerimiento de comparecencia
- Comprobación de datos o antecedentes.

En la primera actividad de aportación de datos, el inspector incorpora al procedimiento informaciones, datos preexistentes al caso, que serán evaluados

por la autoridad en su momento. Son el requerimiento de información, requerimiento de comparecencia y la comprobación de datos o antecedentes.

La segunda actividad, que es la propiamente probatoria, se trata de aquellos medios que permiten demostrar la veracidad de las informaciones y documentos aportados. Tales como testimoniales, declaraciones, visitas a los centros de trabajo, peritajes, para ello la actuación inspectiva de visita de inspección a los centros de trabajo será el más idóneo.

La LGIT, en su artículo 13 dispone que las actuaciones de investigación o comprobatorias deberán realizarse en el plazo que se señale en las órdenes de inspección. El plazo máximo fijado es de treinta (30) días hábiles, desde la fecha en que se inicia las actuaciones inspectivas, pudiendo prorrogarse, por una sola vez, por treinta (30) días más. (Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, 2006)

Luego de finalizadas las actuaciones de comprobación, según la nueva ley vigente, los inspectores actuantes emitirán un informe interno sobre las actuaciones realizadas y sus resultados, y adjuntando el expediente las copias de los documentos obtenidos.

Finalizada la investigación el inspector puede disponer dos cosas, si en el desarrollo de las actuaciones de investigación o comprobatorias no se hubiera comprobado la comisión de infracciones, las y los inspectores emitirán un informe de actuaciones inspectivas, dando fin la inspección.

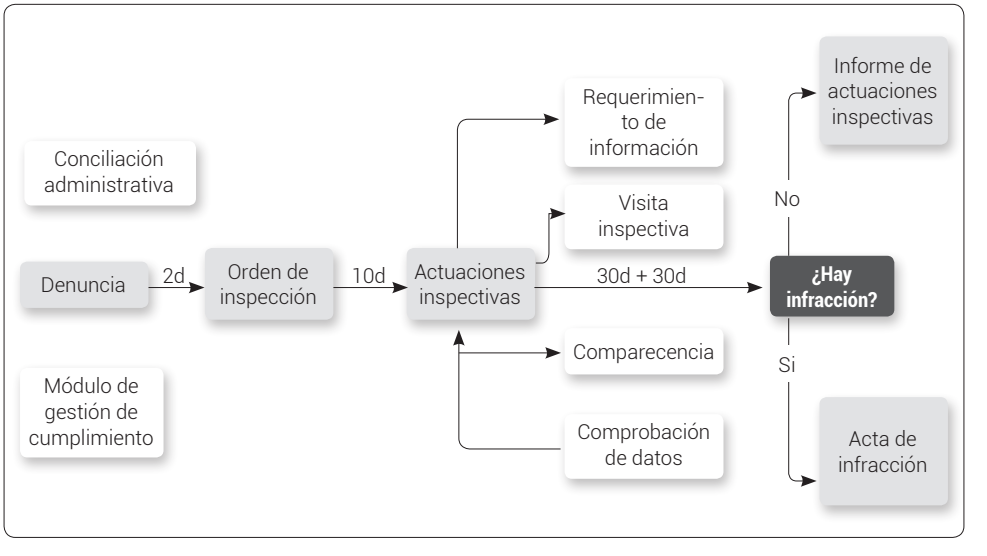
En cambio, si en el desarrollo de las actuaciones de investigación o comprobatorias se advierte la comisión de infracciones, las y los inspectores emitirán medidas a advertencias, requerimientos, cierre temporal del área de una unidad económica, paralización o prohibición de trabajos o tarea. La misma que tendrá un control para que se verifique el cumplimiento de las normas, en un plazo determinado. En caso persista el incumplimiento se emitirá un *acta de infracción.*

Conforme se aprecia del artículo 46° de la LGIT, los informes de actuaciones inspectivas deben contener como mínimo: a) los hechos constatados; b) la calificación de la infracción que se impute, con expresión de la norma vulnerada; c) la graduación de la infracción, la *propuesta de sanción* y su cuantificación; d) en los supuestos de existencia de responsable solidario, se hará constar tal

circunstancia, la fundamentación jurídica de la responsabilidad y los mismos datos exigidos para el responsable principal.

Cabe advertir que hasta esta etapa, no se ha impuesto ninguna sanción todavía, sólo se ha estado investigando, recopilando información. Esta investigación culmina con una *propuesta de sanción.* Con esta acta la administración adopta un acto administrativo de imputación de cargos, que como se verá, da inicio al procedimiento sancionador donde sí cabe hacer uso de todos los medios de defensa que el debido proceso admite.

Gráfico Nº 1
Flujograma del procedimiento de inspección



b. La fase sancionatoria

El procedimiento sancionador es un conjunto de actos a través de la cual la SUNAFIL ejerce la potestad sancionadora del Estado, con el fin de hacer cumplir las normas sociolaborales, de la seguridad social y de seguridad y salud en el trabajo.

Esta potestad sancionadora debe enmarcarse en una serie de principios que deben respetarse de forma estricta, cumpliendo éstas una triple función.

"Todos los principios aquí listados y desarrollados cumplen una triple función respecto a la potestad sancionadora: la fundante (precede a la existencia misma de cualquiera de las reglas para ejercer un procedimiento sancionador), la interpretativa (sirven de criterio hermenéutico para absolver cualquier duda sobre el sentido y alcance de las reglas de la potestad sancionadora), y la integradora (sirven de fuente de integración para cubrir los vacíos o lagunas de regulación que se puedan identificar en la aplicación de las normas sancionadoras)" (Morón Urbina, 2019)

Estos principios están regulados en el Capítulo IV del Procedimiento Sancionador de la LGIT, que entre sus principios generales incluye la observación del debido proceso, la economía y celeridad procesal y la pluralidad de instancia. Estos principios garantizan que las partes gocen de todos los derechos y garantías inherentes al procedimiento sancionador, de manera que les permita exponer sus argumentos de defensa, ofrecer pruebas y obtener una decisión por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo debidamente fundada en hechos y en derecho.

Pero adicionalmente, tiene que cumplirse con todos los principios recogidos en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444, en cuyo artículo III regula los principios que rigen el procedimiento administrativo sancionador. (Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, 2019)

El principio de *legalidad* obliga a la SUNAFIL que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a titulo de sanción son posibles de aplicar a un administrado. Las que en ningún caso habilitarán a disponer la privacidad de la libertad.

También recoge otro de los principios del procedimiento sancionador, el de *tipicidad*, esto es, sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir

nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por norma reglamentaria.

De igual manera se reconoce los principios de razonabilidad, debido procedimiento, irretroactividad, concurso de infracciones, continuidad de infracciones, causalidad, presunción de licitud, culpabilidad, y *non bis ídem*.

El principio de razonabilidad es un principio muy importante debido a que las autoridades deben prever que la comisión de una conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas. Vale decir, que la aplicación normativa deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de la graduación:

a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) la probabilidad de detección de la infracción; c) la gravedad de daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) el perjuicio económico causado; e) la reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó confirmada la resolución que sancionó la primera infracción; f) las circunstancias de la comisión de la infracción; y, g) la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. (Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, 2019) (Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, 2019, pág. art.248)

La LGIT, en su artículo 38 señala que las sanciones a imponerse se gradúan de acuerdo con la gravedad de la falta cometida, el número de las y los trabajadores afectados y el tipo de empresa.

Por esto, la LGIT clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves, las conductas a sancionarse están descritas de forma clara y precisa, ello con el fin de evitar la discrecionalidad parte del inspector al momento de proponer la sanción y de los funcionarios que posteriormente aplican la sanción y ordenan que cumplan con subsanar las infracciones por las que fueron sancionados. También se puede sancionar con el cierre temporal de la empresa, un área, una unidad económica, cuando exista una infracción de seguridad y salud en el trabajo y la duración no puede superar los treinta (30) días calendarios. Ello de acuerdo con el artículo 3 del Decreto de Urgencia Nº 044-2019, publicado el 30 de diciembre de 2019.

Las sanciones pecuniarias pueden reducirse hasta un 50% cuando se acredita la subsanación de la infracción. En cambio, puede duplicarse la sanción si se verifica una reiteración de la comisión de la infracción, de acuerdo con el artículo 40º de la Ley.

En caso de pluriempleador, es decir, cuando el inspector verifica que el cumplimiento de una disposición normativa corresponda a varios sujetos conjuntamente, éstas responderán solidariamente de las infracciones que se cometan. En caso de seguridad y salud en el trabajo, la empresa principal responderá directamente de las infracciones que, en su caso se comentan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones, de acuerdo con el artículo 42º de la ley.

La LGIT y su Reglamento han establecido una especie de catálogo de infracciones, tanto por incumplimiento de normas sociolaborales y de seguridady salud en el trabajo, así como por la obstrucción a la labor inspectiva.

Con respecto al procedimiento, está regulado en el artículo 45 de la LGIT, una vez que la SUNAFIL dispone el inicio del procedimiento sancionador, se produce la notificación al sujeto responsable del Acta de Infracción, en la que constan los hechos que se imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que se les pudiera imponer. Recién se produce la imputación de cargos, respecto de los cuales el administrado, o el empleador, debe de responder (artículo 45°, inciso b).

Luego de notificada el acta de infracción, el sujeto o sujetos responsables tienen un plazo de quince días hábiles para presentar los descargos que estimen pertinentes ante el órgano competente para instruir el procedimiento (artículo 45°, inciso c). Esta es la fase donde el imputado tiene derecho a exponer sus argumentos. Es la etapa que consiste en el derecho de exponer las razones para sus pretensiones y defensas antes de la emisión de los actos que se refieran a sus intereses y derechos, a hacerse patrocinar como lo considere conveniente. Proscribe la posibilidad que se dicten actos administrativos sin previo procedimiento donde se convoque el parecer de los administrados.

Implica también el derecho a ofrecer y producir pruebas, esto es, el derecho a presentar material probatorio, a exigir que la administración produzca y actúe

los ofrecidos por el administrado en tiempo hábil, y a contradecir aquellos que la Administración considere relevante para resolver el asunto. Complementariamente, implica la facultad de controlar el ofrecimiento y la producción de la prueba –tanto la suya como de la propia administración- y a contestarla oportunamente, cuando ello convenga a sus intereses.

En este tema la nueva LGIT va más allá aún pues reafirma el impulso oficial de la administración pública, al establecer la facultad de la Autoridad Administrativa de Trabajo para practicar de oficio las actuaciones y diligencias necesarias para el examen de los hechos, con el objeto de recabar los datos e información necesaria para determinar la existencia de responsabilidad de sanción (artículo 45°, inciso d). Lógicamente esta alternativa sólo debe utilizarse cuando la autoridad no tenga todos los elementos de juicio necesarios para tener convicción respecto de la infracción supuestamente cometida.

Luego de concluido el trámite anterior, recién se dicta la resolución correspondiente en forma fundamentada, precisándose el motivo de la sanción, la norma legal o convencional incumplida y, las y los trabajadores afectados.

Se trata del derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. El incumplimiento de este procedimiento y de los requisitos formales que se señale, puede ser sancionado con la nulidad de todo el procedimiento

Por otra parte, en cumplimiento del principio de pluralidad de instancia, el artículo 49° dispone recursos administrativos (antes sólo se contemplaba la apelación) que pueden ser, el recurso de reconsideración y el recurso de apelación y el recurso de revisión, de acuerdo con el artículo 219 de la TUO de la Ley Nº 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. El artículo 49º señala que el recurso de reconsideración es de carácter excepcional y se interpone ante la autoridad que resolvió en segunda instancia a efectos que lo eleve al Tribunal de Fiscalización Laboral

3. Derechos del trabajador denunciante

En la legislación laboral peruana, el artículo 1º de la LGIT, en su tercer párrafo señala que la inspección del trabajo es el servicio público que se encarga permanentemente de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral

y de seguridad y salud en el trabajo, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan (…) (Ley General de Inspección del Trabajo, 2006)

El servicio público no se ofrece al denunciado, sino al denunciante. El servicio que exige es ofrecer un servicio de inspección de calidad, que permita el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de la seguridad y salud en el trabajo.

Por lo tanto, la inspección de trabajo tendrá dos caras, por un lado, ejercerá la función de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas sociolaborales y de la seguridad y salud en el trabajo de cara al obligado, exigirá a este a cumplirlas, por su puesto, esta exigencia se hace dentro de un marco de garantías señaladas en el apartado anterior. Frente a ellos, la función que realiza la SUNAFIL es la fiscalizadora.

Por otro lado, ejercerá una función de servicio público, que consistirá en hacer cumplir las normas sociolaborales y de la seguridad y salud en el trabajo de cara al denunciante, es decir, al que se le está incumpliendo las normas sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo, las y los afectados del incumplimiento de las normas. Frente a ellas y ellos, la función que realiza la inspección es la de un servicio público.

La doctrina señala dos posiciones respecto al papel del denunciante frente a la inspección de trabajo. El primero, sostiene que la acción del denunciante se agota con la denuncia ante la SUNAFIL, en esta teoría se considera que la potestad sancionadora es función exclusiva de la SUNAFIL, correspondiendo a esta decidir la prosecución de la falta laboral o decidir su archivo. Al denunciante se le considera como un mero facilitador en el procedimiento administrativo sancionador, desde esta óptica, será válido la exclusión del procedimiento sancionador del denunciante.

La segunda posición, considera al denunciante como un coadyuvante de la administración emplazada en el proceso, en la medida de que se puede verificar un interés que asiste al denunciante para intervenir en el procedimiento inspectivo, en las dos etapas. Esta posición se fundamenta en el derecho a petición consagrado constitucionalmente. En esa perspectiva el denunciante está legitimado para ser coadyuvante del procedimiento inspectivo.

Ahora bien, cabe resaltar que es un cuadyuvante, y no una parte, como lo podría hacer en un procedimiento administrativo trilateral, en donde podría el denunciante ser parte del proceso inspectivo y se le reconozca como parte del procedimiento inspectivo.

La doctrina sostiene que el denunciante no podría ser parte trilateral del procedimiento inspectivo por que la naturaleza de la inspección de trabajo es la de vigilar, investigar y sancionar. En estos supuestos el Estado ejerce una función constitucional de cumplir y hacer cumplir las normas sociolaborales y de seguridad y salud en el trabajo. En cambio, los procedimientos trilaterales, exigen de la administración pública un papel neutral, imparcial e independiente, cuasi jurisdiccional, que lo busca es recomponer dos intereses particulares enfrentados.

Pacori Cari describe de forma didáctica estas diferencias:

> "Una situación especial se da en la relación del procedimiento trilateral con el *procedimiento sancionador,* en efecto, las diferencias más resaltantes entre los procedimientos administrativos sancionadores y los trilaterales son las siguientes:
>
> **a)** En los procedimientos sancionadores la intensidad de la intervención administrativa es mayor que en los procedimientos trilaterales.
>
> **b)** En el procedimiento sancionador la relación procedimental establecida entre los sujetos procesales se establece entre la administración y el administrado; mientras que en el procedimiento trilateral se da entre dos o más administrados y la dependencia administrativa.
>
> **c)** En los procedimientos trilaterales es procedente, y hasta preferible, la posibilidad de seguir mecanismos de auto composición de intereses o fórmulas conciliatorias por tratarse de aspectos disponibles de las partes; mientras que en los procedimientos sancionadores dicha posibilidad no resulta posible por el interés público involucrado.
>
> Pese a estas diferencias, es posible que en un procedimiento administrativo trilateral se impongan sanciones a los administrados, sin que ello implique la existencia de un procedimiento nuevo; *verbi gratia*, los procedimientos administrativos sumarios que se siguen en INDECOPI." (Pacori Cari, 2020)

Es por ello, que el cuarto párrafo de la LGIT del artículo señala:

> "La denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción a la legislación de orden sociolaboral es una acción pública. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley Nº 27444, Ley de Procedimiento Administrativo

> General, en la fase de actuaciones inspectivas previas al procedimiento sancionador, el denunciante no tendrá la consideración de interesado" (Ley General de Inspección del Trabajo, 2006)

Sin embargo, ello no significa que el denunciante sólo se limita a denunciar, sino que goza de una serie de derechos. Derechos que se fundan en el derecho de gozar un servicio público de calidad, y que, por ello, la o el denunciante tiene calidad jurídica de coadyuvante.

> "El hecho de que el Procedimiento Administrativo se siga entre la autoridad y el administrado, no significa que no exista cabida para la figura del tercero en dicho procedimiento. En efecto, conforme es de verse, en diversas disposiciones de la LPAG se ha regulado la figura del tercero, "entendiéndolo como aquel ciudadano que sin tener un interés legítimo o derecho, sino solo un interés simple, puede participar en el procedimiento a través de los actos y momentos específicos que la normativa habilita" (Vargas Soto, 2012, pág. 68)

Esta situación jurídica le otorga una serie de derechos y obligaciones que está desarrollado en la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), en la LGIT, y su reglamento; conforme se presentan a continuación:

a) Derecho a gozar de un servicio público inspectivo efectivo, eficiente e independiente

El derecho a un servicio público de calidad es un derecho de todos los ciudadanos en general, que como se señaló tiene que ver con ofrecer un servicio inspectivo efectivo, eficiente e independiente.

