





# Laborem

N° 13 / 2013

---

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

---



Año de las  
Bodas de Plata  
de la Sociedad

**Laborem Nº 13**

**REVISTA DE LA SOCIEDAD PERUANA  
DE DERECHO DEL TRABAJO  
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

PRIMERA EDICIÓN

Diciembre 2013

Prohibida su reproducción total o parcial

Derechos Reservados

D.Leg. Nº 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

2013-19888

LEY Nº 26905 / D.S. Nº 017-98-ED

Diseño de carátula  
y diagramación de interiores

Martha Hidalgo Rivero

Impreso en:  
Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.  
San Alberto 201 - Surquillo  
Lima 34 - Perú

# CONTENIDO

## EL EQUILIBRIO ESTRUCTURAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS AMENAZAS

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

I.	La razón de ser histórica del Derecho del Trabajo .....	31
II.	Las transformaciones de las relaciones de producción y la afectación del modelo normativo clásico .....	32
III.	La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante .....	36
IV.	Las propuestas de refundación institucional del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica.....	37
V.	La revisión del sistema normativo laboral .....	38
VI.	La flexibilización de los contenidos normativos .....	40
VII.	La intervención normativa en el terreno de las actitudes de los sujetos laborales	41
VIII.	La función social duradera y la permanencia del Derecho del Trabajo: el “equilibrio estructural” del modelo y sus amenazas.....	41
	Bibliografía .....	46

## EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y LAS PERSISTENTES OBJECIONES AL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ

JAVIER NEVES MUJICA

JULIO GAMERO REQUEÑA

I.	Primera parte: intervención de Julio Gamero Requeña.....	49
II.	Segunda parte: intervención de Javier Neves Mujica .....	57

**LA PROYECCIÓN EN LA EMPRESA  
DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES  
INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR Y SU PROBLEMÁTICA**

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

I.	Un salto cualitativo en la construcción del moderno Derecho del Trabajo: la tutela de los derechos fundamentales del “ciudadano-trabajador”.....	67
II.	La proyección de los derechos fundamentales de la persona sobre el contrato de trabajo: dos respuestas contradictorias para una cuestión capital .....	70
III.	La difícil traslación del principio de proporcionalidad a la solución de los conflictos entre derechos fundamentales y poderes empresariales .....	74
IV.	Una aplicación del principio de proporcionalidad acorde con la peculiar textura de las relaciones de trabajo.....	77

**DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO:  
METODOLOGÍA DEL JUICIO DE PONDERACIÓN  
EN EL DERECHO LABORAL**

ELMER ARCE ORTÍZ

I.	Ideas generales .....	86
II.	Alcances del poder de dirección. Del objeto y de la identidad de la empresa .....	92
III.	El poder de dirección y el test de proporcionalidad .....	95

**RELACIONES LABORALES E IGUALDAD  
EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES**

ENRIQUE CABERO MORÁN

I.	Igualdad, trabajo e independencia.....	103
II.	La igualdad efectiva de mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales.....	106
III.	Retribución y condiciones de trabajo en igualdad.....	113
IV.	Novedades procesales en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres .....	116

**EL DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO:  
EL ESTADO DE LA CUESTIÓN**

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE

I.	Los antecedentes.....	119
----	-----------------------	-----

II.	El modelo de “mínima protección”: la ley de fomento del empleo .....	126
III.	La protección contra el despido arbitrario en la jurisprudencia del tribunal constitucional.....	130
IV.	La procedencia de la reposición en la vía laboral ordinaria .....	147

**GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS COLECTIVOS:  
LOS GRANDES RETOS DE LA ACTUALIDAD**

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS

I.	La globalización económica y la crisis de los sistemas nacionales de protección...	157
II.	El cambio de paradigma productivo y la crisis del Derecho del Trabajo.....	160
III.	Los desafíos de los derechos colectivos a nivel internacional .....	164
IV.	Los desafíos de los derechos colectivos a nivel nacional en el siglo XXI .....	174
	Bibliografía .....	178

**DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN LA FISCALIZACIÓN LABORAL**

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU

I.	Presentación.....	181
II.	Derechos fundamentales en el marco de la relación laboral .....	182
III.	El proceso inspectivo de trabajo.....	185
IV.	Tutela de derechos fundamentales en la vía administrativa .....	189
V.	Limitaciones del proceso inspectivo como instrumento de protección de derechos fundamentales laborales .....	200
VI.	Derechos fundamentales del empleador en proceso inspectivo .....	202

**EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO DENTRO  
DEL SISTEMA DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS LABORALES**

PAUL PAREDES PALACIOS

I.	Las razones de la reforma laboral.....	206
II.	Componentes de una real reforma de justicia: el acceso a la justicia.....	208
III.	Principios que inspiran el derecho procesal laboral .....	210
IV.	Del proceso escrito al proceso oral.....	212

V. Informalismo en el proceso laboral.....	215
VI. Reflexiones finales.....	218

**NUEVOS SISTEMAS PROCESALES DE TRABAJO  
EN AMÉRICA LATINA**

ADOLFO CIUDAD REYNAUD

I. Introducción.....	219
II. Sistema de juicios orales.....	224
III. Estructura del proceso.....	228
IV. La revisión judicial.....	233
V. Procedimientos abreviados de menor cuantía.....	236
VI. Modalidades especiales de tutela de derechos fundamentales.....	242
VII. Modalidades especiales para conflictos colectivos jurídicos.....	250
VIII. Especialización de jueces y capacitación de abogados litigantes.....	253

## **SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

### **Consejo Directivo 2013-2015**

<b>Presidente</b>	: Jaime Zavala Costa
<b>Vice-Presidente</b>	: Alfonso de los Heros Pérez Albela
<b>Secretario</b>	: José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón
<b>Pro-Secretario</b>	: Carlos Alberto Quispe Montesinos
<b>Tesorero</b>	: Carlos Guillermo Morales Morante
<b>Pro-Tesorero</b>	: Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
<b>Secretario de Biblioteca y Publicaciones</b>	: Raúl Guillermo Saco Barrios
<b>Secretario de Eventos y Reuniones Científicas</b>	: Martín Alberto Carrillo Calle
<b>Secretario de Relaciones Internacionales</b>	: César José Gonzéles Hunt

### **Relación de Miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Abanto Revilla, César	Acevedo Mercado, Jorge Luis
Alva Hart, Beatriz Regina	Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis (†)	Arbulú Alva, Luis
Arce Ortiz, Elmer	Balbín Torres, Edgardo Sergio
Arévalo Vela, Javier	Barrenechea Calderón, Julio César
Balta Varillas, José	Boza Pró, Guillermo
Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo	Canessa Montejo, Miguel Francisco
Butrón Fuentes, José Andrés (†)	Castillo Montoya, Nixon Javier
Carrillo Calle, Martín Alberto	Cavalié Cabrera, Paúl
Castro Otero, José Ignacio	Cornejo Vargas, Carlos
Ciudad Reynaud, Adolfo	De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando
Cortés Carcelén, Juan Carlos	Ferro Delgado, Víctor
De los Heros Pérez Albela, Alfonso	García Granara, Fernando
Gamarra Vilchez, Leopoldo	Gonzáles Nieves, Orlando
Gonzáles Hunt, César José	Herrera Vásquez, Ricardo
Herrera Gonzáles-Pratto, Isabel	Mayorga Miranda, Víctor
Marcenaro Freís, Ricardo Arturo	Morales Corrales, Pedro Gonzalo
Mejía Madrid, Renato	Morales Morante, Carlos Guillermo
Morales Gonzalez, Néstor	Neves Mujica, Javier
Mortola Flores, Italo Román	Pacheco Zerga, Luz

Ospina Salas, Estela	Pasco Cosrnópolis, Mario Martín
Paredes Palacios, Paúl	Pilotto Carreño, Luigino
Pasco Lizárraga, Mario	Puntriano Rosas, César Alfredo
Prelle Mayuri, Herbert	Quispe Montesinos, Carlos Alberto
Quiñones Infante, Sergio Arturo	Saco Barrios, Raúl Guillermo
Ramírez-Gastón Ballón, José Luis Germán	Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan
Sanguinetti Raymond, Wilfredo	Tsuboyama Shiohama, Liliana
Toyama Miyagusuku, Jorge Luis	Ulloa Millares, Daniel Augusto
Ugaz Olivares, Mauro	Vidal Salazar, Michael
Vidal Bermuclez, Alvaro	Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Villacorta Ramírez, Edmundo	Zavala Costa, Jaime
Vinatea Recoba, Luis	Zavaleta Cruzado, Roger Enrique

**Relación de miembros honorarios  
de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Carlos Blancas Bustamante	Fernando Elías Mantero
Ricardo Nugent López Chávez	Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano	Oscar Ermida Uriarte (†)
Jean Claude Javilliler	Emilio Morgado Valenzuela
Alfredo Montoya Melgar	Fernando Suárez González
Américo Plá Rodríguez (†)	Mozart Víctor Russomano (†)
Héctor Hugo Barbagelatta	Manuel Alonso Olea (†)
Guillermo Gonzales Roales (†)	Ricardo La Hoz Tirado (†)
Javier Vargas Vargas (†)	Joaquín Leguía Gálvez (†)
Antonio Ojeda Avilés	

## PRESENTACIÓN

Por iniciativa del Dr. Jaime Zavala, presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS), y enterados de la realización del Primer Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social “Perspectivas del Derecho Constitucional Laboral en el siglo XXI”, realizado entre los días 17 y 28 de junio de 2013 en Lima por gestión de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Salamanca, y bajo la dirección de Guillermo Boza Pró y Wilfredo Sanguinetti Raymond, pensamos incluir en nuestra revista institucional *Laborem* las actas de tan importante evento académico.

Aceptada nuestra idea por los profesores Boza y Sanguinetti, recibimos la transcripción de las grabaciones de las conferencias dictadas por todos y cada uno de los expositores conformantes de la plana docente del curso internacional, que ahora entregamos.

Con la idea de ayudar al lector a ubicarse en cada punto y facilitar la comprensión de los diversos temas tratados este en el curso, nos permitimos presentar una breve reseña del contenido de esta revista con base en todas y cada una de las conferencias aquí incluidas.

Manuel-Carlos Palomeque desarrolla “El equilibrio estructural del Derecho del Trabajo y sus amenazas” y Julio Gamero y Javier Neves, “El crecimiento económico y las permanentes objeciones al Derecho del Trabajo en el Perú”.

Sobre “El equilibrio estructural del Derecho del Trabajo y sus amenazas”, Palomeque evoca la razón histórica determinante del surgimiento de esta disciplina jurídica, a saber, “la persecución de un **equilibrio estructural** entre los intereses de los antagonistas”; así, pues, “la función social que ha otorgado en su momento carta de naturaleza al Derecho del Trabajo sigue siendo en la actualidad la **integración** del conflicto estructural del sistema de producción basado en la prestación generalizada de trabajo asalariado”. Refiere, sin embargo, las transformaciones de las

relaciones de producción y la afectación del modelo normativo clásico –cómo los “incómodos requerimientos de la Economía” y la “crisis económica” han acompañado al Derecho del Trabajo y convivido siempre con este; cómo el Derecho del Trabajo, que “presupone la expansión o, al menos, la estabilidad del sistema económico” y que opera como un “ordenamiento de la ‘redistribución’ de los recursos” por medio de la acción sindical y de la negociación colectiva, se ha transformado (debido a la recesión económica) “de un Derecho de la redistribución, en un Derecho de la ‘producción de riqueza’”; y cómo existe hoy un “nuevo escenario institucional”, un “panorama complejo de profundas transformaciones en las relaciones de producción [...] sobre las que descansa el sistema normativo laboral”, y la “adaptación” del ordenamiento laboral a la realidad económica –de modo tal “que pueda seguir realizando la función de cohesión social que le es propia más allá de su reducto industrial tradicional– mediante la introducción de ciertas modificaciones determinantes de una “reforma institucional” que plantea debates y propuestas sobre “la **función** y la **refundación** de la disciplina del trabajo asalariado” (la “modernización” del Derecho del Trabajo con vistas al “crecimiento sostenible de la economía”, la promoción de “un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo” orientado a la competitividad, el desafío de “conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos”, la “disponibilidad de un **trabajo decente** también para todos” y la “configuración de un **Derecho común del trabajo**”), sobre “la **individualización** de las relaciones laborales” (entendida esta “como la operación normativa de recuperación del juego de la autonomía de la voluntad y consiguiente ampliación de la función reglamentadora del contrato de trabajo [...] por encima del esquema tradicional de norma mínima y de pacto de mejora de las condiciones de trabajo”), sobre “la flexibilización de los contenidos normativos” (entorno en el cual juegan la “oferta de modalidades de contratación plurales”, y una definición más flexible del “contenido de la prestación laboral” acerca de la retribución, la clasificación profesional, la movilidad funcional, la movilidad geográfica, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la reordenación del tiempo de trabajo y la ampliación de los supuestos de extinción de la relación laboral) y sobre “la participación y cooperación en las relaciones de trabajo” (la habilitación de vías institucionales “de participación y de diálogo en detrimento perceptible de la reivindicación y de la confrontación”). Explica, además, la función social duradera y la permanencia del Derecho del Trabajo, es decir, el “equilibrio estructural” del modelo y sus amenazas, y alega que “no parece ocioso introducir una reflexión general acerca de la permeabilidad discrecional de las fronteras de la disciplina y contra el voluntarismo metodológico en la materia” (vale decir, “la utilización de un número abierto de relaciones laborales **especiales** o **atípicas**, junto al contrato de trabajo común destinatario del patrón normativo, o, en fin, la laboralización parcial –y protección social consiguiente– del trabajo por cuenta propia, independiente o autónomo, o, mejor aún, de

determinadas expresiones del mismo –trabajo parasubordinado, económicamente dependiente–). Por último, advierte que “la discusión acerca de la transformación o reforma del marco normativo de las relaciones de trabajo corre el riesgo [...] de convertirse en una polémica puramente formal, desprovista de contenidos y amparadora por ello de las más heterogéneas propuestas en sintonía con los respectivos intereses en juego”; en efecto, “bajo su cobertura formal, reformar o flexibilizar el marco regulador del mercado de trabajo puede querer significar, según quien realice la propuesta, desde la pura desarticulación de los elementos de tutela del ordenamiento laboral, so pretexto de que engendran supuestas e indeseables disfunciones para el desarrollo del proceso productivo [...], hasta la lógica adaptación del ordenamiento laboral a las exigencias de las transformaciones sociales y económicas, acerca de cuya procedencia seguramente pocas discrepancias cabría aceptar en el plano teórico, pasando por diversas propuestas de carácter intermedio. Por ello, el debate sobre las transformaciones del Derecho del Trabajo debe ser referido, específicamente, a las modificaciones singulares que se pretendan llevar a cabo, desplazándose así la discusión a un plano concreto de los contenidos y las soluciones normativas proyectadas”.

Sobre “El crecimiento económico y las persistentes objeciones al Derecho del Trabajo en el Perú”, Julio Gamero y Javier Neves plantean algunas importantes reflexiones.

En primer lugar, Gamero desarrolla su exposición con base en los conceptos y categorías de la Economía Laboral y considera las teorías económicas, las características estructurales del mercado laboral y algunos datos concernientes al mercado de trabajo y la distribución. Explica que la categoría “mercado de trabajo” implica la existencia de una oferta y una demanda, con relación a las cuales importa el “equilibrio”, esto es, la determinación del “nivel salarial” que nivela la oferta con la demanda del trabajo y disminuye la existencia del llamado “desempleo abierto”; habla, entonces, sobre la “corriente neoclásica” –en la que “el mercado de trabajo es igual que cualquier otro mercado” y, por eso mismo, “los precios son flexibles” [para aquella, el salario “equilibra la oferta con la demanda” y no existe el desempleo (salvo el desempleo voluntario)], mientras que el “desempleo involuntario” responde a la actuación de mecanismos ajenos al mercado (salarios mínimos, leyes laborales) “que obstaculizan se alcance el nivel de equilibrio” [“la diferencia entre oferta y demanda se traduce en desempleo abierto”]; entonces, “las recomendaciones de política laboral bajo esta concepción se orientan a la desregulación, a minimizar los elementos extraeconómicos para que el mercado tienda naturalmente al equilibrio entre oferta y demanda”–, sobre el “enfoque keynesiano” –relacionado con el “Estado de bienestar”, que acredita un rol de “Estado regulador”, y según el cual el desempleo es “involuntario” y “de carácter estructural” (entonces, “el objetivo de la política va a ser minimizar la tasa de desempleo”); “si hay recesión económica,

va a aumentar la tasa de desempleo”– y sobre las economías con sobrepoblación – enfoque económico muy asentado en la zona andina (donde se constata que “si uno no encuentra trabajo asalariado se traslada al sector informal o al autoempleo”), según el cual “hay un punto a partir del cual si los salarios bajan, la inversión también cae” a la vez que “las instituciones laborales son endógenas al mercado laboral, [...] ayudan al equilibrio”. Acerca de las características estructurales del mercado laboral, refiere algunos datos sobre el “sector moderno” y la “productividad laboral” (“a mayor tamaño de empresa, mayor productividad laboral”, en el sector de más baja productividad es “donde se localiza la mayor cuantía de empleo en informalidad”), sobre “asalariados y empleo en regímenes laborales” (finalmente, la Ley General del Trabajo “va a ser la menos general de las leyes porque los regímenes especiales la jaquean por todos lados”) y sobre las modalidades de contratación (hacia el 2010 y con base en información del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, “los contratos modales constituían la principal forma de contratación laboral, 47 %; el plazo indeterminado solo representaba el 42 %”; pero con información tomada de las Encuestas Nacionales de Hogares, se aprecia que “el trabajo a plazo indefinido ha alcanzado el 26,8 % en 2012 mientras que el [trabajo a] plazo fijo se consolida con un 73,2%). A propósito del mercado de trabajo y la distribución, explica las “rondas distributivas” con relación a la repartición de excedentes (entre Estado, empresa y trabajadores) y al “gasto social” (Pensión 65, Juntos y similares)–; y sostiene que –aun cuando “las remuneraciones pueden crecer sin afectar la reinversión en la economía”– mientras la productividad ha crecido más, las remuneraciones no (“se encuentran atrasadas”).

En segundo lugar, Neves se ocupa “de algunos hitos en la historia reciente de la legislación laboral peruana” (los últimos cuarenta años) y afirma que el siglo anterior solo ha habido “dos grandes modelos de relaciones laborales”, a saber, el de [Juan] Velasco (que va de 1968 a 1989) y el de [Alberto] Fujimori (que va desde 1990 hasta la actualidad). Según él, el primer modelo acredita un “autoritarismo social”, porque “es protector en lo individual y controlista en lo colectivo”, o lo que es lo mismo, se desconfía de los sindicatos y se tutela a los trabajadores individuales –en el régimen laboral de la actividad privada, los “cimientos de la protección individual” fueron la “estabilidad laboral absoluta” y la “participación integral en el empresa” mientras que en lo colectivo, se modificó la regulación atinente a la negociación colectiva (que se organizó “en etapas rígidas de tránsito obligatorio” y respecto a la cual se llegaba a una solución “aprobada o dictada” por la Autoridad Administrativa de Trabajo) con un marcado “intervencionismo estatal”; en el régimen laboral de la actividad pública, resalta “la estatización generalizada en todos los sectores económicos [...] acompañada de intensos procesos de despedido”–; y el segundo modelo, un “autoritarismo liberal”, “consistente en una desprotección individual y una desconfianza en lo colectivo” –en el régimen laboral de la

actividad privada, se produjo “una radical desregulación y flexibilización”, cuyo “principal hito” fue la “Ley de Fomento del Empleo” (que adoptó la estabilidad relativa), transformada después en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, “con una indebida generalización de la contratación temporal”, al tanto que la participación de la empresa se redujo solo a la de las utilidades, mientras que los derechos colectivos fueron regulados por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo; en el régimen laboral de la actividad pública, “se generalizó la contratación a través de los servicios no personales” traducida en la contratación de “trabajadores deslaborizados”. Entre otros aspectos, menciona también: respecto al ámbito privado, la regulación sobre intermediación laboral y tercerización, el proyecto de Ley General de Trabajo y la Ley Mype (sobre micro y pequeñas empresas); respecto al ámbito público, la contratación administrativa de servicios, la Ley Marco del Empleo Público y la Ley del Servicio Civil. Destaca, entonces, que es el Poder Ejecutivo –y no el Congreso– el que ha reformado la legislación laboral, y que “el diálogo social y político carece de concreción si el Poder Ejecutivo no tiene interés de convertir los proyectos en ley”. Con relación al plano procesal, resalta que se ha producido “un uso intensivo de las vías jurisdiccionales nacionales e internacionales”.

Luego, Wilfredo Sanguinetti trata “La proyección en la empresa de los derechos constitucionales inespecíficos del trabajador y su problemática”; Elmer Arce, los “Derechos fundamentales en la relación de trabajo: metodología del juicio de ponderación”, y Enrique Cabero, las “Relaciones laborales e igualdad efectiva de hombres y mujeres”.

Sobre la “Proyección en la empresa de los derechos constitucionales inespecíficos del trabajador y su problemática”, Sanguinetti destaca la existencia de un “salto cualitativo” en la elaboración del moderno del Derecho del Trabajo, traducida en la tutela de los derechos fundamentales del “ciudadano-trabajador” –ambiente en el cual evoca el “ingreso de la Constitución en la fábrica”, la “ciudadanía de la empresa” y los “derechos constitucionales laborales inespecíficos”–; refiere “la proyección de los derechos fundamentales de la persona sobre el contrato de trabajo” con “dos respuestas contradictorias” sobre el punto –una primera, consistente en “enfocar el problema en términos de **adaptabilidad** del ejercicio de los derechos fundamentales al marco de derechos y obligaciones propios del contrato de trabajo”; y una segunda, que considera una “colisión de derechos” a solucionarse con el denominado “principio de proporcionalidad” (según el cual “el sacrificio de un derecho fundamental (...) solo resulta admisible desde el punto de vista constitucional en la medida en que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo con el sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto”)–; expone “la difícil traslación del principio de proporcionalidad a la solución de los conflictos entre derechos fundamentales y poderes empresariales” –este

principio puede convertirse “en una herramienta potencialmente peligrosa para los propios objetivos que a través de él se busca garantizar”; en definitiva, “el derecho fundamental del trabajador únicamente debe ceder cuando ello resulte **imprescindible** para la satisfacción de un interés legítimo del empresario y no exista otra posibilidad menos restrictiva de atenderlo” (lo que trastoca el principio de proporcionalidad “en una suerte de **principio de intervención mínima** del empresario sobre los derechos fundamentales del trabajador” e implica la realización de los juicios de “idoneidad”, “necesidad” y “proporcionalidad en sentido estricto”); y plantea “una aplicación del principio de proporcionalidad acorde con la peculiar textura de las relaciones de trabajo” –a saber, la ponderación pertinente consiste “en comparar los pesos o valores de cada uno de los derechos en liza, con el fin de establecer una relación de precedencia condicionada en el caso concreto a favor de aquel al que se haya atribuido, en conjunto, un **peso superior** al otro” (de todos modos, habrá “casos fáciles de ponderar” y “casos difíciles de ponderar”); en suma, “para ser legítimos, los actos de ejercicio de un derecho fundamental con limitación de otro han de tener un peso superior dentro de la ponderación”–. En conclusión, lo que se quiere es “garantizar la plena vigencia de la Constitución en las organizaciones productivas”.

Sobre los “Derechos fundamentales en la relación de trabajo: metodología del juicio de ponderación en el Derecho Laboral”, Arce relievra el interés de “centrar los puntos críticos que presenta el juicio de proporcionalidad”, que acaso fomenta el artículo 23 de la Constitución –“Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”–. Tras exponer algunas ideas generales – el derecho actual “no es solamente un derecho de reglas”, el test de proporcionalidad parece “un poco subjetivo” y el “principio de neutralidad” (la “organización monárquica en la empresa”, según la cual lo que esta dice o proyecta oscurecería la aplicación de los derechos fundamentales)–, él indica los alcances del poder de dirección (“Del objeto y de la identidad de la empresa”) –con relación al “objeto del contrato” de trabajo, al “deber de diligencia”, al “deber de buena fe”, al “poder de modificación del objeto y del contrato” (aquí juega el *jus variandi* del empleador), a los poderes de organización y de control y de sanción, y a la “identidad de la empresa”–, refiere tal poder (a propósito de los poderes de organización, de control y de sanción) respecto a la aplicación del test de proporcionalidad y considera la “buena reputación empresarial” y los “derechos fundamentales” de los trabajadores –“Es evidente que las personas jurídicas no pueden tener derecho al honor porque no tienen conciencia ni moralidad, pero las personas jurídicas sí podrían tener buena reputación”–. Todo ello, con base en la jurisprudencia y ejemplos prácticos.

Sobre las “Relaciones laborales e igualdad efectiva de mujeres y hombres” y con base en la legislación española, Cabero desarrolla la “Igualdad, trabajo e

independencia” —enfátiza que “la incorporación de las mujeres a la prestación de trabajo por cuenta ajena, también al trabajo autónomo, a la función pública o al empresariado en general, dispone de singular relevancia en materia de igualdad y no discriminación”—, expone acerca de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales (modelo y método, planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad en las empresas) —con relación a aquellos, “el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, la determinación de las consecuencias y efectos de las conductas discriminatorias, la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, las nociones de discriminación directa e indirecta, las definiciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo, la discriminación por embarazo o maternidad, la plena legitimación de las acciones positivas” y otros aspectos, el “derecho al trabajo en igualdad de oportunidades”, derechos y principios y categorías varias, y normas ad hoc respecto a la prestación de trabajo o de servicios por los empleados públicos; y con relación a los planes de igualdad y a las otras medidas de promoción de esta, la obligación de todas las empresas de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y la obligación de adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre hombres y mujeres, por ejemplo—; trata el acceso al empleo en igualdad —pone el acento en la empleabilidad, “relacionada con la formación general y concreta para el ejercicio de una profesión y el desempeño de un puesto de trabajo”—; se pronuncia sobre la retribución y condiciones de trabajo en igualdad (particularmente, acerca de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral); y señala algunas “novedades procesales en materia de igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

Carlos Blancas trata “El despido: estado de la cuestión”. Al efecto, expone los antecedentes [la introducción legislativa de la estabilidad en el trabajo, mediante el Decreto Ley N° 18471, primero, y el Decreto Ley N° 22126, después; explica la estabilidad en el trabajo como derecho constitucional y su desarrollo legal (el derecho constitucional a la estabilidad en el trabajo, reconocido expresamente por el artículo 48 de la Constitución de 1979: “El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”; y el desarrollo legal del derecho constitucional mediante la Ley N° 24514)]; alude al modelo de “mínima protección” que trae la Ley de Fomento del Empleo, de diciembre de 1991, y refiere la aprobación de la Constitución de 1993, que “significó la derogación del derecho ‘a la estabilidad en el trabajo’, y su reemplazo, en el artículo 27 de la nueva Carta, por una fórmula menos precisa que consagra la ‘protección adecuada contra el despido arbitrario’”, enunciado a partir del cual vino a convalidarse ex post el Decreto Legislativo N° 728, el mismo que, además, sufrió varias modificaciones en la impronta desreguladora de este; y refiere la protección contra el despido arbitrario en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [expone la construcción

jurisprudencial del Tribunal Constitucional (evoca cómo desde 1997, aproximadamente, “el Tribunal Constitucional admitió el uso de la acción de amparo para la defensa del trabajador despedido de forma arbitraria, y en los casos en los cuales dictó sentencias estimatorias las fundamentó, por lo general, en la vulneración del ‘derecho al trabajo’”; en tanto que “en sentencias posteriores, el Tribunal Constitucional fue avanzando, claramente, en la línea de definir un sentido amplio y cabal del “derecho al trabajo”, señalando que los despidos que vulneran el derecho, el principio de tipicidad de la causa del despido o el derecho de defensa del trabajador, traen consigo la afectación del derecho al trabajo», y “poco después (...) el intérprete de la Constitución consolida su doctrina jurisprudencial y define la procedencia de impugnar el despido mediante el proceso de amparo en tres supuestos que, a su juicio, conllevan la vulneración de derechos constitucionales del trabajador: el despido incausado, el despido fraudulento y el despido nulo”), analiza “el fundamento jurídico por el cual mediante un proceso de amparo puede anularse el despido y reponer al trabajador, sin que esta forma de reparación del despido se encuentre establecida por la Constitución”, vale decir, presenta al amparo como régimen de protección procesal frente al despido lesivo de derechos fundamentales (la jurisprudencia del Tribunal Constitucional distingue dos regímenes de protección adecuada contra el “despido arbitrario”, uno “sustantivo” y otro “procesal”, aunque, a su juicio, “la distinción terminológica no es teóricamente convincente”: el primero fundamentado en el artículo 27 de la Constitución, según el cual el trabajador tienen derecho “a la protección adecuada contra el despido arbitrario” en los términos que otorgue la ley; el segundo es aquel que “en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional”), desarrolla “los supuestos en que procede el amparo para la protección contra el despido arbitrario” (despido nulo, despido incausado, despido fraudulento)], señala la procedencia de la reposición en la vía laboral ordinaria [y al respecto, los fundamentos de la decisión del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema en materia laboral (que “ha supuesto la habilitación de la vía procesal ordinaria para la impugnación del despido y demandar la reposición en los casos de despido ‘incausado’ y ‘fraudulento’), la ampliación de la figura del despido nulo (‘Una primera reflexión que suscita el acuerdo del Pleno Jurisdiccional es si al habilitarse la vía procesal ordinaria para impugnar despidos incausados o fraudulentos, se está creando un cauce procesal distinto a los ya previstos en la propia Ley de Productividad y Competitividad Laboral o es posible reconducir dichos supuestos de impugnación del despido hacia uno de los cauces existentes’), la reposición en la vía laboral ordinaria y el proceso de amparo (respecto a la configuración de una vía procesal ordinaria ‘igualmente satisfactoria’” y a los límites de la ampliación del despido nulo)]. En definitiva, “a través de las sentencias que invalidan despidos que vulneran cualquiera de los derechos mencionados [al trabajo, por ejemplo], el

Tribunal Constitucional se aproxima, en realidad, a un concepto constitucional de despido “nulo” que excede los estrechos márgenes del concepto legal previsto en el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; dado que estos supuestos de despido no encuadran estrictamente en las figuras del despido “incausado” o “fraudulento”, cuando el despido se sustente en la afectación de aquellos, la vía procesal que corresponda será la del proceso de amparo”.