Este derecho es una garantía que se debe respetar, tanto al inspeccionado como al denunciante. Desde el punto de vista del denunciante, este derecho está garantizado por los principios de legalidad, del debido procedimiento, de imparcialidad, de informalismo, de verdad material, de participación, de predictibilidad, del ejercicio legítimo de poder, de responsabilidad, de acceso permanente.

b) Derecho a un tratamiento preferente para las denuncias de afectación de derechos fundamentales o de interés público

En virtud de este derecho, la SUNAFIL debe tomar en cuenta para el tratamiento y tramitación de las denuncias, la afectación que pudiera generar la

demora de su tramitación, el interés público de la denuncia, y si en la denuncia se puede verificar alguna afectación de derechos fundamentales. En ese sentido, la Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL, en su numeral 7.5.1. señala:

> "7.5.1. Para la atención de las denuncias la SUNAFIL debe tomar los siguientes criterios:
>
> a) afectación por la demora: entendida dilación en su atención, por la naturaleza del hecho denunciado, pueda ocasionar una afectación irreparable o genere una afectación mayor a un bien jurídico superior.
>
> b) Interés público: en el tratamiento de las denuncias presentadas ante la IRE o D/GRTPE prevalece el interés público sobre cualquier interés personal, gremial o directo.
>
> c) Trabajo programado: la IRE O D/GRTPE atiende las denuncias de inspección laboral que se formulen, teniendo en cuenta los planes y programas generales y regionales que se establezcan, de acuerdo con lo establecido en la LGIT.
>
> d) Protección de derechos fundamentales: en virtud de este criterio se da prioridad a la atención de denuncias relacionadas a las materias de libertad sindical, trabajo infantil, trabajo forzoso, no discriminación en el empleo y ocupación, hostigamiento sexual, actos de hostilidad y accidentes de trabajo; debido a que, por la demora en su atención, puedan impedir o perjudicar su detección.
>
> e) Precisión o verosimilitud de la denuncia: en virtud de este criterio corresponde a la IRE o D/GRTPE evaluar y verificar las denuncias que se efectúen sobre hechos puntuales debidamente fundamentados o que sean aparentemente verdaderas en función a los documentos probatorios adjuntados."

Ahora bien, de dichos criterios, llama la atención lo señalado el último literal, e) que señala precisión o verosimilitud de la denuncia, en el desarrollo señala como criterio que en la denuncia debiera adjuntarse los medios probatorios. Este criterio debería relativizarse, o en todo caso, se debería tomar en consideración ante situaciones excepcionales, o ante denuncias manifiestamente improcedentes; de lo contrario se puede correr el riesgo que las y los inspectores puedan decidir a libre discrecionalidad, rechazar la tramitación de una denuncia.

Ahora bien, también se le debe imponer la carga a la SUNAFIL de que, en la plataforma de denuncias, donde las y los trabajadores ingresan sus denuncias,

se debe señalar la necesidad de adjuntar los medios probatorios que sustente sus denuncias, con la previsión de que, si no lo hacen, la SUNAFIL podría no tramitar la denuncia, a discreción.

Otra traducción de este derecho es el establecimiento de procedimientos especiales, en donde han establecido procesos especiales, estos se señalan en el numeral 10 del la Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL

> "10. Procedimientos especiales
>
> 10.1. Las denuncias que se presenten referidas a despidos arbitrarios, huelgas o paralizaciones, cierre de centro de trabajo, suspensión de labores, terminación colectiva de los contratos de trabajo, constancias de ceses, entre otros, se tramitan según los procedimientos regulados y previstos por la normativa sobre la materia.
>
> 10.2. En los casos de despido arbitrario, accidente de trabajo seguido de muerte, huelgas o paralizaciones, cierre de centro de trabajo, constancia de cese, suspensión de labores, terminación colectiva de los contratos de trabajo, hostigamiento sexual laboral u otra materia que requiera de una urgente e inmediata intervención de la Inspección del Trabajo, el inicio de las actuaciones inspectivas se realiza en el mismo día que el inspector de trabajo recibe la orden de inspección.
>
> 10.3. La SIAI o quien haga sus veces en la D/GRTPE admite las denuncias presentadas en materia de trabajo infantil y trabajo forzoso, previa revisión general y emite una orden de inspección."

c) Derecho al acceso para realizar una denuncia ante la SUNAFIL y el derecho a la reserva

La denuncia consiste en la manifestación detallada y motivada por la que el ciudadano trabajador y otro pone en conocimiento de la SUNAFIL la falta de cumplimiento de una normativa sociolaboral y de la SST que le puede causar o no un daño.

Este derecho a la denuncia es muy amplio. Esto se justifica porque el papel de la denuncia es que el Estado vigile el cumplimiento de las normas, por lo tanto, no será necesario que el denunciante tenga legítimo interés, o sea víctima o le haya causado algún agravio para poder denunciar.

En ese sentido, cualquier persona podría ejercer este derecho, así lo señala en literal c) del artículo 8 del Reglamento de la LGIT:

> "8.1. Las actuaciones inspectivas de investigación se llevan a cabo de oficio, como consecuencia de una orden superior que podrá tener su origen en:
>
> c) La presentación de una denuncia por cualquier administrado y, particularmente entre ellos, por los trabajadores y las organizaciones sindicales."

Sin embargo, cuando se verifica que el denunciante es el trabajador afectado, y que necesita ser protegido ante una eventual sanción por denunciar, la administración tiene que ofrecerle las garantías necesarias para no ser perjudicado.

La LGIT en el quinto párrafo del artículo 13º señala:

> "(…) En todo caso, se respetará el deber de confidencialidad, manteniendo debida reserva sobre la existencia de una denuncia y la identidad del denunciante."
>
> La Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL, en su numeral 7.4.1, señala:
>
> "7.4.1 Las denuncias laborales se realizan con la debida reserva de identidad del denunciante, lo que implica que el denunciado no puede conocer sus datos personales."

Ahora bien, este deber de confidencialidad debe ser uno de resultado. Por lo que, en los casos que este deber no se cumpla con diligencia, o por actos de corrupción, los inspectores infractores deberían ser sancionados por el principio de responsabilidad, señalado en la LPAG:

> "1.18, Principio de responsabilidad.- La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia de su mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico."

Ahora bien, habrá algunos casos donde el levantamiento estará debidamente justificado. Casos en donde sólo con dicho levantamiento se podrá llevar de forma eficiente las actuaciones inspectivas. Siempre se tiene que señalar expresamente el porqué el levantamiento de la reserva de identidad perjudica las actuaciones inspectivas, ya que ésta medida debe ser la excepción y no la regla; y la decisión debe ser tomada por una causa objetiva. Es por ello, que la norma establece algunas excepciones:

La Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL, en su numeral 7.4.5, señala:

> "En relación con las materias de verificación de accidentes de trabajo, enfermedad profesional, constatación de actos de hostilidad, hostigamiento sexual laboral, discriminación y otra de similar relevancia, se realiza de oficio el levantamiento de la reserva de identidad cuando las actuaciones inspectivas se vean perjudicadas."

d) Derecho de acceso a la información

El derecho a saber el estado de cómo está el trámite de la denuncia es un derecho que permite a la o al denunciante estar debidamente informado sobre el estado de su denuncia laboral. Así mismo, tendrá derecho a solicitar las copias que se requiera, para ello se ha facilitado una plataforma digital de "Consulta tu Trámite" para que facilite la consulta.

En efecto, el artículo 11.3 del reglamento señala:

> "11.3. Acceso a la información del estado de la denuncia
>
> 11.3.1. La IRE o D/GRTPE está obligada a informar al denunciante sobre el estado y/o la etapa en la que se encuentra la denuncia laboral, en caso lo requiera, no incluyendo información y criterios aplicables, estrategias o detalles propios de la labor inspectiva.
>
> 11.3.2. El denunciante con legítimo interés se encuentra facultado, en virtud del principio de transparencia y el derecho de acceso a la información pública, para obtener las copias que se hayan formado en la atención de su denuncia laboral, las que pueden ser solicitadas a la IRE o D/GRTPE cuando lo considere oportuno, sufragando el costo correspondiente.
>
> 11.3.3. En el caso de la SUNAFIL, el denunciante también puede hacer seguimiento del estado de su denuncia laboral, a través del sistema web "CONSULTA TU TRÁMITE" que se encuentra ubicado en su respectiva página web (www.sunafil.gob.pe)".

Este derecho de información incluye que el Inspector comunique al denunciante sobre la procedencia u admisión de su denuncia, esto es reconocido en el numeral 7.3.3, segundo párrafo de la Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL

> "7.3.3 Segundo párrafo
>
> "Cuando el denunciante ante SUNAFIL sea un trabajador, éste podrá solicitar la notificación de las acciones realizadas debido a su denuncia, mediante la Casilla Electrónica del Sistema Informático de Notificación Electrónica de la SUNAFIL.
>
> Para ello, deberá registrarse a través del portal web www.sunafil.gob.pe en la sección "trabajador", a fin de obtener su registro de usuario."
>
> 7.7.3. En todos estos casos, la IRE o D/GRTPE comunica al denunciante la anexión o la no admisión de la denuncia y los motivos de su no atención, con la notificación de un documento, o notificación por correo o casilla electrónicos, según corresponda, emitido por la SIAI o la que haga sus veces en las D/GRTPE; así como por aquellos servidores civiles autorizados, sin que exista posibilidad de impugnación alguna."

Sin embargo, en caso de la no admisión de la denuncia, la o el denunciante no tiene posibilidad de impugnación alguna. Lo que a criterio de las autoras se considera una grave deficiencia, ya que no se le da oportunidad al denunciante de recurrir a una doble instancia para cuestionar la decisión o el mal razonamiento del inspector para no considerar llevar a trámite una denuncia.

Hay errores que podrían cometer los inspectores de trabajo que podrían favorecer a los inspeccionados empleadores deudores o infractores de normas jurídicas, por lo que, sería necesario que en caso de que se decida cerrar una denuncia, el denunciante debería tener la posibilidad de recurrir tal decisión, o en todo caso, el inspector tener la obligación de comunicarse previamente con el denunciante sobre su decisión de cerrar la denuncia para que el denunciante tenga la oportunidad de explicar, subsanar, o mejorar la denuncia.

Finalmente, el denunciante tiene derecho a conocer sobre las medidas importantes para asegurar la implementación de la medida de prevención contra riesgos que puedan poner en peligro su vida e integridad del trabajador.

En efecto, en el artículo 21-B del Reglamento de la LGIT señala:

> "21-B.3. El sujeto inspeccionado comunica a los representantes sindicales o representantes de los trabajadores afectados la orden de paralización o prohibición recibida, o el cierre temporal, procediendo a su efectivo cumplimiento."

e) Derecho a la colaboración con la inspección

El denunciante trabajador o trabajadora tiene derecho a colaborar con la inspección, como se señaló anteriormente, el papel del denunciante es coadyuvar con el procedimiento inspectivo, con esta ayuda el inspector puede tener acceso privilegiada sobre la infracción normativa sociolaboral y de la SST. Es por ello que la participación activa del denunciante es muy importante, y así lo señala el artículo 13.2 del reglamento:

> "13.2 Siempre que no perjudique el objeto de las actuaciones de investigación, las visitas a los centros o lugares de trabajo se realizan en presencia del sujeto inspeccionado o su representante, así como de los trabajadores, sus representantes o de las organizaciones sindicales que les representen. De no encontrarse en el centro o lugar de trabajo, las actuaciones se realizan sin la presencia de los mismos, no afectando dicha circunstancia el resultado y validez de la investigación."

f) Derecho a la comunicación del resultado de la denuncia inspectiva

También se reconoce el derecho a la comunicación de las actuaciones inspectivas, éstas se pueden hacer por medio de notificación electrónica o presencial, por su puesto, esto incluye la notificación del resultado de la denuncia. En efecto, La Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL, señala:

> 9.6. COMUNICACIÓN DE RESULTADOS DE LA DENUNCIA LABORAL
>
> 9.6.1. Es la etapa en la que se pone en conocimiento de las instancias pertinentes los resultados de la atención de la denuncia efectuada a través de los medios implementados por la SUNAFIL o las D/GRTPE.
>
> 9.6.2. La comunicación al denunciante se realiza en el transcurso de las diversas etapas de la atención de la denuncia, mediante la notificación electrónica o presencial, según corresponda. Dicha comunicación no está sujeta a recurso impugnativo de conformidad con lo establecido en la LGIT."

Ahora bien, llama la atención el penúltimo párrafo del artículo 13º que señala:

> "Artículo 13
>
> (…)

> Asimismo, se emitirá informe por escrito dirigido a las autoridades, órganos y personas solicitantes, cuando las actuaciones tengan su origen en alguna de las causas señaladas en los apartados a), b), c) y f) del artículo 12, respetándose en todo caso el deber de confidencialidad. *En aplicación del deber de secreto profesional no se informará sobre el resultado de las actuaciones inspectivas a los denunciantes que no puedan tener la condición de interesados en el procedimiento sancionador."* (Cursivas añadidas)

Como se puede apreciar, pareciera que, de acuerdo con este articulado, los inspectores no tendrían la obligación de informar el resultado al denunciante que no demuestre tener condición de interesado en el procedimiento sancionador. Sin embargo, aquí se señala de un informe, no de las actas de infracción. Ahora bien, la exigencia de demostrar la condición de interesado se entiende que interesado se configura a la figura de coadyuvante, que es un derecho reconocido en la LGIT, como se señaló precedentemente. Una interpretación diferente iría en contra del principio de la publicidad establecido como principio ordenadores del sistema de inspección de trabajo reconocido por el artículo 2 de la misma LGIT.

4. Conclusiones

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) es la instancia en el país a cargo del sistema de inspección del trabajo a nivel nacional. Sin embargo, está en proceso de fortalecimiento institucional, aún presenta un enfoque reactivo, basado en las denuncias y no presenta un enfoque proactivo y preventivo. En los últimos años se incrementó la contratación de las y los inspectores a través de concursos públicos y se constituyó el Tribunal de Fiscalización Laboral.

De conformidad con el marco constitucional y los convenios de la OIT ratificados por el Estado peruano se debe constituir un sistema de inspección que funcione como un servicio público de calidad. Para lo cual, el Estado debe garantizar la aplicación correcta de los convenios suscritos con la OIT que señala una serie de reglas que deben cumplirse entorno a la organización y funcionamiento. Entre ellos se hace importante mencionar:

- Supervisión y el control de una autoridad central, que incluya la participación de otras instituciones públicas, privadas y con la colaboración de los empleadores y trabajadores.

- En el acto de la inspección, no se encuentren trabas en lo que respecta a la presencia del sujeto inspeccionado o su representante, así como de los trabajadores, sus representantes o de las organizaciones sindicales que les representen.
- En ausencia del inspeccionado, ya sea por descanso médico, urgencias o emergencias, las actuaciones inspectivas se realizan con total veracidad, no afectando la validez de la investigación.
- Las inspecciones deben resolverse en los 30 días calendarios correspondientes y de no lograrse, el estado otorga 30 días adicionales. Sunafil no debería extender dicho plazo adicional, se entiende que las denuncias se realizan por encontrarse el supuesto agraviado en un estado de vulneración de derechos y en el peor de los casos, con graves afectaciones a su salud que debiera ser tomado con la celeridad del caso.

De acuerdo con la revisión efectuada, las autoras valoran que la o el denunciante tiene calidad jurídica de coadyuvante. Es más, podría intervenir como denunciante alguien que, sin tener un interés legítimo o derecho, puede detentar un interés simple para garantizar el cumplimiento de la legislación socio-laboral y de seguridad y salud en el trabajo en el país.

Entre los principales derechos que tiene la o el denunciante se tienen los siguientes:

a) Derecho a gozar de un servicio público inspectivo efectivo, eficiente e independiente

b) Derecho a un tratamiento preferente para las denuncias de afectación de derechos fundamentales o de interés público

c) Derecho al acceso para realizar una denuncia ante la SUNAFIL y el derecho a la reserva

d) Derecho de acceso a la información

e) Derecho a la colaboración con la inspección

f) Derecho a la comunicación del resultado de la denuncia inspectiva

Finalmente, una sugerencia de mejora. La constitución de una Comisión conformada por representantes de las organizaciones sindicales y de los empleadores, que realizarían visitas inopinadas en el acto de inspección con el objetivo de contribuir con la mejora en la calidad de las inspecciones.

5. Bibliografía

ARCE ORTÍZ, E. (2021). *El sistema de inspección del trabajo en el Perú*. Lima : Palestra.

CEARC. (2020). *Aplicación de las normas internacionales del trabajo.* Organización Internacional del Trabajo. Ginebra: OIT.

Ley General de Inspección del Trabajo, Ley Nº 28806 (Congreso de la República 2006).

MORÓN URBINA, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo* (Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.

OIT. (2006). *Inspección del Trabajo.* Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

PACORI CARI, J. M. (9 de Noviembre de 2020). *El procedimiento trilateral en el ordenamiento jurídico peruano, Procedimiento administrativo especial contencioso en el TUO de la Ley 27444.* Obtenido de LP Pasión por el Derecho: https://lpderecho.pe/rocedimiento-trilateral-ordenamiento-juridico-peruano-ley-27444/

Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo, Decreto Supremo Nº 019-2006-TR (2006).

Resolución de Superintendencia Nº 204-2020-SUNAFIL (SUNAFIL 20 de Noviembre de 2020).

SUNAFIL. (23 de enero de 2019). *Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral*. Obtenido de SUNAFIL REALIZÓ CERCA DE 56 MIL FISCALIZACIONES EN EL 2019: https://www.sunafil.gob.pe/noticias/item/8327-sunafil-realizo-cerca-de-56-mil-fiscalizaciones-en-el-2019.html

SUNAFIL. (2020). *Avances de Sunafil.* Lima: SUNAFIL.

SUNAFIL. (30 de enero de 2020). *Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral*. Obtenido de SUNAFIL AMPLIARÁ SU COBERTURA AL 100% EN EL PERÚ: https://www.sunafil.gob.pe/noticias/item/8336-

sunafil-ampliara-su-cobertura-al-100-en-el-peru-con-la-creacion-de-cinco-nuevas-intendencias.html

Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS (25 de enero de 2019).

VARGAS SOTO, S. (2012). Intervención de terceros en el Proceso Constencioso Administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*(11), 63-74.

LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO VÍA DE TUTELA DE DERECHOS LABORALES Y SU RELACIÓN CON EL PROCESO LABORAL: BUSCANDO (¿O IDENTIFICANDO?) LAS "INTERSECCIONES" DE AMBOS CAMINOS

Manuel Gonzalo De Lama Laura*

Resumen:

Este trabajo procura dar mayores alcances sobre aquellos aspectos de la labor de la inspección del trabajo, que, desde nuestra perspectiva, encuentran mayores reparos y cuestionamientos por parte de los administrados y que son considerados como una "invasión" de algunas ámbitos y facultades que, se entienden, son exclusivas del Poder Judicial. Para ello, se parte del objetivo al cual se dirige el Estado al proveer a la ciudadanía ambas vías: la protección de los derechos laborales.

Abstract:

This paper seeks to provide further insight into those aspects of the work of the labour inspectorate which, from our perspective, are most contested and questioned by the public and which are considered to be an "invasion" of certain spheres and powers which, is understood, are exclusive to the judiciary. To this end, the starting point is the objective of the State in providing citizens with both ways: the protection of labour rights.

Palabras claves:

Inspección del Trabajo, proceso laboral, derechos laborales.

Keywords:

Labor Inspection, labor lawsuit, labour rights.

* Magíster en Derecho del Trabajo por la PUCP. Cuenta con Estudios Avanzados en Derecho Social por la Fundación de la Universidad de Salamanca y la PUCP. Abogado por la UDEP. Profesor universitario a nivel de pre y posgrado. Correo electrónico: mdelama@pucp.pe

SUMARIO: Introducción. 1. La misma finalidad: la búsqueda de eficacia del ordenamiento jurídico laboral y la especial atención a la vigencia de los derechos laborales fundamentales. 2. Identificando los "caminos distintos" y "entrecruces" que hay entre la inspección del trabajo y el proceso judicial. *2.1. Sobre las competencias que "no tiene" la inspección del trabajo. 2.2. Los problemas que acarrea la conclusión del procedimiento inspectivo por "cuestión litigiosa" en sede judicial.* 3. Reflexión final. 4. A mi amigo Javier.

Introducción

Caso 1: una empresa ha sido objeto de una fiscalización laboral, en materia de contratos sujetos a modalidad. Los inspectores comisionados han procedido con sus actuaciones inspectivas de investigación y han concluido que la entidad fiscalizada no ha celebrado dichos contratos de conformidad con la legislación que regula la celebración de los mismos: algunos no contienen la causa objetiva correspondiente, otros, teniéndola, se han celebrado fraudulentamente, entre otras situaciones que el legislador ha considerado como causales de desnaturalización de aquellos. Seguidamente, los inspectores han dispuesto que, mediante la respectiva medida inspectiva de requerimiento, dicho empleador proceda con modificar la condición de los trabajadores afectados, de tal manera que ya no sean considerados como trabajadores temporales, sino como trabajadores contratados a plazo indeterminado. El empleador no cumple con dicha medida inspectiva alegando que este mandato de corrección solo podría disponerlo el Poder Judicial.

Caso 2: los integrantes de la Junta Directiva de un sindicato, han sido despedidos a los pocos días de haber tomado conocimiento, el empleador, de la constitución de la mencionada organización. Realizada la denuncia ante la inspección del trabajo, los inspectores comisionados, como producto de las actuaciones inspectivas de investigación realizadas, han concluido que dicho cese es un acto antisindical y han procedido con requerir que se proceda con "reponer" a los trabajadores despedidos. Nuevamente, el empleador no cumple con dicha medida inspectiva, alegando que, este mandato de corrección solo podría disponerlo el Poder Judicial.

Los casos relatados son solo una pequeña muestra de cómo la inspección del trabajo, en el desarrollo de las funciones que la normativa le reconoce, ne-

cesariamente, realiza un ejercicio de interpretación jurídica, similar al que lleva a cabo el Poder Judicial cuando conoce de un conflicto puesto a su resolución, interpretación que en algunos casos, incluso, se ve reforzada con la opinión técnica, o la posición, que sobre el particular hayan emitido los órganos de la Autoridad Administrativa de Trabajo, facultados para ello[1] [2].

Adicionalmente a lo indicado, en ocasiones, aquella dispone, requiere, ordena, etc., a los empleadores (administrados) que subsanen el incumplimiento advertido, a fin de no ser sancionados, facultad que es cuestionada al considerarse que la misma no corresponde a la inspección del trabajo.

A partir de dicha constatación, este breve trabajo procura dar mayores alcances sobre aquellos aspectos de la labor de la inspección del trabajo, que, desde nuestra perspectiva, encuentran mayores reparos y cuestionamientos por parte de los administrados y que son considerados como una "invasión" de algunas ámbitos y facultades que, se entienden, son exclusivas del Poder Judicial. Para ello, previamente, resulta necesario referirnos al objetivo que se dirige el Estado al proveer a la ciudadanía de ambas vías de protección de los derechos laborales.

1 En algún caso, por ejemplo, en el marco de una inspección realizada a una microempresa, se verificó que la misma no retenía los aportes previsionales a sus trabajadores. Generada la duda sobre la supuesta infracción en materia previsional, se realizó la consulta respectiva a la Dirección de Seguridad Social (unidad orgánica de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo-MTPE), la cual consideró, mediante el Informe Nº 188-2016-MTPE/2/14.3, que todo trabajador que ingrese a laborar debe afiliarse a un sistema previsional, por lo que la posibilidad de que los trabajadores de este tipo de empresa, puedan optar por afiliarse o no a un régimen previsional, no resulta viable dado que la misma conllevaría generar una situación de desprotección contraria al derecho constitucional a la seguridad social.

2 Además de la referida Dirección de Seguridad Social (que actualmente es además de Migración Laboral), diversas unidades orgánicas del MTPE tienen como función, de acuerdo al Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones de esta entidad, aprobado por Resolución Ministerial N° 308-2019-TR, emitir opinión técnica especializada en el marco de sus competencias, como por ejemplo, la Dirección de Normativa de Trabajo, la Dirección de Promoción y Protección de los Derechos Fundamentales Laborales y la Dirección de Seguridad y Salud en el Trabajo.

1. La misma finalidad: la búsqueda de eficacia del ordenamiento jurídico laboral y la especial atención a la vigencia de los derechos laborales fundamentales

Tanto la Administración del Trabajo como la Jurisdicción Laboral, dirigen su actuación a la tutela del ordenamiento jurídico laboral, comportándose, en buena cuenta, como mecanismos que el Estado pone a disposición de los ciudadanos en la búsqueda de dicha protección, cuando consideran se han lesionado o se han puesto en peligro la vigencia de sus derechos sociolaborales.

En efecto, por ejemplo, respecto de la responsabilidad del Estado en el campo social, se ha indicado que la Administración del Trabajo es aquel instrumento dirigido a salvaguardar los derechos humanos fundamentales de los trabajadores y, en particular, para garantizar el respeto de la edad mínima de admisión al empleo, la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la no discriminación, y la igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor. En el mismo orden de ideas, se ha señalado que administración del trabajo es una herramienta que está a disposición de los gobiernos para lograr los objetivos de trabajo decente de la OIT, fortalecer la legislación laboral, y brindar soluciones a los diversos problemas complejos que enfrenta el mundo del trabajo[3].

Ahora bien, ciertamente, el mecanismo o herramienta de la Administración del Trabajo que se privilegia o emplea con más frecuencia, tanto por parte de los ciudadanos como por iniciativa propia de aquella, es el servicio público de la inspección del trabajo, sin embargo, ello no significa que, en general, varias de las demás funciones que desarrolla aquella no se dirijan en la misma dirección que hemos destacado. Resulta indudable que la inspección del trabajo permite a la Administración Pública, la identificación de incumplimientos a la normativa sociolaboral a fin de buscar, en un primer momento, un remedio a los mismos, y de no darse o no ser posible ello, la imposición de una sanción, lo cual le provee de un especial protagonismo en la estructura orgánica y relevancia dentro de las funciones que tiene a su cargo la Administración del Trabajo; no obstante, no es la única labor de esta que se orienta en la búsqueda de la efectiva vigencia del ordenamiento jurídico sociolaboral.

3 CASALE, Giuseppe y SIVANANTHIRAN, Alagandram. *Los fundamentos de la administración del trabajo. Oficina Internacional del Trabajo*, Ginebra, 2011, pp. 3 y 4.

En relación con la importancia de la inspección del trabajo, en el marco de las funciones que desarrolla la Administración del Trabajo, es sabido que esta se comporta como un elemento fundamental de la misma, en la medida en que constituye un medio para lograr los objetivos de mayor envergadura, tales como la buena gobernanza y el desarrollo social y económico del país; asimismo se considera que es uno de los instrumentos básicos para poner en práctica el Programa de Trabajo Decente de la OIT, dado que tiene un papel fundamental en la promoción del cumplimiento de los principios y derechos de las normas internacionales del trabajo[4].

Lo descrito se constata en nuestro ordenamiento jurídico al apreciar que la labor de la inspección del trabajo encuentra un sustento del más alto rango jurídico, debido, en buena cuenta, a la cláusula de Estado Social que tiene recepción en nuestro texto constitucional, al mandato de respeto de los derechos constitucionales del trabajador, previsto en el artículo 23 de la misma norma, y a nuestras obligaciones internacionales asumidas, a través de la adopción del Convenio 81 de la OIT[5].

Por su parte, respecto del proceso en general, la doctrina ha indicado que este no es un fin en sí mismo, sino el instrumento para obtener la tutela del derecho sustancial, brindar a las personas un medio adecuado para la protección de sus situaciones jurídicas, lo cual, en el ámbito laboral, implicaría garantizar y hacer efectivos los derechos laborales[6].

En el mismo orden de ideas, Priori enfatiza que la esencia misma del proceso consiste en ser un instrumento de la efectividad del ordenamiento jurídico, por lo que, reafirmar dicha instrumentalidad es llenar de contenido a dicho instituto,

4 *Ibídem*, p. 51

5 En relación con este punto, hacemos nuestros los argumentos delineados al respecto por CAVALIÉ, Paul. Cfr. "Balances y Perspectivas de la Inspección del trabajo en el Perú". En: *Libro del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2014, pp. 451-452.

6 Al respecto, ver las fuentes citadas y el trabajo de: PAREDES, Paul. "El nuevo proceso laboral peruano dentro del sistema de mecanismos de protección de los derechos laborales". En: *Laborem 13*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2013, p. 209.

darle un sentido a su existencia y encontrarle una justificación y una tarea dentro del ordenamiento jurídico: servir de medio de tutela[7].

Y es que, en buena cuenta, tomando como referencia lo expuesto por Baylos y Terradillos[8], consideramos que tanto la inspección del trabajo como el proceso laboral se convierten en aquellos mecanismos que el Estado otorga a la ciudadanía para proveer un sistema reforzado de tutela a la normativa sociolaboral, en la medida en que, ante la pervivencia de la desigualdad natural de la relación laboral, no superada de manera significativa por la normativa heterónoma, el riesgo de su ineficacia se reduce con la provisión de dichas vías de tutela.

Ahora bien, reforzada la idea de "instrumentalidad" ínsita a la jurisdicción laboral y a la inspección del trabajo, con miras a la eficacia del ordenamiento sociolaboral, cabe poner en relieve que dicha noción se robustece aún más en el caso de la protección de ciertos derechos, considerados como "fundamentales"[9] [10]. Muestra de ello, por parte de la normativa que regula el procedimiento ins-

7 PRIORI, Giovanni. "La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso". En: *Ius et veritas*. Nº 26, Lima, 2003, pp. 273 y 274.

8 *Cfr.* BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan. *Derecho Penal del Trabajo*. Trotta, Valladolid, 1990, pp. 8-9.

9 Respecto a ellos, JENKS, citado por VEGA RUIZ, considera que los mismos se conciben como prioritarios a los demás ya que proporcionan los instrumentos necesarios para luchar libremente por la mejora de las condiciones de trabajo individuales y colectivas; es decir, debido a su calidad "de base facilitadora", es imposible garantizar la igualdad si hay trabajo forzoso o hablar de igualdad en el trabajo, si un niño se ve obligado económicamente a trabajar; la igualdad no existe si no existen los medios efectivos para garantizar todos los derechos en el trabajo (la libertad de sindicación y la negociación colectiva) y si se sigue utilizando al ser humano en trabajos obligatorios o intolerables. *Cfr*. VEGA, María y MARTÍNEZ, Daniel. *Los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, OIT, Ginebra, 2002, pp. 10-12.
Sin perjuicio de lo indicado, cabe añadir que, ciertamente, reflejar la relevancia de estos derechos y de sus formas de tutela en nuestro ordenamiento jurídico interno, responde, en buena cuenta, a que el estado peruano ha ratificado los denominados Convenios Fundamentales de la OIT, y que su más o menos reciente puesta en "valor", ha coincidido con la suscripción de diversos acuerdos comerciales por parte del Perú con algunos estados, y en los que se consigna la denominada "cláusula social".

10 Inclusive, este énfasis especial dirigido hacia la protección y tutela de estos derechos, se reflejó en la reorganización de la estructura del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, con la aprobación de su Reglamento de Organización y Funciones, mediante el Decreto

pectivo, se aprecia con la previsión de las multas aplicables cuando se afectan estos derechos, cuyo cálculo se realiza sin tener en cuenta la real cantidad de trabajadores afectados (criterio general junto con la gravedad de la infracción para realizar dicho cómputo), ni la dimensión de la empresa infractora[11], sino, considerando las cuantías más altas que impone la inspección (casos de trabajo infantil y trabajo forzoso), el número total de trabajadores de la empresa (casos de afectación del principio de no discriminación y algunos lesivos de la libertad sindical[12]), el número de trabajadores del ámbito de la negociación colectiva o de la huelga o el número de trabajadores afiliados a la organización sindical (cuando se afectan derechos colectivos), más una sobretasa del 50% de la cuantía calculada, en estos tres últimos casos.

En el caso de las normas procesales laborales, dicho énfasis se visibiliza, por ejemplo, al revisar las reglas de comparecencia especial previstas en los artículos 8, 9 y 10 de la Ley Nº 29497, según las cuales, entre otras, los menores de edad pueden comparecer sin necesidad de representante legal, los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en causa propia, en defensa de los derechos colectivos y en defensa de sus dirigentes y afiliados, sin necesidad de poder especial de representación; mientras que, en el caso de las pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento de las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil, pueden ser formuladas por los afectados directos, una organización sindical, una asociación o institución sin fines de lucro dedicada a la protección de derechos fundamentales con solvencia para afrontar la defensa a criterio del juez, la Defensoría del Pueblo o el Ministerio Público; y, cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de

Supremo Nº 004-2010-TR, el cual insertó, como órgano de línea del Viceministerio de Trabajo, a la Dirección General de Derechos Fundamentales y Seguridad y Salud en el Trabajo.

11 La norma inspectiva, gradúa, de mayor a menor cuantía respectivamente, la sanción de multa de acuerdo a si la empresa inspeccionada es una microempresa, pequeña empresa o si no es ninguna de estas (No MYPE), criterio de graduación que se obvia cuando se identifican, entre otras, ciertas infracciones que afectan dichos derechos fundamentales, procediéndose con emplear la tabla de multas que corresponde a la NO MYPE.

12 Esto sucede, por ejemplo, cuando se verifica la realización de actos que impiden la libre afiliación a una organización sindical, que promuevan la desafiliación de la misma u obstaculicen la representación sindical.

prestadores de servicios, pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.

Revisada brevemente la "instrumentalidad" de ambos caminos de tutela proporcionados por el estado peruano a los ciudadanos para obtener la protección y eficacia de sus derechos laborales, corresponde también revisar las características propias de cada uno de estos caminos e ir advirtiendo aquellos encuentros que acercan dichos senderos.

2. Identificando los "caminos distintos" y "entrecruces" que hay entre la inspección del trabajo y el proceso judicial

Ciertamente, la primera diferencia que existe entre ambos mecanismos de tutela de los derechos laborales consiste en la forma en que se da su activación: en el caso de la inspección del trabajo, es la misma administración pública la que de oficio impulsa el inicio de las investigaciones sobre la existencia de incumplimientos a la normativa sociolaboral, inclusive, si dicha iniciativa proviene de una denuncia realizada por algún trabajador, sindicato, tercero ajeno a la relación laboral, etc. Por su parte, en el caso del proceso judicial, su inicio se da siempre a iniciativa de parte, de acuerdo a las reglas generales de comparecencia y/o legitimación especial que recoge la Ley Nº 29497.

En segundo lugar, advertimos una diferencia respecto a los participantes o intervinientes en cada uno de ellos. En el caso de la inspección del trabajo, la relación jurídica se da principalmente entre la Administración Pública y el empleador que es fiscalizado, aunque el denunciante (que en la mayoría de casos es el trabajador y/o sindicato afectado), es considerado como persona con legítimo interés; mientras que en el caso del proceso laboral, la relación jurídica se da entre el demandante y el demandado, quienes, en la mayor parte de los casos, suelen ser el trabajador y/o sindicato y el empleador, respectivamente.

En tercer lugar, queda clara la "fuerza jurídica", por decirlo de un modo, de los pronunciamientos definitivos de cada una de ellas: en el caso de la inspección del trabajo, la resolución que agota el procedimiento administrativo sancionador, puede ser impugnada en la vía judicial, mediante el proceso contencioso administrativo. En el caso de la solución definitiva en el ámbito procesal, es

decir, cuando la sentencia respectiva adquiere calidad de cosa juzgada, la misma es irrevisable e irrecurrible ante cualquier otro órgano jurisdiccional[13].

En cuarto lugar, aunque relacionado íntimamente con la magnitud de cada una de las soluciones que brinda cada vía, encontramos una diferencia adicional, relativa con los mecanismos con los que cuentan tanto el Poder Judicial como la Inspección del Trabajo para obligar a los ciudadanos a cumplir determinada conducta; en efecto, se sabe que el primero tiene a su favor mecanismos de "coacción" más contundentes que la segunda, como por ejemplo, los embargos, ejecuciones forzadas, etc., mientras que la Inspección del Trabajo, solo procede con la imposición de la multa administrativa como disuasivo del incumplimiento sociolaboral advertido[14] [15].

Algunos autores, consideran que hay una diferencia más entre ambas vías de tutela de derechos laborales: una relacionada con las materias que se pueden apreciar en cada una de ellas, y sobre el resultado al que puede arribarse al término de las mismas[16]. Al respecto, creemos que a dicha afirmación habría que realizarse algunas precisiones. En efecto, se indica, en relación con la primera de ellas, que la inspección del trabajo no puede ejercer sus funciones respecto a la reposición luego de un despido, mientras que en el proceso laboral se puede ventilar cualquier materia[17]. Justamente, a partir de ello explicaremos a qué

13 Salvo las excepciones de su cuestionamiento en la vía procesal constitucional, por la afectación de alguna garantía del debido proceso, o mediante la nulidad de cosa juzgada fraudulenta.