Más adelante, Alfredo Villavicencio habla sobre “Globalización y derechos colectivos: los grandes retos de la actualidad”. Sobre el punto, se refiere a la globalización económica y la crisis de los sistemas nacionales de protección (“No podemos ser tan necios de olvidar la historia permitiendo –como afirma Óscar Ermida– el surgimiento de una nueva cuestión social por lo que hay que darse prisa en la construcción de instrumentos políticos globales que refuercen el Derecho Internacional del Trabajo y la autonomía colectiva también internacional como ejes de equilibrio y redistribución de beneficios, que le den sostenibilidad al proceso económico”), al cambio de paradigma productivo y la crisis del Derecho del Trabajo, a los desafíos de los derechos colectivos a nivel internacional [los problemas generales de la actuación colectiva internacional (“los hay de toda índole, desde los referentes a la dimensión económica y composición del mercado de trabajo de los diversos países hasta los propios del sistema laboral, como pueden ser la existencia de sujetos empresariales y sindicales y su legitimación para llevar a cabo una negociación colectiva global. Todo ello, además, se presenta inmerso en un proceso heterogéneo, que presenta diversos componentes, ritmos y características, en cada lugar”), los derechos colectivos en las empresas multinacionales (toda vez que se ha reconocido “explícitamente la dimensión internacional de las formas de organización y acción sindical, en función de la existencia de un solo empleador”; surgen, entonces, “tres planos de actuación colectiva, que van desde la simple coordinación entre organizaciones sindicales a la puesta en marcha de comités de empresa dirigidos a permitir la participación de los trabajadores y de procesos de negociación colectiva con resultados variados”), los derechos colectivos en los espacios de integración regional (“Particular importancia para el desarrollo de la autonomía colectiva, tienen los procesos de integración regional, en la medida en que trasciendan la mera apertura comercial y tengan como norte una convergencia o integral, paulatina pero creciente, entre los países involucrados. Y ello, sin perder de vista que aun en estos privilegiados espacios para el desarrollo de la acción sindical regional, existen importantes dificultades en materia de acción sindical, dado que conviven diferentes niveles de desarrollo y configuración diversa del mercado de trabajo, sistemas de relaciones laborales disímiles, con problemas en materia de sujetos negociales representativos y con facultades; tipo y naturaleza de los acuerdos; aplicación general o limitada de lo suscrito, etc.]; y los desafíos de los derechos colectivos a nivel nacional en el siglo XXI (“A nivel nacional [...], el modelo

industrialista de negociación colectiva, en concreto, se está viendo afectado por las importantes transformaciones en las formas de desarrollo de la actividad económica y de organización de la producción, que están conduciendo a una redefinición de buena parte de sus modos tradicionales de organización y a una nueva distribución del protagonismo entre sus distintas funciones”; de todos modos, “nada [...] cuestiona en sí mismo la vigencia de los derechos colectivos como instrumentos socialmente aptos de regulación de las condiciones de trabajo, que ponderen la necesaria flexibilidad con cuotas imprescindibles de equilibrio. Antes bien, estos cambios son expresión precisamente de su vitalidad”).

Jorge Toyama Miyagusuku trata los “Derechos fundamentales en la fiscalización laboral”; concretamente, analiza la Inspección del Trabajo como un procedimiento orientado a la tutela de tales derechos. Ante todo, y respecto a los derechos fundamentales enmarcados en una relación laboral, distingue los “derechos fundamentales de la persona del trabajador” (derechos “inespecíficos” o de “ciudadanía laboral”) de los “derechos fundamentales laborales” –los primeros, “abiertos” o “mutables en el tiempo”; los segundos, “delimitados” y contenidos en disposiciones (no del todo) “taxativas” o “cerradas” (artículos 22 a 29 de la Constitución)–; y, con relación al siglo XXI, enfatiza que “el desarrollo de los derechos fundamentales está marcado por el Tribunal Constitucional” –cuyas resoluciones “le han dado mucho contenido y apoyo a las actuaciones de la autoridad inspectiva de trabajo”–. A propósito del procedimiento de inspección laboral, aduce que es hoy una vía muy utilizada por las organizaciones sindicales en tanto que medio de “prueba” con miras a la satisfacción de pretensiones concretas –esto, aun cuando “tal calificación afectaría la presunción de inocencia” del empleador–, pero relievaba que aquel es “bilateral”, es decir, las partes del procedimiento son solamente el Estado y el empleador fiscalizado –por tanto, este es “el único que puede impugnar las resoluciones administrativas o concurrir a la vía judicial”–; y sobre el Tribunal de Fiscalización Laboral, integrado a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) de reciente creación, apunta que “debe generar un efecto positivo en el sistema de fiscalización laboral, [...] que se resume en la consolidación de la jurisprudencia administrativa y, en consecuencia, la predictibilidad de los pronunciamientos administrativos de las primeras instancias de inspección laboral a nivel nacional”. En cuanto a la tutela de derechos fundamentales en la vía administrativa, destaca que el proceso inspectivo no tiene límites para ejercerla –“casi no habría materia sobre la que la Autoridad Administrativa de Trabajo y las Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo no puedan pronunciarse”–; y presenta cuatro temas sobre los que tal autoridad se ha pronunciado en materia de derechos fundamentales, a saber, seguridad y salud en el trabajo, contratación a plazo fijo, tercerización de servicios y el esquirolaje como vulneración del derecho de huelga. De todos modos, advierte las limitaciones (operativas y funcionales) del proceso

de inspección laboral como medio de protección de los derechos fundamentales laborales. Para terminar, el autor refiere los derechos fundamentales del empleador en dicho proceso; en particular, el derecho al debido procedimiento administrativo, que, entre otros, engloba los derechos del empleador a exigir su presunción de inocencia –el traslado de la presunción constitucional de inocencia a la actuación inspectiva, “por más antecedentes negativos que tenga un empleador”, se le debe considerar “inocente hasta que no se acredite la comisión de una infracción socio laboral de su parte”–, a la debida motivación de los pronunciamientos de la Administración, a exigir al órgano competente el respeto al procedimiento y al acceso a la información. En suma, el debido procedimiento administrativo “está orientado a respetar las diversas garantías que inspiran una tutela efectiva dentro de términos de razonabilidad y proporcionalidad que eliminen actuaciones arbitrarias de la administración inspectiva de trabajo”.

Paúl Paredes explica “El nuevo proceso laboral peruano dentro del sistema de mecanismos de protección de los derechos laborales y Adolfo Ciudad, los Nuevos sistemas procesales de trabajo en América Latina”.

En él, Paredes procura determinar si el dictado de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), ha logrado realmente el “cambio sustancial” ofrecido “en la manera de hacer justicia en materia laboral”. Al efecto, realiza un análisis de los principios y valores del Derecho Procesal del Trabajo vinculados con la NLPT. En primer lugar, recuerda las razones de la reforma; entre estas, la ineficiencia de la justicia laboral traducida en “el retardo” de la administración de justicia –si bien “el problema de la justicia laboral no está en la ley, o en todo caso no está allí el problema principal”–, y “la manera de hacer justicia” –a saber, “la manera como se lee el derecho, (...) como se interpreta y se aplica el derecho” y “la manera como se aborda el tema fáctico, el asunto probatorio”–. En segundo lugar, se refiere a los componentes a considerar en procura de una real reforma de justicia –la “oralidad”, el “uso intensivo de la tecnología” y la idea del “acceso a la justicia” (es decir, “la idea de que más ciudadanos accedan al sistema jurídico”)–. En tercer lugar, trata los principios que inspiran el Derecho Procesal Laboral –se pregunta si las ideas directrices del Derecho del Trabajo “le pueden dar cuerpo y sentido” a este último (afirma que aquellas están pensadas “para la aplicación o goce de los derechos laborales” mas no para “cómo se interpretan las instituciones procesales”) y si la lista de “principios” realizada en el artículo I de la NLPT (inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad) son “los principios del Derecho Procesal Laboral” cuando aquellos “también inspiran otros derechos procesales” (sostiene que todos los tipos de proceso corresponden a una “categoría más genérica”, a saber, “la del Derecho Procesal o teoría general del proceso, o desde otro punto de vista, del derecho jurisdiccional”)–. En cuarto lugar, desarrolla el tránsito “del proceso escrito al proceso oral (la noción de la ‘imparcialidad’ del

juez ha evolucionado ‘a partir de la reivindicación de los derechos sociales’ y es en tal contexto donde ‘corresponde interpretar los significados de las normas procesales y, en concreto, del sentido del nuevo proceso laboral oral’) debido a que la solución de la controversia laboral ha dejado de ser un “problema entre las partes” y pasado a ser un “asunto de interés público” (vale decir, “la vigencia y efectividad de los derechos laborales”) –así entendida, la “sujeción del juez al derecho” rinde “homenaje a los derechos fundamentales” (con base en la Constitución y los pactos internacionales) y relleva la “motivación de las resoluciones judiciales” (como garantía de tal sujeción)–; y destaca la “igualdad por compensación” –“las partes no son sustancialmente iguales, y (...) es necesario corregir esta desigualdad a través del diseño del proceso y la actuación del juez”–, que, sostiene, opera más intensamente en el ámbito del Derecho Procesal del Trabajo; según Couture, esta “igualdad por compensación” es “el procedimiento lógico de corregir las desigualdades [creando] otras desigualdades”. En quinto lugar, explica el informalismo en el proceso laboral –que se manifiesta en la “suplencia de queja deficiente” (porque “el propósito de hacer proceso no es hacer homenaje al procedimiento sino solucionar un conflicto aplicando Derecho”) y la “actualización de la demanda en la audiencia de juzgamiento” (negar tal posibilidad “es inconcebible en un Estado Constitucional de Derecho”)–. Concluye que “El proceso no es para que los jueces y abogados apliquen sus secretos conocimientos, sino que el proceso es la vía, el camino para lo importante: garantizar y hacer efectivos los derechos. En nuestro caso, los derechos laborales”.

Sobre los “Nuevos sistemas procesales de trabajo en América Latina”, Ciudad refiere el sistema de juicios orales; ciertamente, “La característica central de todas las reformas procesales, sin excepción, es la opción por el cambio del sistema de juicios escritos por el sistema de juicios orales, llamados también juicios por audiencias”. Expone la estructura –o “arquitectura”– del proceso, y desarrolla la contestación a la demanda (¿debe ser oral o escrita?; en verdad, “La contestación de la demanda es un acto procesal que sirve fundamentalmente para negar o afirmar los hechos expuestos en la demanda y perfectamente se puede hacer en la audiencia sin la necesidad de presentar escrito alguno, lo que contribuye a la celeridad del proceso”), la audiencia única o dos audiencias o varias audiencias (“La experiencia demuestra que jueces, abogados y litigantes en general, pueden en una sola audiencia de juicio concentrar la defensa de sus pretensiones, la actuación de sus pruebas, y finalmente, expresar sus conclusiones en que basan la petición concreta sobre la que el juez debe de pronunciarse”); explica la revisión judicial (“Los medios de impugnación hacen factible mediante el examen de lo resuelto el control de la aplicación por el juez de las normas estrictamente procedimentales, así como la defectuosa aplicación o el abierto desconocimiento de las normas materiales o procesales que rigen la conformación de su resolución. Pero también tales

medios de impugnación, si no están propiamente regulados, se pueden convertir en una de las principales causas de la mora judicial conjuntamente con la ausencia de oralidad o la duplicidad de audiencias y de incorporación de estaciones procesales de las que podrían prescindirse”), los procedimientos abreviados de menor cuantía (procedimientos de instancia única y los abreviados de doble instancia, procedimientos monitorios), las modalidades especiales de tutela de derechos fundamentales, las modalidades especiales para conflictos colectivos jurídicos, y la especialización de jueces y capacitación de abogados litigantes.

Esperamos sinceramente que esta revista sirva contribuya a la comprensión del Derecho del Trabajo y de los permanentes desafíos que este enfrenta con motivo de las nuevas circunstancias.

Lima, noviembre de 2013

**JAIME ZAVALA COSTA**

Presidente

**RAÚL G. SACO BARRIOS**

Director de Biblioteca y Publicaciones



PERSPECTIVAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL  
LABORAL EN EL SIGLO XXI

CURSO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS AVANZADOS  
EN DERECHO SOCIAL



## PRÓLOGO

En las últimas décadas asistimos a una radical transformación del significado y la función que corresponde dentro de los modernos ordenamientos jurídicos al sistema de derechos, principios y valores consagrado por las normas de rango constitucional. Si con anterioridad unos y otros eran concebidos como mandatos de valor esencialmente programático, dirigidos a orientar la actuación del legislador, la “marcha triunfal sin parangón” del modelo de Estado Constitucional Democrático, como la califica Robert Alexy,<sup>(1)</sup> ha conducido a entender, sin que existan discrepancias en esto, que estos “vinculan como Derecho directamente vigente” tanto a los poderes públicos como a los particulares, estando además su observancia “plenamente controlada por los tribunales”<sup>(2)</sup>.

El resultado de esta evolución ha sido la afirmación de “un nuevo modelo de Constitución”, no solo intensamente material, en tanto que receptora de un amplio elenco de valores principalmente a través de los derechos en ella recogidos, sino judicialmente garantizada en lo que a su acatamiento se refiere<sup>(3)</sup>. Un nuevo modelo o tipo de Constitución que, por lo demás, como consecuencia de esa doble característica de incorporar “la moral pública de la modernidad” en su parte dogmática y hacerlo poniendo a su servicio todo el poder de obligar derivado de su carácter de norma fundamental, posee también “una extraordinaria fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia” sobre el conjunto del sistema jurídico, al extremo de poderse llegar a decir que “no hay un problema medianamente serio que no encuentre respuesta o, cuando menos orientación de sentido, en la Constitución y en sus derechos”<sup>(4)</sup>.

---

(1) ALEXY, R. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”. En: M. Carbonell (compilador). *Neoconstitucionalismo(s)*. Ed. Trotta, Madrid, 2003, p. 3

(2) *Ibíd.*, Ob. cit. p. 33.

(3) En la caracterización de PRIETO SANCHÍS, L. “El constitucionalismo de los derechos”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. N° 71, 2004, p. 48.

(4) *Ibíd.*, Ob. cit., p. 51.

Aunque esta cada vez más intensa influencia de lo constitucional afecta a todas las disciplinas jurídicas, asume un valor decisivo tratándose del Derecho del Trabajo. En materia laboral la norma fundamental posee, como es sabido, una “virtualidad conformadora” particularmente intensa, en la medida en que, especialmente a través del bloque de derechos por ella previsto, estructura y delimita los criterios y principios que han de presidir la construcción del régimen normativo de las relaciones de trabajo de una manera bastante más precisa que la que resulta habitual tratándose de las relaciones entre sujetos privados<sup>(5)</sup>. La razón de ello no es difícil de discernir, y se encuentra en la asunción por la mayor parte de las Constituciones modernas, incluida la nuestra, de la corrección de las situaciones de inseguridad, injusticia y desigualdad presentes en la sociedad como uno de sus objetivos prioritarios<sup>(6)</sup>.

La mejor prueba del peso y la influencia nucleares que tienen los derechos y principios garantizados por la Constitución sobre el ordenamiento laboral la proporciona, en el caso de nuestro país, la labor del Tribunal Constitucional, que se ha servido, como es de sobra conocido, del texto de 1993 para llevar a cabo una revisión profunda de la obra legislativa del régimen de orientación neoliberal en lo económico y vocación autoritaria en lo político que condujo nuestros destinos a lo largo de los años noventa. Una tarea que, sea por dificultades objetivas o por falta de voluntad política o de convicción, no había ni ha sido acometida sino de forma tímida y fragmentaria por los gobiernos que lo sucedieron.

Por todas estas razones, cuando nos propusimos desde la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca la creación, bajo la forma de un *Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social*, de un espacio académico del más alto nivel dedicado a la reflexión y el debate sobre las transformaciones y los desafíos de futuro más relevantes de los modernos ordenamientos laborales, nos inclinamos desde un inicio por que su primera edición estuviese dedicada, como así fue, al estudio de las *Perspectivas del Derecho Constitucional Laboral en el siglo XXI*. La idea era, naturalmente, realizar un balance del citado proceso de recomposición que habían experimentado nuestras relaciones de trabajo desde el punto de vista constitucional, pero poniéndolo en contacto con la reflexión más reciente sobre las líneas futuras de construcción del constitucionalismo social a nivel comparado, contado para ello con el concurso de destacados docentes de nuestras dos casas de estudios.

Una feliz iniciativa del Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y la generosa colaboración de los profesores que

---

(5) Véase, destacando especialmente esta característica, MONEREO PÉREZ, J. L. *Derechos sociales de ciudadanía y ordenamiento laboral*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, p. 120.

(6) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. “El trabajo en la Constitución”. En: M. Rodríguez-Piñero (coordinador). *Los trabajadores y la Constitución*, Selsa, Madrid, 1981, p. 18.

intervinieron en las distintas sesiones del curso, que se desarrollaron en Lima entre los días 17 y 28 de junio del presente año, han hecho posible que sus contenidos más relevantes puedan aparecer recogidos ahora a través de diez estudios articulados en torno a seis ejes temáticos en la presente obra de título y esquema homónimos, que los directores de esta actividad nos complacemos muy especialmente en poner a disposición de la comunidad académica y los profesionales del Derecho volcados en el siempre complejo y dinámico mundo de las relaciones laborales en nuestro país.

Lima y Salamanca, 29 de octubre de 2013.

**Guillermo Boza Pró**

**Wilfredo Sanguinetti Raymond**  
(Directores del Curso)



# EL EQUILIBRIO ESTRUCTURAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y SUS AMENAZAS

---

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ<sup>(1)</sup>

---

## I. LA RAZÓN DE SER HISTÓRICA DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

La intervención del Estado en las relaciones de producción, a través de la promulgación de normas protectoras de las condiciones de vida y de trabajo del proletariado industrial y limitadoras, por lo tanto, de la –hasta ese momento absoluta– voluntad del empresario en la fijación del contenido del contrato de trabajo, responde históricamente a la necesidad social de canalizar el conflicto político surgido entre los nuevos protagonistas colectivos del sistema económico capitalista. El nuevo cuerpo normativo integrador habría de cumplir, así pues, la trascendental misión de imponer a esta contradicción de intereses un cauce de circulación compatible con la permanencia y el desarrollo del sistema de producción y las paredes maestras de la sociedad liberal. Esta es, sin duda, la función histórica que corresponde a la legislación del trabajo y, a la postre, al propio Derecho del Trabajo resultante de aquella.

No es posible olvidar, por lo mismo, el dato crucial que explica la razón de ser del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación en el conflicto social y que no es otro, en realidad, que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de los antagonistas. Al propio tiempo que instrumento protector

---

(1) Universidad de Salamanca.

de las relaciones sociales que legitima a través del contrato, el ordenamiento laboral limita ciertamente la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de acción a los trabajadores. Por todo ello, no cabe duda de que la función social que ha otorgado en su momento carta de naturaleza al Derecho del Trabajo sigue siendo en la actualidad la integración del conflicto estructural del sistema de producción basado en la prestación generalizada de trabajo asalariado. Sin perjuicio, claro es, de las importantes transformaciones que se han producido en el entramado institucional de este ordenamiento desde sus orígenes, así como en sus soluciones normativas singulares, al hilo y como consecuencia de las modificaciones experimentadas por el sistema económico en su desarrollo histórico.

A pesar de los riesgos que entraña lógicamente la reflexión teórica sobre cuestiones venideras, parece fundado entender que el Derecho del Trabajo habrá de subsistir como cuerpo normativo, dotado eso sí de una u otra configuración institucional o incluso denominación, en tanto su función integradora siga siendo requerida por el sistema social. La presencia histórica del ordenamiento laboral no se debe, desde luego, al azar o al capricho de los legisladores, sino, al contrario, como se ha puesto de manifiesto hasta aquí, al diseño y a la ejecución de una precisa y singular misión, cual es la institucionalización o juridificación de las contradicciones entre el trabajo asalariado y la titularidad de la organización productiva de la empresa capitalista.

## II. LAS TRANSFORMACIONES DE LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN Y LA AFECTACIÓN DEL MODELO NORMATIVO CLÁSICO

---

Es verdad, por otra parte, que el Derecho del Trabajo no ha cumplido su función histórica del mismo modo, cualesquiera que hayan sido las circunstancias sociales envolventes, ni se ha rodeado siempre de idénticas soluciones normativas o de esquemas institucionales inmutables. Ha conocido en su todavía corta historia, ni siquiera bicentenario en la experiencia más antigua, versiones políticas autoritarias y democráticas y ha desarrollado su propuesta normativa de la mano de la evolución capitalista y de la reivindicación obrera y sindical. Es preciso distinguir por ello entre la función objetiva y duradera del Derecho del Trabajo, ligada de modo permanente al conflicto social de base –y este al sistema de producción–, y su contenido institucional –el modo de realizar dicha función–, que se subordina naturalmente a las contingencias políticas y a las cambiantes exigencias

de la evolución del sistema productivo, interpretando así variablemente el equilibrio estructural que lo sustenta.

El Derecho del Trabajo ha convivido siempre, por cierto, con los incómodos requerimientos de la Economía, cuyas relaciones disciplinares –construidas sobre el alcance del factor económico en la configuración institucional del marco regulador del mercado de trabajo– han formado parte, en todo momento y por derecho propio, de la relación de las grandes cuestiones teóricas de nuestra disciplina: crisis económica y ordenamiento laboral, adaptación y flexibilización del sistema normativo laboral a la realidad económica cambiante, etc.

La crisis económica, instalada de modo estructural en las economías industrializadas a partir de la mitad de los años setenta del siglo veinte, ponía término sin duda a la “edad de oro” precedente de la legislación laboral y alimentaba el trascendental debate sobre la influencia de la situación de la economía en la regulación de las relaciones de trabajo, así como la adopción de políticas terminantes de ajuste económico y de empleo en los principales países industriales (Comisión Europea, 1993). De todo lo cual, el Derecho del Trabajo ha recibido ya efectivamente influencias y transformaciones ciertas, que abren por lo demás no pocos interrogantes acerca de la continuidad de determinadas pautas tradicionales propias, cuando no la “culpabilización” de las consecuencias negativas de la crisis económica, de modo que no es infrecuente que el empresariado lo considere en parte como obstáculo a las adaptaciones del mercado.

Es imprescindible, sin embargo, tener en cuenta que la crisis económica ha acompañado al Derecho del Trabajo –y lo sigue haciendo en el presente, en coexistencia desde el otoño de 2008 con una nueva y virulenta crisis financiera y económica mundial que estallaba a raíz de la caída de Lehman Brothers–, al menos de forma intermitente, a lo largo de toda su andadura histórica, para convertirse por cierto en un “compañero de viaje histórico” de la misma (Palomeque López, 1984, 15 a 21). Y también que aquella, como exponente de las relaciones entre economía y ordenamiento laboral, ha ejercido de modo permanente su influencia sobre el cuadro institucional del mismo (Sinzheimer, 1933). Y es que la lógica clásica del Derecho del Trabajo presupone verdaderamente la expansión o, al menos, la estabilidad del sistema económico. El Derecho del Trabajo aparece entonces como un ordenamiento de la “redistribución” de los recursos y, en su seno, se practica una negociación colectiva de mejora de las condiciones de trabajo y una acción sindical de presión y de contestación. El Derecho del Trabajo de la recesión económica se transforma, por su parte, de un Derecho de la redistribución, en un Derecho de la “producción de riqueza”, para redescubrir así su

vocación originaria de instrumento de racionalización económica de las reglas de juego aplicables a las relaciones profesionales.

Más aún, el ordenamiento laboral de las sociedades desarrolladas se ha visto afectado desde hace décadas por un nuevo “ámbito económico”, producto de una aceleración de los procesos históricos en juego desconocida por su intensidad en el sistema de relaciones industriales. El nuevo escenario institucional no deja de ofrecer, así pues, un panorama complejo de profundas transformaciones en las relaciones de producción [un “enorme cambio fruto de la mundialización y de los imperativos que plantea una nueva economía basada en el conocimiento”, Consejo Europeo de Lisboa, 2000] sobre las que descansa el sistema normativo laboral, cuyas expresiones más visibles y relevantes componen el siguiente panorama generalizado:

1. Los cambios internos advertidos en el propio proceso de producción de bienes y servicios –el cambio tecnológico, la informatización y la robotización, las nuevas tecnologías–, que han ampliado el tipo de prestación de trabajo requerida por las empresas frente al modelo tradicional dominante del trabajo industrial.
2. Los cambios experimentados por la actividad económica, como la “globalización” o mundialización de la economía y consiguiente pérdida de valor de los modelos puramente nacionales de producción e instauración de nuevas formas de competitividad internacional entre las empresas a partir de la cualificación profesional de la mano de obra y del coste económico de la misma: la “interpenetración profunda, organizada a escala internacional, de la producción de bienes y servicios, basada en las innovaciones y los progresos técnicos en el ámbito de los transportes y las telecomunicaciones, apoyada por un mercado financiero internacional que posibilita transacciones financieras realizadas en cuestión de segundos y que superan ampliamente las transacciones financieras reales, y flanqueada por un desmantelamiento mundial de las barreras comerciales, por organizaciones de ámbito mundial y por pactos de ámbito regional” (Comité Económico y Social de las Comunidades Europeas, 1997). De este modo, lo que caracteriza el nuevo escenario es el llamado “efecto asimétrico” de la globalización económica, ya que, de una parte, las instituciones políticas actúan en ámbitos regional o nacional, en tanto que, de otra, las empresas transnacionales lo hacen a escala mundial debido a la disminución continua de los costes de

transacción. También debe tenerse en cuenta, desde luego, la terciarización de la producción, o reducción del peso relativo del sector industrial de la economía en beneficio de la expansión del sector servicios o terciario.

3. Los cambios producidos en la estrategia empresarial encaminada a conseguir una mayor eficiencia en la organización del trabajo, como los procesos de concentración económica de empresas, de fusión e integración de sociedades para hacer frente a las nuevas exigencias de la competitividad internacional –en el marco de la unión económica y monetaria europea, señaladamente–; o de descentralización productiva, como estrategia de gestión empresarial consistente en el desplazamiento hacia otras empresas –por filialización dentro del mismo grupo empresarial o no– de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se realizaban en la misma, externalización, subcontratación, *outsourcing*.
4. Los cambios producidos en la estructura y composición, así como derivadamente en el comportamiento y actitud, de las clases trabajadoras –de los sujetos protagonistas del conflicto en general–, en cuyos ámbitos se muestran fenómenos nuevos, de variable intensidad según los casos considerados, como el acceso creciente de la mano de obra femenina y joven a los mercados de trabajo, la pérdida de importancia relativa del proletariado industrial tradicional, la difuminación –y pérdida incluso– de conciencia social, la crisis de solidaridad entre los trabajadores –fragmentación, individualización, corporativismo–, o, en fin, la precarización de las condiciones de vida y de trabajo de determinados grupos laborales.
5. Los cambios producidos también en el comportamiento de las organizaciones sindicales. De un sindicalismo de masas dedicado a la contestación de los fundamentos de la sociedad capitalista se ha pasado por momentos en la realidad –sin el abandono, en su caso, de los postulados estatutarios de transformación social– a un sindicalismo cada vez más implicado en el funcionamiento del aparato institucional del Estado: mayor representatividad sindical, participación institucional, concertación social y legislación negociada, moderación salarial, “neocontractualismo”. En la medida en que el objetivo del empleo se ha situado en el primer plano de la preocupación sindical, han prevalecido lógicamente las prácticas de diálogo

y participación –frente al antagonismo y la reivindicación tradicionales– en las decisiones estratégicas de las empresas.

A la postre, se ha visto afectado en su conjunto el sistema de organización del trabajo resultante del capitalismo industrial sobre el que se ha construido la versión clásica del Derecho del Trabajo. De este modo, el modelo fordista de relaciones industriales, propio de la gran empresa industrial que realiza una producción en masa y responde a una concepción jerárquica y colectiva de las relaciones de trabajo –el convenio colectivo se erige dentro del mismo en la pieza reguladora básica de uniformización sectorial y territorial de las condiciones de trabajo–, dejará de ser el marco único de inspiración o de referencia del patrón normativo para coexistir con otras formas de organización del trabajo de la sociedad postindustrial.

### III. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO LABORAL A LA REALIDAD ECONÓMICA CAMBIANTE

---

La necesidad de adaptación del ordenamiento laboral a la evolución de las diversas formas de organización del trabajo en la sociedad contemporánea, de modo que pueda seguir realizando la función de cohesión social que le es propia más allá de su reducto industrial tradicional, ha justificado ciertamente una amplia serie de propuestas de modificación o de reforma institucional de la disciplina, trasladadas ya en medida variable a los diferentes ordenamientos positivos de los países desarrollados, que se enmarcan sin duda dentro de un debate político y social de más amplio calado (AA.VV., 1999, 35 y 36).