14 Al respecto, cabe precisar que, si bien es cierto la Inspección del trabajo, como parte de la Administración Pública, cuenta con capacidad de ejecución coactiva, la misma se limita a la exigencia, con dichas características, del pago de la multa aplicada al administrado infractor. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que la resolución administrativa de trabajo que reconoce obligaciones ha sido considerada como título ejecutivo en el marco de un proceso laboral de ejecución, tal como lo prevé el artículo 57 de la Ley Nº 29497.

15 Sobre el particular, corresponde precisar también que, recientemente, se ha previsto un nuevo tipo de sanción administrativa que puede imponer la Inspección del Trabajo, cuando se advierta la ocurrencia de un accidente mortal de algún trabajador en el centro de trabajo, la cual consiste en el cierre temporal del área de una unidad económica o una unidad económica,

16 *Cfr.* TOYAMA, Jorge HIGA y GARCÍA, Alfonso. "La Prueba en el Derecho Laboral: El Proceso Inspectivo y la Justicia Oral". En: *Derecho & Sociedad.* Nº 37, Lima, 2011, pp. 220-231.

17 En relación a este punto, también puede revisarse la crítica realizada por ELÍAS, Fernando. "Inspección de Trabajo: Problemas y Soluciones". En: *Libro del VI Congreso Nacional de*

nos referimos con aquellas funciones de la inspección del trabajo y del proceso laboral que, de alguna manera, se asemejan.

2.1. Sobre las competencias que "no tiene" la inspección del trabajo

Resulta claro, que cada una de estas vías logra su cometido de protección de los derechos laborales, bajo sus propias características, las cuales hemos reseñado brevemente a partir de las diferencias mencionadas, sin embargo, en el desarrollo de sus funciones, en algunos casos, las mismas encuentran más similitudes que contrastes.

En primer lugar, queremos partir de una percepción, errada en nuestra consideración, de algunos administrados (empleadores) y autores, sobre la facultad de la inspección del trabajo de "ir más allá" de una mera ejecución de la normativa sociolaboral, cuyo cumplimiento se encarga de verificar.

En efecto, en ocasiones, en relación con la facultad de la inspección del trabajo de identificar la incorrecta celebración de contratos sujetos a modalidad, por ejemplo, algunas apelaciones presentadas en el marco de procedimientos administrativos sancionadores sobre la materia, cuestionan que aquella no es competente para determinar si un contrato de trabajo ha sido desnaturalizado[18]; en similar sentido, por su parte, los gremios empresariales, en su momento, cuestionaron el proyecto normativo elaborado por la SUNAFIL como protocolo para las actuaciones inspectivas sobre la materia mencionada, al cual, se le acusó de otorgar facultades a los inspectores laborales para que puedan considerar "desnaturalizados" los contratos a plazo fijo o temporales que se celebran entre el empleador y el trabajador[19].

Ahora bien, llegados a este punto, cabe realizar (reiterar) la siguiente precisión: no es nuestra intención asimilar los efectos o la "fuerza jurídica" de la aplicación de la norma sociolaboral que realiza la Inspección del Trabajo y la

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2014, pp. 451-452.

18 Entre otros casos, pueden revisarse los argumentos de la apelación precisados por la Intendencia de Lima Metropolitana, en la Resolución de Intendencia Nº 007-2015-SUNAFIL/ILM (se puede acceder a dicha resolución mediante el siguiente enlace: https://drive.google.com/file/d/0B08-Xp1bRNSBT3ktS0Fva243T1k/view).

19 *Cfr.* "Industriales acusan a Sunafil de pretender desnaturalizar los contratos a plazo fijo". En: *Gestión*. Lima, 22 de mayo de 2016. Consulta: 15 de setiembre de 2020.

Judicatura Laboral, sino mas bien, hacer notar que ciertamente, aquella, al desarrollar su labor de verificación del cumplimiento de dicha normativa, en diversos casos, lo que va a tener que realizar es una "interpretación" de la misma, y no solamente ser un mero ejecutor de ella, tal como, también en no pocas ocasiones, sucede en el ámbito de la justicia laboral.

Al respecto, puede constatarse que las administraciones públicas actuales, no solamente ejecutan las normas que el Poder Legislativo emite, función que tradicionalmente se le reconoce de acuerdo a una perspectiva inicial y tradicional del principio de separación de poderes, sino que también tiene una función cuasi o para jurisdiccional, al momento de analizar una norma aplicable a un caso concreto que es sometido a su conocimiento.

Tal como lo reconoce un sector de la doctrina constitucional, si bien es cierto, no existe la jurisdicción administrativa, lo acertado, en todo caso, es admitir que la administración pública tiene atribuidas potestades cuasi-judiciales[20], atribución que le permite estar en constante contacto con una diversidad de conflictos intersubjetivos a fin de resolverlos, aunque no definitivamente.

De este modo, tomando una idea de Bullard[21], se constata que actualmente la Administración Pública ejerce una función "cuasijuridiccional" porque, a pesar de impartir justicia, no pueden emitir pronunciamientos definitivos e irrevisables, potestad que es exclusiva del Poder Judicial; es decir, la Administración Pública hace y dice justicia sin perjuicio que corresponda a las Cortes determinar de manera definitiva si hicieron y dijeron justicia de manera correcta.

Lo indicado, siguiendo a Carmona[22], no significa soslayar el principio de separación de poderes que conforma una de las bases teóricas de nuestro Estado de Derecho en la medida en que, este principio, actualmente, no implica una

20 CASTILLO, Luis. "Administración pública y control de la constitucionalidad de las leyes: ¿otro exceso del TC?" En: *La defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos.* Palestra, Lima, 2007, p. 79.

21 BULLARD, Alfredo. "Kelsen de cabeza: verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas". En: *Themis.* Nº 51, Lima, 2005, p. 93.

22 CARMONA, Jorge. "La división de poderes y la función jurisdiccional". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Nº 7-8, México D.F., 2007, pp. 180-181. Disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt7.pdf. Consulta: 15 de setiembre de 2020.

repartición clara de facultades específicas para cada "poder" del Estado, sino mas bien, desde un punto de vista material, se advierte que los órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales llevan a cabo, en cierto grado, actos materialmente legislativos, administrativos y jurisdiccionales, lo cual, no hace sino confirmar que no existe una tajante y rígida división de poderes, sino una armónica coordinación entre éstos para realizar óptimamente los fines del Estado.

En suma, ya no estamos en el judicialismo del siglo XIX para seguir insistiendo en una idea rígida de la separación de poderes, que planteaba una tradicional forma de entender el principio de legalidad al cual se encontraba sujeta la Administración Pública; es por ello, que, coincidiendo con Vignolo, somos de la opinión que es urgente adaptar y darle solvencia al principio de legalidad y a la cláusula del Estado de Derecho frente a la nueva idea general de relación entre los poderes estatales, en la que la administración no sólo es un "mero ejecutor jurídico" de los dictados legislativos[23].

Y es que la inspección del trabajo, en ocasiones, no solamente subsume el supuesto incumplimiento que está investigando, sin mayor dificultad, en alguna de las infracciones previstas en el Reglamento de la Ley General de Inspección del trabajo (RLGIT)[24], sino que la situación objeto de su verificación, al relacionarla con los incumplimientos previstos como infracciones en la mencionada norma, motiva un ejercicio valorativo e interpretativo que no tendría por qué dejar de realizar, ante el entendido erróneo de que no cuenta con esa facultad, cuando en realidad, su finalidad es justamente velar por el cumplimiento de la normativa sociolaboral que está interpretando en el marco de su labor de verificación, la cual, indudablemente, debe estar acompañada de la adecuada motivación y las demás garantías correspondientes al debido procedimiento.

Al respecto, hay diversos ejemplos que reflejan que la inspección del trabajo ha desarrollado, en buena cuenta, un ejercicio interpretativo de la normativa sociolaboral, cuyo cumplimiento se encarga de velar, en su labor de investigación

23 VIGNOLO, Orlando. "La cláusula del estado de derecho, el principio de legalidad y la administración pública. Postulados básicos y transformaciones". En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nº 131, México D.F., 2011, p. 813. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n131/v44n131a10.pdf. Consulta: 15 de setiembre de 2020.

24 Dicho reglamento fue aprobado mediante Decreto Supremo Nº 019-2006-TR, aunque el mismo ha sido modificado en reiteradas oportunidades.

y posterior identificación de alguna de las infracciones previstas en el RLGIT. Así, solo por citar algunos casos[25], presentamos el siguiente cuadro que muestra cómo la inspección del trabajo no solo se ha limitado a ser un "mero" verificador del cumplimiento de la normativa sociolaboral:

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis de validez de contrato por incremento de actividad	La celebración de este tipo de contrato, debido al crecimiento transitorio o eventual de la producción, no implica la desnaturalización del mismo ya que la celebración de este tipo de contrato, en razón del incremento de las actividades ya existentes, no importará una temporalidad de las mismas, las que por el contrario tienen una vocación de permanencia, sino será su carácter incierto. Asimismo, la Intendencia considera que el hecho de que existan trabajadores contratados bajo esta modalidad realizando labores similares a las llevadas a cabo por personal permanente, no configura por sí solo una causal de desnaturalización, puesto que este tipo de contrato supone precisamente la realización de actividades propias de la empresa conjuntamente con trabajadores contratados a tiempo indeterminado.	Resolución de Intendencia N° 129-2015-SUNAFIL/INII
Análisis de desnaturalización de contrato por necesidad de mercado	En el Acta de Infracción, los inspectores comisionados dejaron constancia que si bien en el plano formal, la empresa ha presentado contratos por necesidades de mercado que señalan la supuesta causa objetiva, esta no ha sido acreditada en la realidad. En el plano de lo real (primacía de la realidad); es decir, las causas que podrían originar un contrato por necesidades de mercado, como son los cambios coyunturales en la demanda de sus productos (pedidos/clientes), si bien ha quedado demostrado, que estos cambios se han dado, también es cierto que no guarda relación con la contratación de personal bajo esa modalidad. Cuando la demanda ha disminuido y ha disminuido la producción se ha incrementado la contratación de personal bajo la modalidad mencionada y viceversa, es decir, que cuando se ha incrementado la demanda y aumentado la producción ha disminuido la contratación de personal bajo esta modalidad, por lo que se habría configurado la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad y la infracción muy grave en materia de relaciones laborales, según lo descrito en el artículo 25 numeral 25.5 del DS 019-2006-TR.	Resolción Directoral N° 452-2013-MTPE/1/20.4

25 Algunos de ellos, han sido tomados de: TOYAMA, Jorge y RODRÍGUEZ, Fernando. *Manual de Fiscalización Laboral.* Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 617 y ss.

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis de la calificación de un trabajador de dirección	En el caso resuelto por la Intendencia, la inspección del trabajo procuraba identificar si una trabajadora, que ejercía el cargo de tesorera, y que había sido considerada por su empleador, como una trabajadora de dirección, lo era realmente, a fin de determinar si estaba en la posibilidad de decidir la oportunidad de su descanso vacacional, dado que no se le había abonado su indemnización vacacional. Al respecto, la Intendencia verificó que dicha trabajadora no era de dirección dado que, de acuerdo a la información de sus boletas de pago y de la planilla electrónica, no ganaba una remuneración alta y tampoco percibía beneficios adicionales como suele suceder con los trabajadores de dirección, tales como el pago de gastos de representación, viáticos, asignación de vehículos, teléfonos, vivienda, viajes, entre otros.	Resolución de Intendencia N° 042-2016-SUNAFIL/ILM
Análisis sobre la necesidad de que el registro de asistencia cuente con las medidas de seguridad que impidan su adulteración, deterioro o pérdida	Los inspectores comisionados verificaron que el registro implementado por la empresa inspeccionada, permitía la modificación de las horas de ingreso y salida por parte del personal de Recursos Humanos, lo cual no fue negado por la inspeccionada, sino mas bien, alegaba que no se habían advertido específicamente cuáles eran las medidas de seguridad a aplicarse, y que la norma no sancionaba posibilidades de modificación del registro sino la comisión de hechos concretos. Al respecto, la Intendencia señaló que, si bien es cierto el artículo 3 del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, no exige de forma concreta qué medidas de seguridad deben aplicarse, deja en libertad al empleador para que, de considerar que debe implementar un registro con soporte físico o digital, adopte las medidas de seguridad para evitar la adulteración, deterioro o pérdida, lo cual no se realizó en el presente caso, lo cual implica prácticamente que no se contaba con dicho registro conforme a ley.	Resolución de Intendencia N° 307-2015-SUNAFIL/ILM
Análisis de validez de descuento de liquidación de beneficios sociales por adeudos del trabajador	El empleador manifestó que el trabajador reconoció –de manera voluntaria y expresa– que le presentó una rendición de gastos con facturas adulteradas, generando que el empleador le pague una suma indebida que posteriormente le fue descontada de la liquidación de beneficios sociales. La Intendencia de Lima Metropolitana señala que no ha existido una afectación al principio de irrenunciabilidad de derechos dado que "el descuento autorizado por el trabajador en la liquidación de beneficios sociales no puede implicar una renuncia de los derechos puesto que ha sido realizada de manera voluntaria aceptando un adeudo respecto a su empleador". No se trata de un descuento que haya sido indebidamente realizado por el empleador pues este fue autorizado por el ex trabajador.	Resolución de Intendencia N° 208-2016-SUNAFIL/ILM

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis de validez del pago proporcional de la asignación familiar	El empleador alegó que la asignación familiar es un concepto remunerativo que está sujeto a disminución por inasistencias y tardanzas, siendo así que su cálculo se realizó en función de los días laborados por el trabajador. Al respecto, la Intendencia de Lima Metropolitana manifestó que la Ley N° 25129, que regula la asignación familiar, no establece la posibilidad de realizar pagos proporcionales a favor de los trabajadores con derecho al beneficio, posición que ha sido confirmada en el Informe N° 028-2012-MTPE/2/14, emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), en el que se señala que la asignación familiar "no presenta un tinte contraprestativo que conlleve la posibilidad de sujetarla a ningún tipo de descuento, encontrándose el empleador obligado a otorgarlo en su integridad".	Resolución de Intendencia N° 125-2016-SUNAFIL/ILM
Análisis sobre vulneración del principio de igualdad y no discriminación	El inspector comisionado había verificado las siguientes infracciones en materia de igualdad y no discriminación: i) Que una trabajadora de la empresa inspeccionada, pese a que se encontraba afiliada al sindicato de la misma, había sido excluida de los efectos del convenio colectivo 2013-2014, mediante un acta de acuerdo en reunión extraproceso, mediante el cual se hacía extensivo los alcances de dicho convenio a ocho trabajadores afiliados al sindicato negociante. ii) Falta de otorgamiento del pago del bono económico único realizado en el mes de febrero de 2014 a doce trabajadores que se afiliaron con anterioridad a dicho mes, no obstante haber sido otorgado a otro trabajador que ostentaba la calidad de afiliado. En relación con la primera infracción, la Intendencia señaló que se advierte un trato diferenciado puesto que no se incluyó dentro de los beneficios del convenio colectivo a la trabajadora pese a encontrarse en la misma situación que el resto de trabajadores comprendidos en el Acta de Acuerdo en Reunión Extraproceso. Sobre la segunda, la Intendencia indicó que la celebración del convenio colectivo 2013-2014 y la decisión del empleador de otorgar en el mes de febrero de 2014 los mismos beneficios de dicho convenio a los trabajadores no sindicalizados, generó que existiera un número de trabajadores que se afiliaron al sindicato previamente a dicho otorgamiento y que no fueran beneficiados ni por el convenio colectivo ni por el acto de liberalidad del empleador, situación que evidencia un trato diferenciado respecto de dichos trabajadores.	Resolución de Intendencia N° 164-2015-SUNAFIL/ILM

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis de afectación de la libertad sindical cuando el empleador elabora cartas de desafiliación sindical	Se evidencia que la elaboración de cartas de desafiliación y tramitación de las mismas por la inspeccionada, constituyen actos de intrusión e intromisión en la administración del Sindicato, la cual debe ejercitarse en forma libre y autónoma de toda acción directa o indirecta por parte del empleado, transgrediéndose así una de las manifestaciones de la libertad sindical, la de desafiliación, decisión que debe ser hecha libre de todo intervencionismo y de manera voluntaria; por ende, podemos afirmar que la inspeccionada sí vulneró la libertad sindical de los trabajadores afiliados al Sindicato, conclusión válida a la que también arribaron el acta de infracción y la resolución apelada.	Resolución Directoral N° 416-2013-MTPE/1/20.4
Análisis de afectación de la libertad sindical mediante despido de sindicalizados por incumplimiento de parámetros de productividad sin base objetiva	La aplicación de tal procedimiento de despido es a todas luces atentatorio contra la libertad sindical toda vez que los criterios de evaluación para determinar la causa justa de despido de cinco dirigentes sindicales que laboraban como gestores de cobranza difícil, incluidos el secretario de organización y el secretario de relaciones exteriores, actas y archivos, quienes gozaban de fuero sindical, supuestamente por haber incurrido en infracción relativa al incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral; y al secretario de economía, por no haber cumplido con comunicar debidamente su actualización de domicilio, se tiene que tales despidos han sido interpuestos de forma arbitraria por la empleadora inspeccionada, al reconocer en apelación que "las metas establecidas a cada trabajador respondían a criterios de cada administrador de agencia, realizados tomando en cuenta cada una de las carteras de cobranza que cada uno de los trabajadores manejaba, no quedando esto plasmado en documento alguno", de lo que se colige que las metas exigidas a su personal, como en el cargo de gestores de cobranza de cartera difícil, es diseñada por el responsable de cada agencia y para cada trabajador, el cual le es informado por las denominadas "actas de compromiso de baja productividad, no habiendo la inspeccionada acreditado de forma concreta los valores objetivos o bases de cálculo para su determinación y distribución a cada personal.	Resolución Directoral N° 48-2013-MTPE/1/20.4

Tema analizado	Reseña de resolución de la Inspección	Resolución
Análisis del "esquirolaje interno" como afectación del derecho de huelga	La movilización interna de los trabajadores de una empresa para cubrir las labores de otros trabajadores en huelga, así como en general cualquier otro comportamiento que tenga como finalidad restarle efectividad a la huelga, califican como una infracción muy grave en materia de relaciones laborales por impedir el libre ejercicio del derecho de huelga, conforme al artículo 25.9 del Decreto Supremo No 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del trabajo dado que tal comportamiento vulnera los objetivos de la huelga, es decir, que exista proporcionalidad y carácter recíproco de las privaciones y daño económico para las partes en conflicto.	Resolución Directoral N° 32-2013-MTPE/1/20.4
Análisis sobre los requisitos a tener en cuenta para proceder con el descuento de la cuota sindical extraordinaria	En el caso resuelto, la empresa inspeccionada indicaba que los descuentos por ayuda solidaria a compañeros y familiares con problemas de salud, por inasistencias a la asamblea y el descuento autorizado por tres trabajadores por ciertos periodos, no cumplían los requisitos de ley para ser considerados como "cuota extraordinaria" puesto que el descuento por ayuda solidaria no establecía los nombres de cada uno, el de inasistencia no era común a todos y el descuento autorizado no fue aprobado por la organización sindical en su estatuto ni en su asamblea. Al respecto, la Intendencia indicó que la empresa inspeccionada no consideró que los requisitos legales para proceder con el descuento de la cuota sindical extraordinaria son los referidos, los cuales se encuentran previstos en el artículo 28 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.	Resolución de Intendencia N° 231-2015-SUNAFIL/ILM.