El debate jurídico general –de política legislativa y técnico– acerca de la adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante proyecta su ambicioso espectro, ciertamente, sobre, al menos, cuatro grandes planos institucionales, diferenciados a efectos de análisis pero lógicamente interrelacionados, que se ofrecen de este modo como otros tantos ámbitos preferentes para la reflexión y la crítica: 1) la delimitación institucional del propio Derecho del Trabajo como disciplina dentro del conjunto del ordenamiento jurídico y de su papel regulador en el sistema social [el debate sobre la función y la refundación de la disciplina del trabajo asalariado]; 2) el sistema normativo laboral, su morfología y las relaciones dinámicas entre los instrumentos reguladores que lo integran [el debate sobre la individualización de las relaciones laborales]; 3) el contenido del ordenamiento laboral y sus soluciones normativas [el debate sobre la flexibilización de los contenidos normativos]; y 4) el terreno de las actitudes de los sujetos

de las relaciones laborales [el debate sobre la participación y cooperación en las relaciones de trabajo].

#### **IV. LAS PROPUESTAS DE REFUNDACIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO COMO DISCIPLINA JURÍDICA**

---

Las propuestas de reforma han comenzado, desde luego, por la interrogación acerca de la configuración institucional de la propia disciplina jurídica del trabajo asalariado [el debate sobre la redefinición o refundación del Derecho del Trabajo]. Las preocupaciones teóricas acerca de este asunto parten, en todos los casos, de la comprobación elemental de la crisis de adaptación del ordenamiento laboral clásico a los cambios experimentados por el sistema de producción y los modos de organización del trabajo. Y las nuevas situaciones económicas y sociales huyen, ciertamente, de la aplicación de un modelo único de relación de trabajo, para reclamar los cambios institucionales que permitan la incorporación de las diversas formas de organización de la producción y del trabajo existentes.

En el marco de estas preocupaciones, la Unión Europea abría hace años un importante debate acerca de la modernización del Derecho del Trabajo con vistas al mantenimiento de los objetivos de la estrategia de Lisboa de crecimiento sostenible de la economía (Comisión de las Comunidades Europeas, 2006). El documento se plantea, así pues, la “función que podría desempeñar el Derecho Laboral para promover una flexiguridad que propicie un mercado de trabajo más equitativo, más reactivo y más inclusivo, y conduzca a una Europa más competitiva”. O, de otro modo, el “reto de conciliar una mayor flexibilidad con la necesidad de maximizar la seguridad para todos”. La discusión teórica sobre estas cuestiones permanecerá sin duda abierta y de obligado tránsito durante los próximos tiempos.

También la Organización Internacional del Trabajo (OIT) había incidido con anterioridad sobre este asunto con su propuesta –adoptada tras la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1998– de disponibilidad de un trabajo decente para todos, frente a la transformación de las circunstancias económicas y sociales generada por la nueva economía mundial –“la mundialización ha traído consigo prosperidad y desigualdades, que están sometiendo a dura prueba el imperativo de una responsabilidad social colectiva”– y como punto de convergencia de cuatro objetivos estratégicos definidos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social. La “finalidad primordial” de la OIT es pues, en adelante, “promover oportunidades para que los hombres y las mujeres puedan

conseguir un trabajo decente y productivo en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”, de modo que “nuestro futuro común depende en gran parte de cómo hagamos frente a este desafío” (Organización Internacional del Trabajo, 1999). Y, en fin, La Conferencia Internacional del Trabajo aprobaba en esta línea, el 19 de junio de 2009, la resolución Para recuperarse de la crisis: un Pacto Mundial por el Empleo.

Y así, sin perjuicio de quienes querrían retrotraer la disciplina de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del Derecho Civil de bienes y contratos, como si nada hubiera sucedido desde los orígenes del capitalismo industrial y la función social atribuida desde entonces al ordenamiento laboral pudiese ser desatendida, o de quienes inclusive reclaman una ordenación general del mercado de trabajo, la posición más amplia en la materia se decanta por la configuración de un Derecho común del trabajo, que incorpore la regulación de las diversas formas y situaciones de prestación laboral con independencia del negocio jurídico que las articula y haga posible el ejercicio de la función de cohesión social que le es propia en el nuevo ámbito económico sobrevenido: el trabajo subordinado tradicional a través del contrato de trabajo, el trabajo parasubordinado económicamente dependiente y el trabajo independiente o autónomo.

## V. LA REVISIÓN DEL SISTEMA NORMATIVO LABORAL

---

El propio sistema normativo de las relaciones laborales no ha escapado, claro es, a la revisión de su morfología y de su comportamiento interno, mediante el recurso a operaciones de política jurídica correctoras de la relación funcional clásica entre la ley y el convenio colectivo –entre la norma estatal y la norma producto de la autonomía colectiva, en general– y, derivadamente, del papel tradicional que se ha asignado a la negociación colectiva [el debate sobre la individualización de las relaciones laborales].

Esta tendencia de reforma normativa, visible ya desde hace años en los ordenamientos positivos y anunciada su prosecución, encierra en realidad transformaciones de envergadura y de alcance desiguales, por lo que su aceptación –presentada empresarialmente como contribución incondicional a la modernización del marco regulador de las relaciones de trabajo– no debe ser necesariamente homogénea y funcional. En el horizonte de todo lo cual se halla, a fin de cuentas, el objetivo –confesado o no– de la individualización de las relaciones de trabajo, entendida la expresión como la operación normativa de recuperación del juego de la autonomía de la voluntad y consiguiente ampliación de la función reglamentadora

del contrato de trabajo —y, de su mano, de los poderes empresariales en la relación laboral—, por encima del esquema tradicional de norma mínima y de pacto de mejora de las condiciones de trabajo.

Así pues, a este orden de cosas hay que referir algunos procesos institucionales visibles desde hace tiempo en las operaciones reformadoras:

1. La “desregulación” —de la relación de trabajo, es decir, propiamente, la desaparición o retirada de la regulación imperativa —estatal o convenida colectivamente— que hasta el momento del repliegue normativo contenía la disciplina de un determinado supuesto. La consecuencia inmediata del “vacío normativo” resultante no será otra, así pues, que el “cambio de disciplina” para dicho ámbito, esto es, la eventual ocupación del tejido social ahora libre, bien por la negociación colectiva, si lo que ha desaparecido es una norma legal —autonomización—, bien, en su caso, por la autonomía privada y el contrato de trabajo —individualización propiamente dicha—.
2. La “autonomización” de la relación de trabajo, o reforzamiento de la función normativa de la autonomía y de la negociación colectiva a costa o en detrimento de la que hasta el momento correspondiese a la ley o a la norma de producción estatal, cuyo repliegue regulador ella misma decide. Se trata, así pues, de supuestos de cambio de la disciplina legal por una establecida por convenio colectivo, tales como:
  - 1) La “dispositivización” de la norma legal, o transformación —decidida por esta— de su naturaleza o carácter imperativo —de derecho necesario— en meramente dispositivo, aplicable en consecuencia solo en defecto de convenio colectivo, lo que sin duda afecta a la relación de subsidiariedad entre estas fuentes, manteniéndose en unos casos la solución normativa propia del anterior precepto imperativo —continuidad normativa— y adoptando la norma legal, en otros, contenidos o soluciones menos favorables para los trabajadores —regresividad normativa—.
  - 2) La “transferencia” de materias reguladas hasta el momento por una norma estatal al ámbito de la negociación colectiva, sin perjuicio del eventual mantenimiento de exigencias legales básicas de carácter imperativo —supuesto de autonomización plena o de exclusión voluntaria de la norma estatal, provisto por igual de elementos propios de la relación de complementariedad entre las normas y de novedad institucional—.
  - 3) La ampliación de las materias que integran el “contenido mínimo” del convenio colectivo.

3. La “revisión de la función uniformizadora” de la negociación colectiva, a través de propuestas institucionales diversas: 1) La “contractualización” de la regulación producto de la autonomía colectiva, o revisión de la eficacia normativa del convenio –el convenio colectivo como norma jurídica– en beneficio de su consideración como un contrato, de carácter colectivo pero provisto tan solo de eficacia contractual. 2) La “limitación” de la eficacia personal del convenio colectivo, contra el principio legislativo de su eficacia general o *erga omnes*, abriéndose camino de este modo el recurso u oferta a supuestos variados –por razones de la situación económica de la empresa, básicamente– de inaplicación parcial de los mismos. 3) La “descentralización” plena de los instrumentos convencionales, articulándose a tal fin un sistema plural de acuerdos colectivos con el recurso a la utilización flexible de sus diferentes modalidades en las distintas unidades de negociación –régimen de acuerdos y convenios a la carta–. 4) La “remoción”, en fin, de determinados ingredientes definidores del sistema de negociación colectiva tradicional, la ultraactividad del convenio, de modo señalado.

## VI. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LOS CONTENIDOS NORMATIVOS

---

Los profundos cambios –imputables al factor económico– de que ha sido objeto en los últimos tiempos el contenido del ordenamiento laboral se justifican de modo habitual, por cierto, mediante el recurso a la noción de adaptación –en realidad, mera actualización y trasunto semántico de formulaciones ya conocidas con anterioridad, como la de flexibilización y semejantes– de la disciplina legal del mercado de trabajo al marco económico en que las empresas desarrollan su actividad, con el declarado propósito de mejorar la competitividad de las mismas y de facilitar de este modo la creación, el incremento y, también, la mejora de la calidad del empleo [el debate sobre la flexibilización de los contenidos normativos].

Y ello ha sido así a partir, fundamentalmente, de la incorporación de mecanismos de adaptabilidad normativa en las distintas fases de la relación laboral, destinados a aumentar los poderes del empresario en la dirección y control de la mano de obra: la oferta de modalidades de contratación plurales –flexibilidad de “entrada”–; la definición más flexible flexibilidad “interna”– del contenido de la prestación laboral –sistemas de clasificación profesional y de retribución, movilidad funcional, movilidad geográfica y modificación sustancial de las condiciones de

trabajo– y la reordenación del tiempo de trabajo –jornada, descansos, trabajo nocturno, a turnos–; y, en fin, la ampliación de los supuestos de extinción de la relación laboral –flexibilidad de “salida”–.

## **VII. LA INTERVENCIÓN NORMATIVA EN EL TERRENO DE LAS ACTITUDES DE LOS SUJETOS LABORALES**

---

Las operaciones de adaptación institucional del ordenamiento laboral a los nuevos ámbitos económicos y sociales se completan, por último, con la intervención en el sensible territorio de las actitudes de los sujetos de la relación laboral y su contemplación por el ordenamiento jurídico, a través de actuaciones normativas diversas orientadas tendencialmente hacia el desplazamiento de la frontera móvil existente siempre entre el conflicto y la cooperación en las relaciones de producción y de trabajo asalariado hacia los dominios de esta última [el debate sobre la participación y la cooperación en las relaciones de trabajo]. Es el caso, singularmente, de la habilitación legislativa de mecanismos institucionales de participación y de diálogo en detrimento perceptible de la reivindicación y de la confrontación o, también, de la –a veces– verdadera obsesión legal por la calificación de las instancias colectivas de representación de intereses de los trabajadores en la empresa como fórmulas participativas en la misma.

## **VIII. LA FUNCIÓN SOCIAL DURADERA Y LA PERMANENCIA DEL DERECHO DEL TRABAJO: EL “EQUILIBRIO ESTRUCTURAL” DEL MODELO Y SUS AMENAZAS**

---

Así las cosas, no parece ocioso introducir una reflexión general acerca de la permeabilidad discrecional de las fronteras de la disciplina y contra el voluntarismo metodológico en la materia. O, dicho de otro modo, ¿son ampliables a voluntad los límites del campo de aplicación del ordenamiento laboral?, ¿existen reglas objetivas de ordenación del tránsito o flujo institucional hacia dentro y fuera de los perfiles de la disciplina? La historia del Derecho del Trabajo es en todos los escenarios nacionales, ciertamente, la propia de su movilidad de contenidos, incluida la permanente ampliación subjetiva de su ámbito aplicativo, pero no cabe duda de que estas operaciones normativas no son sino otras tantas traducciones políticas contingentes en el ejercicio de la función social que tiene atribuido dicho ordenamiento.

La actualización de la función del ordenamiento laboral en territorios fronterizos a su esfera de comportamiento genuina se ha manifestado, así pues, a través de fórmulas técnicas diversas, como son la utilización de un número abierto de relaciones laborales especiales o atípicas, junto al contrato de trabajo común destinatario del patrón normativo, o, en fin, la laboralización parcial –y protección social consiguiente– del trabajo por cuenta propia, independiente o autónomo, o, mejor aún, de determinadas expresiones del mismo –trabajo parasubordinado, económicamente dependiente–.

La exclusión tradicional del trabajo autónomo del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, explicada por cierto a partir de la posición desplazada que la figura ha ocupado dentro del sistema industrial de producción –la actividad económica del modelo de referencia ha descansado generalizadamente, como se sabe, sobre la prestación masiva de trabajo retribuido y dependiente–, ha dejado paso a un incremento paulatino de la significación económica de las diversas expresiones del trabajo autónomo dentro del sistema de producción actual –paralelo, por lo demás, a la crisis del empleo, o de determinadas formas del mismo– y a la consiguiente preocupación de los poderes públicos por la protección social de estas personas.

La defensa de una extensión –siempre parcial y limitada por la naturaleza de las cosas– de las normas laborales a los trabajadores autónomos tiene su plena justificación, a fin de cuentas, en el despliegue de la propia función integradora –y de legitimación social– del Derecho del Trabajo, esta vez en relación con personas y actividades que, no siendo aquellas que siguen definiendo el supuesto tipo de regulación, son, sin embargo, perfectamente asimilables a estos propósitos al ámbito institucional del trabajo asalariado. La búsqueda de un marco jurídico laboral adaptado al trabajo autónomo se relaciona así, en último término, con la preocupación por garantizar a estos trabajadores niveles de protección social –laboral y de seguridad social– semejantes a los trabajadores asalariados. A cuyo fin se disponen, por lo demás, fórmulas de laboralización parcial del supuesto, del tipo de la habilitación legislativa contenida en la Ley del Estatuto de los Trabajadores en España, según la cual “el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente” (disp. final 1ª), que sanciona en definitiva un modelo legal de “exclusión general/laboralización excepcional” del trabajo autónomo en su relación con el ordenamiento jurídico laboral.

La actividad económica del modelo de referencia sigue descansado principalmente, así pues, sobre la relación de intercambio de trabajo dependiente por salario, esto es, sobre la prestación generalizada de trabajo por cuenta ajena, por

lo que el conflicto social generado en su seno y la necesidad de su disciplina o integración se han erigido en el punto de mira y en la razón de ser, respectivamente, del ordenamiento jurídico laboral. Con todo, la significación económica de las diversas expresiones del trabajo autónomo dentro del sistema de producción actual, así como el creciente proceso de proletarización –de asimilación a los estándares de vida y de trabajo de los asalariados– de los trabajadores que se ocupan en estas formas de actividad, se encuentran por supuesto en el origen de la preocupación de los poderes públicos por la protección social de estas personas.

Como no deja de reconocer paladinamente el informe europeo ya citado, “estos desarrollos recientes ponen de manifiesto el lugar central que ocupan en este debate las cuestiones relativas a la protección social”, en la medida en que “el trabajo autónomo no es concebible si tiene como objeto o como efecto mermar los ingresos de la seguridad social; y, a la inversa, el estatuto de trabajador autónomo no es atractivo, si a las incertidumbres económicas que son inevitables en el mismo hay que sumar la perspectiva de una mala protección social” (AA. VV., 1999, 45). La aplicación de determinados aspectos del Derecho del Trabajo a los trabajadores que no son asalariados ni empresarios ha sido tomada en consideración de este modo por distintas legislaciones nacionales –las “collaborazioni continuative e coordinate” del ordenamiento italiano, de modo señalado–, en cuya operación extensiva late, desde luego, la idea de que los trabajadores que no pueden ser calificados como asalariados, pero que se encuentran en una situación de “dependencia económica” frente a un empresario principal, deben poder beneficiarse de los derechos sociales propios de esa dependencia: trabajadores semiautónomos, parasubordinados, etc.

La protección social de estos trabajadores autónomos, además naturalmente de su incorporación a la acción protectora del sistema de seguridad social, o de las ayudas de política de empleo o de carácter fiscal adoptadas en su favor, puede ser perfectamente articulada en razón a las consideraciones antes expuestas –también en la actualidad, en pleno proceso cultural de valorización económica y social del recurso al trabajo independiente– a través de la fórmula normativa de cláusulas generales de laboralización parcial.

Se tratará, en definitiva, como tantas veces ha sucedido en la corta historia del Derecho del Trabajo, de actualizar la función compensadora y legitimadora que cumple el ordenamiento laboral para llevarla a territorios fronterizos a su esfera de actuación tradicional. Es el caso, de modo señalado, de la incorporación parcial de los denominados “trabajadores autónomos económicamente dependientes” al ámbito de aplicación del ordenamiento laboral español, producida en el 2007 a partir de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo. La finalidad política

de esta operación legislativa, cifrada de modo expreso para la mayoría de los trabajadores autónomos en la “demanda de un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena”, se proyecta en este caso para un “colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata” (preámbulo de la Ley).

Y volviendo pues a la reflexión principal sobre la función social y la permanencia del Derecho del Trabajo, deben quedar asentadas ya a este propósito algunas consideraciones de carácter básico:

1. La función integradora –juridificación, institucionalización– del conflicto estructural instalado en la relación de trabajo asalariado es la razón de ser histórica o causa eficiente del Derecho del Trabajo, al propio tiempo que la justificación de su mantenimiento o permanencia.
2. Esta función esencial reposa sobre un delicado equilibrio estructural entre la libertad de empresa y el poder del empresario, por un lado, y la protección o tutela del trabajo asalariado –compensación de las desigualdades del contratante débil y de los grupos sociales dependientes–, por otro.
3. La interpretación histórica de dicho equilibrio es, desde luego, una operación contingente, de acuerdo en cada caso con los diferentes factores condicionantes en juego –el sistema político y la correlación de fuerzas sociales dentro del mismo, la situación de la economía, el papel desempeñado por la autonomía colectiva, etc.–, sin que en ningún caso la acción legislativa pueda dismantelar el núcleo esencial del acuerdo social sobreentendido –traducible a la postre en la noción material de pacto constitucional–, so pena de privar al cuerpo jurídico laboral de su función legitimadora primaria.
4. El aparato institucional y las soluciones normativas de que se sirve el ordenamiento laboral, instrumentos por lo tanto para la realización de la función social que le es propia –es indispensable distinguir, por lo tanto, como se ha indicado, entre función objetiva del ordenamiento laboral y modo de realizarla en cada escenario y de acuerdo con los factores condicionantes del caso–, no han dejado de experimentar lógicamente las transformaciones históricas derivadas del desarrollo de los correspondientes procesos sociales, políticos y económicos –factores político y económico–.

5. El resultado último de este entramado no es otro, en fin, que la legitimación del sistema social y de su orden económico –sistema de libertad de empresa y economía de mercado propios del Estado social de Derecho–, cuya racionalización debe quedar asegurada siempre en el marco de las limitaciones y contrapesos conocidos, lo que a la postre habrá de servir de test para medir la efectividad social del propio sistema normativo laboral.

Se puede concluir así que la existencia de transformaciones institucionales –o de cambios de contenido en las diferentes soluciones normativas adoptadas– originadas por causas políticas y económicas es absolutamente consustancial al Derecho del Trabajo, de las que ha dado muestra permanente en sus diferentes expresiones históricas, y que derivan de modo esencial de la propia función social de respuesta de la norma laboral frente a la realidad social objeto de regulación –la prestación de trabajo asalariado dependiente–, cuya operación ha sido moldeada en cada caso naturalmente por las modificaciones históricas producidas a lo largo de la evolución del sistema de producción de referencia y los cambios sociales aparejados.

El problema radica, sin embargo, en la determinación del alcance de dichas transformaciones institucionales, así como en la identificación de los objetivos singulares que motivan las correspondientes iniciativas legislativas que las hacen posibles, lo que no deja de ser, por cierto, una cuestión esencialmente política, aunque utilice vehículos o instrumentos de expresión de otro carácter –económicos, jurídicos–. Y, de este modo, el conflicto de intereses instalado en el seno de las relaciones laborales proyecta lógicamente su debate o confrontación a este ámbito de reflexión. Por ello, la discusión acerca de la transformación o reforma del marco normativo de las relaciones de trabajo corre el riesgo, sin embargo, al igual que las cuestiones de matriz ideológica y política semejante –el debate sobre la flexibilización del marco laboral es un buen ejemplo–, de convertirse en una polémica puramente formal, desprovista de contenidos y amparadora, por ello, de las más heterogéneas propuestas en sintonía con los respectivos intereses en juego.

Bajo su cobertura formal, reformar o flexibilizar el marco regulador del mercado de trabajo puede querer significar, según quien realice la propuesta, desde la pura desarticulación de los elementos de tutela del ordenamiento laboral, so pretexto de que engendran supuestas e indeseables disfunciones para el desarrollo del proceso productivo —con significativa y peligrosa similitud a la situación antecedente a la intervención del Estado en los primeros tiempos de la industrialización capitalista—, hasta la lógica adaptación del ordenamiento laboral a las exigencias de las transformaciones sociales y económicas, acerca de cuya

procedencia seguramente pocas discrepancias cabría aceptar en el plano teórico, pasando por diversas propuestas de carácter intermedio. Por ello, el debate sobre las transformaciones del Derecho del Trabajo debe ser referido, específicamente, a las iniciativas o modificaciones singulares que se pretendan llevar a cabo, desplazándose así la discusión a un plano concreto de los contenidos y las soluciones normativas proyectadas.

Y así, no deja de resultar preocupante, desde el punto de vista del equilibrio estructural del modelo laboral del Estado social y de su función objetiva, el sesgo “desequilibrador” incorporado a determinadas operaciones de política legislativa frente a la crisis económica. Como sucede también en el ordenamiento español, desde luego, con la Ley 3/2012, del 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y disposiciones legales posteriores. Estas normas llevan a cabo, a través de instrumentos diversos, un reforzamiento considerable del poder individual del empresario en la gestión de las condiciones de trabajo, con vistas a la consecución de un modelo pleno de “gestión empresarial” de la flexibilidad interna en la empresa y de mejora de su tasa de ganancia, entendida como presupuesto para la recuperación de la actividad económica, lo que forzosamente redundará en un deterioro parcial de la posición contractual de los trabajadores en la empresa. También efectúa, al propio tiempo, una erosión significativa del poder contractual colectivo de los trabajadores, mediante la degradación efectiva de la negociación colectiva sectorial de condiciones de trabajo. Como consecuencia de lo cual, claro es, el “desplazamiento” sensible de la línea de equilibrio del modelo laboral en vigor hacia el territorio de los intereses empresariales está servido.

## BIBLIOGRAFÍA

---

AA.VV. (coordinación de A. Supiot). *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Informe para la Comisión Europea, trad. cast. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

COMISIÓN EUROPEA. *Crecimiento, competitividad, empleo. Retos y pistas para entrar en el siglo XXI*, Libro Blanco aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas, 1993.

Libro Verde. *Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 2006.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Dictamen sobre el empleo, competitividad y globalización de la economía*, 1997.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Memoria del Director General. Trabajo decente*, Ginebra, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica”. En: *RPS*, 1984, núm. 143.

SINZHEIMER, H., “Die Krisis des Arbeitsrechts”, *Arbeitsrechts*, 1933. Una traducción italiana del artículo en AA.VV., *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazistica*, Edizioni Lavoro, Roma, 1982.



# EL CRECIMIENTO ECONÓMICO Y LAS PERSISTENTES OBJECIONES AL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ

---

JAVIER NEVES MUJICA<sup>(1)</sup>

---

JULIO GAMERO REQUEÑA<sup>(2)</sup>

---

## I. PRIMERA PARTE: INTERVENCIÓN DE JULIO GAMERO REQUEÑA

---

Buenas noches con todos los presentes vamos a reiniciar el curso. En esta parte de la noche, el Dr. Javier Neves y mi persona vamos a compartir con ustedes algunas reflexiones en relación al título que nos convoca la clase: el crecimiento económico y las persistentes objeciones al Derecho del Trabajo en el Perú.

La exposición va a tener tres partes: i) vamos a situarnos en las teorías económicas que ayudan a explicar el funcionamiento del mercado laboral y cómo ellas conciben las instituciones laborales: leyes laborales, la existencia de sindicatos, la misma presencia de la OIT; ii) se va a pasar revista a las características estructurales del mercado de trabajo, particularmente al grado de asalaramiento y iii) compartir algunos datos respecto a la evolución de la economía, de la institucionalidad laboral y sobre todo, su vinculación con los aspectos distributivos.

---

(1) Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 1. ¿Qué nos dice la teoría económica?

En el campo de la economía laboral existe la categoría conceptual de mercado de trabajo. Supone la presencia de una oferta y una demanda. La oferta está determinada por las familias, las personas son las que ofrecen su trabajo. En términos de la estadística laboral, la oferta laboral es equivalente a la PEA (a la población económicamente activa). La configuración de esa oferta laboral está influida por factores demográficos y migratorios, básicamente.

Por su parte, las empresas demandan trabajo, contratan trabajadores. Y el independiente, el autoempleado, ¿él como actúa? En realidad él es oferta y demanda a la vez porque se autogenera su propio puesto de trabajo.

Una preocupación de la teoría económica está alrededor del equilibrio: cuál es el nivel salarial que equilibra la oferta con la demanda de trabajo y minimiza la presencia del desempleo abierto.

### 1.1. La corriente neoclásica

La corriente neoclásica parte de lo que es la economía clásica. Primero, considera que el mercado de trabajo es igual que cualquier otro mercado. Segundo, y como es igual que cualquier otro mercado, los precios son flexibles. Así, los salarios, las remuneraciones pueden ir para arriba como para abajo en términos nominales. Y ¿por qué se asume que los salarios en este caso son flexibles? porque el salario es el mecanismo que equilibra la oferta con la demanda. Y, por eso, para esta concepción no existe el desempleo salvo el de carácter voluntario, es decir el que es producto de la decisión de una persona.

Se asume que el equilibrio es inmediato y en ese sentido toma el nombre de equilibrio *walrasiano* ¿Qué significa? que siempre existirá un salario que hace que se equilibre la oferta con la demanda, que permita absorber toda la oferta de trabajo que esté disponible en el mercado.

¿Qué pasa cuando hay desempleo involuntario? lo que señala esta teoría es que ello obedece a que, por ejemplo, están actuando mecanismos extraeconómicos, exógenos al mercado –salarios mínimos o leyes laborales– que obstaculizan se alcance el nivel de equilibrio. Esa institucionalidad exógena eleva artificialmente el salario, alentando a las familias a vender más trabajo pero las empresas están dispuestas a contratar menos trabajo porque el salario está alejado del nivel de equilibrio. Y, esa diferencia entre oferta y demanda, se traduce en desempleo abierto.

Las recomendaciones de política laboral bajo esta concepción se orientan a la desregulación, a minimizar los elementos extraeconómicos para que el mercado tienda naturalmente al equilibrio entre oferta y demanda.

## **1.2. El enfoque keynesiano**

Se relaciona con su contraparte estatal: el Estado de bienestar, con un rol del Estado regulador, con mayor capacidad de intervención en la economía. Para este enfoque, por ejemplo, el desempleo es de carácter involuntario Lo opuesto a lo que dice el enfoque neoclásico.

Se asume que hay un desempleo de carácter estructural. Eso tiene implicancias ya que el objetivo de la política va a ser minimizar la tasa de desempleo. El Estado debe impulsar la demanda y el gasto público a efectos de ayudar a que la oferta se iguale con la demanda de trabajo.

Otra consideración importante de la teoría keynesiana, es que los salarios no son flexibles a la baja, que hay rigidez en el mercado laboral. Otra diferencia, es que el mercado de trabajo es un mercado derivado, se ve influido por lo que ocurra en el mercado de bienes y servicios. Si hay recesión económica va a aumentar la tasa de desempleo.

## **1.3. Las economías con sobrepoblación**

Adolfo Figueroa, profesor de la PUCP, nos habla de las economías con sobre población. Se trata de un enfoque económico que está bastante asentado en lo que es el área andina. ¿Por qué le denomina economías con sobre población? Parte del siguiente razonamiento. En el sistema capitalista, ¿cómo se disciplina a la fuerza laboral?, ¿cuáles son los incentivos y sanciones que motivan que los trabajadores quieran mantener su puesto de trabajo? Responde, Figueroa, que el desempleo abierto es el elemento disciplinador del mercado laboral.

Pero en economías como la peruana el desempleo abierto no cumple ese rol disciplinador porque tenemos economías con sobre población. Si uno no encuentra trabajo asalariado se traslada al sector informal o al autoempleo, genero mi propio puesto de trabajo. Esta es una de las características que marca diferencia respecto de lo que acontece en el Cono Sur, en Europa o en EE. UU. donde el trabajo asalariado es el predominante.

Y ello tiene implicancias, porque a veces cuando se habla de la PEA ocupada, se cree que es un todo homogéneo, cuando no es así porque hay asalariados y no asalariados. Y las relaciones laborales son para el sector asalariado.

Como parte de este enfoque aparece la figura del salario equilibrio distributivo. Si hubiera solo dos agentes económicos, empresas y trabajadores, se realiza la producción, se genera un excedente económico que se reparte entre ellos dos, entre utilidades y remuneraciones. Si suben estas como porcentaje disminuye

la cuota de beneficios y viceversa. Para que haya inversión se requiere que haya ahorro y este proviene de la reinversión de utilidades.

Si bajan los salarios va a ver más cuota de beneficios y habría más inversión. Pero, según este enfoque, hay un punto a partir del cual si los salarios bajan la inversión también cae. ¿Cuál es ese punto de inflexión? En términos teóricos sería un punto, un umbral, por debajo del cual la baja salarial genera inestabilidad social, conflicto que acaba afectando la tasa de inversión, retrayéndola. Y eso lo podemos relacionar, guardando la distancia, con la crisis que se llama de subconsumo, cuando se está consumiendo menos de lo que se está produciendo.

Para el enfoque, las instituciones laborales son endógenas al mercado laboral, es decir, ayudan al equilibrio.

## 2. Características estructurales del mercado laboral

Estos son datos provenientes del censo económico de 2007.

### 2.1. Sector moderno y productividad laboral

Se encontró que el denominado sector moderno solo incluye al 3,2 % del número de empresas, aquellas con más de 10 trabajadores.

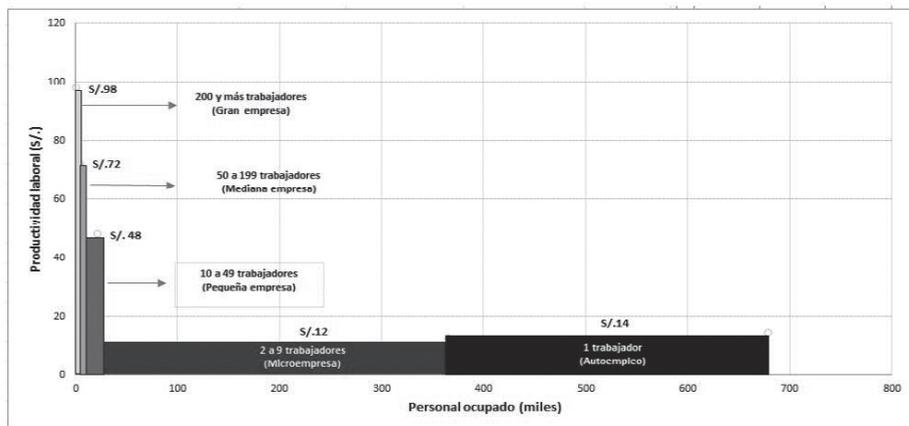
#### Tamaño del establecimiento y número de trabajadores (2007)

Tamaño del establecimiento	%
<b>Total</b>	<b>100.0</b>
1 trabajador	46.1
2 a 5 trabajadores	47.2
6 a 9 trabajadores	3.5
10 a 49 trabajadores	2.5
De 50 a 199 trabajadores	0.5
De 200 a más trabajadores	0.2

**Fuente:** GAMERO, Julio y CARRASCO, Gabriela. *Determinantes de la productividad laboral en el Perú: por tamaño de empresa*. INEI, 2012

Otro asunto, la productividad laboral. Hay una relación directa con el tamaño de empresa, mayor tamaño mayor productividad laboral. Ello va a tener implicancias. En el sector de más baja productividad tenemos la mayor cantidad de trabajadores Y, es en dicho sector donde se localiza la mayor cuantía de empleo en informalidad. ¿Cómo elevar la productividad? No es, precisamente, con un enfoque de “sobrecostos” sino con políticas promotoras del desarrollo productivo.

### Perú: Productividad laboral por tamaño de establecimiento, 2007



**Fuente:** GAMERO, Julio y CARRASCO, Gabriela. *Determinantes de la productividad laboral en el Perú: por tamaño de empresa.* INEI, 2012

### 2.2. Asalariados y el empleo en regímenes laborales

En el Perú no ha habido una participación dominante del trabajo asalariado a diferencia de los países del cono sur. Hoy, en medio del ciclo expansivo, el asalaramiento supera la mitad de la PEA ocupada.

Si se analiza la distribución del empleo por la regulación laboral que la compete se encuentra lo siguiente. No hay una Ley General del Trabajo (LGT), hay leyes particulares que se agrupan en función de si se trata de asalariados públicos, privados, agrícolas, una Ley Mype que ahora se ha transmutado a una Ley Mipyme con lo que al final la LGT va a ser la menos general de las leyes porque los regímenes especiales la jaquean por todos lados.

#### Empleo y regímenes laborales (2006)

	% EMPLEO TOTAL	LEYES
Asalariados públicos	8	Ley del empleo público
Asalariados privados	30	
Agrícolas	6	Ley de la Promoción Agraria
No agrícolas	24	
Microempresa	10	Ley Mype
Empresa pequeña	3	Ley General del Trabajo
Empresa mediana	3	Ley General del Trabajo

Empresa grande	8	Ley General del Trabajo
Otros trabajadores		
Empleadores	5	No es trabajador
Independientes	32	Sin ley
Trabaja solo	18	Sin ley
Trabaja con familiares	17	Sin ley
TFNR	18	Sin ley
Trabajadores domésticos	4	Ley de Trabajadores del Hogar

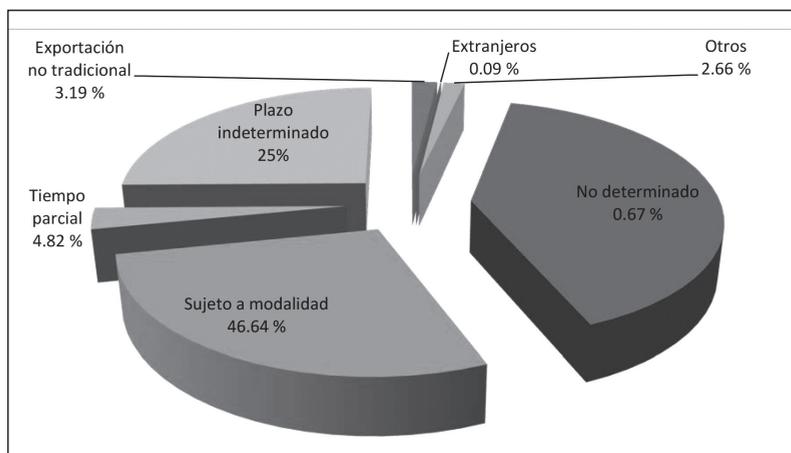
<<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Proyeccion-Institucional/Encuentro-de-Economistas/XXV-EE-2007/XXV-EE-2007-S24-Chacaltana.pdf>>.

Por otro lado, hay una gran cantidad de trabajo independiente y más aún hay trabajadores familiares no remunerados, que en realidad es el sector más vulnerable ya que trabaja pero no tiene ingreso.

### 2.3. Modalidades de contratación

Hacia el 2010, los contratos modales constituían la principal forma de contratación laboral, 47 %. El plazo indeterminado solo representaba el 42 %.

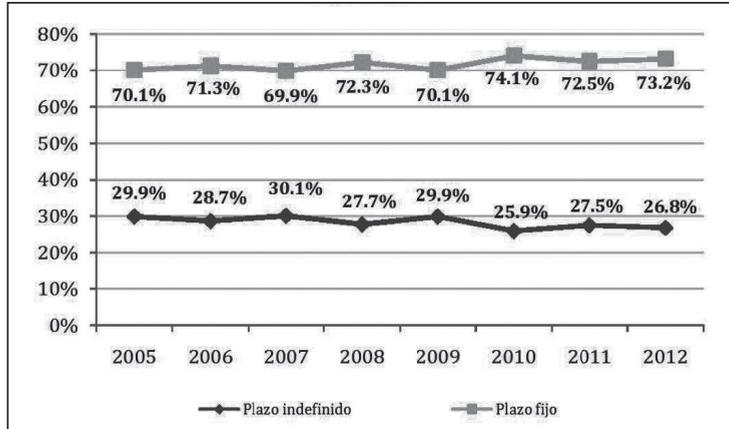
#### Modalidades contractuales en los asalariados del Sector Privado (2010)



Fuente: MTPE, Planilla Electrónica.

Pero, con información proveniente de las Encuestas Nacionales de Hogares (Enaho) que el trabajo a plazo indefinido ha alcanzado el 26,8 % en el 2012 mientras que el plazo fijo se consolida con un 73,2 %.

**Perú: Evolución de la distribución de asalariados privados registrados en planilla según tipo de contrato 2005-2012**



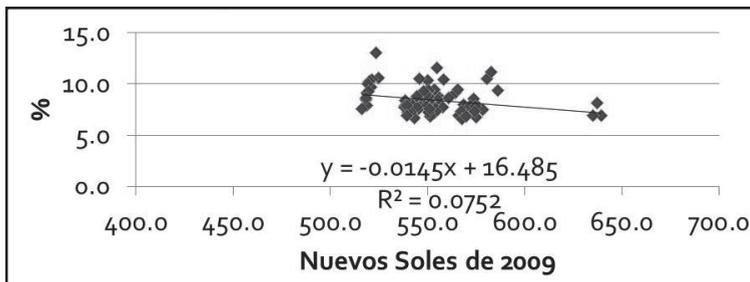
**Fuente:** Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (Enaho), INEI/DISEL, MTPE.

**3. El mercado de trabajo y la distribución**

Una teoría se fortalece en la medida que ayude a explicar pero, también, en tanto ayude a predecir. Si la teoría ya no ayuda a nada de esto, ya no es relevante y pasa de ser referencia para políticas públicas a ser objeto de estudio como historia económica.

Por ejemplo, la teoría neoclásica nos indica que si sube el salario mínimo aumentará el desempleo abierto. En Lima metropolitana lo que ha ocurrido con el aumento a S/. 750 (ojo en el gráfico, el eje horizontal está expresado en soles de 2009) es que no ha ocurrido un cambio en la pendiente negativa de la asociación entre tasa de desempleo con salario mínimo real.

**Tasa de desempleo**



**Fuente:** INEI, EPE y MTPE.

Lo que sí se encontró es que para el caso de mujeres y jóvenes menos calificados la situación es más tenue e, incluso, en el segundo la tendencia es ligeramente positiva. Dado un aumento en el salario mínimo, a la empresa le resulta más ventajoso contratar trabajo más calificado y por ello puede inducir a un efecto sustitución respecto el trabajo menos calificado.

Hay otro elemento que está, también, vinculado al mercado laboral, es el de las rondas distributivas. En economía se produce y se genera un excedente económico, se configura una primera ronda distributiva. Es la distribución del excedente, el cómo se reparte entre empresa, trabajadores y Estado. Y, ese proceso no es técnico, esa repartición es enteramente política. El Estado buscando tener mayor presión tributaria, los trabajadores más sueldos a través de la negociación colectiva o con aumentos del salario mínimo y las empresas buscando retener mayores beneficios. Esta es la ronda que cuenta al final en términos de la distribución del ingreso.

La segunda ronda distributiva es la que todos conocemos a través del gasto social, mayor pensión 65, Juntos y similares. Pero esa segunda ronda es marginal en términos de distribución del ingreso ya que no afecta directamente al excedente económico.

Para culminar. En el siguiente gráfico, extraído de la CADE 2012. La evolución de la productividad y la evolución de las remuneraciones. Mientras la productividad crece más, las remuneraciones, no. Se encuentran atrasadas.



Fuente: *El Comercio*, Suplemento Portafolio, primer domingo de diciembre de 2012.

Es decir, las remuneraciones pueden crecer sin afectar la reinversión en la economía ¿Por qué no ocurre ello?

## II. SEGUNDA PARTE: INTERVENCIÓN DE JAVIER NEVES MUJICA

---

Cambiamos el orden de las intervenciones, porque siguiendo un poco al marxismo más clásico primero hay que hablar de la infraestructura y luego de la súper estructura. Yo voy a ocuparme de algunos hitos en la historia reciente de la legislación laboral peruana, digamos en estos últimos 40 años, pero no se asusten que va a ser un análisis global y no año por año. Creo que ha habido en el siglo pasado solo dos grandes modelos de relaciones laborales: el de Velasco y el de Fujimori. El modelo de Velasco va de 1968 a 1989 y el modelo de Fujimori va de 1990 hasta hoy. No se han mantenido intactos en los periodos que he señalado, han sufrido algunos ajustes importantes, pero pienso que lo sustancial de ellos se ha mantenido. A su vez quisiera dividir al interior de cada uno de estos periodos la situación del régimen laboral de la actividad privada y del Sector Público, porque me parece que tienen lógicas distintas.

En lo que respecta al primer modelo, el de Velasco, yo lo calificaría como un autoritarismo social, porque creo que es protector en lo individual y controlista en lo colectivo, pienso que tiene desconfianza de los sindicatos pero tiene un espíritu de tutela de los trabajadores individuales. Vamos a hablar primero del régimen privado y luego del régimen público. ¿Cuáles fueron los cimientos de la protección individual? Fueron básicamente dos, la estabilidad laboral absoluta y la participación integral en la empresa. El Decreto Ley N° 18471 de 1970 fue la primera ley que en la actividad privada estableció la estabilidad laboral absoluta. A los tres meses de servicios el trabajador solo podía ser despedido por causa justificada, que debía estar debidamente comprobada y, en caso de ser despedido injustificadamente, tenía derecho a su elección a ser repuesto o a ser indemnizado. La indemnización en ese momento era de apenas tres remuneraciones, es decir muy baja. La participación integral en la empresa se daba en la propiedad, en la gestión y en las utilidades, en los sectores en los que existía ese mecanismo, por ejemplo, industria, telecomunicaciones, minería, etc. A tal punto que los trabajadores que iban accediendo año a año a la propiedad, podían en algún momento llegar a tener el 50% de la propiedad de la empresa, para pasar supuestamente de una lógica de conflicto a otra de colaboración. En lo colectivo, el régimen de Velasco no modificó las normas precedentes en materia de sindicación ni de huelga pero sí las de negociación colectiva, que es finalmente el eje de derecho colectivo,

porque el sindicato se constituye para negociar y la huelga comúnmente apoya al sindicato durante la negociación. ¿Y qué características tenía esta negociación, regulada por el Decreto Supremo N° 006-71-TR? Era una negociación organizada en etapas rígidas de tránsito obligatorio, se entraba a una etapa de trato directo, se pasaba a la siguiente de conciliación y, por último, a la de resolución administrativa, todo ello con plazos y formas estrictas. Si había acuerdo entre las partes en alguna de las dos primeras fases se celebraba un convenio colectivo, que debía ser aprobado por la autoridad de Trabajo, y si no había acuerdo dicha autoridad resolvía el conflicto, o sea que por un lado o por otro llegábamos a una solución aprobada o dictada por la autoridad de Trabajo. Había, pues, un marcado intervencionismo estatal. Tengamos en cuenta que en ese momento, los sindicatos de los años 70 eran numerosos y fuertes. En los tiempos en que los sindicatos tenían poder, el Estado los controlaba a través de una negociación colectiva rígida.

Este proyecto de Velasco de alguna manera se desmonta en sus principales bases en el gobierno de Morales Bermúdez, en la llamada segunda fase del gobierno militar. Allí aparece una primera crisis económica, la del 75 en adelante. ¿En qué consistió dicho desmontaje? Primero, en materia de estabilidad laboral, se modifica el Decreto Ley N° 18471 por el Decreto Ley N° 22126 de 1978 y se difiere la adquisición de la estabilidad laboral absoluta a los tres años. A un periodo de prueba de tres meses, se le adiciona un periodo de dos años y nueve meses, hasta cumplir los tres años de inestabilidad laboral absoluta, en los cuales simplemente mediante un preaviso se puede despedir al trabajador. La indemnización por despido a partir de los tres años se eleva de 3 a 12 remuneraciones, que es una cifra que más o menos se ha mantenido, pero se le pone el mismo tope de la compensación por tiempo de servicios y como ese tope se queda estancado, termina siendo diminuto. Digamos que esta reforma introduce una primera gran flexibilización en la evolución de las normas laborales recientes en el país. Compensatoriamente, es justo decirlo, el Decreto Ley N° 22126 establece por primera vez la estabilidad laboral absoluta para los dirigentes sindicales, en un antecedente interesante del despido nulo que aparece luego por la Ley de Fomento del Empleo. El Decreto Ley N° 22126 también crea los actos de hostilidad, que no estaban regulados hasta ese momento. Solo las faltas de los trabajadores estaban tipificadas en las normas.

En ese periodo también, en un contexto de crisis se dicta el Decreto Ley N° 22342 de 1978, que está inexplicablemente todavía vigente para las empresas de exportación no tradicional, que establece la ventaja de que se pueden contratar trabajadores mediante vínculos de duración determinada, sin límite de renovación.

Luego se reduce la participación de la empresa, se elimina la participación de la propiedad y se mantiene un tiempo en la gestión y las utilidades.

Por último, en el gobierno de Morales Bermúdez –y en parte también en el de Velasco– se dictan importantes normas que facilitan los despidos de dirigentes y militantes sindicales. Hubo paros nacionales en 1976 y 1977, luego de los cuales se autorizó retroactivamente el despido de los trabajadores que habían participado en ellos. En ese momento estaba vigente entre comillas la Constitución de 1933, que se encontraba suspendida por el Estatuto del gobierno de las Fuerzas Armadas. Es una evidente atrocidad que se disponga retroactivamente una autorización para despedir a los que participaron de un acto que al momento de producirse no estaba calificado como falta.

Después, en este mismo modelo, viene el primer gobierno de García, en el que se configura un péndulo en la protección. Morales Bermúdez retrocede en la tutela y García regresa a ella, Y regresa con Ley N° 24514, que restablece la estabilidad laboral absoluta a los tres meses, es decir, igual que con el Decreto Ley N° 18471. Cuando ya estaba de salida, García dictó una serie de normas, en un proceder muy típico de gobiernos nacionales y municipales, que le dejan al sucesor un paquete de medidas quizás positivas, pero inoportunas, que bien pudieron haberse expedido antes. Por ejemplo, una ley de amnistía para los despedidos durante el gobierno militar, a los que hemos hecho referencia. Me parece fundamental que restablecida la democracia se reparen los perjuicios derivados de los abusos de las dictaduras, pero eso debe hacerse bien y pronto. Belaunde tuvo cinco años para efectuarlo (como lo hizo con los medios de comunicación) y García casi cinco más. Sin embargo, esperó a estar yéndose para hacerlo. Que se expida una ley en 1989 para reponer a trabajadores despedidos catorce años antes, cuando ya podrían no estar en condiciones de laborar o haber desaparecido las entidades, no parece lo más sensato. También se dictaron leyes de efímera vida, para la negociación por rama de actividad en todos los sectores (y no solo en la minería, que se había anticipado) y para la bolsa de trabajo en construcción civil (contratación obligatoria del 25 % del personal de un registro) La primera fue paralizada por un conjunto de demandas de amparo presentadas por los gremios empresariales y la segunda fue primero convalidada por el Tribunal de Garantías Constitucionales, para ser luego vaciada de contenido por Fujimori y posteriormente derogada. Hasta aquí lo que toca al Sector Privado.

En lo que atañe al Sector Público, lo que resalta del modelo de Velasco es la estatización generalizada en todos los sectores económicos. Esta medida fue acompañada de intensos procesos de despido, encubiertos bajo fórmulas de

“racionalización de personal”. Algo así como lo que ocurre ahora en que en vez de hablar de despido se habla de desvinculación.

Pasamos al segundo modelo, el de Fujimori, que se mantiene vigente, con algunos pocos pero importantes ajustes, producidos sobre todo por el Tribunal Constitucional. Por contraste con el anterior, aquí tenemos un autoritarismo liberal, consistente en una desprotección individual y una desconfianza en lo colectivo. Se produce una radical desregulación y flexibilización. Allí donde había regulación estatal ahora hay desregulación, de modo que el Estado se retira y su espacio lo cubre la autonomía privada. Pero no la autonomía colectiva, como sería ideal, porque se sustituiría el garantismo estatal por el colectivo, sino la autonomía individual. Del equilibrio al desequilibrio.

En el plano individual del régimen privado, el principal hito es la Ley de Fomento del Empleo de 1991, aprobada por Decreto Legislativo N° 728, modificada y transformada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En materia de estabilidad laboral se adoptó la modalidad relativa, esto es, en caso de despido injustificado, habrá derecho a una indemnización, pero no a la reposición, salvo en el despido nulo. El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el despido incausado y creó el despido fraudulento. De ese modo, nuestro sistema mixto de estabilidad laboral incrementó de uno (despido nulo) a tres los supuestos de estabilidad laboral absoluta (despido incausado y fraudulento) y redujo solo a uno (despido injustificado) los de estabilidad relativa. Por decisiones como esta –y la sentencia sobre jornadas atípicas en la minería– fue objeto de grandes presiones de parte de los gremios empresariales y sus medios de comunicación, que lo obligaron a rectificarse por vía de aclaraciones. También precisó el Tribunal Constitucional las reclamaciones que deben tramitarse en vía laboral y las que pueden acudir a la vía constitucional. Hubo, asimismo, una indebida generalización de la contratación temporal, que resulta contradictoria en la propia ley, porque, de un lado, se prefiere la contratación indefinida y, del otro, se tipifican confusamente algunos de los nueve tipos de contratos temporales, favoreciendo la elusión. Finalmente, la participación en la empresa fue reducida a un solo rubro: utilidades, con lo que se volvió a un esquema anterior incluso al modelo de Velasco.

En el periodo de Fujimori, a contracorriente de lo sucedido en el de Velasco, se practicó una extensa privatización. En ese escenario se dictan disposiciones drásticas para reducir personal de las empresas del Estado y rebajarles derechos a los trabajadores. Las normas sobre racionalización de personal en los procesos de privatización, desprovistas de toda garantía, así como la revisión integral de los convenios colectivos, que genera enorme inestabilidad, van en esa dirección. ¿De qué se trataba? De vender al inversionista privado, empresas o entidades con

menos trabajadores y con trabajadores con menos derechos, para que fueran más atractivas y eso efectivamente es lo que se logra.

Los derechos colectivos fueron regulados conjuntamente en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada por Decreto Ley N° 25593. Si bien en cuestión de sindicación y negociación colectiva, estamos ante un esquema más abierto, no ocurre lo mismo en el caso de la huelga, restringida en sus fines, modalidades, efectos, etc. Lamentablemente, dicha apertura ocurre en un momento de tremenda debilidad sindical, cuando era necesaria una legislación de sostén. De modo que cuando los sindicatos son fuertes el Estado interviene para controlarlos, pero cuando los sindicatos son débiles el Estado los deja librados al mercado. El Tribunal Constitucional ha tenido nuevamente una importante intervención en establecer criterios sobre la determinación del nivel, en los casos de construcción civil y portuarios, y definición del arbitraje como potestativo.

En este modelo se insertan también los gobiernos de Toledo y el segundo de García. La lógica de ambos sigue siendo la misma que la de Fujimori. En el ámbito individual se produjo la regulación de las principales formas de contratación a través de terceros: intermediación y tercerización, no exenta de graves confusiones, fenómenos que se han extendido desmesuradamente. En cuestión colectiva, solo cabría rescatar del gobierno de Toledo la adaptación parcial a las observaciones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo sobre nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Se recogieron 12 de las 16 observaciones, excluyéndose casi todas las relativas al derecho de huelga.

Una iniciativa importante, que no ha tenido voluntad política de materializarse por ninguno de los tres gobiernos desde el de Toledo en adelante, es el proyecto de Ley General del Trabajo. Surgió por impulso de la Comisión de Trabajo del Congreso, cuando estuvo presidida por el parlamentario Negreiros. Pese a que atravesó el diálogo en el Consejo Nacional del Trabajo, donde obtuvo un apreciable consenso y pasó luego a la Comisión de Trabajo del Congreso, nunca fue aprobada.

En el régimen público, en el gobierno de Fujimori, ante el despido masivo de trabajadores y la prohibición presupuestaria de reemplazarlos, se generalizó la contratación a través de los servicios no personales. Estamos ante una ventaja que se otorga el Estado a sí mismo en su doble condición de legislador y empleador, y que los empleadores de la actividad privada no tienen: contratar trabajadores deslaboralizados. Más adelante, en el gobierno de García, estos se convierten en contratos administrativos de servicios, primero excluidos del régimen laboral y con muy pocos derechos y después, debido a una sentencia del Tribunal Constitucional, recogida en una ley, reconocidos como parte de un régimen laboral especial y con mayores beneficios.

Otra cuestión relevante ocurrida durante el gobierno de Toledo fue el intento de unificar los regímenes laborales del Estado, a través de la Ley Marco del Empleo Público. Se trataba que los trabajadores sujetos al régimen privado, al régimen público y, en ese momento, al de servicios no personales, formaran parte de un único régimen público. Esta ley necesitaba cinco leyes de desarrollo que nunca se expidieron. Luego se pretendió fusionar todo en una Ley General del Empleo Público que no se debatió y terminó archivándose. Recientemente, se ha retomado el debate y se ha aprobado la Ley del Servicio Civil. Esta contiene dramáticas restricciones a la negociación colectiva, al restringirla a peticiones no económicas. Habría que reconocer que no son una novedad. Ya el Decreto Legislativo N° 276, que está vigente desde 1984, establece la misma prohibición. En igual dirección van las leyes de presupuesto. Entonces como decía Mafalda: “Cómo se puede ser miserable y ni siquiera original”. Esta restricción, por ser tan absurda, está desbordada por la realidad. Díganme ustedes, ¿los médicos y los maestros no negocian colectivamente remuneraciones todos los años y terminan celebrando actas, que lamentablemente después el Poder Ejecutivo incumple? Lo mismo va a ocurrir con la Ley del Servicio Civil.

A modo de conclusión, quisiera resaltar, primero que casi las todas las reformas, en los diferentes modelos, con pocas excepciones —entre ellas la de la Ley del Servicio Civil— han sido producidas por el Poder Ejecutivo, a través de decretos leyes, en periodos de interrupción de la institucionalidad democrática (Velasco, Morales Bermúdez y Fujimori entre abril y diciembre de 1992), o por decretos legislativos, en virtud de facultades delegadas por el Congreso (el mismo Fujimori en 1991). Por lo tanto, han sido producidas sin diálogo y sin difusión, porque no han emanado de un órgano que tiene pluralidad y publicidad en la toma de sus decisiones como es el Congreso sino del Poder Ejecutivo, y encima en periodos dictatoriales o autocráticos, donde no ha habido consulta por lo menos con el sector laboral, aunque pueda haberla habido consulta con el sector empresarial. Es curioso, pero el proyecto de Ley General del Trabajo, que tuvo amplísimo debate durante ocho años en el Consejo Nacional del trabajo, quedó en nada; en cambio, la Ley Mype y su reforma fueron dictadas de manera sorpresiva. Entonces, es el Poder Ejecutivo el que reforma la legislación laboral y no el Congreso y el diálogo social y político carece de concreción si el Poder Ejecutivo no tiene interés de convertir los proyectos en ley.

Para terminar, voy a hacer una referencia al plano procesal. Hay un cambio importante entre el primer modelo y el segundo. En el modelo de Velasco, los trabajadores interponían sus reclamaciones cuando eran despedidos o cuando se les desconocían derechos ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, y cuando eran despedidos y reclamaban no su reposición, sino una indemnización, ante el

Fuero Privativo de Trabajo. Ese régimen era incompatible con la Constitución de 1979 y, sin embargo, duró diez años. ¿Por qué era incompatible? Porque la Constitución establecía, como la actual, los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. La autoridad administrativa no puede ejercer jurisdicción y la autoridad judicial no puede ejercer jurisdicción privativamente. O sea, la autoridad administrativa debería dejar de conocer conflictos laborales, los que debían pasárselos a los jueces laborales, que a su vez tenían que estar integrados al Poder Judicial. Ello se produjo recién en 1990, mediante la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Creo que debo resaltar que desde Fujimori en adelante, y especialmente con la recuperación de la democracia, se produce un uso intensivo de las vías jurisdiccionales nacionales e internacionales jurisdiccionales. En el caso del proceso de amparo, en un momento fue extremo. Ya el Tribunal Constitucional, como vimos, ha ordenado esta cuestión basado en el Código Procesal Constitucional, que configura el proceso de amparo como residual. Y sobre la vía internacional, hay que señalar que el Perú debe ser el país más activo en acudir a los órganos internacionales, especialmente al Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo. Si ustedes revisan el compendio de resoluciones de dicho órgano, verán la cantidad de casos peruanos que hay cada año comparados con los de otros países de América Latina. Sería interesante, yo no tengo una estadística sobre esto, saber cuántos de esos casos se acogen, no sea que vayamos a estar inundando a los órganos internacionales como a veces lo hicimos con los nacionales, con reclamaciones que no tienen sustento y que nos producen desprestigio.

Finalmente voy a hacerles una brevísima mención a la Ley Mype, porque creo que estamos yendo en el Perú aceleradamente a un debilitamiento del ordenamiento laboral y a una sustitución o evasión por lo menos en el régimen general. Es verdad que un trabajador que tiene un contrato de duración determinada finalmente es tan trabajador como el que tiene un contrato de duración indefinida. ¿Pero tiene los mismos derechos realmente? La Ley de Productividad y Competitividad Laboral dice que sí, ¿Pero se cumple? Un trabajador de una intermediaria o de una tercerizadora también es trabajador, pero no de la empresa usuaria o principal, por lo que está segregado de los derechos reconocidos en estas, especialmente queda fuera de la negociación colectiva. Hay casos en los que de manera más grave, se fuga del régimen general del Derecho del trabajo, como es el de la Ley Mype. Con la ley modificatoria las vallas se han ampliado y el régimen especial abarca hasta las medianas empresas. Antes se determinaba cuándo una empresa era micro o pequeña según dos factores, que eran las ventas anuales y el número de trabajadores; ahora el factor número de trabajadores se ha eliminado y nos queda solo el factor ventas anuales, de manera que una pequeña empresa va de

150 a 1,700 UIT, como es hoy y una mediana empresa va de 1,700 a 3,000. ¿Cuál es la diferencia entonces? Que el régimen especial es solo hoy para la micro y la pequeña y en adelante también va a ser para la mediana, es decir, empresas que tienen hasta 3,000 UIT de ventas. De este modo se degradan los derechos laborales.