Adicionalmente a lo explicado, cabe indicar que, inclusive, la misma tipificación de diversos incumplimientos sociolaborales como infracciones sancionables por la inspección del trabajo, consta o comprende un tenor "ejemplificativo" a fin de que el intérprete de la misma (inspector, autoridad sancionadora y, eventualmente, el Poder Judicial, en el marco de un proceso contencioso[26]), a

26 Al respecto, cabe indicar que por ejemplo la Corte Suprema, mediante la Casación Nº 3480-2014-Lima, refiriéndose a la infracción prevista en el numeral 25.9 del artículo 25 del RLGIT, ha interpretado, creemos acertadamente, lo siguiente:
"Décimo Primero: Que, la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, comprende también el caso en que el empleador efectué movilizaciones internas de su propio personal para ejecutar las labores de los trabajadores en huelga, y en general, cualquier otro comportamiento del mismo que esté destinado a restarle efectividad a cualquier medida de acción iniciado por los trabajadores en huelga"

partir de los supuestos y parámetros expresamente recogidos, pueda concluir que otros supuestos análogos califican como infracciones. Justamente, este tipo de técnica de tipificación[27] ha sido acogida por el RLGIT en algunos casos, como por ejemplo en aquellas infracciones previstas en los numerales 25.9, 25.10, 25.15, 25.17 del artículo 25 del RLGIT.

En segundo término, queremos llamar la atención sobre aquella, también, cuestionada facultad de la Inspección del trabajo de requerir al empleador la reposición de un trabajador mediante la medida inspectiva correspondiente, lo cual está relacionado con una crítica mencionada respecto del tipo de materias a las que la labor de verificación de la inspección no alcanza. Nuestra disconformidad parte de coincidir con la postura del profesor Arce, cuando señala que tanto el Convenio Nº 81 como la Ley General de Inspección del trabajo, Ley Nº 28806, admiten un ámbito de fiscalización sumamente amplio u omnicomprensivo de materias que contiene la legislación laboral nacional, incluyendo a los derechos de los trabajadores ante un despido[28], por lo que, en nuestra consideración, resulta posible que la inspección del trabajo pueda requerir mediante la medida inspectiva correspondiente la reposición de un trabajador[29].

En efecto, por ejemplo, podría suceder que un empleador despida a uno o varios trabajadores que han conformado un sindicato o a un trabajador sindicalizado, por el solo hecho de tener esta condición, siendo, ambos casos, supuestos de infracciones recogidos en el RLGIT (ver numerales 25.10 y 25.12 del artículo 25 de esta norma), lo cual, a la vista y análisis del inspector, ame-

27 A este tipo de regulación de infracciones administrativas, la doctrina las ha denominado como "cláusulas de interpretación analógica", y han sido consideradas como válidas por el Tribunal Constitucional. Para una revisión más detallada del tema puede leerse: ESPINOZA, Frank. *La infracción administrativa laboral.* Tesis de Maestría de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Lima, PUCP (Escuela de Posgrado), Lima, 2013, pp. 61 y ss. Disponible en: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5245/ESPINOZA_LAUREANO_FRANK_INFRACCION_ADMINISTRATIVA.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Consulta: 15 de setiembre de 2020.

28 ARCE, Elmer. "Luces y sombras de la inspección del trabajo". En: *Libro del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2016, pp. 815-816.

29 Una opinión similar a la nuestra, y cuyos argumentos de sustento compartimos, puede revisarse en: BÉJAR, Elio. "Facultad de la inspección del trabajo para requerir la reposición laboral". En: *Soluciones Laborales.* Nº 135. Gaceta Jurídica, Lima, 2019, pp. 107-117.

rite de la disposición de una medida de requerimiento que permita resarcir el incumplimiento advertido, la cual, en estos casos, consistirá básicamente, en la reinstalación del trabajador afectado.

Dicha medida inspectiva, de acuerdo al artículo 14 de la LGIT, permite que el inspector actuante, al comprobar la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico sociolaboral, requiera al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, *de las medidas necesarias* para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas. Este precepto, se ve complementado por el numeral 20.3 del artículo 20 del RLGIT, el cual prevé que las mismas, "*pueden* consistir en ordenar al empleador, que en relación con un trabajador, siempre que se fundamente en el incumplimiento de la normatividad legal vigente, se le registre en planillas, se abonen las remuneraciones y beneficios laborales pendientes de pago, se establezca que el contrato de trabajo sujeto a modalidad es a plazo indeterminado y la continuidad del trabajador cuando corresponda, la paralización o prohibición inmediata de trabajo o tareas por inobservancia de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, *entre otras*" (la cursiva es nuestra).

Las palabras destacadas que componen los preceptos citados, no dejan duda, en nuestra opinión, sobre la variedad de posibilidades que puede adoptar una medida de requerimiento; inclusive, desde una perspectiva literal de estos dispositivos, queda claro que el mandato de la medida inspectiva de requerimiento se puede "amoldar" a cada situación reñida con la legislación sociolaboral y que haya sido advertida por el inspector, de tal manera, que dicha orden de dar, hacer y/o no hacer, que comprende tal medida, pueda consistir, en los casos ejemplificados, en que el empleador reponga al trabajador.

En esa línea, creemos que justamente el RLGIT plantea esta regulación ejemplificativa que puede adoptar la medida de requerimiento, en concordancia con la finalidad a la que apunta la inspección del trabajo; ello, en sentido contrario, nos lleva a pensar que no resultaría coherente, con miras a la eficacia del ordenamiento sociolaboral a la que se dirige la labor de la inspección del trabajo, considerar que esta no cuenta con la capacidad de exigir que el empleador infractor reponga a un trabajador en el caso de la afectación de alguno de sus derechos fundamentales mediante el despido, más aún si este tipo de lesión afecta gravemente el ordenamiento jurídico cuya vigencia y eficacia se le ha encargado vigilar a este servicio público.

En ese orden de ideas, resultarán erróneas las apreciaciones que sustentan que la inspección del trabajo no puede requerir la reposición del trabajador, al estimar que esta facultad sólo está reservada únicamente al Poder Judicial, por tratarse de un reconocimiento de derechos a favor de aquél; y es que, nuevamente, creemos que la diferencia que marca la distancia de las atribuciones de cada vía de tutela que hemos referido, no parten de las materias que cada una de ellas puede revisar, interpretar y resolver, sino, en la fuerza jurídica y medios de coacción que cada una de ellas provee y tiene a su disposición para darle eficacia a las respuestas brindadas a cada caso que resuelven.

Por otro lado, no creemos tampoco que lo previsto en el numeral 2 del artículo 2 de la Ley Nº 29497 pueda considerarse un fundamento normativo para sustentar que la facultad de disponer la reposición, sea exclusiva de la jurisdicción laboral, dado que aquel precepto, en nuestra opinión, se dirige a establecer un tipo de vía judicial que el trabajador podría emplear para obtener una tutela restitutoria.

Lamentablemente, la postura de negar esta posibilidad a la inspección del trabajo ha sido respaldada, aunque entendemos que con desacierto, en alguna ocasión por el Poder Judicial, en el marco de un proceso contencioso administrativo, en el que, justamente un administrado (empleador) había cuestionado que aquella lo haya sancionado por no haber dado cumplimiento a este tipo de requerimiento.

Nos referimos a la sentencia expedida por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el Expediente N° 00470-2009-0-1801-JR-LA08, la que, en relación con el particular, concluyó que dicha atribución o facultad no ha sido contemplada en las normas inspectivas ya que la misma es exclusivamente jurisdiccional, siendo susceptible de ser ordenada por un juez constitucional en un proceso de amparo, o un juez laboral en un proceso de nulidad de despido, sin realizar mayor desarrollo o motivación para arribar a esta conclusión, lo cual, de por sí ya implica una afectación al deber de motivación adecuada y suficiente de toda decisión judicial.

El referido error, en nuestra opinión, se magnifica al advertir que en la mencionada sentencia la Sala Laboral ni siquiera, aplicando una interpretación literal de las normas inspectivas, llega a advertir que las mismas sí contemplan dicha facultad, tal como lo hemos notar líneas atrás. Ahora bien, cabe precisar

que dicha sentencia no tiene el carácter de precedente de observancia obligatoria ni configura un criterio que conforme una doctrina jurisprudencial, por lo que sus efectos se reducirían solo al caso concreto, lo cual, no implica que, en nuestra consideración, dicho razonamiento judicial deje de ser un yerro exento de críticas.

2.2. Los problemas que acarrea la conclusión del procedimiento inspectivo por "cuestión litigiosa" en sede judicial

Otra crítica que se le realiza también a la inspección del trabajo se presenta cuando, en simultáneo con el proceso judicial, conoce de una "cuestión litigiosa" que involucra a los mismos hechos, sujetos, y fundamentos. Al respecto, se sustenta que cuando aquella advierte de la presencia de todos aspectos, debe declinar su intervención y proceder con el archivo del expediente administrativo.

En un primer momento, cuando la SUNAFIL reguló este tema, mediante la Directiva Nº 001-2016-SUNAFIL, aprobada mediante Resolución de Superintendencia Nº 039-2016-SUANAFIL, dispuso que el inicio de las acciones judiciales durante el trámite de las actuaciones inspectivas, no era causal de inhibición por parte de los inspectores, salvo que exista mandato expreso que así lo disponga; es decir, en buena cuenta, las actuaciones inspectivas debían continuar, pese a tramitarse en el ámbito judicial la misma "cuestión litigiosa". Sin embargo, actualmente, ante la derogatoria de la mencionada Directiva, mediante Resolución de Superintendencia N° 031-2020-SUNAFIL[30], la vigente normativa de la SUNAFIL prevé que en caso el inspector tome conocimiento que se está tramitando en sede judicial una cuestión litigiosa sobre los mismos, hechos, sujetos y fundamentos, debe disponer su término y proceder con el archivo o cierre de la orden de inspección correspondiente[31].

30 Que aprueba la Directiva Nº 001-2020-SUNAFIL/INII, Directiva sobre el ejercicio de la función inspectiva.

31 Al respecto, cabe añadir que este cambio de postura a la interna de la Inspección del trabajo, no se ha dado solamente desde que la SUNAFIL es la Autoridad Central del Sistema de Inspección, sino también desde antes de su creación. *Cfr*. HUAMÁN, Elmer. La suspensión del procedimiento de inspección laboral frente a la existencia de un proceso judicial "vinculado". En: *Libro del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2014, pp. 668-674.

Sobre el particular, consideramos que si bien es cierto, a este vigente precepto de la inspección del trabajo, subyace la intención de evitar una posible duplicidad o contrariedad de decisiones, es decir, una idea de generar seguridad jurídica por parte de las vías que el Estado ha puesto a disposición de los ciudadanos para que el ordenamiento sociolaboral obtenga eficacia, dicha intención podría "chocar" y/o afectar directamente los intereses legítimos de un denunciante de adquirir medios probatorios o de reforzar los que ya tiene[32], a fin de incorporarlos al proceso judicial iniciado en busca de una tutela por parte de la Judicatura.

En efecto, piénsese en aquel trabajador que ha laborado o brindado sus servicios en la completa informalidad, situación que complicaría la aportación de medios probatorios en un eventual proceso laboral, y que acude a la inspección del trabajo, justamente, para que esta, a partir de su investigación, pueda brindarle los suficientes medios probatorios, que le permitan comparecer, con una adecuada aptitud de actuar pruebas, en un proceso laboral. Inclusive, en el caso de aquel, que habiendo acopiado medios probatorios para obtener una respuesta favorable de la Judicatura, requiere de la intervención de la inspección del trabajo para fortificar su material probatorio ante la eventual identificación de una infracción administrativa por parte de su empleador.

Al respecto, cabe caer en cuenta que, inclusive, el artículo 21 de la Ley Nº 29497 permite que las partes puedan presentar, extraordinariamente, medios probatorios que se hayan obtenido con posterioridad a los actos postulatorios y hasta el momento previo a la actuación probatoria, lo cual puede darse cuando la inspección del trabajo ha emitido un acta de infracción luego de que el trabajador, eventualmente favorecido con la misma, haya presentado su demanda, la cual, ciertamente, será valorada por el juez, en conjunto con los demás medios probatorios presentados por las partes a fin de dar solución al conflicto puesto a su conocimiento[33].

32 Recordemos que de acuerdo con el artículo 16 de la LGIT, los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos, aunque, ciertamente, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

33 Nótese que, inclusive, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2018, se ha concluido que, de manera excepcional, es posible incorporar y valorar un medio probatorio extemporáneo, fuera de las oportunidades previstas en el artículo 21 de la Ley Nº 29497, como por ejemplo, en la vista de la causa correspondiente a la segunda instancia.

Por otro lado, la "triple" identidad (sujetos, objeto y fundamento) a la que se refiere la vigente normativa de la SUNAFIL[34], para proceder con la conclusión de las actuaciones inspectivas, no se presenta en rigor. Efectivamente, en primer lugar, las partes del procedimiento inspectivo y del proceso judicial no son las mismas (en el primero es la inspección del trabajo frente al empleador, mientras que en el caso del proceso laboral, normalmente, son el empleador con el trabajador), y, en segundo lugar, se advierte también que el fundamento que sustenta las funciones de cada vía de tutela, en rigor, apunta en diferentes sentidos, ya que en el primer caso, se determina la responsabilidad administrativa del empleador, mientras que en el segundo, se define si le corresponde o no el derecho reclamado al trabajador.

Ahora, si bien es cierto, en estricto dicha "triple" identidad no se produce, consideramos que sí queda claro que, por lo menos, el aspecto del "fundamento" de cada una de ellas, puede considerarse como el mismo, en la medida en que mediante ambas vías, el Estado, como Administración Pública y Poder Judicial, busca brindarle eficacia al ordenamiento sociolaboral, por lo que, el trámite en simultáneo del mismo "conflicto", podría resultar, por un lado, innecesario, inclusive desde un punto de vista de optimización de los recursos públicos, y por el otro, riesgoso, ante la posibilidad de la duplicidad o contrariedad de soluciones que puedan darse en ambas vías.

De esta manera, confrontando esta última idea, con nuestra postura de que las actuaciones investigatorias de la inspección del trabajo no deberían archivarse, creemos que podría, en todo caso, sustentarse que la suspensión referida se concretice en el caso que dichas actuaciones motiven el inicio del procedimiento administrativo sancionador, atendiendo a que de esa forma, por un lado, el trabajador igualmente pueda obtener medios probatorios de carácter público, que le permitan, en conjunto con el restante material probatorio incorporado al proceso, procurarle generar convicción al juez laboral sobre su postura, impidiéndose, por el otro, que la inspección del trabajo prosiga con la determinación de la sanción administrativa propuesta por el inspector mediante

34 En relación con ello, cabe precisar que la prevista "triple identidad" a la que se refiere el numeral 7.2.1 de la Directiva Nº 001-2020-SUNAFIL/INII, apunta a reflejar y recoger en el ámbito inspectivo, lo previsto en el artículo 75 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 004-2019-JUS (TUO-LPAG).

dicha acta[35] (atendiendo, a que es en el marco del procedimiento administrativo sancionador que la inspección del trabajo finalmente determina que el sujeto inspeccionado ha vulnerado o no la normativa sociolaboral), evitando, de esa manera la posibilidad de que ambos instrumentos estatales de tutela de derechos laborales emitan decisiones disímiles.

2. Reflexión final

En ocasiones, un trabajador que acude al Poder Judicial puede encontrar un respaldo o auxilio probatorio en los productos de la investigación que haya podido realizar la inspección del trabajo. Esta es, ciertamente, una correcta percepción de la labor de la inspección del trabajo, pero ello no implica que solo de esta manera, este servicio público de la Administración del Trabajo coadyuva en la labor de brindar eficacia al ordenamiento sociolaboral.

El hecho de que la inspección del trabajo no tenga el mismo poder de coerción que la judicatura para requerir el cumplimiento de la normativa sociolaboral, y que la entidad o fuerza de sus decisiones finales sean dispares, no significa que en el desarrollo de su labor no tenga la posibilidad de verificar el cumplimiento de cualquier materia sociolaboral o realizar un ejercicio interpretativo de dicha normativa, cuando corresponda, tal como lo hace el juez laboral, al resolver un conflicto jurídico puesto en su conocimiento.