### **PREGUNTA N° 1**

---

Dr. Javier Neves quería hacerle una pregunta básicamente sobre el derecho de negociación colectiva en el Sector Público que usted sabemos que los inspectores estamos afectados, lo que pasa siempre se ha solucionado en años anteriores este tema en los lados arbitrarios principalmente con el derecho constitucional de negociación colectiva pero ahora con el tema de la disposición complementaria, la ley del presupuesto, en realidad los lados arbitrales han disminuido notoriamente, o sea, creo que este año solamente ha habido el de registros públicos porque previamente convinieron la entidad y en este caso el sindicato no acudir a la vía judicial, es más ahora hay una iniciativa legislativa donde existe el decano para derogar esa disposición reglamentaria y una acción de garantía que ya se interpuso por medio de un colegio de abogados, contra esta restricción presupuestaria, entonces qué otras medidas se podrían hacer porque finalmente también salió un decreto supremo en donde obligaba a la entidad respectiva comunicar al MEF este lado arbitral si se fallaba más allá de las condiciones de trabajo. Vemos que la realidad es que finalmente los logros han disminuido notoriamente, entonces que soluciones plantea el tema más allá que el derecho constitucional y la negociación colectiva debería ser respetado.

### **RESPUESTA PROFESOR N° 1**

---

*Yo quisiera decir dos cosas muy puntuales:*

*La primera, yo creo que el Decreto Supremo N° 014 que establece el arbitraje potestativo en vez de ser un avance es un retroceso. Tengo muchos amigos en el Ministerio de Trabajo pero no puedo dejar de dar mi opinión, porque el tribunal constitucional en la aclaración de la sentencia de los portuarios dijo que el artículo 61 de la Ley de relaciones colectivas de trabajo establece el arbitraje potestativo y en el artículo 47 del reglamento es clarísimo, entonces, yo creo que lo que debió hacer el Ministerio de Trabajo sustentándose la aclaración de la sentencia que forma parte de la sentencia decir;*

*dado que el artículo 61 establece el arbitraje potestativo, entonces de ahora en adelante el arbitraje es potestativo para cualquier entidad privada o pública y no necesita invocar una causa. Creo que cuando el Decreto Supremo N° 014-2011 dijo que si necesita y que solo hay dos causas lo empobreció y ahora curiosamente los empresarios están cuestionando el Decreto Supremo N° 014 en una acción popular para que no haya arbitraje potestativo y ni siquiera tienen esas dos causales cuando en verdad debería haber arbitraje potestativo sin causa en cualquier caso.*

*Lo segundo creo que hay una pugna entre el Ministerio de Economía y los tribunales arbitrarios. El Ministerio de Economía cree que imponiendo disposiciones draconianas de que no se puede negociar remuneraciones y se negocia el convenio es nulo y los árbitros se van a la cárcel, creen que haciendo eso los árbitros se van a intimidar, lo único que provocan es que los árbitros digan, los árbitros decentes, porque hay árbitros decentes, y árbitros indecentes, digan que eso es inconstitucional y declaren inconstitucionales la norma que dicta el MEF por más intimidantes que sean, y eso es lo que va a seguir pasando, es una lástima que el Estado sea el principal infractor de la legislación laboral en el Perú, se ha dado a sí mismo y en su doble condición de legislador y de empleador un régimen inferior al régimen privado y ese régimen inferior lo incumple, como puede ser posible no solo en el Estado sino en la actividad privada que la principal causa de huelgas sean que se cumplan los convenios colectivos que se han celebrado, es decir, nosotros en un país respetable, para emplear una palabra amable, nosotros supondríamos que el principal motivo de huelga es apoyar al sindicato durante la negociación para que se celebre un mejor convenio. En el Perú el principal motivo de huelgas no es ese, que se cumpla el convenio que ya se celebró y eso ocurre en el Estado y ocurre en la actividad privada, es una vergüenza. Yo creo que con respecto a tu pregunta que lo que va a seguir ocurriendo es que los tribunales arbitrales van a considerar inconstitucionales las normas restrictivas, y van a seguir disponiendo aumentos de remuneraciones.*

## **PREGUNTA N° 2**

---

Dr. Neves quería hacer una consulta y enmarcar mi pregunta en el empleo público, el denominado servicio civil, es con relación a la procedencia o la admisión a trámite de las demandas de amparo

específicamente en cuanto a los trabajadores del Estado, actualmente se cuenta con un tribunal de servicio civil y se dice que se ha procedimentalizado, administrabilizado las relaciones de empleo público, porque necesariamente tiene que recurrir luego de un despido de una institución pasar por el procedimiento administrativo correspondiente en una segunda instancia administrativa para luego podrá acceder al Poder Judicial. Qué pasa cuando se salta esta vía previa actualmente regulada y el trabajador recurre al proceso de amparo que es algo que viene sucediendo actualmente. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Dónde radica ahora la necesidad de proceso de amparo?, teniendo un procedimiento preestablecido y como se dice se administrabilizado si es que se quiere las relaciones laborales al menos en el ámbito estatal en el ámbito del servicio civil.

## RESPUESTA PROFESOR N° 2

---

*El Tribunal Constitucional cuando distinguió la vía ordinaria de la vía constitucional lo hizo tanto para trabajadores de la actividad privada como para trabajadores del sector público. La vía previa en el caso del trabajador público es el tribunal del servicio civil con eso se agota la vía administrativa y se puede acudir en vía ordinaria al proceso contencioso administrativo o en vía de amparo en algunos casos. El tribunal señala que la sentencia del caso Bailón, allí el tribunal señala que sin embargo en ciertos casos de urgencia que son similares a lo que la entidad privada se denomina despido nulo, se puede acudir al proceso de amparo, entonces supongamos que un dirigente sindical en el sector público es despedido por su posición sindical tendría que ir al proceso contencioso administrativo, creo que no, tendría que agotar la vía previa, yo creo que depende allí del código procesal constitucional que señala que si transitar la vía previa va a ser irreparable la medida, entonces puede no agotar la vía previa e ir directamente a la vía jurisdiccional. En el caso de un dirigente podría ocurrir eso, pero imagínense ustedes que el dirigente ha sido elegido por un año y está ya en el quinto mes, le quedan siete y lo despiden y si va a tramitar su caso primero en el tribunal del servicio civil seguramente se le venció su periodo, entonces él podría ir a la vía constitucional incluso solicitar una medida cautelar para que sea repuesto de manera preventiva mientras se resuelve el asunto de fondo.*

# LA PROYECCIÓN EN LA EMPRESA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR Y SU PROBLEMÁTICA<sup>(1)</sup>

---

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND<sup>(2)</sup>

---

## I. UN SALTO CUALITATIVO EN LA CONSTRUCCIÓN DEL MODERNO DERECHO DEL TRABAJO: LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL “CIUDADANO-TRABAJADOR”

---

En las últimas décadas las estructuras tradicionales del Derecho del Trabajo, articuladas en la mayor parte de países a partir de la necesidad de introducir elementos de equilibrio en el seno de una relación estructuralmente desigual como es la de trabajo, se han visto sometidas a duros y constantes ataques, todos ellos dirigidos a tratar de subordinar su construcción a los requerimientos de la economía, interpretados estos en clave de supresión o aligeramiento de todas aquellas instituciones o mecanismos que traben o dificulten la libre actuación de los sujetos económicos dentro del mercado. Estas presiones han contribuido a transmitir una

---

(1) El texto del presente artículo constituye la base de la intervención del mismo título desarrollada por el autor el 20 de junio de 2012 en el marco del Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social sobre Perspectivas del Derecho Constitucional Laboral en el siglo XXI, organizado de manera conjunta por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca, cuya celebración tuvo lugar en Lima del 17 al 28 de junio de 2012.

(2) Universidad de Salamanca.

imagen del Derecho del Trabajo como una disciplina jurídica a la defensiva, cuya única aspiración –si es que le competía tener alguna dentro del nuevo paradigma en alza– radicaba en tratar de salvar los elementos fundamentales de su identidad del asalto al garantismo impuesto por dichas concepciones. Una disciplina, por tanto, a la que no le estaba en principio permitido, so pena de situarse a contracorriente de la “modernidad” del pensamiento dominante, plantearse siquiera la posibilidad de alcanzar niveles superiores de desarrollo en lo que a la concreción de sus propósitos igualatorios o equilibradores se refiere.

En este mismo periodo, sin embargo, el Derecho del Trabajo ha experimentado, por paradójico que pueda parecer, una notable expansión de sus objetivos protectores. De manera constante, aunque por lo general no estridente, los últimos años han sido testigos del tránsito, de la tutela exclusiva del trabajador como productor y sujeto de una relación jurídica de dependencia, a una visión más amplia u holística del mismo, que añade a la perspectiva clásica su consideración como titular del conjunto de derechos fundamentales que le corresponden en tanto persona y ciudadano. Unos derechos de los que no se desprende, como es obvio, como consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo y que, por lo tanto, han de acompañarlo a lo largo de su ejecución.

Esta es una evolución solo en parte atribuible a factores endógenos. En realidad, en su base se sitúa, antes que nada, el avance imparable experimentado en las últimas décadas por el paradigma del Estado social y democrático de derecho como forma política y la consecuente expansión y generalización de la exigencia de respeto de los derechos fundamentales que le es inherente. Su resultado final ha sido, en todo caso, por decirlo con una expresión que alcanzó fortuna en la Italia de los años setenta del pasado siglo, el “ingreso de la Constitución en la fábrica”, con la consiguiente negación de la consideración de ésta como un espacio cerrado y autorreferencial, dentro del cual el empresario ejercía una autoridad indiscutida e indiscutible, compensada solamente, bien que **desde fuera**, por la actuación normativa del legislador y la praxis de las organizaciones sindicales. Frente a ello, las transformaciones impuestas por el constitucionalismo moderno han terminado por afirmar la necesidad de dar lugar a un nuevo “modo de estar” en las organizaciones productivas, coherente con la condición de titulares de los derechos fundamentales de quienes en ellas despliegan sus esfuerzos.

En todo caso, aunque con el fin de dar cuenta de la intensidad de esta transformación se suele hablar de “ciudadanía de la empresa” y de derechos del “ciudadano-trabajador”, los derechos de cuya garantía venimos tratando no son, en puridad, aquellos que se atribuyen al mismo en tanto integrante de una comunidad política determinada. Es decir, los derechos de participación política en sentido

estricto, cuya titularidad depende, en última instancia, de su pertenencia a la misma. Antes bien, la noción de “ciudadano” es empleada en este caso en sentido amplio, equivalente a la de persona. Los derechos de los que tratamos se caracterizan, desde este punto de vista, por ser universales, en el sentido de que corresponden a cualquier individuo por el solo hecho de ser tal.

Estos derechos pueden ser identificados, además, por dos rasgos complementarios que conviene poner inmediatamente de manifiesto. El primero está representado por su carácter de fundamentales, derivado del hecho de aparecer plasmados o recogidos en cartas y declaraciones de rango constitucional o en declaraciones y pactos internacionales sobre esta materia y actuar, como consecuencia de ello, como fundamento del orden político-jurídico al que sirven de referencia. El segundo de tales rasgos está representado por su naturaleza, en la mayor parte de los casos, de derechos de libertad o de derechos negativos de inmunidad, en el sentido de que se concretan en la expectativa de ausencia de intromisiones o injerencias sobre su objeto, antes que en la expectativa de prestaciones.

La nómina de los derechos que gozan de estos atributos es amplia y compleja. Dentro de ella es posible entender comprendidos, con la formulación ofrecida en cada caso por los instrumentos que proceden a su reconocimiento, al menos los siguientes derechos:

- A la vida, a la integridad física, psíquica y moral y al libre desarrollo de la personalidad.
- A la libertad ideológica y religiosa o de conciencia y culto.
- A la libertad de expresión e información.
- A la intimidad personal y familiar.
- Al honor, a la propia imagen y al secreto de las comunicaciones.
- A reunirse y a asociarse.
- A la igualdad ante la ley, sin discriminaciones.

Todos estos son, como se ha dicho, derechos reconocidos por las normas constitucionales o los tratados y declaraciones internacionales con una titularidad amplia o general, no específicamente laboral. La evolución del pensamiento constitucional y la afirmación de la fuerza de obligar de las normas fundamentales ha determinado que puedan ser ejercidos también de forma universal, por todos los

ciudadanos en todos los ámbitos de la vida social, incluyendo el de las relaciones de trabajo. El hecho de que el ejercicio de estos derechos se lleve a cabo por trabajadores en el seno de una relación de trabajo no altera, como es evidente, su naturaleza. No obstante sí es determinante de una **impregnación** laboral de los mismos. Estos se convierten, así, en verdaderos derechos laborales, tanto por razón de los sujetos que los ejercen como por el ámbito en el que son hechos valer. En “derechos constitucionales laborales inespecíficos”, en la feliz expresión de Carlos Palomeque, que el “ciudadano-trabajador” puede ejercer en tanto que “trabajador-ciudadano”.

## II. LA PROYECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA SOBRE EL CONTRATO DE TRABAJO: DOS RESPUESTAS CONTRADICTORIAS PARA UNA CUESTIÓN CAPITAL

---

El presupuesto técnico-jurídico de la aplicación de estos derechos fundamentales de titularidad general o inespecífica a las relaciones de trabajo está constituido, como resulta más que sabido a estas alturas, por el reconocimiento de su eficacia horizontal. Es decir, por su consideración como prerrogativas o posibilidades de actuación susceptibles de ser ejercidas por sus titulares, no solo frente a los poderes públicos, sino también respecto de otros sujetos privados en el ámbito de sus relaciones recíprocas.

En la actualidad, la eficacia horizontal o *inter privatos* de los derechos fundamentales constituye una realidad asumida de forma generalizada por los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno cultural. Y además en su versión más genuina y completa, como es la que atribuye a los mismos un efecto inmediato y directo sobre tales relaciones, no necesitado de acto alguno de mediación legislativa o judicial que delimite o desarrolle su contenido, **proyectándolo** al ámbito privado. Esto incluye, como es obvio, a las relaciones de trabajo, respecto de las cuales tampoco se exige por lo general ningún tipo de decisión distinta del reconocimiento de los derechos en cuestión al máximo nivel normativo para postular la posibilidad de su ejercicio y la exigibilidad de su respeto por quienes en ellas intervienen.

De todas formas, aún siendo cierto lo que se acaba de indicar, forzoso es reconocer que esa aplicación, al menos en lo que al ámbito laboral se refiere, ha dado lugar hasta el momento a resultados más bien discretos, cuando no insatisfactorios. Si bien en la mayor parte de países se ha ido generando en los últimos años un corpus normativo y, sobre todo, jurisprudencial que ratifica la aplicación

de los derechos fundamentales sobre el terreno de las relaciones de trabajo, ello no ha supuesto, como era de esperar, una transformación real del “modo de estar” de los trabajadores en los centros de producción. Antes bien, la aplicación de estos derechos suele ser aquí desigual y fragmentaria, además de verse con frecuencia eclipsada por la proyección sobre ella de múltiples requerimientos y exigencias, todos ellos deducidos de la peculiar naturaleza obligacional del vínculo que une a las partes del contrato de trabajo.

Lo anterior permite apreciar cómo, al menos en lo que a las relaciones de trabajo se refiere, el reconocimiento de la eficacia inmediata de los derechos fundamentales constituye, en contra de lo que en un principio pudiera pensarse, más un punto de partida que de llegada. Más una fuente de interrogantes que de afirmaciones claras y contundentes. Esto es así en la medida en que, luego de admitida dicha eficacia, queda aún por resolver el decisivo –y acuciante– problema de la compatibilidad –o no– del ejercicio de tales derechos con el conjunto de las obligaciones libremente asumidas por el trabajador a través del contrato de trabajo. Y particular, como es obvio, con el desenvolvimiento de los poderes empresariales, a los que el mismo ha aceptado voluntariamente someterse. Desde este punto de vista, aunque la necesidad de conciliar el ejercicio de los derechos fundamentales con el respeto del principio de autonomía de la voluntad recorre el Derecho Privado en general, esta operación se torna especialmente difícil de realizar en el caso del contrato de trabajo debido a la atribución que a través de él se hace al empresario de un poder general de disposición sobre la actividad laboral o energía de trabajo del trabajador. Y, por tanto, en última instancia sobre la persona de este, que es la que habrá de actuar conforme a sus instrucciones.

¿En qué medida el cumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador y su sometimiento a la superior autoridad del acreedor de su fuerza de trabajo son capaces de justificar limitaciones de sus derechos fundamentales? O, más bien a la inversa, ¿en qué medida pueden servir los derechos fundamentales para modular el contenido de tales obligaciones y el espacio de ejercicio lícito de las facultades empresariales?

Particularmente delicada ya de por sí, esta cuestión lo es aún más si se tiene en cuenta que en la mayor parte de ordenamientos no existen todavía, como sería deseable, normas que reconozcan y regulen el ejercicio de los derechos fundamentales por los trabajadores, delimitando así su espacio lícito de actuación. El problema queda, de tal forma, librado por lo general a la mediación judicial, con las dificultades e inconvenientes consiguientes.

Con todo, dentro de la jurisprudencia comparada, especialmente de nivel constitucional, se registra una importante evolución en cuanto a la clarificación

de la naturaleza del mismo y los instrumentos a los que ha de recurrirse para resolverlo, de la que conviene dar cuenta aquí.

Una primera y más elemental respuesta adoptada por los jueces consistió en enfocar el problema en términos de **adaptabilidad** del ejercicio de los derechos fundamentales al marco de derechos y obligaciones propio del contrato de trabajo. Desde esta perspectiva, el ejercicio de los derechos fundamentales por el trabajador solamente resulta posible en la medida en que no afecte a dicho marco, al fin y al cabo fruto de una decisión libremente asumida por el mismo; no en caso contrario.

Tan evidente subordinación de la aplicación de los derechos fundamentales a la lógica del contrato de trabajo se aprecia, por ejemplo, en algunas sentencias de la primera etapa del Tribunal Constitucional español, en las cuales, pese a partirse de afirmaciones tan categóricas como la de que “las manifestaciones de feudalismo industrial repugnan al Estado Social y Democrático de Derecho”, se termina por denegar el amparo solicitado por entender que la conducta adoptada por el trabajador o exigida por este al empresario desconoce los “usos y costumbres del sector” (STC 170/1987, de 30 de octubre) o exige de este último una colaboración a la cual, a diferencia de lo que ocurre con los poderes públicos, no está obligado por la Constitución (STC 129/1989, de 17 de julio).

Progresivamente, sin embargo, se irá avanzando hacia un enfoque distinto del problema, basado en su consideración como uno de **colisión de derechos**, a resolver con la ayuda de las técnicas aplicables a este tipo de situaciones. En concreto, el conflicto de base sería uno entre, de un lado, el concreto derecho fundamental que el trabajador pretende poner en práctica limitando una determinada prerrogativa empresarial o que se ve restringido, en su caso, como consecuencia de una actuación empresarial y, del otro, la libertad de empresa –o su equivalente en cada ordenamiento– que ofrecería cobertura a la prerrogativa empresarial que sería objeto de limitación de ejercer el trabajador su derecho o que se busca ejercer restringiendo, a su vez, el disfrute de un derecho fundamental por parte del trabajador. La solución a este conflicto vendría aportada, por su parte, por la aplicación al mismo del denominado **principio de proporcionalidad**, de acuerdo con el cual el sacrificio de un derecho fundamental –sea este de titularidad del trabajador o del empresario– solo resulta admisible desde el punto de vista constitucional en la medida en que pueda ser considerado imprescindible para la satisfacción de otro derecho fundamental que resulte prevalente de acuerdo al sistema de valores consagrado por la Constitución y las circunstancias del caso concreto.

El principio de proporcionalidad, cuyo origen se encuentra en la jurisprudencia constitucional alemana, tiene su fundamento en una constatación elemental:

dado que las normas constitucionales reconocen, y además con carácter amplio y general, derechos y principios potencialmente contradictorios entre sí (la libertad de expresión y el derecho al honor, la libertad de empresa y el derecho al trabajo, etc.), forzoso es reconocer que estos no pueden ser objeto de una aplicación absoluta e ilimitada, sino más bien condicionada a la medida en que resulten compatibles con el resto de bienes y derechos reconocidos por la propia norma fundamental, pudiendo experimentar limitaciones recíprocas cuando entren en conflicto unos con otros. Precisamente, lo que con la aplicación de este principio se persigue es establecer una **relación de preferencia condicionada** entre los derechos fundamentales enfrentados entre sí para el caso concreto, en atención a la medida en que la realización de cada uno de ellos satisface, dentro del mismo, la exigencia de **optimización** de la aplicación de los principios y valores consagrados por la Constitución.

A tales efectos, el **juicio de proporcionalidad**, resultado de la aplicación del principio homónimo, se descompone en una triple valoración, que deberá llevar a cabo el intérprete a la hora de valorar la legitimidad de cualquier actuación que implique el ejercicio de un derecho fundamental con el sacrificio de otro: a) **juicio de idoneidad**, encaminado a establecer su aptitud para satisfacer el interés protegido por el derecho que se pretende ejercer; b) **juicio de necesidad**, dirigido a determinar si es la más benigna de todas las medidas afectantes capaces de conseguir esa satisfacción con un nivel equivalente de eficacia; y c) **juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, verdadero núcleo del razonamiento, cuyo objeto es determinar cuál de los dos intereses ha de prevalecer –si el del sujeto que pretende ejercer su derecho fundamental limitando el de otro o el de quien que sufre esa limitación– mediante la realización de una **ponderación** entre ambos dirigida a establecer si la importancia de la satisfacción de uno justifica la afectación o la no satisfacción del otro, teniendo en cuenta a estos efectos dos parámetros complementarios: de un lado, la importancia que puede asignarse a cada derecho dentro del sistema constitucional; y, del otro, la magnitud del daño que cada uno sufre al ser afectado o verse impedido de ser ejercido, respectivamente, como habrá ocasión de exponer con detalle más adelante.

Esta clase de análisis lo encontramos plasmado de forma clara en sentencias de la etapa más reciente del Tribunal Constitucional español, que no se conforman con examinar, a los efectos de establecer la legitimidad de determinadas actuaciones limitativas del derecho a la intimidad de los trabajadores, como la instalación de sistemas de escucha o videovigilancia, si estas pueden ser encuadradas de manera genérica en el ámbito de las prerrogativas de vigilancia y control, sino que exigen también que las mismas, además de ser imprescindibles para la satisfacción de un interés empresarial legítimo, puedan ser consideradas “ponderadas”

o “equilibradas”, por derivarse de ellas “más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicio sobre otros bienes o valores en conflicto” (SSTC 98/2000, de 10 de abril, y 186/2000, de 10 de julio). Aunque el mismo tipo de aproximación aparece igualmente, de forma explícita o implícita, en su producción jurisprudencial posterior cuando el problema a resolver es uno de colisión o conflicto entre derechos fundamentales.

### III. LA DIFÍCIL TRASLACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD A LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y PODERES EMPRESARIALES

---

De la mano de la jurisprudencia constitucional, la aplicación del principio de proporcionalidad se ha ido extendiendo hasta erigirse en la actualidad el criterio dirimente básico para los conflictos entre particulares derivados del ejercicio de derechos fundamentales, incluidos los que se presentan en el ámbito de las relaciones de trabajo. En la mayoría de los casos, sin embargo, esta difusión no ha venido acompañada de una clarificación de su forma de operar. Y menos aún de la manera como ha de ser aplicado a relaciones de una textura tan particular como las de trabajo.

Lo anterior resulta especialmente preocupante se tiene en cuenta que el principio de proporcionalidad constituye una herramienta conceptual de muy compleja aplicación, diseñada originalmente por la jurisprudencia constitucional alemana para valorar la adecuación a la Constitución de las leyes restrictivas de los derechos fundamentales, cuyo juego se ha extendido con posterioridad a los conflictos entre sujetos privados vinculados con el ejercicio de tales derechos, incluidos los que afectan a trabajadores y empresarios.

La traslación de su aplicación al ámbito de estas relaciones exige hacer frente a dificultades adicionales, y además particularmente intensas, toda vez que en estos casos los dos intereses enfrentados pueden ser considerados, al menos en línea de principio, igualmente legítimos desde el punto de vista constitucional, por lo que es posible encontrar argumentos de peso para conceder prioridad tanto a uno como al otro. Esto convierte al principio de proporcionalidad en una herramienta potencialmente peligrosa para los propios objetivos que a través de él se busca garantizar, ya que es capaz de convertirse, en manos interesadas o no expertas, en un fácil expediente para justificar toda clase de restricciones a los derechos fundamentales sobre la base de argumentar su vinculación a la tutela de otros bienes amparados por la Constitución. En particular, por lo que al ejercicio de los

derechos en cuestión en el seno de la relación de trabajo se refiere, una aplicación no rigurosa de este principio estaría en condiciones de avalar con facilidad su restricción casi en todo tipo de situaciones, en función de la necesidad de satisfacer unos intereses empresariales que, al fin y al cabo, son también legítimos desde la perspectiva constitucional, como se ha puesto de manifiesto con anterioridad.

De hecho, es esto lo que ocurre cuando se maneja la que hasta el momento puede ser considerada como la **versión laboral** más extendida y admitida del principio de proporcionalidad. De acuerdo con este planteamiento, muy difundido por cierto entre la jurisprudencia constitucional y la doctrina españolas, el derecho fundamental del trabajador únicamente debe ceder cuando ello resulte **imprescindible** para la satisfacción de un interés legítimo del empresario y no exista otra posibilidad menos restrictiva de atenderlo (véase, por todas, la STC 204/1997, de 26 de noviembre).

La anterior es una construcción que ha tenido, sin lugar a dudas, gran eficacia a la hora de desechar las pretensiones más groseras de limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores, basadas por lo general en un uso irracional, arbitrario, caprichoso, inútil o exagerado de los poderes empresariales. Así, a nadie se le ocurre ya que puedan instalarse sistemas de control del tiempo que los trabajadores permanecen en los aseos o de grabación indiscriminada de sus conversaciones, como tampoco que pueda imponerse a estos el sometimiento a pruebas genéticas para valorar su aptitud profesional o prohibírseles mantener relaciones sentimentales entre sí.

A pesar de ello, se trata de un planteamiento a todas luces insuficiente. Esto es así en la medida en que, a despecho del pretendido carácter categórico de las afirmaciones que lo sustentan, lo que a través de él se termina por hacer es atribuir prioridad a la satisfacción del interés empresarial sobre el del trabajador siempre que resulte necesario, con la sola condición de que se elija para ello el medio menos afectante de todos los posibles. El principio de proporcionalidad se trastoca, de tal modo, en una suerte de **principio de intervención mínima** del empresario sobre los derechos fundamentales del trabajador, que parte de la necesaria subordinación de estos últimos a los intereses empresariales, con la consiguiente negación de la esencia de su fundamentalidad.

La potencialidad restrictiva de este planteamiento resulta, por lo demás, particularmente intensa si se tiene en cuenta que la libertad de empresa, que actúa en principio como soporte constitucional de las pretensiones empresariales, es un derecho de gran amplitud, en la medida en que abarca, entre otras, las libertades de desenvolver una actividad económica, tomar las decisiones relacionadas con su desarrollo y competir en un mercado libre. Esto permite que prácticamente

cualquier decisión empresarial pueda ser reconducida a su ejercicio, confiriéndole legitimidad prima facie desde el punto de vista constitucional.

En realidad, esta peligrosa *versión light* del principio de proporcionalidad es el resultado de una aplicación deficiente e incompleta de los distintos pasos que el mismo comprende, que se queda en los dos primeros y olvida aplicar el tercero y fundamental.

En efecto, cuando se afirma que el derecho fundamental del trabajador debe ceder cada vez que su sacrificio resulte indispensable para la satisfacción de un legítimo interés del empresario y no exista otra forma menos restrictiva de atenderlo, lo que se está haciendo es exigir una valoración de la medida únicamente desde la perspectiva de su aptitud para satisfacer ese interés (**juicio de idoneidad**) y de la ausencia de otras más benignas (**juicio de necesidad**). Mientras que se deja en la sombra, en cambio, el problema fundamental. Un problema que no es otro, como resulta evidente, que el de determinar si, bajo tales condiciones, el interés del empresario ha de prevalecer sobre el del trabajador al ejercicio o el respeto de su derecho fundamental. Es decir, se obvia la parte principal del razonamiento que se sitúa en la base del juicio de proporcionalidad, que está representada, como se dijo, por la ponderación de los intereses en conflicto y la determinación de cuál de ellos debe primar en el caso concreto (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**).

Amputado nada menos que en su núcleo argumental, el principio de proporcionalidad –o, más bien, esta deficiente manera de entenderlo– está en condiciones de justificar, como salta a la vista, cualquier despojo de los derechos fundamentales de los trabajadores que el empresario estime necesario para la satisfacción de sus intereses, con la sola condición de que estos sean legítimos. Así, no es de extrañar, por citar un ejemplo especialmente ilustrativo al que hace alusión la literatura especializada, que en España ciertas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia hayan considerado como una medida “necesaria, idónea y equilibrada” la instalación clandestina de programas de vigilancia en los ordenadores con los que se realizan las labores para verificar simplemente si el trabajador se dedicaba o no a jugar a las cartas durante la jornada laboral (véase, por todas, STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2000).

Naturalmente, mientras sea este el enfoque, no es mucho lo que puede esperarse de la tan ponderada proyección de los derechos fundamentales de la persona del trabajador en la relación laboral. De allí que sea posible afirmar que, en la actualidad, una vez admitido de forma pacífica que tales derechos tienen en la empresa uno de sus espacios clave de ejercicio y que este debe necesariamente compatibilizarse con el marco de derechos y obligaciones derivados del contrato

de trabajo, la cuestión clave a resolver no es otra que la siguiente: cómo llevar a cabo una aplicación del juicio de proporcionalidad que, sin desconocer la complejidad de ese marco, no termine por hacerlos sucumbir cada vez que así lo precise el interés empresarial.

#### IV. UNA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ACORDE CON LA PECULIAR TEXTURA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

---

La respuesta al interrogante que se acaba de formular se desprende sin mayor dificultad de las consideraciones realizadas en la parte final del apartado anterior. Si el problema tiene su raíz en un empleo deficiente e incompleto del principio de proporcionalidad –y no, por tanto, de la decisión de servirse de él como canon para la solución del conflicto de intereses subyacente en estos casos– de lo que se trata es de llevar a cabo una aplicación rigurosa o estricta del mismo, capaz de extraer todas las consecuencias que de él se derivan.

Lo anterior pasa, como es obvio, por aplicar al examen de dicho conflicto todos los escalones de razonamiento en los que, como hemos visto, se descompone el juicio de proporcionalidad, incluido el tercero y fundamental (**juicio de proporcionalidad en sentido estricto**), y no solo los dos primeros (**juicio de idoneidad y juicio de necesidad**), como suele ocurrir. Y por hacerlo, además, teniendo en cuenta la peculiar textura de las relaciones jurídicas sobre las cuales se proyecta en estos casos y la diversidad de situaciones que aquí pueden presentarse.

Esta aplicación estricta del principio de proporcionalidad ha de partir necesariamente de una premisa que, aunque elemental, es con frecuencia ignorada. Esta consiste en asumir que, en tanto titular de una posición jurídica garantizada por la Constitución, el trabajador tiene una pretensión de respeto de su derecho fundamental que ha de ser considerada, prima facie, al menos tan legítima como la del empresario al del suyo. Su limitación solamente podrá ser admitida, por lo tanto, de manera excepcional, cuando se determine que, además de ser adecuada y necesaria para la satisfacción de un legítimo interés empresarial, ese interés pueda ser considerado preponderante conforme a la Constitución. Es entonces –y solo entonces– cuando el interés del trabajador a disfrutar de su derecho fundamental o ejercerlo sin perturbaciones debe ceder. Mientras que, en caso contrario, su posición jurídica no podrá ser afectada, al contar con el respaldo, firme e incuestionado, de la norma fundamental.

Algo similar ocurre, sin embargo, con la pretensión del empresario al respeto de la libertad de empresa, que únicamente estará en condiciones de ceder si el interés del trabajador a ejercer su derecho fundamental limitándola es susceptible de ser considerada prioritaria desde el punto de vista constitucional.

Ahora bien, dicho lo anterior cabe preguntarse ¿de qué depende que se conceda prioridad en cada caso a uno de los derechos fundamentales en liza sobre el otro?

A responder a este decisivo interrogante se dirige, como bien sabemos, el tercer y último escalón del juicio de proporcionalidad. Es decir, el denominado **juicio de proporcionalidad en sentido estricto**, cuyo objetivo es, precisamente, llevar a cabo una ponderación de la importancia de los dos intereses en conflicto a la luz de los principios y valores consagrados por la Constitución, con el fin de determinar cuál de ellos ha de ser priorizado en el caso concreto, por satisfacer en mayor medida que el otro la exigencia de **optimización** de la aplicación de tales principios y valores. Si debe prevalecer la pretensión de ejercicio de un derecho fundamental que es capaz de afectar a otro derecho fundamental, o la del titular de este último a disfrutar de él sin limitaciones o perturbaciones de otro sujeto.

Naturalmente, la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro solamente puede ser considerada admisible cuando la importancia de su satisfacción, juzgada conforme a los mencionados parámetros constitucionales, supere a la de la no satisfacción del otro. O, dicho con otras palabras, cuando las ventajas que obtiene quien pretende ejercer un derecho fundamental limitando el de otro puedan ser consideradas superiores desde la perspectiva constitucional a las desventajas que ello ocasiona al afectado, por conllevar una aplicación más intensa de los fundamentos de la norma constitucional. Esto supone, como no resulta difícil de deducir, que cuanto mayor sea el grado de afectación de un derecho fundamental, mayor debe ser la importancia y el grado de satisfacción del otro para que la misma pueda ser considerada legítima. Es lo que se conoce a nivel doctrinal como **ley de la ponderación**.

Aplicada al contrato de trabajo, la ley de la ponderación permite entender que cuanto más intensa sea la limitación del derecho fundamental que experimenta el trabajador como consecuencia de una actuación empresarial, más extraordinario deba ser el interés a satisfacer por el empresario mediante el ejercicio de la libertad de empresa, o más grave el sacrificio que se le impondría de no poder satisfacerlo, para que pueda justificarla. Del mismo modo que, en la situación inversa, cuanto más intensa sea la limitación de la libertad de empresa que es capaz de ocasionar la pretensión del trabajador de ejercer su derecho fundamental, más extraordinario debe ser el interés a satisfacer por el mismo, o más grave el sacrificio

que se le impondría de no poder satisfacerlo, para que se la considere válida desde la perspectiva constitucional.

Ahora bien, ¿cómo pueden ser calculadas tales magnitudes? Es decir, el *peso* que ha de atribuirse a cada derecho fundamental en la ponderación. Dado que de lo que se trata es, como se dejó dicho, de determinar a cuál de las dos pretensiones que colisionan es posible atribuirle un mayor respaldo desde la perspectiva de la **optimización** de la aplicación de la Constitución y el sistema de valores por ella consagrado, esa ponderación debe reposar sobre el juego combinado de dos parámetros complementarios:

- El primero, de naturaleza cualitativa, está representado por la determinación de la **importancia material** que es posible atribuir a cada derecho dentro del sistema constitucional en función de su conexión con valores nucleares del mismo, como el principio democrático, la dignidad de la persona, etc. Es lo que se conoce a nivel doctrinal como el **peso abstracto** de cada derecho fundamental. Desde este punto de vista, cuantos más vínculos pueda establecerse entre el derecho del que se trate y tales valores, más extraordinario debe ser el interés a satisfacer por quien pretenda afectarlo.
- El segundo, de naturaleza cuantitativa, viene dado por la **intensidad de la intervención o el daño** que experimenta cada derecho fundamental al ser limitado o verse impedido de ejercerse. Se trata del denominado, también por la doctrina, **peso concreto** de cada derecho. De acuerdo con este criterio, cuando más intensa sea la limitación que sufre un derecho fundamental, más extraordinario debe ser el interés a satisfacer por quien pretende afectarlo. O más grave el sacrificio que se le impondría de no poder satisfacerlo.

La valoración de la importancia material de cada derecho fundamental, primero de los parámetros recién citados, permite determinar el **grado de fundamentalidad** que le corresponde, con el fin de asignarle un peso en la ponderación acorde con él. A estos efectos debe tenerse en cuenta que, pese a encontrarse todos reconocidos por la misma fuente, es posible distinguir jerarquías internas entre los derechos fundamentales en función de su mayor o menor proximidad con las bases o fundamentos del sistema constitucional.

Con arreglo a este criterio puede establecerse, antes que nada, que cuantas más conexiones tenga un derecho fundamental con la realización del **principio democrático**, mayor será su peso en la ponderación. En lo que al ejercicio de los

derechos de la persona en el ámbito de la relación de trabajo se refiere, este criterio conduce a atribuir un relieve especial al ejercicio por los trabajadores de las libertades ideológica, de expresión e información y de reunión y manifestación, sin las cuales es impensable el funcionamiento democrático de cualquier sociedad. De igual modo, siguiendo el mismo criterio, es posible afirmar que cuantos más vínculos posea un derecho fundamental con la **dignidad de la persona**, que es el fundamento de todos los derechos y por tanto del orden constitucional en su conjunto, mayor deberá ser también su peso en la ponderación. Esto exige que se reconozca también un grado de fundamentalidad superior a la versión laboral de los derechos a la integridad física y moral, al honor y a la intimidad, así como a la propia imagen, máxime cuando, siendo ejercidos por trabajadores, entren en colisión con una libertad que, como la de empresa, satisface esencialmente expectativas patrimoniales, por lo que su nivel de fundamentalidad no puede ser considerado equivalente.

¿Significa lo anterior que estos derechos deben prevalecer siempre? ¿Que el empresario no puede, por ejemplo, imponer en ningún caso controles que limiten la intimidad del trabajador o exigir a este estándares de apariencia que condicionen su derecho a dar de sí mismo la imagen que desee?

Naturalmente que no. Esta especial relevancia de partida hace especialmente resistentes a los derechos fundamentales mencionados, pero no los inmuniza de forma absoluta. Hacerlo supondría atribuirles una posición jerárquica sobre los demás que la Constitución no les reconoce. En realidad, su efecto es más modesto. Este se concreta en la exigencia para su limitación de un interés extraordinario de suficiente intensidad como para justificarla.

Este interés extraordinario puede estar vinculado con el diferente grado de afectación que, en el caso concreto, experimentaría cada uno de los derechos fundamentales en conflicto de verse limitado o no poder ser ejercido. Es decir, con la determinación de lo que hemos denominado su **peso concreto**. No debemos perder de vista que satisface más la expectativa de optimización de la aplicación de la Constitución un sacrificio pequeño de un derecho fundamental “importante” si a través de él se evita un daño grave o muy grave a un derecho fundamental menos relevante.

La determinación de la intensidad de la intervención sobre los derechos fundamentales en conflicto exige llevar a cabo una valoración de carácter empírico, que sopesa el grado de afectación que, en el caso, sufre cada uno de ellos. Esta es una valoración para la cual deben ponderarse, entre otras, especialmente magnitudes como las siguientes:

- El número de facultades de cada derecho fundamental que se ven afectadas.
- La importancia de cada una de esas facultades.
- La intensidad de su afectación.
- La duración de la misma.
- La mayor o menor probabilidad de que esa afectación se produzca.

Naturalmente, estas dimensiones cualitativa y cuantitativa (el **peso abstracto** y el **peso concreto**) deben ser puestas en contacto para determinar la importancia o el valor que corresponde atribuir a cada uno de los derechos fundamentales en la ponderación. Vale decir, establecer su **peso global** dentro de ella.

Ahora bien, realizado lo anterior, ¿en qué consiste, de manera precisa, la ponderación?

Como no es difícil de intuir, en comparar los pesos o valores de cada uno de los derechos en liza, con el fin de establecer una relación de precedencia condicionada en el caso concreto a favor de aquel al que se haya atribuido, en conjunto, un **peso superior** al otro.

La realización de esta comparación permite resolver de entrada y sin demasiadas dificultades buena parte de los conflictos que pueden presentarse. Son los llamados por la doctrina **casos fáciles de ponderar**, por enfrentar a derechos a los que cabe atribuir, en la concreta situación de la que se trata, pesos claramente desiguales.

Desde este punto de vista, por ejemplo, es claro que una **intervención intensa** en un derecho fundamental del trabajador no puede estar justificada por la **satisfacción de nivel leve o medio** del derecho fundamental del empresario. Así, es difícil de admitir que una alteración de la apariencia inmutable del primero, como la derivada de la prohibición del uso de barba o el cabello largo, pudiera venir avalada por la mera pretensión del segundo de “mejorar la apariencia” de cara al público del personal. Una **intervención media** en un derecho fundamental del trabajador puede estar justificada, en cambio, por la **satisfacción intensa** del derecho fundamental del empresario. Piénsese en la imposición de un código de apariencia mutable, como puede ser un uniforme, para atender a la necesidad de identificación del personal de vuelo una compañía de transporte aéreo. Incluso, una **intervención leve** en un derecho fundamental del trabajador puede estar justificada por la **satisfacción media** del derecho fundamental del empresario. Por

ejemplo, la imposición de cierto código de vestimenta, del tipo del uso de corbata en las sucursales bancarias, para adecuarse a los usos del sector de actividad en el que se desarrollen las labores.

No siempre, sin embargo, la decisión es tan fácil de realizar. Puede ocurrir también que no sea posible determinar con suficiente certeza cuál de las dos magnitudes es superior. Son los llamados **casos difíciles de ponderar**, en los que se produce un **empate** entre los pesos de los derechos fundamentales que se ponderan, por lo general por tratarse de intervenciones intensas sobre un derecho fundamental del que es titular el trabajador que satisfacen también intensamente el derecho fundamental del empresario.

¿Qué criterio debe adoptarse en estos casos, que son los realmente importantes?

La regla que se utiliza en los supuestos de este tipo, tratándose del análisis de la constitucionalidad de las leyes limitativas de derechos fundamentales, es la de entender que existe aquí un margen estructural de decisión a favor del legislador, dentro del cual no puede ser considerado desproporcionado ni intervenir ni no intervenir, por lo que la decisión de hacerlo o no corresponde exclusivamente a este, en ejercicio de su competencia de desarrollo de la Constitución.

Nada de esto es aplicable, obviamente, a los conflictos entre sujetos privados. Aquí no parece que baste, como proponen algunos autores trasladando mecánicamente el criterio recién apuntado a un ámbito totalmente distinto, con que las ventajas que el acto afectante reporta a su autor sean al menos equivalentes a las desventajas que se ocasionan al derecho fundamental afectado, de forma que el empate termine resolviéndose a favor de quien pretende limitar el derecho fundamental. Antes bien, tratándose de un conflicto entre particulares, no existe en principio razón alguna para priorizar el interés de uno sobre el del otro. Y, por lo tanto, un derecho fundamental sobre el otro. Por esta razón elemental, la duda no puede inclinarse sino a favor de la no afección del derecho fundamental que pretende ser violentado por la acción de otro sujeto no avalada por un interés superior, al encontrarse su ejercicio sin interferencias garantizado en principio por la Constitución. Sostener lo contrario sería tanto como admitir que alguien está legitimado para causar un daño grave a otro con el fin de evitárselo a sí mismo. Una opción que atenta contra la más elemental exigencia de justicia.

De todas formas, es importante advertir que no siempre que nos encontramos ante perjuicios graves a los derechos fundamentales de los trabajadores que satisfacen intensamente un interés empresarial es posible hablar de la existencia de un empate a los efectos antes indicados.

En particular, cuando la afectación grave de un derecho fundamental del trabajador representa la **única forma de ejecutar adecuadamente el contrato de trabajo**, deberá tenerse en cuenta que la **autonomía de la voluntad** es también un valor constitucionalmente protegido, cuya garantía debe ser asegurada en cumplimiento de la voluntad de las dos partes. Esto permite que se refuerce el peso de la pretensión de afectación de la posición del trabajador, al tenerse que añadir al mismo la consideración del peso del aludido principio, **deshaciéndose el empate** en perjuicio de ella. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando afectar de manera intensa la intimidad del trabajador, imponiéndole sistemas de grabación de la imagen y la voz, constituye el único medio para supervisar el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Algo similar sucede, por lo demás, cuando se encuentra de por medio algún **otro bien o valor constitucional** especialmente relevante, cuya presencia contribuye también a reforzar el peso de la pretensión empresarial de afectación del derecho fundamental del trabajador. Este sería el caso, por ejemplo, de la imposición de controles médicos o de pruebas de alcoholemia o de consumo de drogas, motivada por razones de protección de la seguridad de terceros.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que, para ser legítimos, los actos de ejercicio de un derecho fundamental con limitación de otro han de tener un peso superior dentro de la ponderación.

El traslado de esta regla al terreno laboral tiene una doble consecuencia:

- De un lado, supone que los derechos fundamentales de los trabajadores solo pueden ser objeto de restricciones de importancia cuando exista un interés extraordinario del empresario de suficiente intensidad como para prevalecer sobre el del trabajador. O cuando de ello dependa la operatividad del contrato de trabajo o la satisfacción de algún otro derecho fundamental o valor constitucional de particular importancia. Así, por citar nuevamente una situación especialmente conflictiva, la videovigilancia intensiva solo será admisible, como se acaba de indicar, cuando el daño que sufre el empresario de no permitir la (no poder supervisar al trabajador, haciendo imposible la propia ejecución del contrato) supera en su intensidad a la injerencia que supone sobre la intimidad de este.
- Pero, a la vez, determina que la pretensión del trabajador de ejercer su derecho fundamental limitando las prerrogativas que son expresión del derecho del empresario, solo pueda ser admitida cuando

quepa asignarle un peso superior en la ponderación. Por ejemplo, por aludir aquí a otra hipótesis igualmente controversial, la pretensión de adaptación del horario, la jornada o el calendario laboral al ejercicio de la libertad religiosa solamente será exigible por el trabajador cuando, además de ser posible, no ocasione un quebranto grave a la organización empresarial. En caso contrario podrá ser denegada.

En ambos casos, las soluciones que se postulan están claramente alejadas de la primacía que terminan por atribuir al interés empresarial las versiones hasta el momento al uso del principio de proporcionalidad, ya que postulan la limitación de los derechos fundamentales de los trabajadores **solo en casos excepcionales**, en los que resulte claro que se les ocasiona un daño inferior al que experimentaría el empresario en caso contrario. E incluso promueven la **acomodación del marco contractual** al ejercicio por los mismos tales derechos cuando no se deriven de ella perjuicios extraordinarios para el empresario. Al la vez, sin embargo, impiden que la libertad de empresa pueda verse afectada cada vez que se exija de ella un **sacrificio desproporcionado** en relación con la importancia de los bienes que se pretende tutelar. Y hacen posible incluso que se le atribuya **prioridad aplicativa** cuando su tutela demande una restricción de menor entidad en los derechos fundamentales del trabajador, sea indispensable para el funcionamiento del contrato o satisfaga adicionalmente otro bien o valor constitucional de especial relevancia.

Ciertamente, estos matizados, aunque en el fondo positivos, resultados se encuentran lejos del mito de la construcción de una idílica ciudadanía de empresa, por completo impermeable a los requerimientos empresariales. Pero cerca, en cambio, de los márgenes posibles para la aplicación efectiva de los derechos fundamentales en sociedades democráticas complejas, caracterizadas por la coexistencia de intereses y valores contradictorios, en permanente tensión entre sí, como son aquellas en las que nos ha tocado vivir.

De allí que pueda afirmarse que con ellos se sientan las bases para una aplicación del principio de proporcionalidad acomodada a la peculiar textura de las relaciones de trabajo. Y capaz, en virtud de ello, de garantizar la plena vigencia de la Constitución en las organizaciones productivas.

# DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN DE TRABAJO: METODOLOGÍA DEL JUICIO DE PONDERACIÓN EN EL DERECHO LABORAL

---

ELMER ARCE ORTÍZ<sup>(1)</sup>

---

El interés de esta exposición es centrar los puntos críticos que presenta el juicio de proporcionalidad y que fomenta eventualmente el artículo 23 de la constitución. Cuando este artículo señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, a partir de eso se ha construido una base sobre todo jurisprudencial que pretende conciliar derechos constitucionales en conflicto a partir de casos concretos. Y es que el mandato de hacer efectivos estos derechos pasa por evitar que cuando existen conflictos entre ellos, uno tenga prioridad sobre el otro. La solución del conflicto debe privilegiar la convivencia de ambos. Mucho desarrollo legislativo no tenemos en el punto de vista del conflicto de derechos, sin embargo, este desarrollo jurisprudencial ha seguido algunos pasos que intentaré sistematizar a lo largo de la exposición.

Quisiera extraer algunas líneas conductoras respecto del principio de proporcionalidad que desde el punto de vista laboral tiene sus complicaciones. Este es un tema poco explorado. Ya desde el ámbito constitucional se ha llegado a establecer hasta una metodología del razonamiento a partir de los pasos idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero en el ámbito laboral han habido situaciones que hacen un poco más compleja esta solución del conflicto, esta superación del conflicto pero además creo que porque en el Derecho Laboral estamos

---

(1) Pontificia Universidad Católica del Perú.

en medio de una relación jurídica que modaliza los propios derechos fundamentales, o sea cuando el trabajador ingresa a la empresa no es que deje fuera de la empresa su carácter de ciudadano, sino ingresa con ese carácter a la misma y eventualmente los derechos fundamentales deberíamos entenderlos en esa perspectiva.

## I. IDEAS GENERALES

---

Yo quiero, antes de empezar, planteando algunas cosas generales. En primer lugar, el derecho de hoy día no es solamente un derecho de reglas. Quizá a lo mejor hasta los años 70, o hasta los años 80, la fórmula sagrada que tenía el Derecho para poder darle nombre de norma jurídica eran precisamente las reglas jurídicas y casi todos los manuales de esa época se centran en la regla como un mandato de todo o nada. Además, hay grandes diferencias entre las reglas y los principios, mientras las reglas vendrían a ser mandatos de todo o nada, digamos de por ejemplo la jornada de trabajo máxima son 8 horas o 48 horas semanales (esa es una regla y si yo estoy en 6 estaré dentro de la regla porque estoy debajo del máximo y si yo estoy en 10 estaré fuera de la regla). Las reglas son mandatos del legislador pero claramente especificados y donde definitivamente el comportamiento de los sujetos está dentro o queda fuera. ¿Dónde viene el cambio? Hay un caso paradigmático que es justamente el de que a los alumnos de jurídica lo explicábamos como Elmer el bueno y Elmer el malo, porque Elmer en un caso que se da en Estados Unidos es precisamente un nieto que recibe una herencia por testamento de su abuelo. Ya con la herencia, mata al abuelo y pide obviamente que se le reconozca heredero. Las normas civiles de esa época no tenían ninguna norma excepcional que pudiera contradecir la decisión testamentaria del testador o sea no había posibilidad de revocar el testamento en otras palabras, eso era lo que decía la ley pero Dworkin, quien es uno de los inspiradores en todo este tema del juego de los principios, nos señala que aun cuando el legislador haya cometido una omisión existe para este caso un principio general que nadie negarlo: “nadie se puede beneficiar de un acto que sea delictivo”. ¿Cómo podría heredar un tipo que ha matado a su abuelo para aplicar el testamento de manera más rápida? Entonces, se da una discusión dentro de la corte suprema norteamericana en el sentido de aplicar o la regla o de aplicar el principio, y a partir de ahí Dworkin, en un texto muy interesante llamado “Los derechos en serio”, replantea la formulación del Derecho y dice que el derecho como ordenamiento jurídico no solamente está conformado por reglas sino también está conformado por principios. Ahora bien, la diferencia entre los principios de las reglas está en que las reglas tienen este carácter de mandatos definitivos, de todo o nada, mientras los principios son

mandatos de optimización o sea son fórmulas de sustentación de comportamientos, de argumentación de comportamientos, con lo cual por ejemplo si hemos dicho que la jornada máxima sería una regla, el principio sería el derecho a la intimidad o la libertad de expresión. ¿Alguien me podría decir cómo se define específicamente la libertad de expresión? Todos tenemos una idea general y por eso hay una abstracción, por lo que estos principios van a tener carácter concreto cuando los ponga a tras luz en un caso específico. Entonces cuando se discute si el principio general y abstracto se aplica en un caso concreto, en ese momento vamos a saber cómo regularía el principio en una situación determinada y la libertad de expresión podría ser aplicada de manera amplia o en otros casos podría ser aplicada de manera concreta en función de con qué principio esté entrando en conflicto. En principio, y esta es otra diferencia, si yo tengo un conflicto de reglas, o sea una antinomia, la resolución de este conflicto se realiza a través de criterios también de jerarquía, especialidad o temporalidad. Es decir, una regla desaparece o por lo menos se inaplica al caso. No obstante, en la antinomia de principios no desaparece ningún principio, se aplican los dos, pero hay que matizarlos, hay que consensuarlos, hay que tratar de aplicar los dos al mismo tiempo porque los dos son normas jurídicas con efecto regulador. En conclusión, el Derecho hoy día se forma de normas y las normas son reglas y son principios, lo ha dicho ya el tribunal constitucional en multitud de sentencias y creo que ese es el punto de partida general de esta exposición.

Personalmente tengo una particular cercanía con el tema, ya que este fue uno de mis temas de investigación casi al salir de la universidad. Mi tesis sobre la nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales justamente llegaba al punto de enfrentar en muchos casos derechos en específico o sea no los derechos laborales propiamente dicho sino derechos del ciudadano trabajador cuando el empleador quería ejercer su poder sancionador frente al despido. Cuando el empleador despide y por el otro lado el trabajador dice: Un momento yo tengo también derecho a la libertad religiosa o yo tengo derecho a la intimidad o yo tengo derecho al honor. En ese momento, la salida fue decir se supera con una ponderación de intereses pero nada más, hoy en día ya el tema ha ido tomando más concreción, tenemos más sentencias y de las muchas formas que hay de solucionar los conflictos. El Tribunal Constitucional me parece que preponderantemente ha optado por el test de proporcionalidad, el juicio de proporcionalidad, que como les decía tiene estos tres niveles idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En segundo lugar, a mí el test me parece la verdad un poco subjetivo. Aun cuando Alexi en su Teoría de la Argumentación Jurídica trata justamente de reducir el margen de subjetividad y de establecer parámetros objetivos porque ya se decía que la interpretación de las reglas era muy subjetiva, estos parámetros de

idoneidad, necesidad sobre todo desde un punto de vista fáctico no pueden desaparecer la subjetividad del intérprete, la subjetividad del intérprete siempre va a estar presente tanto en las reglas como en los principios, lo que habría que hacer es ser los más rigurosos posibles para crear criterios objetivos, crear en cada caso de interpretación y poder lograr matizaciones de los conflictos de derechos fundamentales en cada caso concreto y para eso he traído una batería de casos que creo que nos va a dar un panorama general de cómo se están presentando estas situaciones y qué respuestas podemos tener a ello.

En tercer lugar, venimos de una etapa, desde hace algún tiempo, de monarquía o de organización monárquica en la empresa, donde lo que dice la empresa o los intereses que proyecta la empresa, en principio, oscurecerían la aplicación de los derechos fundamentales. A esto se le denomina como el principio de neutralidad que sustenta el enfoque contractualista, claro está que si los derechos fundamentales en realidad no podrían ser ejercidos por el trabajador, siempre que el empleador los alegue como parte de su libertad de empresa o como parte de algún derecho que se deduzca del contrato de trabajo o de la propia organización empresarial, los derechos constitucionales tendrían un valor muy devaluado. No es casualidad, por eso, que hayan habido dos enfoques muy claros en este sentido desde la doctrina, el primero es un enfoque contractualista o sea si tú pactaste en el contrato un objeto determinado, un objeto contractual, no hay forma de que tú luego reduzcas tu objeto contractual en función de los derechos fundamentales; es más el objeto del contrato se proyecta no solamente en lo que yo pacté, porque yo podría decir por ejemplo: “el objeto de mi contrato va a ser ser vigilante, pero claro ese es el objeto que luego se viene a complementar con deberes adicionales del trabajador”. Precisamente, creo que eso es lo que hace muy distinta la ponderación en el marco constitucional que en el marco laboral, porque mi objeto contractual lo voy a tener que modalizar además con el deber de diligencia, con la buena fe y con el deber de obediencia.

De esta manera, el trabajador no podría poner límites a lo ya pactado o a las órdenes que le dé el empresario desde este enfoque contractualista. Lo que tú pactaste es lo que tienes que respetar, porque sino eventualmente el contrato no tendría pues ningún sentido y esto se respalda en la llamada libertad contractual.

El segundo, es el enfoque organicista para los que no les es suficiente el enfoque contractual van un poco más allá y dicen que lo que podemos pedir al trabajador no es solamente lo pactado en el contrato, sino es la propia organización. De este modo, para la organización empresarial el interés de querer acumular capital es el que marca la pauta de la relación de trabajo. Si yo tengo que tomar determinadas decisiones para multiplicar mi capital empresarial, las tengo que tomar.

En esta línea, el derecho fundamental no puede ser un límite, con lo cual con este enfoque organicista yo podría prácticamente exigirle lo que subjetivamente a mí como empleador me parezca que pueda redundar en un beneficio para mi empresa. Si se lo exijo al trabajador y el trabajador tendrá que cumplirlo, porque está dentro de mi marco organizativo.

Los derechos fundamentales en el marco de estos dos enfoques serían neutros o sea “no juegan”, lo que juega son los pactos y lo que juega es el interés de la entidad empresarial. Los derechos fundamentales no tienen ningún sentido y por ejemplo hay aquí algunos casos: al futbolista que por ejemplo le señalan que tiene que seguir una dieta, claro la alimentación de una persona normalmente está fuera del ámbito del contrato o sea sería extralaboral, pero para un futbolista que quiere asegurar un cierto rendimiento en un marco de actuar diligente se le puede exigir que coma determinado tipo de alimentos o, es más, lo pueden tener en una concentración y darle esos alimentos. Entonces, la naturaleza del propio contrato del futbolista por el deber de diligencia extendido llevaría a que el empleador pueda diseñar las pautas de su alimentación.