Reafirmarnos en estas ideas finales, creemos, nos ayudarán también a repensar y a apreciar la real importancia y dimensión que tiene (o debería tener) la labor de la Inspección del Trabajo no solo en la búsqueda de la eficacia del ordenamiento sociolaboral, cuya vigilancia tiene a su cargo, sino también, y a partir de esta finalidad, como instrumento medular con miras a mejorar nues-

35 Sobre el particular, cabe recordar que el año 2017, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley Nº 1437/2016-PE, que plantea la inclusión, en la LGIT, del artículo 45-A, en los siguientes términos:
"El procedimiento sancionador se suspende cuando el sujeto inspeccionado comunica a la Autoridad Inspectiva de Trabajo que, antes del inicio o durante el desarrollo de las actuaciones inspectivas, ha sido demandado en sede jurisdiccional por el incumplimiento de las mismas obligaciones, periodos y trabajadores comprendidos en el Acta de Infracción. La Autoridad Inspectiva del Trabajo que suspende el procedimiento debe comunicar dicha decisión a la autoridad judicial que conoce el proceso judicial que motiva la suspensión".

tros niveles y estándares de trabajo decente, como partícipes de una comunidad internacional que apunta decididamente a este objetivo.

3. A mi amigo Javier

No tuve la fortuna de ser su alumno porque estudié el pregrado en el Campus Piura de la UDEP, aunque, la revisión de sus textos y libros me acercaron de alguna forma a sus clases, porque, realmente, cómo lo comprobé años después, leerlo era como estar escuchándolo o estar en una de sus brillantes clases o exposiciones, virtud que solo algunos logran en el ámbito de la academia.

Al poco tiempo de concluir mis estudios de pregrado, tuve la oportunidad de laborar en Lima y con ello la ocasión de iniciar la Maestría de Derecho del Trabajo en la PUCP. No fue sino, hasta el curso de Seminario de Tesis que tuve la oportunidad de conocerlo personalmente, más allá de asistir antes a algún evento académico en el cual él participaba como ponente, y de acercármele, para, como un fan que hace lo imposible para obtener de su artista favorito un autógrafo, pedirle que me firme aquella edición un poco maltratada de su libro de Introducción al Derecho Laboral al que había acudido ya tantas veces y que aún mantengo en mi biblioteca como un niño que atesora sus juguetes preferidos de la infancia.

En aquel entonces la metodología del Seminario de Tesis de la mencionada Maestría era distinta a la actual: cada semestre de este seminario, los tesistas íbamos un par de veces a una suerte de plenaria en la que presentábamos nuestros avances a cuatro profesores, que al mismo tiempo eran nuestros asesores. Él era uno de estos profesores, y asesor de algunos tesistas, entre los cuales, afortunadamente, estaba yo. Ese fue el inicio de nuestra relación amical.

A partir de entonces, pude comprobar personalmente porque muchos laboralistas de la PUCP le guardaban tanto cariño y aprecio. Desde un inicio, él comenzó a considerarme su amigo. Yo aún, al principio, tratando de guardar las "formas" del caso, lo saludaba con la mano y le decía "Doctor" a lo cual él, inmediatamente, como un padre cariñoso e incondicional, me abrazaba y me pedía que no le llamara así, sino simplemente como "Javier", mientras él me decía, con la calidez de una amistad de años, "Manuelillo".

Luego vinieron algunas cenas, conversaciones y visitas en las que seguí comprobando su gran don de gente, generosidad (nunca dejaba que le invitara o pagara, por lo menos, parte de la cuenta), amabilidad, su enorme sentido del humor (sobre todo las "chapas" que me ponía), sabiduría, entre otras muchas características de él, que me ayudaron a entender completamente por qué muchos lo consideraban un Maestro, en todo sentido.

Pocos meses antes de su partida, lo vi, virtualmente, por última vez, en un evento académico, en el cual le manifesté, nuevamente, la alegría de volver a verlo, al menos por ese medio, mi admiración y mi deseo de volver a juntarnos para conversar, cenar algo, tomar algunos tragos y abrazarnos. Ya luego pasó lo que todos sabemos.

Aún pienso en esa intención que nos manifestamos mutuamente de volver a vernos e, irremediablemente, caigo en la cuenta de que ya no será posible, querido amigo, y una pena insondable me apremia; pero al mismo tiempo, me tranquiliza el hecho de que ya eres eterno para todos los que tuvimos la suerte de ser considerados como tus amigos.

Querido amigo, tu legado académico y personal es imperecedero. Te extrañamos y te vamos a seguir echando de menos, muchísimo. Que Dios te tenga en su santa gloria.

LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, SU IMPACTO EN EL DERECHO LABORAL Y EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN INSPECTIVA DE TRABAJO

Luis Serrano Diaz*

Resumen:

El Perú está inmerso en el sistema internacional, universal y regional de protección de los derechos humanos, al amparo del artículo 55° y de la cuarta disposición final transitoria de la Constitución Política vigente, en tal sentido y en los casos en los que el país es parte de un tratado, debe velar por la aplicación de ellos, porque son parte del derecho nacional como expresa la carta magna; así mismo, los artículos señalados en la Constitución Política deben interpretarse en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y acuerdos ratificados por el Perú, por lo que el ejercicio de los distintos operadores del derecho laboral debe darse considerando los diferentes instrumentos normativos internacionales y la jurisprudencia de las Cortes Internacionales. Los derechos laborales inmanentes al ser humano están protegidos por los diferentes instrumentos internacionales, los tratados, no limitándose únicamente a los Convenios OIT, comprenden todos los instrumentos mundiales o regionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana, por citar algunos, que en buena cuenta dieron origen a muchos de los derechos laborales e inspiraron las legislaciones laborales nacionales.

* Abogado. Maestría PUCP. Doctorando UNMSM. Miembro asociado de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social SPDTSS. Inspector Supervisor de Trabajo-SUNAFIL. Docente UNMSM. Posgrado OIT Turín Italia en Trabajo Decente y futuro del trabajo. Estudios Avanzados en Derecho Social Universidad de Salamanca España USAL. Integrante: AIDTSS, CIELO.
Correo electrónico: drluisserranodiaz@gmail.com

Los operadores del derecho en el ámbito de la judicatura aplican cada vez con más frecuencia, las normas internacionales del trabajo, los tratados, declaraciones y más específicamente los convenios internacionales del trabajo de la OIT, para resolver las controversias, se evidencia más en los casos referidos a discriminación, estabilidad en el empleo, libertad sindical, seguridad, seguridad social, etc. también cuando se suscitan vacíos normativos, lagunas en el derecho nacional, para elegir una norma más favorable en relación a la norma nacional, invalidar normas de derecho interno frente a antinomias o cuando se tienen normas internas que contravienen las normas convencionales.

En el ámbito administrativo, la inspección del trabajo, sustentada en el Convenio 81 OIT, debe considerar las normas internacionales, los diferentes tratados, conforme al sistema nacional de incorporación monista adoptado por nuestro país en la Constitución y conforme a la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley 28806, tomando en consideración los artículos primero y segundo. Lo cual evidencia que la inspección también está inmersa en el ordenamiento internacional, en consecuencia debe tener en consideración en la resolución de los casos, en sus diferentes etapas: de actuaciones inspectivas, instructora y sancionadora, los diferentes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, tratados bilaterales y plurilaterales en materia laboral, etc. y por supuesto también a los convenios de la OIT de forma más específica.

Conforme a lo reseñado se evidencia la influencia y gran impacto que tienen las normas internacionales y los Convenios OIT en el derecho laboral, tanto en la función de inspección del trabajo como en la judicatura

ABSTRAC:

Peru is immersed in the international, universal and regional system for the protection of human rights, under the protection of article 55° and the fourth transitory final provision of the Political Constitution in force, in such sense and in the cases in which the country is part of a treaty, it must ensure the application of them, because they are part of the national law as expressed in the Magna Carta; Likewise, the articles indicated in the Political Constitution must be interpreted in accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the treaties and agreements ratified by Peru, so that the exercise of the different operators of labor law must take into account the different international normative instruments and the jurisprudence of the International Courts.

The labor rights immanent to the human being are protected by the different international instruments, the treaties, not limited only to the ILO Conventions, include all the world or regional instruments: the Universal Declaration of Human Rights, the American Convention, to name a few, which in good account gave origin to many of the labor rights and inspired the national labor legislations.

The operators of the law in the field of the judiciary increasingly apply international labor standards, treaties, declarations and more specifically the international labor conventions of the ILO, to resolve disputes, it is more evident in cases involving discrimination,

employment stability, freedom of association, security, social security, etc. also when normative gaps arise, gaps in national law, to choose a more favorable standard in relation to the national standard, invalidate domestic law rules against antinomies or when there are internal rules that contravene conventional standards.

In the administrative field, the labor inspection, based on ILO Convention 81, must consider the international norms, the different treaties, in accordance with the national system of monist incorporation adopted by our country in the Constitution and in accordance with the General Law of Labor Inspection, Law 28806, taking into consideration the first and second articles. This shows that the inspection is also immersed in the international order, consequently it must take into consideration the different international instruments in the resolution of the cases, in its different stages: of inspective, investigative and sanctioning actions: the Universal Declaration of Human Rights, the United Nations Charter, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Convention on the Rights of the Child, the OAS Charter, the American Declaration of the Rights and Duties of Man, the American Convention on Human Rights, the Additional Protocol to the American Declaration on Human Rights, the American International Charter of Social Guarantees, bilateral and plurilateral treaties on labor matters, etc., and of course also to the ILO conventions in a more specific manner.

According to the above, it is evident the influence and great impact that international norms and ILO Conventions have on labor law, both in the labor inspection function and in the judiciary.

Palabras Clave:
Tratados internacionales-Convenios OIT-Derecho laboral- Inspección del trabajo.

Keywords:
International treaties-ILO Conventions-Labor law -Labor inspection.

Sumario: I. Introducción. II. Los tratados internacionales y los derechos laborales. III. La organización internacional del trabajo, sus convenios y el derecho laboral. *1. La Organización Internacional Del Trabajo y su importancia. 2. Objetivo de la Organización Internacional del Trabajo. 3. El Trabajo Decente. 4. Estructura de la OIT. 5. Situación de los Convenios OIT. 6. Clasificación de los Convenios OIT. 7. Ratificación y sumisión de los Convenios OIT. 8. Otras normas de la OIT.* IV. Las normas internacionales, los convenios OIT y su impacto en el derecho laboral V. Las normas internacionales, los convenios OIT y su impacto en el ejercicio de la inspección del trabajo. *1. La OIT y la inspección del trabajo. 2. Las normas internacionales y su impacto en el ejercicio de la inspección del trabajo. 3. Los Convenios OIT y su impacto en el ejercicio de la Inspección del Trabajo.* VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. Introducción

Los conflictos laborales, hoy en día, ya no se agotan en la esfera del ámbito interno de una nación, suelen trascender en su resolución las fronteras y la jurisdicción de nuestros fueros administrativos y jurisdiccionales nacionales, llegando a los sistemas de protección de derechos humanos tanto regional como mundial, así podrían terminar resolviéndose en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos concretamente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicando un control de convencionalidad, que por supuesto tiene en consideración, las diferentes normas internacionales, declaraciones y los tratados bilaterales o multilaterales y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo. Este desarrollo, tiene una influencia en el derecho laboral peruano y en el ejercicio de labor tanto jurisdiccional como administrativo propiamente en la inspección del trabajo. Lo cual conlleva al conocimiento y aprendizaje, así como a la consideración de las normas del sistema internacional y los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, para la adecuada resolución y argumentación en la solución de las controversias laborales de carácter interno, *máxime*, si vemos la situación laboral de nuestro país, que invita a preguntarnos a manera de reflexión, cómo está en materia de cumplimiento de los derechos laborales, de seguridad y salud en el trabajo, fundamentales, etc. al mirar la realidad nos encontramos con situaciones lacerantes, evidenciamos que un gran porcentaje de la población trabajadora se encuentra en la informalidad conllevando y produciendo una serie de vulneraciones a los derechos inmanentes de todo ser humano, derechos fundamentales laborales, de seguridad y salud en el trabajo (SST),etc., y generando un escenario de desprotección; así al pasar por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), se ve las inmensas colas que hacen los trabajadores denunciando se verifique situaciones de afectación a sus derechos sociolaborales más elementales.

En ese escenario real se hace más importante el papel de los instrumentos normativos emitidos por las Instituciones internacionales y principalmente por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), institución que se fundó con el ideal más noble de lograr justifica social, mediante el diálogo y el tripartismo, naturaleza de su estructura y expresión de democracia en su seno, ella se hace mucho más importante aún, precisamente para la garantía de cumplimiento de los derechos laborales mediante su objetivo de trabajo decente y mediante

la emisión de la legislación internacional laboral en especial de los convenios fundamentales, de gobernanza y técnicos adoptados y en muchos casos ratificados por nuestro país, así como también las recomendaciones, protocolos y declaraciones, los cuales debemos tener en consideración y conocerlos con amplitud, *máxime* en un escenario globalizado y cambiante de retos y desafíos como el que atravesamos.

A continuación, se desarrolla los aspectos más esenciales en relación al tema planteado.

II. Los tratados internacionales y los derechos laborales

Nuestro país está inmerso en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, al amparo del artículo 55° y de cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política[1] vigente, en tal sentido y en los casos es los que el país es parte de un tratado, debe velar por la aplicación de ellos, ya que son parte del derecho nacional como expresa la carta magna. Por otra parte los artículos señalados en nuestra Constitución se deben interpretar en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos ratificados por el Perú, estableciéndose así una interrelación entre Constitución y tratado, para la interpretación[2]. En relación a los tratados, se tienen un gran número en los cuales el Perú es parte, no obstante, para el presente artículo nos referiremos concretamente a algunos de ellos relacionados

1 Artículo 55.- Tratados Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.
Cuarta disposición final y transitoria.- Interpretación de los derechos fundamentales: 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

2 En relación a este punto el maestro Neves Mujica, señala: "La hipótesis de operación de la Cuarta Disposición Final y Transitoria es la siguiente: Un precepto constitucional reconoce un derecho, el mismo también es regulado por un tratado sobre derechos humanos aprobado y ratificado, y ambas normas son compatibles; en tal caso, para establecer el sentido del primero es indispensable acudir al segundo. Surge así una vinculación intensa entre la Constitución y el tratado, que forma un bloque entre ellos para fines hermenéuticos. Esta situación equivale desde nuestro punto de vista a una constitucionalización de dichos tratados". NEVES MUJICA, Javier, 2009. Introducción al Derecho del trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP. p. 77.

a derechos sociolaborales, fundamentales y de seguridad y salud en el trabajo, etc., que se deben tener en consideración para el desarrollo de los casos en la vía jurisdiccional y específicamente en la actuación de la inspección del trabajo. Así podemos mencionar:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos[3].- Reconoce los derechos inmanentes a todo ser humano. Considerando el tema sociolaboral podemos citar principalmente a los siguientes artículos de este instrumento esencial:

> Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.
>
> Artículo 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.
>
> Artículo 23.-
>
> 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
> 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.
> 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.

3 La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. Elaborada por representantes de todas las regiones del mundo con diferentes antecedentes jurídicos y culturales, la Declaración fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), como un ideal común para todos los pueblos y naciones. La Declaración establece, por primera vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero y ha sido traducida a más de 500 idiomas https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/

Artículo 24, Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.

El Pacto internacional de los derechos económicos sociales y culturales. - Es un tratado multilateral adoptado por la Asamblea de Naciones Unidas en 1966, en relación este pacto es importante considerar los siguientes artículos:

Artículo 7

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;
b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
   a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;
   b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Artículo 9
Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José). - En relación a este instrumento normativo debemos referir los siguientes artículos:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Artículo 16. Libertad de Asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados

Como se puede apreciar en los instrumentos internacionales, seleccionados de un gran grupo de instrumentos que existen y que se refiere a manera de ejemplos en los párrafos anteriores, se consagran derechos fundamentales, sociolaborales, de seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, etc.

A continuación de manera ejemplificadora, se aborda al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, concretamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la cual se puede acudir de forma complementaria una vez agotada las instancias del ordenamiento interno o cuando este no brinda las garantías para un debido proceso; podremos evidenciar la relevancia y aplicación de los instrumentos internacionales, para ello se expone uno de los casos relevantes resuelto a nivel de la Corte IDH, caso: Lagos del Campo Vs Perú, en síntesis hace referencia a lo siguiente :

Materia de los mismos: Despido del Sr. Lagos como consecuencia de manifestaciones siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa CEPER-Pirelli S.A.

Temas importantes en el caso: El despido del señor Lagos constituyó una injerencia arbitraria en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, máxime siendo la víctima dirigente de trabajadores constituyendo una afectación al derecho colectivo de recibir información sobre asuntos que se le conciernen. Se busca determinar si el estado cumplió su deber de garantizar los derechos de la presunta víctima reconocidos en la Convención Americana

Fecha de presentación de la petición ante la Comisión IDH: El 05 de agosto de 1998

Fecha presentación del caso ante la Corte Interamericana de DH: 28 de noviembre del 2015

Fecha de la sentencia de la Corte IDH: 31 de agosto de 2017

Precisión sobre si, en el fallo, la Corte imputó responsabilidad al Estado: artículos violados del tratado correspondiente: La Corte imputó responsabilidad al Estado, haciendo referencia a la violación de los siguientes derechos: derecho a la libertad

> de pensamiento y expresión y garantías judiciales reconocidos los artículos: 13.2 y 8.2 de la Convención Americana. Artículo 1.1 de la Convención Americana. Violación al derecho a la estabilidad laboral reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana en relación a los artículos 1.1, 13,8 y 16. Violación al derecho a la libertad de asociación, reconocido en los artículos 16 y 26 de la Convención Americana en relación a los artículos: 1.1, 13 y 8. Violación de los derechos a la protección judicial y las garantías judiciales de conformidad con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en relación al artículo 1.1 de la misma.
>
> *Estabilidad laboral*
>
> La Corte ha reiterado los derechos deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. La corte hace mención del Convenio OIT 158. Sobre la terminación de la relación de trabajo.
>
> *Libertad de asociación*
>
> La Corte ha establecido que quienes están bajo la jurisdicción de los Estados parte tienen el derecho de asociarse libremente con otras personas para un fin licito. Por tanto, se debe proteger, la libertad de asociación en el ámbito de la sindicación revista mayor importancia. Los representantes de los trabajadores de una empresa deben gozar de protección eficaz contra todo acto, incluido el despido.