Otro ejemplo, el periodista de televisión que le obligan a cortarse el cabello y también la barba, desde la perspectiva de choque de derechos fundamentales podríamos señalar que ellos pueden leer las noticias con una apariencia o con otra. ¿Puede hacer un comentario periodístico sin necesidad de cortarse el cabello y sin necesidad de cortarse la barba? Sí, pero el problema es que la apariencia en televisión puede tener un criterio de conveniencia empresarial; entonces, no perdamos de vista los dos enfoques, uno es el contrato y otro es la propia organización. Quizá la propia organización a mí me puede exigir determinados comportamientos, sin embargo, las organizaciones empresariales a veces tienen una identidad especial (como el caso de los empleadores ideológicos) que condiciona mucho la relación de trabajo y sustentan un mayor poder empresarial.

Siguiendo esta línea, ¿deberíamos asumir que todo lo que está pactado y todo lo que está planteado en la organización empresarial tiene que pasar por encima de los derechos fundamentales? Yo creo que no y aquí es donde viene un poco la discusión de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales que viene desde la década de los 80 y que han sido los tribunales constitucionales los que principalmente han tratado de llevar el tema hacia ese lado, pero aun cuando digamos que los derechos fundamentales van a tener una vigencia en la relación laboral y que nuestra constitución nos obliga además a que ninguna relación laboral va a dejar de lado los derechos fundamentales, sí creo lo que hace complejo la perspectiva laboral es que no podemos desechar los enfoques contractualistas y organicistas empresariales. El poder de dirección no está solamente planteado

en la cláusula del objeto del contrato, de mi contrato, o sea no es que yo firme un contrato y es que digo el objeto de mi contrato va a ser la docencia, está bien pero claro ya el ejecutar ese objeto lleva a aceptar que hay otras obligaciones adicionales como podrían ser estas situaciones de diligencia, la puntualidad, como podrían ser las cautelas necesarias como para poder cumplir esta actividad y la buena fe. Entonces claro, hasta donde el trabajador puede resistirse cuando lo que le están mandando está dentro del poder de dirección, a lo mejor si ustedes quieren no dentro de la cláusula del objeto, pero sí desde el deber de diligencia o desde la buena fe, por ejemplo contrato un vigilante yo en el contrato no le tengo que poner que no juegue con su arma y que si está en un grifo no le tengo que poner que no fume o sea se entiende que hay ciertos niveles de obligaciones laborales que siguen anudadas a la obligación central y que el contrato mismo va a establecer. De este modo, creo que quedaría claro que el contrato modaliza y la identidad de la empresa también. Personalmente, el enfoque organicista lo reduciría a la identidad empresarial, por ejemplo si es que a mí me dijeran que tengo que poner cámaras en una determinada oficina, si estamos hablando por ejemplo de una sala cuna y el nivel de seguridad que le tengo que dar a estos niños impone poner estas cámaras de video vigilancia, en buena hora. Sin embargo, yo tengo que sustentar en algún valor de importancia la extensión del poder de dirección a partir de un punto de vista orgánico empresarial por parte de la empresa. Ello desecha de entrada cualquier posibilidad subjetivista o de capricho del empleador. Simplemente no puede decir que es porque le va a rendir más frutos económicos. Por ejemplo, en España se dio un caso de un carnicero de un supermercado al que se dedica todos los días a cortar carne y de pronto el empleador le dice “a ver vamos a hacer una demostración pública y quiero que lo hagas tú”, el trabajador se niega y automáticamente presenta un recurso diciendo que se está violando su derecho a la intimidad. En la resolución judicial, definitivamente le reconocen su derecho a la intimidad, o sea el empleador está entrando en la parte más íntima de la vida de ese trabajador, y el fundamento del empleador solo se centra en su conveniencia empresarial. La decisión empresarial sería violatoria del derecho fundamental.

Ahora cambiemos la manera de enfocararlo, no veamos la contraposición con el derecho fundamental, sino la licitud del poder de dirección a partir del objeto contractual y de la identidad empresarial. Ese poder de dirección cuando el empleador llega y le dice tú estás cortando carne todos los días, pero a partir de mañana vas a venir y vas a hacer una demostración al público, a mí me parecería una modificación sustancial del contrato. O sea, yo lo contraté para que cumpla esta labor de cortar carne, pero no lo contraté para que haga una demostración al público y no lo contraté para que firme una propaganda para el supermercado. Habría que analizar si la orden que le dieron fue una orden lícita o fue una orden

ilícita, vuelvo a repetir mi posición personal sería que el contrato tiene un margen de modificaciones no sustanciales donde el empleador puede básicamente ejecutar lo que está marcado en el contrato, pero no se puede salir del contrato. Si me salgo del contrato, aunque sea un poquito, ya estoy ante una modificación sustancial y las modificaciones sustanciales yo las tengo que ir evaluando en cada caso concreto. Lo que pasa es que aquí en el Perú la diferencia entre modificación no sustancial y sustancial es una diferencia que casi no ha sido planteada por la Corte Suprema y por la mayoría de la doctrina, es decir, se permite modificar todo lo que yo quiera hasta el acto de hostilidad. Eso en otros lados, sería un contrasentido, porque, por ejemplo, en la normativa española el empleador solo puede hacer modificaciones no sustanciales, si transgrede un poco el contrato pactado automáticamente se hablaría de una modificación sustancial y tiene que seguir un procedimiento especial para realizar dicha modificación. Si el poder de dirección es lícito, sí hay conflicto con los derechos fundamentales del trabajador. Si el poder de dirección es ilícito, simplemente no hay conflicto.

Otro caso es el contrato de modelaje y en una de las cláusulas señala que “no puede subir más de 3 kilos”, la modelo tiene por su lado el derecho a la intimidad y a no ser discriminada. Pongámonos en un supuesto, la cláusula del contrato está planteada, su objeto es la de servir como modelo, pero en una de las cláusulas adicionales como si fuera parte de un deber de diligencia el empleador dice no deberías pasar de 3 kilos. Esta última cláusula es curiosa porque habría que ver en principio si el contrato abarca también el derecho a la imagen de la modelo, pero si fuera solamente por cumplir el objeto de su contrato o sea modelar, tendríamos que entrar a hacer un análisis de que tan lícita es esa cláusula del contrato en función de si el empleador puede llegar hasta ese punto o no puede llegar. El empleador podría alegar incumplimiento del deber de diligencia por subir 3 kilos. Desde mi punto de vista, parecería que no aunque sea una modelo, por lo que la cláusula sería ilícita y, de esta manera, no hay conflicto con los derechos fundamentales. Una cláusula así podría ser abusiva. Pero, si alguien me dice es que sí hay un deber de diligencia que debería cumplir esta persona y llegamos a la conclusión de que el poder de dirección es lícito, volvemos a plantear el conflicto con el derecho a la intimidad y el de no ser discriminada. Con lo cual, aquí tendríamos que aplicar probablemente el test de proporcionalidad, tengo dos derechos en pugna, la libertad de empresa porque se está privando del contrato y tengo el derecho a la intimidad y no discriminación por el otro lado.

A mí me da la impresión, de que en el Derecho Laboral el tema de la proporcionalidad se complica precisamente porque el poder de dirección, que se sustenta en la libertad de empresa, se basa o se fundamenta en el contrato y normalmente las obligaciones que emanan de un contrato son bastante amplias, tanto es

así que debe ser uno de los pocos derechos sancionadores cuya tipicidad es bastante relajada o sea, por ejemplo, en el artículo 25 de la ley de productividad y competitividad laboral en el inciso A se refiere al deber de diligencia como el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que quebrantan la buena fe laboral. Claro esa no es una conducta típica, es un cajón de sastre donde juega el deber de diligencia. Una conducta típica se presenta en el Derecho Penal o sea comportamientos concretos así que el derecho sancionador laboral es un poco sui generis en ese ámbito y claro. El efecto es que genera una discusión y un debate de hasta dónde llega el poder de dirección con licitud y dónde eventualmente puede transformarse en un poder de dirección ilícito.

## II. ALCANCES DEL PODER DE DIRECCIÓN. DEL OBJETO Y DE LA IDENTIDAD DE LA EMPRESA

---

Con esta primera aproximación, plantearía a lo mejor entrar en la perspectiva de ir definiendo este poder de dirección que quizás ha sido poco abordado desde la perspectiva jurisprudencial y doctrinal. Pero, “¿qué es lo que marca la pauta de lo que el trabajador está obligado a respetar como orden empresarial?”. Yo diría: el objeto del contrato. Claramente, si yo contrato a alguien como vigilante de un edificio, es obvio que no es un mensajero ni es un jardinero, yo tendría que sumarle al objeto del contrato estas funciones para que las condiciones funcionales del contrato estén clarísimas. Si en el contrato pongo que es vigilante, jardinero y mensajero lo será, pero si en el contrato yo señalo vigilante y después le quiero imputar responsabilidades por obligaciones que no le competen como puede ser la de mensajería eso estaría fuera del ámbito el contrato y no podría exigírselas.

De otra parte, ¿qué cosa es el deber de diligencia?. El deber de diligencia es la atención, la motivación, los cuidados, las cautelas que pone el trabajador para prestar sus servicios, con lo cual el tema queda también muy abstracto. El legislador entre las faltas graves de nuestra ley ha dispuesto algunas que se considerarían dentro del deber de diligencia, por ejemplo la puntualidad, por ejemplo la responsabilidad, hay diligencias que son especializadas y otras no especializadas. Ejemplo que mide una diligencia no especializada es la puntualidad, luego si yo me dedico a realizar un servicio que sea especializado profesional, me va a exigir una diligencia también profesional (no equivocar cálculos matemáticos para un contador). De este modo, el contrato de trabajo le va a dar al empleador, basado en su libertad de empresa, un margen de acción bastante amplio, incluso como les

decía exigiéndole al trabajador comportamientos que no están explícitamente reconocidos en el contrato y que luego el trabajador no puede decir no está obligado.

Alguien puede decir que no se cumplió el principio de tipicidad y, por ende, no hay infracción. Sin embargo, por supuesto que habría infracción. Si el deber de diligencia juega en el actuar de un sujeto promedio. Es más, normativamente lo tenemos reconocido en el artículo 25 como deber de diligencia cualitativo en el inciso A y como deber de diligencia cuantitativo en el inciso B. Yo también medir la diligencia del trabajador no solamente en función de a ver como realizas tu labor (si la haces bien o mal), sino cuánto produces. También es una forma cuantitativa de marcar la diligencia, pues si yo hago 10 pantalones el deber de diligencia más o menos significará que sobre esa base me podrá exigir el empleador. Ahora, si yo hago 3, claramente estoy incumpliendo mi deber de diligencia cuantitativo.

Por otro lado, yo tengo también el deber de buena fe. El deber de buena fe la misma Corte Suprema en reiteradas ocasiones ha señalado que es un deber de lealtad y esto supone aceptar una visión anacrónica. El deber de buena fe, que resalta Blancas en su texto sobre la relación de trabajo y los derechos fundamentales, debería dirigirse hacia comportamientos que yo pueda evaluarlos de manera objetiva. Por eso, si yo digo que el deber de buena fe es un deber de lealtad, imaginense ustedes hacia donde se puede exigir al trabajador: me voy de mi trabajo 10 minutos antes, claro me fui de mi trabajo 10 minutos antes, incumplo la jornada, ¿para el empleador eso quiebra la buena fe? Para un empleador sensible, sí. Pero un empleador a lo mejor menos sensible esperará un comportamiento más grave. El problema es que si terminamos llegando a consideraciones subjetivas o sea la lealtad, no hay cosa más subjetiva que eso, cada quien sabrá cuán leal puede ser a su empleador. Sin embargo, en otras legislaciones el deber de buena fe se ha dirigido por el lado de los comportamientos en los cuales el contrato de trabajo no conseguiría su fin económico. Entonces, yo tengo que comportarme de buena fe o yo me comporto de buena fe cuando ayudo al empleador a que gane el dinero que está proyectando ganar. En otras palabras, actúo de buena fe cuando ayudo para que los fines del contrato se cumplan y el fin del contrato es la utilidad patrimonial que va a sacar el empleador. Guardar, por ejemplo, secreto de la información, no dañar las instalaciones de la empresa, la no competencia desleal, etc. Por ejemplo, podría entrar hasta en una lógica de si hoy en día los empleadores buscan determinados trabajadores por ejemplo artistas o futbolistas que tengan determinada imagen favorable para su fin empresarial, ¿hasta dónde yo puedo cambiar mi imagen y eso generarle un perjuicio de tipo económico también al empleador? Acabamos de escuchar la noticia sobre Neymar, el Barcelona le dice “no te cambies los peinados tanto como te los cambiabas en Brasil” y claro la pregunta es ¿Neymar es dueño de su imagen o no es dueño de su imagen? ¿el poder

de dirección puede llegar a esos extremos? Todo dependerá si el deber de buena fe se lo permite al poder de dirección. Es verdad, habrá que evaluar si a través de una contraprestación ha vendido o esta alquilando su imagen al club o si solamente ha firmado un contrato para jugar fútbol. Si solamente ha firmado un contrato para jugar fútbol, claro esa es la obligación específica que le corresponderá (jugar al fútbol) o alguien podrá decir que dentro del marco de la buena fe Neymar no debería cambiarse de peinado, pero si ha cobrado por una determinada imagen, probablemente por esta lógica de la buena fe contractual el club le podría decir tú me estás vendiendo tu imagen con lo cual yo tengo que tomar mis medidas y tu deberías actuar de buena fe o sea si un día cambias de peinado el otro día te pones otro peinado probablemente la gente no te va a identificar. Lo que quiero es que identifiquen que la lógica de la buena fe puede terminar limitando también este derecho. El objeto del contrato, la diligencia y la buena fe exigen del trabajador determinados comportamientos que entrarán muchas veces en conflicto con derechos fundamentales.

Hay una cosa adicional que es el poder de modificación del objeto y del contrato y aquí entra el tema del *ius variandi* no sustancial o sea hasta dónde un empleador puede dar una orden modificando condiciones sea de lugar, sea de tiempo y sea de funciones. Claro, lo más lógico para nosotros resulta que el empleador no puede cambiarle las funciones a un trabajador que ya pactó, pero dentro de determinados marcos el empleador puede querer ejecutar ese contrato y cuál va a ser su límite. No me estoy refiriendo solamente a funciones sino a lugar y a tiempo, hoy por ejemplo nuestra ley permite al empleador ampliar una jornada inferior a 48 horas y estirar la jornada hasta las 48 horas. Unilateralmente y solo con el pago de una retribución. Entonces, claro ahí el poder de dirección es casi mínimo, no tiene límites y ese es un tema con el que tenemos que jugar en la ponderación.

Hemos tratado o hemos intentado de ir definiendo hasta dónde puede llegar el poder de dirección, el que además se divide básicamente en tres poderes: El poder de organización de la relación laboral, el poder de control y el poder de sanción y en cada uno de estos poderes que ejerce el empleador o sea por ejemplo si yo quiero ejecutar una orden del objeto de mi contrato, organización, si yo quiero modificar sustancialmente el contrato, orden de organización, si yo quiero poner o quiero entrar al correo electrónico de mi trabajador o quiero poner cámaras de vigilancia estaremos en una lógica de control, de fiscalización de las labores y si yo quiero sancionar, sanciono dentro del marco contractual creo que esto también es sumamente importante.

Hace unos meses escuchaba una noticia que en Francia habían despedido a dos trabajadores porque los encontraron teniendo relaciones sexuales fuera de

la jornada laboral en el centro de trabajo, entonces claro alguien me puede decir “pero ese es un incumplimiento de un deber ético”. Sin embargo, el artículo 25 LPCL cuando habla de faltas graves me dice claramente que son incumplimientos del contrato de trabajo, yo tengo que buscar situaciones que hayan sido pactadas en el contrato de trabajo que se deriven del contrato de trabajo y no puedo utilizar otras consideraciones por muy graves que me parezcan para poder despedir a un trabajador. Entonces, estos trabajadores franceses no pudieron ser despedidos de manera justificada. Hasta hace poco repusieron también a un dirigente sindical que había convocado una huelga, pero cuando tuvo que llenar las actas de la convocatoria de la huelga había falsificado firmas, entonces lo despiden por ese hecho. El juez ha tenido que decir de repente lo pudieron despedir por un montón de cosas, pero no por algo imputable a su relación laboral o sea eso quizás es un delito pero no hay un incumplimiento grave y culpable del contrato. En estos casos, el contrato me define hasta dónde puede llegar el poder de dirección.

La identidad de la empresa también que era lo que comentábamos hace un rato. Identidad no puede ser igual que un fin abierto empresarial. O sea la identidad es algo que califica a la empresa, es algo que la hace especial por eso y en ese sentido la empresa puede exigir ciertos comportamientos de sus trabajadores aun cuando no estén dentro del ámbito contractual; comentaba el tema de los colegios religiosos, claro la identidad ideológica de esa empresa puede exigirle al trabajador determinados comportamientos que otra empresa no se lo podría exigir. Por ejemplo, yo podría decir en principio las cámaras de vigilancia no se pueden utilizar en los centros de trabajo pero si estoy en una industria de cortados de vidrio por un tema de seguridad y de responder rápido frente a una emergencia o a un accidente yo podría poner cámaras, ahora eso sí si el valor por el que estoy poniendo las cámaras es el control y la fiscalización, luego no podría utilizar, por ejemplo, las cámaras como un medio probatorio para decirle al trabajador estás incumpliendo tus obligaciones laborales.

### III. EL PODER DE DIRECCIÓN Y EL TEST DE PROPORCIONALIDAD

---

Entonces, en esta lógica de poder de organización, poder de fiscalización y sanción hay varios casos que se van planteando y que me gustaría traerlos a colación para conversarlo.

#### 1. Poder de organización

Por ejemplo, una mujer embarazada que trabaja de secretaria en una municipalidad y que a los 7 meses de embarazo es trasladada al sótano para que no

atienda al público. El poder de dirección en ese caso será ilícito, aunque desde el punto de vista contractual no está modificando el lugar, porque es el mismo centro de trabajo, no está cambiando funciones porque va a seguir desempeñando sus funciones de secretaria y no le está cambiando su jornada. El contrato sigue siendo prácticamente el mismo y el problema es que cuando entra en conflicto este poder lícito con la no discriminación por su embarazo, ahí sí comienza ya la discusión; ¿hasta dónde puede llegar el poder de dirección?, ¿hasta dónde no puede llegar el empleador? Primero que nada y cualquier orden laboral que quiera luchar contra el exceso de poder de dirección tendría que empezar por imponer el principio de causalidad o sea la motivación de la orden, la motivación de la pauta que da el empleador. De esta manera, por ejemplo, cuál podría ser la motivación para que el empleador haya hecho ese cambio de lugar de la trabajadora que además no sería un cambio sustancial sino sería no sustancial (es decir, perfectamente posible). Habría que ver qué es lo que dice el empleador y cuando él da la motivación, automáticamente ver si esa motivación es objetiva y razonable para que pase el test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad respecto de la discriminación. Si, por ejemplo, él dijera que el problema es que esta mujer embarazada tenía un mal trato con las personas que llegaban a la municipalidad y que por eso la cambió, habría que sobre esa base, sobre ese objetivo, hacer un análisis de que si la medida es idónea en realidad, si no hay otra medida menos lesiva para la no discriminación y creo que la podría ver perfectamente y si es que estimamos que pasamos estos dos peldaños, establecer el razonamiento de proporcionalidad en sentido estricto. Como se ve, cada caso concreto nos va ir llevando a determinar claro si la ponderación que estoy haciendo es justa o no es justa porque dependerá de la motivación que dé el empleador en ese caso.

Otro caso, el empleador decide que sus trabajadores dedicados a absolver consultas a clientes porten un fotocheck con su nombre y su estado civil. En este caso, tenemos que analizar que hay un derecho fundamental a la intimidad. Lo primero que tendríamos que evaluar es lo siguiente: ¿es verdad que el trabajador se ha comprometido a absolver consultas? Si fuera este su objeto contractual podría ser lícito, ese es su objeto contractual. De allí a aceptar que el empleador pase a exigirle que establezcan cuál va a ser su estado civil es un exceso. A lo mejor, en algunos servicios podría darse el caso, pero en un caso normal, por ejemplo, si estuviéramos hablando de la universidad o si estuviéramos hablando de una municipalidad no habría razón para que el poder de dirección se extienda con licitud hasta ese punto (exigir que en su fotocheck aparezca el estado civil del trabajador). De esta forma, para mí no habría conflicto porque el poder de dirección sería ilícito y para que haya un conflicto necesitaríamos una licitud del poder de dirección que entra en conflicto con el otro derecho.

Otro caso. Médico de EsSalud que durante años no fue programado para trabajar los días sábados. Este es un tema que lo vio también nuestro Tribunal Constitucional. Sus jefes conocían la pertenencia a la iglesia adventista. Y luego de respetar sus días sábados EsSalud lo programa justamente un sábado. Desde mi punto de vista, la decisión empresarial entra en conflicto con la libertad de conciencia y de religión. La sentencia es interesante, porque el Tribunal Constitucional no entra a hacer un análisis de si efectivamente este señor entró a EsSalud con un horario o con una jornada especificada y si el cambio al sábado fue una modificación sustancial o no, o si simplemente este supuesto era de un horario flexible e itinerante donde yo como EsSalud podría trasladar al trabajador y cambiarle su horario rotativamente o de la manera que yo especifique. No analiza el supuesto de hecho como para calificar si estamos ante una modificación no sustancial o sustancial. Si fuera flexible y el empleador puede hacerlo como por ejemplo, los centros móviles o itinerantes, el poder de dirección sería lícito y podría entrar en conflicto con la libertad de conciencia y de religión, por ejemplo en ese caso si aceptamos que el poder de dirección puede ser lícito porque precisamente es un contrato él se comprometió a que podría rotar. Entraríamos a hacer un análisis nuevamente del test de proporcionalidad, la ponderación. Tomar una medida de que este trabajador tenga que ir a trabajar los sábados sería idóneo para cumplir el objetivo de que todos deban rotar, seguramente sí, pero ¿es necesario? ¿o sea hemos evaluado si algún otro trabajador le interesa por ejemplo ir a trabajar los sábados y que permitiría que se adapte ya el horario y no se le perjudique a este trabajador?, entonces nuevamente todo va a depender de que si el poder de dirección lo consideramos lícito o si lo consideramos ilícito desde lo que hemos venido comentando.

## 2. Poder de control

Hemos hablado del poder de organización, ahora vamos a ver lo que ocurre en el poder de control o de fiscalización.

En una sala cuna se instalan cámaras de vigilancia para saber en cada momento qué pasa con los niños por un tema de seguridad *versus* a un derecho a la intimidad que puedan tener los trabajadores al momento de desarrollar su prestación. En principio, las cámaras no están evaluando la prestación de las obligaciones de trabajo que están pactadas en el contrato, porque lo que me están diciendo es que las cámaras van a servir para darle seguridad a los niños. Aquí, desde mi punto de vista, sí sería aceptable que se pongan las cámaras porque parte del núcleo de la identidad de esta empresa es cuidar niños y le tienen que dar seguridad a los niños y a los padres, entonces no sería descabellado que se pongan ciertas cámaras de seguridad que permitan evaluar este tema de seguridad. Ahora, si nuevamente utilizo esas cámaras de seguridad para evaluar las propias labores del trabajador

me parecería que entran ya a la esfera de la intimidad, salvo que les avisen y que les digan con anticipación que van a haber estas cámaras evaluando tus obligaciones laborales. Volvemos al tema ¿en todos los casos el empleador debe poner cámaras para poder vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores? Yo creo que no, que en determinados casos cuando hay necesidades específicas, podríamos aceptarlo, pero nuevamente entramos en un juicio de razonabilidad por ejemplo en un banco yo podría poner cámaras justamente en el lugar donde están los cajeros. Claro, la seguridad que quiere tener el banco de que estas personas realicen sus obligaciones laborales de manera diligente es mayor a que si fuera por ejemplo un profesor universitario que tiene su oficina y que le quieran poner una cámara dentro de la misma. En principio, no habría una motivación ni una razón específica para poderlo hacer. El Dr. Blancas dice que si vamos a aceptar que por ejemplo se van a poner cámaras para fiscalizar el cumplimiento de las labores de estos trabajadores, en buena hora es una decisión que se está tomando, pero hay ciertos espacios que tendrán que salir de esa lógica, por ejemplo los baños no podrían contener cámaras porque la lógica de la cámara tendría que ser precisamente las obligaciones laborales. También habría que por ejemplo apagar las cámaras en los horarios de refrigerios o si hay una sala en donde ellos toman sus alimentos, no podría haber una cámara de vigilancia porque eventualmente tenemos que cumplir con la idoneidad y con la necesidad. La idoneidad supone preguntarnos si la decisión del empleador de poner la cámara que ya está afectando un derecho de intimidad va a ser idónea para cumplir el objetivo que se está poniendo y si ese objetivo tiene una razón de ser de importancia, de relevancia. De modo que si no existe este objetivo idóneo ahí sí la decisión empresarial sería ilícita.

Otro caso. El Tribunal Constitucional por ejemplo también lo vio. Un trabajador tiene una cuenta de correo personal y su empleador ingresa a este correo desde la computadora de la empresa. Este tema también ha sido bastante discutido y parece muy razonable que si es una cuenta personal del trabajador, el empleador solamente puede entrar a ella con mandato judicial. Sin embargo, qué pasa si el empleador quiere poner dispositivos para enterarse cuántas horas está trabajando el trabajador y cuántas horas está viendo su correo electrónico, sinceramente habría que ir viendo cada caso por caso, pero por ejemplo si queremos ir desarrollando un poco la idea, hoy día hay dispositivos que permitirían al empleador ver cuántas veces está entrando a páginas de correo electrónico sin necesidad de que el empleador se entere de su contenido, o sea que marque la lógica de cuánto tiempo, porque eso sí está dentro del marco empresarial. El empleador puede saber si su trabajador está o no trabajando, pues lo fiscaliza y parte de la fiscalización puede estar en una lógica de este tipo, pero no en todos los casos

va a haber un conflicto con el secreto de las comunicaciones. Imaginemos, ¿qué pasaría si el correo electrónico es un correo que lo está dando mi empleador (correo del trabajo)?, claro ahí me lo está dando para que trabaje y si yo utilizo ese correo para cuestiones personales definitivamente yo soy el que estoy disponiendo de mi derecho a la intimidad y, además, estaría disponiendo de mi secreto de las comunicaciones, entonces si es el correo de la empresa, ¿puede el empleador entrar a evaluar ese correo? En principio, entendemos que debería haber solamente correos propios del trabajo y que esa lógica le permitiría al empleador ingresar, nuevamente aun cuando sea la cuenta ¿el empleador tendría que entrar a ver los correos que está mandando este trabajador? Personalmente, creo que no porque no sería idóneo para cumplir su objetivo de fiscalizar las obligaciones laborales o sea qué le suma o qué le resta el hecho de que entre al correo del trabajador.

### 3. Poder sancionador

Y para terminar esta parte, un trabajador que atiende al público cliente se convierte en cristiano por lo que lleva una cruz de oro bastante grande en el pecho, el empleador le pide tres veces que se la quite y al no hacer caso lo despi-de. Estos son los casos que ahora también se están dando, por ejemplo, en Europa con la migración de musulmanes o de otras religiones que cuando llegan firman los contratos y luego dicen “profeso tal o cual religión que me impide cumplir esta decisión empresarial”. ¿Hasta dónde las creencias o libertades religiosas pueden terminar condicionando la misma organización de empresa? O sea imagínense ustedes que el día de mañana llegue una ola de trabajadores que profesan una religión distinta y desbaratan toda la organización empresarial misma. Los empleadores no podrían imponer ni siquiera los uniformes, más aún si hay servicios que sí necesitan ser uniformados o sea imaginemos los mozos de un restaurante. Los trabajadores de banco que van con terno con corbata y que sería muy difícil pensar que por una lógica de creencias religiosas podamos ponerle un límite al empleador, claro aquí habría que ver hasta dónde una persona que se aparece con una cruz de oro grande en el pecho, tiene también derecho a la imagen y un derecho a la apariencia exterior y a su libertad religiosa. En principio, no afectaría sus obligaciones contractuales porque él seguiría atendiendo al público seguramente de la misma manera. Los contextos ahí ayudarían también a hacer el juicio ponderación en función de lo que hay o sea no es lo mismo que de repente se vaya a un país musulmán y que tienen otra concepción y que de repente puedan haber problemas del público contra este trabajador. Lo más probable es que en un país como el nuestro nos podrá parecer un poco fuera de lo común, excéntrico, pero nadie tendría una reacción por ejemplo violenta contra esta persona. De otra parte, habría que ver si la empresa tiene una identidad determinada también como para

poder exigir que esta persona se quite la cruz, porque si es una empresa ideológica también podría decirnos “te quitas la cruz porque mi identidad nuclear en este caso te exigiría como parte del poder de dirección esa situación”. Entonces, claro, nuevamente entramos en una lógica de discusión y de condiciones muy concretas o sea sería muy difícil dar una respuesta de la ponderación en abstracto. Yo no podría decir en este caso siempre el empleador está en lo correcto porque lo despidió. Podrían haber casos en que no esté en lo correcto y podrían haber casos en que pueda estar dentro de lo correcto, porque el empleador está también salvaguardando la libertad de empresa y otros valores empresariales.

#### **4. Buena reputación empresarial y derechos fundamentales del trabajador**

Entonces poder de organización, poder de control y poder sancionador se concentran en una lógica en donde los límites en los que termina el poder de dirección lícito y donde empieza el derecho fundamental del trabajador son muy movibles, muy flexibles y donde va a pesar mucho la situación del caso por caso. Es decir, de cuándo el poder de dirección va a ser ilícito y, por lo tanto, ya no entra en conflicto con el derecho fundamental.