El caso es muy importante, sobre todo por los derechos humanos y laborales que están inmersos en el mismo y que son reconocidos por la Corte IDH, en especial el derecho al trabajo. El hecho fue que el Sr. Lagos Campos, representante de los trabajadores, es despedido, por emitir una entrevista, el despido es avalado por el fallo Segundo Tribunal de Trabajo, ante esto la víctima despliega los mecanismos de protección en el ámbito nacional no encontrando razón en el mismo, motivo por el cual acude al sistema de protección internacional, llegando el caso a la Corte IDH, la cual emite su sentencia, analizando los hechos y los derechos que corresponden. Brevemente se explica a continuación.

Un aspecto de vital importancia en este caso es que por primera vez la Corte IDH considera una afectación al derecho al trabajo, vemos los párrafos 139 y 140:

> 139. En vista de lo anterior, esta Corte tiene competencia —a la luz de la Convención Americana y con base en el principio iura novit curia, el cual se encuentra sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional-para estudiar la posible violación de las normas de la Convención que no han sido alegadas

en los escritos presentados ante ella, en la inteligencia de que las partes hayan tenido la oportunidad de expresar sus respectivas posiciones en relación con los hechos que las sustentan, tal como ha sido aplicado en múltiples ocasiones por este Tribunal.

140. Por ello, para efectos del presente caso, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana, el Tribunal procederá a examinar en este capítulo el alcance del derecho a la estabilidad laboral, de conformidad con el artículo 26 de la Convención Americana

III. La organización internacional del trabajo, sus convenios y el derecho laboral

en un escenario de globalización y mundialización, las normas internacionales se constituyen en fuente de derecho y en instrumentos fundamentales para el respeto de los derechos laborales, pues casi todas las normas nacionales tienen su origen en el contexto internacional, de manera que ello nos invita a remitirnos a ellas, para argumentar y ejercer el derecho laboral; evidentemente desde la fundación de la OIT se fueron dando estos instrumentos, algunos incluso antes, pero concretamente desde la aparición de la OIT se fueron emitiendo los Convenios y recomendaciones, los cuales hoy son adoptados y ratificados por muchos de los países integrantes de la OIT.

Las normas de la OIT son: Los convenios, las recomendaciones, los protocolos, las declaraciones y resoluciones; mediante ellas la OIT regula las relaciones laborales en el mundo. De estas normas son los convenios, los más importantes y los que tienen carácter vinculante cuando se ratifican e incluso sin ratificarlos cuando se trata de los convenios fundamentales los cuales se deben cumplir por el solo hecho de ser parte de la OIT, dado que son la base y permiten el desarrollo de los demás convenios de gobernanza y técnicos.

A continuación, referiré algunos aspectos relevantes de la OIT, así como las normas que emite.

1. La organización internacional del trabajo y su importancia

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es la única institución global de carácter tripartito, es decir en su naturaleza están representados los trabajadores, los empleadores y los estados, configurándose en un escenario de

diálogo y expresión de las tres partes vinculadas con el derecho del trabajo, aspecto que resalta su función y papel en el mundo. La OIT se fundó el 11 de abril de 1919[4], a la fecha han transcurrido más de 100 años, surgió en un contexto complejo luego de culminar la primera guerra mundial que se dio entre los años 1914-1918, en una coyuntura de desconocimiento y vulneración de muchos derechos laborales, por factores como la revolución industrial, la necesidad de trabajo, el desempleo, etc. Por entonces, frente a esta realidad, se empezaban a materializar mecanismos de protección de los derechos sociales y laborales[5], incluso al más alto nivel normativo, tenemos a la Constitución de Querétaro de 1917, que incorpora algunos derechos laborales por primera vez, luego será la Constitución de Weimar en 1919, generando parámetros que luego se replicarían en diferentes partes del mundo. Y en el escenario político en 1917 en Rusia se establecía un gobierno socialista. Fue el Tratado de Paz o Tratado de Versalles[6] con el que concluyó la primera guerra mundial y también es el que dio origen a la OIT, concretamente su capítulo XIII, que luego se convertiría en la Constitución de la OIT, la cual se fortalecerá más adelante con la declaración de Filadelfia de 1946.

Es importante señalar que el preámbulo de la constitución de la OIT, refleja la trascendencia de esta institución.

Es de importancia crucial también la OIT, en la resolución de los problemas, debido a que permite que las partes resuelvan los conflictos a través del diálogo social y de carácter tripartito, en el escenario global.

La OIT en el desarrollo histórico ha estado presente en momentos críticos y sirvió a muchos países a resolver sus conflictos sociales. Con su ideal de justicia social y trabajo digno y decente. Actualmente la OIT es una agencia especializada de Naciones Unidas, como se recuerda tras el fracaso de la Liga de Naciones,

4 "La conferencia de plenipotenciarios tras algunos ajustes finalmente aprobó el informe de la Comisión el 11 de abril de 1919, fecha que se considera la de fundación oficial de la OIT". En MOLINA Carlos.2005. Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano. Bogotá: Editorial Temis S.A, p. 68.

5 "Se insistía en la necesidad de adoptar ciertas cláusulas universales de protección de los trabajadores y de crear una organización encargada de expedir una legislación laboral internacional, luego que concluyera la guerra". Ibidem, p. 67.

6 Celebrado el 28 de junio de 1919.

se crea la Organización de Naciones Unidas (ONU), la cual integra a la OIT, ahora bien, si bien es parte de ella es a su vez anterior a ella.

2. Objetivo de la organización internacional del trabajo

la OIT desde su origen busca la promoción de los derechos laborales y el progreso social[7] en el mundo, con la búsqueda de la justicia social, plasmada en el Tratado de Versalles y la Declaración de Filadelfia que configuran la Constitución de la OIT, que establecen así principios sobre los cuales basa su accionar. La justicia social es: *esencial para lograr una paz universal duradera,* a lo dicho se suma actualmente la promoción del Trabajo Decente, cuyo sustrato es la dignidad de la persona. Logrando estos objetivos a través del diálogo social es posible garantizar la paz mundial[8]. Es importante anotar que la OIT constituye un espacio para expresarse en relación a los temas laborales y problemática. En la práctica actúa, en línea con sus objetivos, desarrollando un gran número de proyectos y programas en el mundo (campañas, construcción de colegios, jornadas de empleo, etc.), desarrolla también manuales de inspección, etc. Ahora bien, es importante resaltar que la OIT no se limita en sus objetivos a la economía formal, sino que trasciende ello, abordando también la economía informal.

3. El trabajo decente

La globalización significó una serie de cambios en la sociedad, así como en la forma de producción, el trabajo y empleo, generando desarrollo económico, pero también inequidades y excesos, pues la globalización si bien produjo ventajas también significó desventajas; por una parte, el desarrollo sobre todo comercial y tecnológico, como ventajas, y el desempleo, la pobreza y la desigualdad como desventajas, causas por las que surge el Trabajo Decente como objetivo de la OIT. El Trabajo Decente hoy es un objetivo central de la OIT y es también considerado como uno de los diecisiete objetivos de desarrollo sostenible (ODS)

7 La OIT se creó en 1919 con el objetivo de promover el progreso social y resolver a través del dialogo social y la cooperación los problemas sociales y económicos que generaban los conflictos de intereses. GERRY RODGERS, EDDY LEE, LEE SWEPSTON, JASMIEN V. "La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009". Oficina Internacional de Trabajo Ginebra. Ginebra.2009, p. 2

8 *Ibidem.*

de Naciones Unidas (ONU) al 2030.El Trabajo Decente, fue propuesto por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1999[9]. El término fue introducido como respuesta al deterioro de los derechos de los trabajadores que se registró mundialmente, como consecuencia del proceso de globalización que al margen de generar desarrollo económico también produjo mayor desigualdad, se desarrolló, modificándose y evolucionando. Aparece una primera definición en la Memoria del Director General[10] en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999 como: "Trabajo productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad, en el cual los derechos son protegidos y que cuenta con remuneración adecuada y protección social sumándose a ello el tripartismo y el diálogo social".

El Trabajo Decente tiene cuatro ejes u objetivos estratégicos, veamos:

a) **La promoción de los derechos laborales:** se debe garantizar los derechos de los trabajadores, sobre todo de los más vulnerables. En tal sentido el objeto de este eje es evitar vulneraciones a los derechos laborales, principalmente contenidos en los Convenios OIT denominados fundamentales.

b) **La promoción del empleo**: implica la generación de puestos de trabajo, para lo cual se debe fortalecer las instituciones que lo promueven como los Ministerios de Trabajo y Promoción del Empleo, logrando incorporar de manera efectiva y sistemática la perspectiva de igualdad y equidad de género en el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de las políticas laborales, de empleo y de protección social.

c) **La protección social contra las situaciones de vulnerabilidad**: se orienta a extender la protección social, en consecuencia para promover tanto la inclusión social como la productividad al garantizar que mujeres y hombres disfruten de condiciones de trabajo seguros, que les proporcionen tiempo libre y descanso adecuados, que tengan en cuenta los valores familiares y sociales, que contemplen una retribución ade-

9 "El Trabajo Decente es un concepto propuesto por la OIT para establecer las características que debe reunir una relación laboral para considerar que cumple los estándares laborales internacionales". MORENO RUIZ, Ángel Guillermo,2014. *El Derecho del Trabajo y de la seguridad social contemporánea, una crítica mirada en la segunda década del siglo XXI*, Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Tonalá. México.

10 SOMAVIA, Juan, 1999. Trabajo Decente. Memoria del Director General de la OIT.

cuada en caso de pérdida o reducción de los ingresos, y que permitan el acceso a una asistencia sanitaria apropiada, que permita al trabajador tener una seguridad social en salud y pensiones, que garantice la dignidad del trabajador incluso cuando este alcance la jubilación[11].

d) **El fomento del diálogo social**: esta dimensión, eje u objetivo estratégico del Trabajo Decente, implica lograr, promover la participación de organizaciones de trabajadores y de empleadores, sólidas e independientes, lo cual es fundamental para elevar la productividad, evitar los conflictos en el trabajo, así como para crear sociedades cohesionadas. Implica diálogo social mecanismos que permitan canales de comunicación entre empleadores, estado, y trabajadores, en ese sentido los trabajadores por lo general pueden lograr dialogo social a través de su organización sindical, y los empleadores mediante sus gremios u organizaciones.

Estas dimensiones del Trabajo Decente se interrelacionan y se orientan a conseguir finalmente lo planteado en la Declaración de Filadelfia de 1944[12], como los fines y objetivos de la OIT y de los principios que debieran inspirar las políticas de sus miembros, así como lo señalado en el preámbulo de la Constitución de la OIT[13]; y que por tanto el Perú como país miembro de la OIT, también debe seguir y promover.

11 La vejez o tercera edad como generosamente se ha dado en llamarla, es la última etapa de la vida del hombre a la que debiera llegar tras un largo recorrido dedicado al trabajo. De esta manera la jubilación deviene en un derecho ganado, que posibilite un descanso gozando de una renta suficiente para seguir viviendo con dignidad. ROMERO MONTES, Francisco Javier, 1993. *La Jubilación en el Perú, IPSS-AFP D. Ley 20530 Servidores Privados y Públicos.* p. 10. Lima.

12 (…)I. La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y en especial, los siguientes:
(a) el trabajo no es una mercancía;
(b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
(c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;
(d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzointernacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común. Declaración de Filadelfia de 1944.

13 Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y textos seleccionados. Oficina

4. Estructura de la OIT

La OIT, para su funcionamiento tiene una estructura en la cual tiene como sus órganos principales a los siguientes:

La Conferencia Internacional del Trabajo[14], que establece las normas internacionales del trabajo y define las políticas generales de la Organización. Es denominada el parlamento internacional del trabajo, se reúne una vez al año mínimamente. Es también un foro para la discusión de cuestiones sociales y laborales fundamentales. La conferencia tiene una conformación tripartita, están los sindicatos que constituyen la representación de los trabajadores, los empleadores mediante sus agrupaciones gremiales y los gobiernos mediante sus Ministros de Trabajo o embajadores, todos con voz y voto y mediante el diálogo social buscan solucionar los problemas sociales y económicos que generan los conflictos de intereses. En el seno de la conferencia máximo órgano de la OIT, se aprueban los Convenios Internacionales que constituyen uno de los instrumentos normativos más importante de la OIT.

El Consejo de Administración[15], es el órgano ejecutivo de la OIT y se reúne tres veces al año en Ginebra. Toma decisiones sobre la política de la OIT y establece el programa y el presupuesto, que después es sometido a la Conferencia para su adopción. El consejo está integrado por 56 países, 28 integrantes representan a los estados, 14 a los trabajadores y 14 a los empleadores. Perú es miembro titular, y hay 66 países adjuntos. Se reúnen tres veces al año: en marzo, junio y noviembre. Son elegidos por tres (03) años.

La Oficina internacional del trabajo[16], es la secretaría permanente de la Organización Internacional del Trabajo. Es responsable por el conjunto de actividades de la OIT, que lleva a cabo bajo la supervisión del Consejo de Administración y la dirección del Director General[17]. El director es elegido por el Consejo de Administración, por un periodo de cinco años, la oficina funciona

Internacional del Trabajo Ginebra 2010, p. 5.

14 https://www.ilo.org/ilc/AbouttheILC/lang--es/index.htm

15 https://www.ilo.org/gb/about-governing-body/lang--es/index.htm

16 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/departments-and-offices/lang--es/index.htm

17 https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang--es/index.htm

como la secretaría de la OIT, el director actual es Guy Rayder, quien dirige desde Ginebra**.** La Oficina tiene el importante rol de investigar, así como desarrollar proyectos y por supuesto el de redactar los convenios y recomendaciones.

5. Situación de los convenios OIT

A continuación, siendo que las normas más específicas referidas al tema laboral son los convenios OIT, nos avocaremos a ellos, algunos datos importantes, a saber:

Total de convenios emitidos	:	190, de los cuales 82 están vigentes
Miembros de la OIT a 2019	:	187 países
Convenios ratificados por Perú	:	76
Convenios vigentes en Perú	:	67
Denunciados por Perú	:	5
Abrogados por la OIT	:	3
De gobernanza no ratificado	:	1 (C129 inspección en agricultura)

Plazo para la denuncia de convenios: cada convenio lo establece, puede ser, 5 ó 10 años después de su entrada en vigor.

6. Clasificación de los convenios OIT

Tenemos tres tipos de convenios: fundamentales, de gobernanza y técnicos:

a. Convenios fundamentales

- C29 Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)
- C105 Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)
- C87 Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación,1948 (núm. 87)
- C98 Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva,1949 (núm. 98)
- C100 Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
- C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

- C138 Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)
- C182 Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)

b. Convenios de gobernanza

- Conocidos también como prioritarios,
- C81 Convenio sobre la inspección del trabajo, 1947 (núm. 81)
- C129 Convenio sobre la inspección del trabajo (agricultura), 1969 (núm. 129)
- C122 Convenio sobre la política del empleo, 1964 (núm. 122)
- C144 Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (núm. 144)

De estos convenios el Perú a la fecha no ratificó el convenio núm. 129.

c. Convenios técnicos

Son todos los otros Convenios adoptados por la OIT, a continuación, se mencionan de algunos de forma general, independientemente de su ratificación, nuestro país muchos de ellos no los ratificó aun, veamos:

- C01 Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919 (núm. 1)
- C03 Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3)
- C12 Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo (agricultura), 1921 (núm. 12)
- C52 Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm. 52)
- C102 Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102)
- C121 Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 [Cuadro I modificado en 1980] (núm. 121)
- C155 Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155)
- C161 Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161)

- C187 Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo,2006(núm. 187)
- C190 Convenio sobre la violencia y el acoso, 2019 (núm. 190)

7. Ratificación y sumisión de los convenios OIT

En relación a los convenios OIT, es importante hacer énfasis en dos conceptos como son la ratificación y la sumisión de un Convenio OIT, la ratificación implica que un estado acepta el convenio internacional, esto mediante la autoridad competente, como el Congreso de la República y el poder ejecutivo, cuando se ratifica el convenio se acepta todas sus disposiciones y por consiguiente se hará obligatorio una vez ratificado; la vigencia es doce meses posteriores a la ratificación, luego de lo cual se debe comunicar a la OIT, indicando el compromiso de cumplir el convenio de conformidad con el art. 19° de la Constitución de la OIT[18]. En este año debe adecuar su legislación interna y por tanto a partir de la vigencia el Estado se somete al control de aplicación del convenio.

Por su parte la sumisión implica la obligación legal de dar a conocer o socializar un convenio adoptado por la conferencia general de la OIT, a las autoridades pertinentes, es anterior a la ratificación y esta acción si bien es necesaria no necesariamente implica que se deba ratificar. Su incumplimiento podría ser denunciado en la conferencia anual.

8. Otras normas de la OIT

En relación a las normas internacionales de la OIT, tenemos además de los convenios otras normas, las cuales tenemos a continuación:

Recomendaciones, son instrumentos legalmente no vinculantes, proporcionan orientación para guiar la política y la acción nacionales. Con frecuencia se ocupan de las mismas cuestiones que los convenios permiten aclarar los convenios de

18 El artículo 19° literal d, señala: si el Miembro obtuviere el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, comunicará la ratificación formal del Convenio a la Directora o Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio.

la OIT, no son vinculantes. A la fecha la OIT emitió 206 Recomendaciones, luego algunas fueron revisadas quedando actualizadas 87.

Protocolos, revisa un convenio, aumentándolo, precisándolo, actualizándolo, etc. A la fecha se tiene seis protocolos.

Declaraciones, no son legalmente vinculantes, no obstante, son de suma importancia porque brindan orientación al accionar sobre el trabajo, a la fecha la OIT brindó dos declaraciones:

- De 1998 sobre los principios fundamentales en el trabajo
- De 2008 sobre la justicia social para una globalización, equitativa

Resoluciones oficiales, Reafirman la importancia que los mandantes otorgan a determinados principios.

IV. Las normas internacionales, los convenios OIT y su impacto en el derecho laboral

En relación a este punto y conforme a lo desarrollado, debemos decir que el impacto en el derecho del trabajo es significativo, al constituirse los derechos laborales inmanentes al ser humano y en consecuencia están protegidos por los diferentes instrumentos internacionales, que configuran las normas internacionales del trabajo, es decir los diferentes tratados, no limitándose únicamente a los Convenios OIT[19], y que en buena cuenta dieron origen a muchos de los derechos laborales, es por ello que el ordenamiento interno lo contempla al más alto nivel en la *lex fundamentalis*, nuestra constitución, reconociendo que lo establecido en ella, se debe interpretar en concordancia con la Declaración De Los Derechos Humanos y los diferentes acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú, por otra parte hay que recordar que el

19 Este recorrido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos nos muestra el redimensionamiento del Derecho Internacional del Trabajo, dejando a un lado la errónea idea que esto se reduce al ámbito protector de la OIT. En realidad, los derechos laborales son protegidos en los diversos sistemas normativos del Derecho Internacional donde se encuentran consagrados, siendo uno de ellos el Sistema Interamericano. CANESSA MONTEJO, Miguel, 2014. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Protección de los derechos humanos laborales.* Lima: Palestra Editores, p. 209.

art. 55°, señala que los tratados celebrados por el estado peruano en vigor forman parte del derecho nacional.

Por lo señalado en el párrafo precedente los operadores jurídicos y concretamente en el ámbito de la judicatura, los jueces toman en consideración la Décima Disposición Complementaria[20] de la Ley 29497 Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT) en lo relativo a la interpretación de las normas, y están obligados a aplicar las fuentes internacionales del trabajo, conforme lo establece el artículo IV[21] del Título Preliminar de la NPLT. Ello se traduce en que se aplican cada vez con más frecuencia, las normas internacionales del trabajo, los diferentes tratados, declaraciones y más específicamente los convenios internacionales del trabajo de la OIT; al momento de resolver las controversias o litigios: para cubrir posibles lagunas de la legislación nacional, cuando se suscitan vacíos normativos, optar por una norma internacional más favorable a los trabajadores frente a la norma nacional, o dejar sin efecto una norma nacional que contravenga una norma internacional, antinomias o cuando se tienen normas internas que contravienen las normas convencionales; en su labor de interpretación: para enfrentar casos de ambigüedades en nuestro ordenamiento interno, interpretación de textos generales, valoración de constitucionalidad de una norma nacional; e incluso para el desarrollo de la jurisprudencia. En relación a resoluciones o sentencias, se suele presentar por lo general o son más evidentes en los casos referidos a discriminación, estabilidad en el empleo, libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, etc., por citar algunos casos.

20 Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). Disposición complementaria Décima.- Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

21 Artículo IV.- Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En las diferentes instancias judiciales, así como en el Tribunal Constitucional[22], Tribunales Administrativos, en la presentación de las demandas, solicitudes de inspecciones por los abogados, en la actuación inspectiva, en el estudio y producción de doctrina, etc. se tiene un uso cada vez más frecuente de las normas internacionales del trabajo, evidenciándose su gran impacto en el Derecho Laboral.

V. LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LOS CONVENIOS DE LA OIT Y SU IMPACTO EN EL EJERCICIO DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

1. La OIT y la inspección del trabajo

Considerando la gran importancia que tiene el sistema de inspección del trabajo para verificar el cumplimiento de las normas en la realidad y siendo de mucha relevancia para sus objetivos de la OIT a continuación, tenemos los convenios y recomendaciones relativos a la inspección del trabajo: El convenio sobre la inspección de trabajo de 1947, (núm. 81), referido a establecimientos industriales y comerciales; la Recomendación sobre la inspección de trabajo, 1947 (núm. 81); la Recomendación sobre la inspección de trabajo, 1947 (Minas y Transporte) (núm. 82); el convenio sobre la inspección de trabajo en la agricultura, 1969, (núm. 129); la Recomendación sobre la inspección de trabajo (Agricultura) 1969 (núm. 133) y el protocolo de 1995 relativo al convenio núm. 81 sobre la inspección de trabajo, 1947. Las normas internacionales de la OIT, referidas han establecido los criterios generales que deberían observar los sistemas de inspección del trabajo nacionales en lo que respecta a su integración como sistemas unificados, polivalentes e integrados, así como su competencia, funciones, estructura, personal, recursos materiales, métodos generales de inspección y trámite y sanción de las infracciones de la legislación laboral. En síntesis, en tales normas internacionales se sientan los criterios básicos de los sistemas de inspección en el mundo y por ende en nuestro país. El Convenio OIT núm.

22 Código Procesal Constitucional. Título Preliminar, Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

81 representa el marco normativo internacional de la Inspección de Trabajo, adoptado en Trigésima Reunión de la Conferencia General de la OIT en Ginebra en 1947. Indica que el sistema de inspección de trabajo está encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como disposiciones sobre las horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida que los inspectores de trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones. El convenio citado es aplicable a la industria y al comercio, sigue siendo la principal referencia internacional para los servicios de la inspección del trabajo, y es tan relevante en la actualidad como en su origen. Se ha convertido en uno de los más ampliamente ratificados entre todos los Convenios de la OIT (141 países) y ha servido como modelo para la mayoría de las leyes y reglamentos nacionales en la creación de los modernos sistemas de inspección. El Convenio núm. 81 y la Recomendación núm. 81, conjuntamente, constituyen claramente las reglas que deben aplicarse en materia de inspección del trabajo.

El Convenio núm. 129, aplicable a la agricultura, repite en esencia las disposiciones del Convenio núm. 81 pero amplía el ámbito de empresas y trabajadores cubiertos, así como las áreas de competencia del sistema de inspección del trabajo. Los Convenios núm. 81 y 129 definen las funciones, obligaciones y responsabilidades de los sistemas de inspección del trabajo, los requisitos para la contratación de personal, medidas de acción para los inspectores, competencias y obligaciones de los inspectores en relación con la ética y la información sobre sus actividades. Igualmente, estos Convenios prevén el informe de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La Recomendación sobre inspección del trabajo de 1947 (núm. 81) proporciona más detalles relativos a la información que se debe incluir en los informes anuales y contiene orientaciones para la colaboración entre inspectores, empleadores y trabajadores, principalmente en el área de seguridad y salud en el trabajo.

Así la OIT en base a los Convenios núm. 81 y 129, señala los parámetros para una efectiva inspección del trabajo conforme a la normativa universal[23]:

23 Guía para los trabajadores, 2010. *La Inspección del Trabajo lo que es y lo que hace.* OIT Ginebra.

2. Las normas internacionales y su impacto en el ejercicio de la inspección del trabajo

La inspección del trabajo está sustentada en lo establecido en el convenio 81 de la OIT, cuyo artículo tercero prescribe:

> Articulo 3.-Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones.

En ese sentido cumple esta función en un entorno en el cual también debe considerar las normas internacionales, los diferentes tratados, conforme al sistema nacional de incorporación monista adoptado por nuestro país, conforme a lo establecido en el artículo 55°, la disposición final y transitoria cuarta de la Constitución Política y lo contemplado en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley 28806, tomando en consideración lo establecido en los artículos siguientes:

> **Artículo 1**.- Objeto y definiciones La presente Ley tiene por objeto regular el Sistema de Inspección del Trabajo, su composición, estructura orgánica, facultades y competencias, de conformidad con el Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo. A los efectos de la presente Ley y demás disposiciones de desarrollo que se dicten, se establecen las siguientes definiciones:" (*) Artículo modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1499, publicado el 10 de mayo de 2020
>
> **Artículo 2.-** Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores: 1. Legalidad, con sometimiento pleno a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes

Como vemos la inspección está inmersa en el ordenamiento internacional, en consecuencia debe tener en consideración en la resolución de los casos, las normas internacionales de trabajo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención

Americana sobre los Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, tratados bilaterales y plurilaterales en materia laboral, etc.

En ese sentido el sistema inspectivo y concretamente los inspectores del trabajo cada vez da mayor uso, revisión y referencia, en las diligencias inspectivas, en la etapa de las actuaciones de investigación, para fundamentar sus informes, elaborar requerimientos de información, medida inspectiva de requerimiento y en la elaboración de las actas de infracción de ser el caso. Existe una mayor incidencia en casos referidos a discriminaciones, libertad sindical y negociación colectiva, seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, etc.

3. Los convenios OIT y su impacto en el ejercicio de la inspección del trabajo

Conforme a lo descrito en el punto anterior la inspección basa su actuación en las normas internacionales en general y de manera más específica utiliza los convenios de la OIT, ya que en muchos casos ofrecen un desarrollo más detallado de los derechos tutelados, así en las inspecciones se pueden usar como referencia todos los convenios OIT en general y en cuanto los convenios ratificados estos son objeto de exigibilidad y cumplimiento. Se usan en la etapa de las actuaciones de investigación y se cita de forma expresa sobre todo para verificar el cumplimiento de las normas referidas principalmente a vulneraciones en temas de discriminación, de igualdad de remuneración, maternidad, libertad sindical y de negociación colectiva, etc., recurriendo con más frecuencia a los ocho convenios fundamentales de la OIT. También se viene insertando y teniendo en consideración en el desarrollo de otras inspecciones de normas sociolaborales.

El uso de los convenios OIT, se viene dando en las diferentes etapas, así en la fase de la formulación de la medida inspectiva de requerimiento se considera, dentro del ordenamiento vulnerado, y por supuesto también es citado y considerado en la formulación de las Actas de Infracción y los Informes de Actuación Inspectiva.

Por otra parte, el procedimiento inspectivo, está compuesto por la etapa inspectiva, la etapa instructora y la etapa sancionadora, en ese sentido debe también referirse que las etapas instructora y sancionadora, posteriores a la eta-

pa de las actuaciones inspectivas, también recurren, además de las normas del ámbito nacional, a las normas internacionales y específicamente a los convenios de la OIT para la emisión y sustentación o fundamentación de sus informes y resoluciones, con énfasis en los asuntos referidos a temas de derecho colectivo, discriminaciones, derechos fundamentales, maternidad, seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, etc.

A continuación de manera sucinta y ejemplificativa, se hace referencia a dos convenios usados en la actuación inspectiva:

Convenio núm. 52 Convenio sobre las vacaciones pagadas (1936), ratificado por el Perú. Este convenio prescribe que todo trabajador debe gozar como mínimo seis días de vacaciones por año, por lo que a la fecha estando vigente el convenio en nuestro país, es de obligatorio cumplimiento y aplicación, uno de los impactos sería el derecho al goce de vacaciones de los trabajadores de tiempo parcial[24], cuya jornada es menor de cuatro horas diaria en promedio, de manera que la exigencia de jornada completa (cuatro horas) para gozar de vacaciones establecida en el D. Leg. 713 sobre los descansos remunerados, se relativiza. En virtud de este Convenio, referido a las vacaciones, se formula la medida inspectiva de requerimiento para el pago y goce del derecho de vacaciones para los trabajadores de tiempo parcial; y la eventual formulación del Acta de Infracción, en caso de no cumplir dicha medida ordenada por la inspección.

Convenio núm. 189 sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos (16.06.2011), ratificado por el Perú y aprobado por el pleno del congreso de conformidad con el Art. 56° de la Constitución Política del Perú de 1993[25], antes de la ratificación por el ejecutivo. Es el último Convenio OIT ratificado por el Perú. El 26 de noviembre de 2018, fue ratificado y está en vigor desde el 26 de noviembre de 2019, debido a que un convenio entra en vigencia en el país, por lo general, doce (12) meses después de su ratificación.

24 Informe N° 136-2018-MTPE/2/14.1

25 El artículo 56° establece: "Los tratados deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el presidente de la República, siempre que versen sobre las siguientes materias: 1. Derechos Humanos. 2. Soberanía, dominio o integridad del Estado. 3. Defensa Nacional. 4.Obligaciones financieras del Estado. También deben ser aprobados por el Congreso los tratados que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución".

En ese sentido y al estar vigente a la fecha se debe tener en consideración todos los aspectos que señala el mismo, sobre todo en cuanto al derecho a percibir la remuneración, la cual como mínimo debe ser la establecida como la Remuneración Mínima Vital (RMV) del país. Es pertinente precisar que en este régimen especial regulado por la Ley 27986 y el D.S. 015-2003-TR, antes dejaban abierta la posibilidad de pactar remuneraciones por debajo de la Remuneración Mínima Vital (RMV), lo cual ahora no sería posible, debido a que el piso mínimo es la RMV. Por otra parte, se busca que la contratación formal se incremente, por lo que los contratos deberían ser escritos, se deben registrar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el empleador debe otorgar una boleta de pago, así como efectuar los pagos de forma oportuna, se proscribe la discriminación[26], se establece como edad mínima 18 años, etc. En consonancia con este Convenio, la inspección formula la medida inspectiva de requerimiento y la eventual Acta de Infracción, en caso de no cumplir dicha medida ordenada.

Convenio núm. 190 sobre la violencia y el acoso, adoptado el 10 de junio del 2019, en la 108° reunión de la OIT, es el último convenio adoptado por la OIT, todavía no ratificado por el Perú, a la fecha solo cuatro países lo han ratificado son: Uruguay, Fiji, Namibia, Argentina, Somalia. Con la cual si bien la inspección no puede exigirlo si toma como una referencia en las actuaciones inspectivas.

Así como los convenios referidos es importante tener en consideración, todos los convenios de la OIT, su evolución y el estado de cada uno de ellos, su adopción y ratificación de ser el caso y en caso estuviesen ratificados corresponde su aplicación y exigibilidad, por el servicio inspectivo.

Finalmente, conforme a lo desarrollado podemos evidenciar el gran impacto que tienen los Convenios OIT en la actuación de la inspección del trabajo, impacto que va acrecentándose cada día más.

VI. Conclusiones

El Perú está inmerso en el sistema internacional, universal y regional, de protección de los derechos humanos, al amparo del artículo 55° y de la cuarta

26 D. Leg. 1499: Decreto Legislativo que establece diversas medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos socio laborales de los/as trabajadores/as en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.

disposición final y transitoria de la Constitución Política vigente, en tal sentido y en los casos en los que el país es parte de un tratado, debe velar por la aplicación de ellos, ya que son parte del derecho nacional como expresa la carta magna, así mismo los artículos señalados en la Constitución Política se deben interpretar en concordancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos ratificados por el Perú, por lo que en su función los distintos operadores del derecho laboral deben considerar los diferentes instrumentos normativos internaciones y la jurisprudencia de las cortes internacionales.

Los derechos laborales son inmanentes al ser humano y en consecuencia están protegidos por los diferentes instrumentos internacionales, es decir, los diferentes tratados, no limitándose únicamente a los Convenios OIT, comprenden instrumentos mundiales o regionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y la Convención Americana, por citar algunos y que en buena cuenta dieron origen a muchos de los derechos laborales.

Los operadores del derecho y concretamente en el ámbito de la judicatura aplican cada vez con más frecuencia, las normas internacionales del trabajo, los diferentes tratados, declaraciones y más específicamente los convenios internacionales del trabajo de la OIT, al momento de resolver las controversias, por lo general y son más evidentes en los casos referidos a discriminación, estabilidad en el empleo, libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, etc. también cuando se suscitan vacíos normativos; para interpretar frente a antinomias o cuando se tienen normas internas que contravienen las normas convencionales; incluso para generar jurisprudencia, por citar algunos casos.

La inspección del trabajo sustentada en el convenio 81 de la OIT, cuyo artículo tercero prescribe la función que le corresponde, en la que debe considerar las normas internacionales, los diferentes tratados, conforme al sistema nacional de incorporación monista adoptado por nuestro país en la Constitución Política y lo contemplado en la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley 28806, tomando en consideración los artículos primero y segundo. Con lo cual evidenciamos que la inspección está inmersa en el ordenamiento internacional, en consecuencia tiene en consideración en la resolución de los casos, en sus diferentes etapas sea de actuaciones inspectivas, instructora y sancionadora, las normas internacionales de trabajo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la carta de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de los Dere-

chos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño, la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Protocolo Adicional a la Declaración Americana sobre Derechos Humanos, Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, tratados bilaterales y plurilaterales en materia laboral, etc. y por supuesto también a los convenios de la OIT, que recogen de forma más específica los derechos laborales.

Conforme a lo desarrollado, se evidencia el gran impacto que tienen las normas internacionales y los Convenios OIT en el Derecho laboral, los operadores jurídicos, magistrados de Tribunal Constitucional, jueces, abogados, lo utilizan con frecuencia. De igual manera en el ámbito administrativo de la función inspectiva, los inspectores laborales y quienes laboran en los órganos de resolución inspectiva, aplican cada vez más el ordenamiento internacional.

VII. Bibliografía

CANESSA MONTEJO, Miguel,2014. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la Protección de los derechos humanos laborales. Lima: Palestra Editores.

GERRY RODGERS, EDDY LEE, LEE SWEPSTON, JASMIEN V.,2009. La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009. Ginebra: Oficina Internacional de Trabajo

MOLINA, Carlos, 2005. Las normas internacionales del trabajo y su efectividad en el derecho colombiano. Bogotá: Editorial Temis S.A.

MORENO RUIZ, Ángel Guillermo, 2014.El Derecho del Trabajo y de la seguridad social contemporánea, una crítica mirada en la segunda década del siglo XXI. México: Universidad de Guadalajara, Centro Universitario de Tonalá.

NEVES MUJICA, Javier, 2009. Introducción al Derecho del trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP.

ROMERO MONTES, Francisco Javier, 1993. La Jubilación en el Perú. IPSS-AFP D. Ley 20530 Servidores Privados y Públicos. Lima.

SOMAVIA, Juan, 2010. Trabajo Decente. Memoria del Director General de la OIT 1999.

Guía para los trabajadores, 2010. La Inspección del Trabajo lo que es y lo que hace. OIT Ginebra.

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo y textos seleccionados. Oficina Internacional del Trabajo. 2010. Ginebra.

Declaración de Filadelfia de 1944.

Constitución Política del Perú de 1993.

Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo

Ley 28237, Código Procesal del Trabajo

D. Leg. 1499, Decreto Legislativo que establece diversas medidas para garantizar y fiscalizar la protección de los derechos socio laborales de los/as trabajadores/as en el marco de la emergencia sanitaria por el COVID-19.

Decreto Supremo N° 020-2019-TR. Decreto supremo que modifica el Reglamento de la ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el reglamento de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, el Decreto Supremo N° 017-2012-TR y el Decreto Supremo N° 007-2017-TR.

Informe N° 136-2018-MTPE/2/14.1

Publicado: Abril 2021
Lima-Perú