Hasta ahora nos hemos centrado en los supuestos donde el poder de dirección nace de la libertad de empresa porque nace del contrato o nace de la identidad de la empresa, pero que pasa, por ejemplo, en casos donde ya no invoco el poder de dirección o la libertad de empresa sino la buena reputación de la empresa o el derecho al honor de la empresa. Estas ya son situaciones extralaborales pero que también juegan en una lógica de poner límites a los derechos de los trabajadores:

- a) El honor en términos generales es según Pérez Rollo una imagen ética o espiritual que uno tiene de sí mismo. Muy diferente del derecho a imagen o apariencia que más sería un tema físico.
- b) La buena reputación es la imagen ética o espiritual que los demás tienen de uno. O sea, mientras el honor es un tema interno, personal, la buena reputación vendría sobre la visión que tienen desde fuera de la persona.

Es evidente que las personas jurídicas no pueden tener derecho al honor porque no tienen conciencia ni moralidad, pero las personas jurídicas sí podrían tener buena reputación. Eso ha sido ya también bastante zanjado en la jurisprudencia de que el honor, la imagen son derechos más de la persona natural y la buena reputación es un derecho de las personas físicas y también de las personas jurídicas.

De esta forma, entonces por ejemplo un trabajador insulta al empleador y le acusa de pagar coimas a funcionarios del Ministerio, aquí juega la lógica del poder de sanción que tiene el empresario y entra en conflicto con la libertad de expresión que pueda tener el trabajador. Como ciudadano, habrá que ver si eso fue hecho en un medio de amplia difusión: la radio, la televisión; si fue por escrito o fue verbal, pero lo que sí debe quedar claro que todo tono vejatorio e insultante hacia la figura del empleador o sea como persona natural no puede estar protegido por la libertad de expresión. Es más estaríamos frente a una falta grave. Hagamos una distinción, cuando el trabajador en uso de su libertad de expresión se dirige contra el empleador, persona natural, o se dirige contra la empresa; son dos cosas distintas, el empleador si tendrá honor y si es que eventualmente hay un tono ofensivo, definitivamente eso ya lo ha zanjado el legislador en su test de ponderación y ha dicho esto es una falta grave y la gravedad la voy a analizar en cada caso concreto o sea un insulto entre comillas podría ser muy grave en una determinada situación y menos grave en otra. Pérez Rollo dice también que, por ejemplo, los hechos que sean verdaderos y no tienen ánimo de injuriar al empleador, en principio no tendrían porqué entrar en un ámbito ilícito de la libertad de expresión. Si yo no insulto a mi empleador pero digo que hay cosas que está haciendo mal, eso en principio estaría protegido dentro del ámbito de la libertad de expresión y hay un ánimo de informar no hay un ánimo de querer perjudicar al empleador; un segundo caso, un dirigente sindical acude a un programa radial para denunciar la represalias empresariales contra su persona, los malos manejos económicos, el incumplimiento de resoluciones administrativas y judiciales, este también es un caso del Tribunal Constitucional y se contrapone la libertad de expresión nuevamente. Aquí yo ya no estoy dirigiéndome al empleador como persona física, no lo estoy ofendiendo, no le estoy diciendo nada, sino me estoy dirigiendo contra la empresa y la empresa puede tener una buena reputación, pero nuevamente aquí para analizar la buena reputación de una organización empresarial creo que deberíamos acudir a este tema de la identidad o sea qué es importante para la empresa, no es que cualquier cosa pueda ya causarle una afectación a su buena reputación. Por ejemplo, si es un club de fútbol y uno de los trabajadores eventualmente denuncia que los futbolistas se van todos los días de “parranda” y que también los dirigentes lo hacen, claro un club de fútbol tiene una imagen que proteger hacia la sociedad, una reputación hacia la sociedad de vida saludable, con lo cual la afectación que le podría estar causando pueda ser mayor a que si fuera otro tipo de actividad.

Otro caso, una empresa de cuidados personales de venta de artículos de belleza podría decirle a su trabajador que tienes que expresarte de esta manera, tienes que expresarte de esta otra manera o tu cuidado personal tiene que ser acorde

a los productos (no se pueden vender productos de belleza sin respetar por el vendedor normas mínimas de pulcritud). Estos comportamientos los pide el empleador como parte del núcleo de identidad de la empresa.

Otro caso para ir terminando. Un futbolista sale a dar declaraciones radiales y televisivas a favor del Movadef. Se dio un caso en España que un futbolista después de un partido sale a dar declaraciones, era un catalán que declaraba a favor de la independencia catalana. Aquí, por ejemplo, nuevamente nos plantamos el tema. Son actividades extracontractuales o sea aquí nadie puede pensar que está ejecutando su contrato y que lo está ejecutando mal o bien, y menos habría que preguntarse hasta dónde llega el poder de dirección. El poder de dirección llega hasta el objeto del contrato no puede llegar a estas actividades extra-laborales, pero claro hay algo que se le denomina también buena reputación del club y libertad de expresión; ahora habrá que analizar que tanto puede afectar o lesionar la buena reputación del club. Por ejemplo, habría que tomar en cuenta si las declaraciones fueron hechas con uniforme o sin uniforme porque luego si se sacó el uniforme y se fue a una plaza a hacer las declaraciones no tendría por qué enjuiciarse una actividad que ya está ejerciendo fuera del ámbito, pero si claro lo hace con el uniforme y hace estas declaraciones puede tener una connotación que agravia la buena reputación. Otro criterio objetivo para hacer la comparación sería la notoriedad del futbolista o sea no es lo mismo que sea un futbolista sin mayor notoriedad a que sea Messi. En realidad, la notoriedad hace que por ejemplo Messi así esté con ropa de calle todo el mundo va a saber que es un jugador del Barcelona y que, en efecto, eso puede agraviar y que además la imagen de Messi con el Barcelona están muy arraigadas. Con lo cual, habría que ver cada caso en concreto hasta dónde puede llegar un tema de ese calibre.

# RELACIONES LABORALES E IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

ENRIQUE CABERO MORÁN<sup>(1)</sup>

## I. IGUALDAD, TRABAJO E INDEPENDENCIA

---

La incorporación de las mujeres a la prestación de trabajo por cuenta ajena, también al trabajo autónomo, a la función pública o al empresariado en general, dispone de singular relevancia en materia de igualdad y no discriminación desde varias perspectivas:

- La dignidad y el desarrollo de la personalidad, así como, por consiguiente, de la base imprescindible para el ejercicio de los derechos que nacen de la misma.
- La consecución de autonomía económica gracias a la percepción de retribuciones (salarios, sueldos, beneficios) y, con ello, de libertad e independencia, adquiriendo una posición firme para la satisfacción de sus necesidades y la tutela de sus derechos e intereses económicos, sociales, culturales, etc.
- La ocupación de posiciones óptimas para “empoderarse”, es decir, para penetrar en los núcleos o centros en los que se adoptan las principales decisiones en las empresas y las administraciones. La realidad

---

(1) Universidad de Salamanca.

demuestra que sin actividad laboral, empresarial o profesional deviene prácticamente imposible el acceso a estos órganos o espacios de gobierno.

Precisamente por esta relevancia, o tal vez como consecuencia de la misma, el marco de las relaciones laborales, entendido en sentido amplio, se caracteriza históricamente y en el presente por propiciar u ocultar algunos de los más graves comportamientos discriminatorios para con las mujeres. Desde el acceso al mercado de trabajo, al empleo, hasta la adopción de las decisiones relativas a la extinción del contrato de trabajo, se suceden las situaciones de desventaja y exclusión. Así, a pesar de los avances producidos, se detectan con facilidad conductas y restricciones que pasan por el encasillamiento profesional, la ignorancia dolosa de las aptitudes y la formación, el menoscabo de las condiciones de trabajo y los recortes salariales, la obstaculización de la promoción, la vinculación en exclusiva de la mujer a las tareas familiares (quedando desvirtuadas y debilitadas las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral), la ridiculización de la maternidad y su protección (y, más recientemente, de la paternidad y la suya), el desprecio por la seguridad y la salud laboral de las mujeres (hasta con exclusión de la evaluación de los riesgos laborales o profesionales específicos), el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, la búsqueda de mecanismos para eludir la represión de los actos discriminatorios (afortunadamente la definición del concepto de discriminación indirecta limitará este tipo de prácticas; véanse la sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, del 15 de enero<sup>(2)</sup>, y el artículo 6 de la citada Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo<sup>(3)</sup>).

---

(2) “La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo ha sido acogida por la doctrina del Tribunal Constitucional. La STC 240/1999, de 20 de diciembre (f. j. 6), recuerda y resume esta doctrina, señalando que ‘este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el artículo 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no solo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996, f. j. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991, 286/1994 y 147/1995)’.

Debe notarse que, como ha destacado este Tribunal, al igual que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en numerosas resoluciones, cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el artículo 14 CE, no resulta necesario aportar en todo caso un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos casos lo que se compara ‘no son los individuos’, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el artículo 14 CE, en nuestro caso las mujeres” (del fundamento jurídico 3).

(3) Artículo 6. Discriminación directa e indirecta.

Esta aparente paradoja que describe la relación entre igualdad y trabajo retribuido o, en fin, la conclusión indiscutida de que sin este se convierte en imposible la igualdad real y efectiva de las mujeres y de que en pocas facetas de la vida se dan con tanta frecuencia decisiones y comportamientos discriminatorios, ha sido tenida en cuenta con atención y solvencia por la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en lo sucesivo, LOI). Por ello, buena parte de sus preceptos dan respuesta a las agresiones que padece o puede padecer el derecho de igualdad en las relaciones laborales, tanto específica como inespecíficamente, hasta dispone de un título IV que responde al rótulo de “El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades”. Asimismo, al menos dieciséis de las veintisiete normas con rango de ley que se modifican se refieren a la regulación de la prestación de trabajo y de servicios por trabajadoras por cuenta ajena y funcionarias, así como a previsiones concordantes en materia de seguridad social<sup>(4)</sup>.

- 
1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
  2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.
  3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo.
- (4) Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 50/1981, del 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo; Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales; Texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril; Texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, del 4 de agosto; Real Decreto-Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento; Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; Ley 56/2003, del 16 de diciembre, de Empleo; Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, del 20 de junio; Ley 30/1984, del 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; Ley 17/1999, del 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, del 7 de febrero; Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud; Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2000, del 23 de junio, y Ley 42/1999, del 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.

## II. LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES EN EL MARCO DE LAS RELACIONES LABORALES

---

### 1. Modelo y método

La LOI, como acaba de indicarse, dedica una especial atención a la consecución y la tutela de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el marco de las relaciones laborales. Disponen de especial relevancia en el ámbito de la prestación de trabajo por cuenta ajena las previsiones, derechos, valores, principios y conceptos que, con carácter general y horizontal, proclama o expresa su título preliminar (el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, la determinación de las consecuencias y efectos de las conductas discriminatorias, la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas, las nociones ya citadas de discriminación directa e indirecta, las cuidadas y necesarias definiciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo, la discriminación por embarazo o maternidad, la plena legitimación de las acciones positivas, la garantía de indemnidad frente a las represalias por la presentación de una queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso para impedir la discriminación y lograr el cumplimiento efectivo del principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como el reforzamiento, también en el seno del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, de los cauces y técnicas procesales para la tutela del derecho a la igualdad). Hasta entre estos preceptos iniciales se halla uno que remite directamente a las relaciones laborales al reconocer el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el empleo privado y en el público, “en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas” (art. 5, primer párrafo de la LOI).

Con todo, y con independencia de la reforma concordante de las leyes mencionadas en el apartado anterior para la búsqueda de la igualdad efectiva en las relaciones laborales y en las funcionariales, la LOI dedica, como se ha anunciado más arriba, el Título IV al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades. Aborda la promoción y la garantía de la igualdad efectiva desde el momento previo a la contratación hasta la extinción del contrato de trabajo, en su caso, pasando naturalmente por las condiciones de trabajo. Opta el legislador por fijar y reconocer principios y derechos que requieren un desarrollo completo y pormenorizado en la legislación laboral y de seguridad social, de ahí las numerosas modificaciones

aprobadas. Sobresalen, en este sentido, por su relevancia e intensidad las introducidas en el Estatuto de los Trabajadores (ET, la disposición adicional décimo primera de la LOI modifica trece artículos y añade un artículo y dos disposiciones adicionales), la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, la disposición adicional decimoctava de la LOI modifica diecisiete artículos y cinco disposiciones adicionales y añade cinco artículos y la disposición adicional cuadragésima cuarta), la Ley de Procedimiento Laboral (LPL, la disposición adicional decimotercera LOI modifica siete artículos), la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Lisos, la disposición adicional decimocuarta de la LOI modifica tres artículos<sup>(5)</sup> y añade uno<sup>(6)</sup>) y la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL, la disposición adicional duodécima de la LOI modifica dos artículos).

Entre los derechos y principios contemplados y las categorías definidas en el título IV se encuentran los programas de mejora de la empleabilidad de la mujer (art. 42 de la LOI), la promoción de la igualdad en la negociación colectiva (art. 43 de la LOI), los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 44 de la LOI), los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad (arts. 45 a 47 y 49 LOI) y, singularmente, las medidas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo (art. 48 de la LOI), así como el distintivo empresarial en materia de igualdad (art. 50 de la LOI)<sup>(7)</sup>.

- 
- (5) Se tipifican como infracción grave en materia de relaciones laborales “no cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación” (nuevo apartado 13 del art. 7 LISOS) y como infracciones muy graves “las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad o discapacidad o favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa o lengua dentro del Estado español, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”, “el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual y el acoso por razón de sexo, cuando se produzcan dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial, cualquiera que sea el sujeto activo del mismo, siempre que, conocido por el empresario, este no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo” y “no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley” (nuevos apartados 12, 13 bis y 17 LISOS). Se modifica, asimismo, el artículo 46 LISOS, relativo a la sanciones accesorias, para incorpora la necesaria referencia al nuevo artículo 46 bis (apartado 3 de la disposición adicional decimocuarta LOI).
- (6) El nuevo artículo de la LISOS es el 46 bis, “Responsabilidades empresariales específicas”, que dota de contenido a la igualmente nueva Subsección tercera bis del capítulo IV, titulada “Responsabilidades en materia de igualdad”.
- (7) Artículo 50. Distintivo para las empresas en materia de igualdad.
1. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial

La prestación de trabajo o de servicios por los empleados públicos cuenta, asimismo, con referencias y soluciones normativas pensadas ad hoc. Los empleados públicos que tienen la consideración de trabajadores por cuenta ajena se rigen con carácter general, salvo cuando alguna disposición específica prevea lo contrario, por la legislación laboral. Las novedades incorporadas en este campo por la LOI consiguientemente despliegan sus efectos en las administraciones públicas. Mas el legislador no se limita a regular esta materia solo para el personal laboral, sino que la trata con ánimo de exhaustividad e introduce novedades sustanciales respecto de los funcionarios directamente en la LOI y mediante las reformas que esta efectúa en las correspondientes normas con rango de ley, también las dedicadas a los funcionarios militares (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud y Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil).

El legislador en materia de funcionarios sigue el mismo método que con la legislación laboral. Fija, por tanto, los derechos, principios y categorías en el título V LOI, al que rotula “El principio de igualdad en el empleo público” y que estructura en cinco capítulos: “Criterios de actuación de las administraciones públicas”<sup>(8)</sup>, “El principio de presencia equilibrada en la Administración General

---

de la empresa y con fines publicitarios.

2. Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados.
  3. Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas.
  4. Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.
  5. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo.
- (8) Artículo 51. Criterios de actuación de las administraciones públicas.  
Las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, deberán:
- a) Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación

del Estado y en los organismos públicos vinculados y dependientes de ella”, “Medidas de igualdad en el empleo para la Administración General del Estado y para los organismos públicos vinculados o dependientes de ella”, “Fuerzas Armadas” y “Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado”. Posteriormente, la Ley 7/2007, del 12 de abril, del Estatuto del Empleado Público (EEP), ha venido a insistir y desarrollar las previsiones de Título V de la LOI. Ha de llamarse la atención, por ejemplo, sobre el contenido de la disposición adicional octava EEP, que adapta la doble fórmula inicialmente diseñada para la legislación laboral (medidas para la igualdad/planes de igualdad), que protagoniza el siguiente apartado, para su obligada aplicación en las administraciones para todos los empleados públicos<sup>(9)</sup>.

## 2. Planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad en las empresas

Sobresalen entre las novedosas aportaciones que realiza la LOI en el ámbito de las relaciones laborales la definición de los planes de igualdad y de otras medidas de promoción de la igualdad en las empresas y de sus regímenes jurídicos. Puesto que otro de los estudios de este libro aborda con detalle el análisis de estas figuras, seguidamente se efectúa solo un breve repaso de las mismas.

El capítulo III del Título IV de la LOI se dedica a “Los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad” (arts. 45 a 49). No debe olvidarse, asimismo, que el artículo 43 de la LOI afirma, por su parte, que: “De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de

---

con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional.

- b) Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.
  - c) Fomentar la formación en igualdad, tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional.
  - d) Promover la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de selección y valoración.
  - e) Establecer medidas efectivas de protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.
  - f) Establecer medidas efectivas para eliminar cualquier discriminación retributiva, directa o indirecta, por razón de sexo.
  - g) Evaluar periódicamente la efectividad del principio de igualdad en sus respectivos ámbitos de actuación.
- (9) 1. Las administraciones públicas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres.  
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, las administraciones públicas deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad a desarrollar en el convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario que sea aplicable, en los términos previstos en el mismo.

las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”<sup>(10)</sup>.

Este modelo, que cambia institucionalmente la posición de la empresa y del empresario respecto del derecho de igualdad y su ejercicio, promoción y tutela en la relación de trabajo, reposa conceptualmente en dos nociones: las medidas de promoción de la igualdad en las empresas y los planes de igualdad de las empresas. Veamos:

- a) Todas las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. Estas medidas habrán de negociarlas y, en su caso, acordarlas con los representantes de los trabajadores en la forma que determine la legislación laboral (art. 45.1 de la LOI).
- b) Las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, en cumplimiento de lo indicado en el apartado anterior, elaborarán y aplicarán un plan de igualdad (art. 45.2 de la LOI). Se entiende por un plan de igualdad de la empresa “un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a la eliminar la discriminación por razón de sexo” (art. 46.1, párrafo primero, LOI)<sup>(11)</sup>. Se previene además que “los planes de igualdad incluirán la totalidad de una empresa, sin perjuicio del establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo” (art. 46.3 de la LOI)<sup>(12)</sup>.
- c) Las empresas elaborarán y aplicarán un plan de igualdad, sea cual fuere su dimensión, cuando así se establezca en el convenio colectivo

---

(10) Enlaza directamente con este artículo el nuevo apartado 4 del artículo 17 ET. Téngase presente el también nuevo apartado 5 del art. 17 ET, que señala: “El establecimiento de planes de igualdad en las empresas se ajustará a lo dispuesto en esta ley [ET] y en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

(11) El párrafo segundo del artículo 46.1 LOI añade que “Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”. Véase también el artículo 46.2 de la LOI.

(12) Cfr. los apartados 1 y 2 del artículo 85 ET, redactados por los apartados diecisiete y dieciocho de la disposición adicional décimo primera de la LOI, repásense las nuevas previsiones sobre los planes de igualdad y la negociación colectiva y repárese en sus posibles consecuencias en el deber de negociar y en el contenido mínimo de los convenios colectivos.

que les sea aplicable (art. 45.3 de la LOI). También deberán hacerlo, “previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores, cuando la autoridad laboral hubiera acordado en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijan en el indicado acuerdo” (art. 45.4 de la LOI).

- d) Siempre cabe naturalmente la elaboración y la implantación voluntarias de un plan de igualdad, previa consulta con la representación legal de los trabajadores (art. 45.5 de la LOI).

### 3. Acceso al empleo en igualdad

En el acceso al empleo se manifiestan hasta tres facetas con riesgo cierto de concurrencia de actos o conductas discriminatorios, lesivos, por consiguiente, del derecho fundamental de igualdad y de su dimensión específicamente laboral. La primera versa sobre la adquisición de un grado suficiente de empleabilidad, aquel que propicia la igualdad de oportunidades para que el trabajador pueda ser seleccionado y contratado por el empleador. La empleabilidad está relacionada con la formación general y concreta para el ejercicio de una profesión y el desempeño de un puesto de trabajo. Se halla entre los instrumentos técnicos vinculados a la satisfacción del derecho constitucional a la libre elección de profesión u oficio. Por eso, se une a la empleabilidad la actualización y formación continuas facilitadoras de la adaptación a los cambios en la prestación del trabajo y en las características del puesto y desemboca, en consecuencia, en la propia permanencia en la empresa, así como, llegado el caso, en la promoción profesional. Establece el artículo 42.1 de la LOI que “Las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Para ello, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo”.

La segunda faceta se refiere a los acuerdos que conducen a la selección y a la contratación del trabajador o de la trabajadora. Desde la confección de la oferta hasta la última de las decisiones previas a la incorporación se mueven en territorios delicados para la garantía de la igualdad. La preocupación del legislador al respecto queda plasmada inequívocamente en el nuevo artículo 22 bis de la Ley 56/2003, del 16 de diciembre, de Empleo (LE), añadido por la disposición adicional decimoséptima de la LOI. Este nuevo precepto introduce un mandato a los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación. En la gestión de la intermediación laboral velarán “específicamente para

evitar la discriminación en el acceso al empleo” y comunicarán a los que hubiesen formulado la oferta de colocación, para su corrección o retirada, si aprecian que esta es discriminatoria (art. 22 bis.1 de la LE)<sup>(13)</sup>.

La tercera faceta incide en el concreto puesto de trabajo. No solamente se ha de cuidar la igualdad de trato y de oportunidades en la selección y la contratación en general, sino también desde su dimensión más concreta, esto es, el perfil y los contenidos de la dedicación de la persona contratada. Se presenta como una herramienta útil el destino prioritario de los programas de inserción laboral activa a determinados colectivos de mujeres o la contemplación en estos de una cuota (art. 42.2 de la LOI). Se prevé además, incluso en el acceso al empleo público y sin menoscabar los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución española), la adopción de medidas de acción positiva dirigidas a equilibrar la presencia de mujeres y hombres en aquellas actividades, profesiones u ocupaciones en las que se requiera, incluido el establecimiento de reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate<sup>(14)</sup>. En la Administración General del Estado se realizará a partir de la entrada en vigor de la LOI una evaluación sobre la igualdad en el empleo público. Con tal fin, al menos anualmente, los ministerios y sus organismos públicos informarán al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y al de administraciones públicas de la “aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de

---

(13) Según el artículo 22 bis.2 de la LOI, “en particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar. En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”.

(14) Véanse, entre otros, el nuevo apartado 4 del artículo 17 del ET (“Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate”), el artículo 43 de la LOI (“De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”) y el artículo 55 de esta misma ley (“La aprobación de convocatorias de pruebas selectivas para el acceso al empleo público deberá acompañarse de un informe de impacto de género, salvo en casos de urgencia y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo”).

los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal” (art. 63 de la LOI).

### III. RETRIBUCIÓN Y CONDICIONES DE TRABAJO EN IGUALDAD

#### 1. Aspectos generales

La preocupación por la existencia de actos y comportamientos discriminatorios en las relaciones laborales y singularmente a la hora de fijar y aplicar las retribuciones salariales y las condiciones de trabajo en general se mantiene con distintos grados y metas desde la etapa constituyente. No extraña, así las cosas, que el artículo 35 de la Constitución española, a pesar de la proclamación del derecho fundamental a la igualdad en el artículo 14 y del tenor de la llamada cláusula de Estado social y democrático de Derecho del artículo 9.2, inserte el inciso final “sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo” en el reconocimiento del derecho “a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades [las del trabajador o la trabajadora] y las de su familia”. Tampoco sorprende, en fin, que el Estatuto de los Trabajadores desde su primera redacción, modificada para reforzar progresivamente el derecho de igualdad<sup>(15)</sup> y varios extremos derivados de este que han resultado definidos o redefinidos por la LOI<sup>(16)</sup>, introdujese los derechos de los trabajadores en la relación laboral a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo o una vez empleados por razón de sexo (art. 4.2.c del ET) y al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo (art. 4.2.e del ET), o que, por ejemplo y entre otros supuestos, se insista en la prohibición de la discriminación por razón de sexo a la hora de determinar las categorías o los grupos profesionales (art. 22.4 del ET), de fijar los criterios para los ascensos (art. 24.2 del ET) o de señalar los elementos, las condiciones y las cuantías del salario (art. 28 del ET), se califiquen como nulos los despidos discriminatorios (arts. 53.4 y 55.5 del ET) y se entiendan nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan discriminaciones directas o indirectas por circunstancias de sexo (art. 17.1 ET)<sup>(17)</sup>.

(15) Cfr. el artículo 37.1 de la Ley 62/2003, del 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

(16) Apartado uno de la disposición adicional décimo primera de la LOI.

(17) Dada la importancia de estas materias, el artículo 43 de la LOI establece, como ya se ha recordado

Procede ahora, sin embargo, tras la entrada en vigor de la LOI, la adopción de decisiones para diferenciar en materia de prevención de riesgos laborales entre trabajadores y trabajadoras, siguiendo las pautas que se siguen en materia de salud con carácter general para lograr la debida atención sanitaria de las mujeres<sup>(18)</sup>. Constituye una novedad notable, con evidente repercusión práctica, la previsión del recién estrenado apartado 4 del artículo 5 de la LPRL, que establece cómo las “Administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores”.

Debe subrayarse, finalmente, la atribución de nuevas funciones en materia de igualdad a los órganos de representación unitaria de los trabajadores en el centro de trabajo (art. 64.1 del ET). Los delegados de personal y los comités de empresa vigilarán el respeto y la aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (art. 64.1.9.c del ET), así como colaborarán con la dirección de la empresa en el establecimiento y puesta en marcha de medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores (art. 64.1.13 del ET). Asimismo, tendrán “derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo” (art. 64.1.1 del ET).

---

en otro apartado, para la promoción de la igualdad en la negociación colectiva, que: “De acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”. El artículo 46.2 de la LOI ofrece a su vez las siguientes indicaciones para la elaboración de los planes de igualdad de las empresas: “Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”.

(18) Véanse las disposiciones adicionales octava y novena de la LOI y las modificaciones que, en este sentido, realizan en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

## 2. Conciliación de la vida personal, familiar y laboral

Los objetivos marcados por el Derecho de la Unión Europea y el español interno cuando se acuñaron la denominación y el concepto de conciliación de la vida familiar y laboral, o más recientemente de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, requerían una revisión que permitiese suprimir las adiciones y las interpretaciones desafortunadas que los han adulterado y desviado. Y es que, si bien la figura surge como consecuencia de la política de igualdad efectiva de mujeres y hombres, no se está ante una institución jurídica, de gran calado social y político, que únicamente se refiere o ha de afectar a las mujeres y su actividad de prestación de trabajo o de servicios por cuenta propia o ajena.

Recuerda bien y oportunamente el artículo 44.1 de la LOI que “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”<sup>(19)</sup>. En efecto, los derechos de conciliación lo son de trabajadores y trabajadoras, porque las responsabilidades familiares corresponden por igual a los hombres y a las mujeres. Cierto es que por la arbitraria e injusta distribución histórica de papeles en la familia, en la pareja, y por el acceso normalizado (relativamente, por los problemas de discriminación que persisten y se repasan en estas páginas) de las mujeres al mercado de trabajo, estos derechos principalmente se ejercen, aún con dificultades notables, por las trabajadoras. Ha llegado el momento de corregir las confusiones más o menos interesadas a las que ha llevado una aplicación machista y poco cuidadosa de esta institución. Sobresale por contribuir en cierta medida a este cambio de mentalidad el reconocimiento a los padres del derecho a un permiso y a una prestación por paternidad (art. 44.3 de la LOI). Buena parte de las modificaciones aprobadas en el ET y la LGSS, así como, en concordancia temática, en las leyes que regulan la prestación de servicios de los funcionarios y sus regímenes de seguridad social, devienen de la consolidación de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y de la profundización en la misma<sup>(20)</sup>. Las reformas introducidas por la LOI en la legislación laboral, funcional y de seguridad social mejoran el

(19) Véase nuevamente el artículo 46.2 de la LOI.

(20) Sirvan de ejemplo los siguientes preceptos modificados o añadidos por la LOI en el ET (arts. 34, 37, 38, 45, 46, 48, 48 bis, 53, 54 y 55 y la disposición adicional 17ª) y en la LGSS (arts. 38, 106, 124, 125, 133 bis a 133 decies, 134, 135, 135 bis, 135 ter, 172, 180, 211, 217 y 222 y las disposiciones adicionales 6ª a 8ª, 11ª, 11ª ter y 44ª), así como el elenco de normas con rango de ley reformadas en materia de función pública con soluciones análogas (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal; Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas; Ley de Funcionarios Civiles del Estado, aprobado por Decreto 315/1964, de 7 de febrero; Ley 55/2003, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud; Texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, aprobada por Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, y Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil).

marco normativo de la maternidad y otras circunstancias como el embarazo, riesgos durante el embarazo, lactancia, cuidado de hijos y de dependientes, además de situaciones unidas a la dimensión personal como la formación y la cualificación profesionales, los descansos y las vacaciones, la protección contra la violencia de género. Se prevén situaciones especialmente ideadas para estos y otros supuestos en el régimen jurídico de instituciones como la reducción y la reorganización del tiempo de trabajo, la jornada, las vacaciones, la suspensión del contrato de trabajo, la movilidad geográfica y el cambio de centro de trabajo o los despidos, que ven reforzada la regulación de su nulidad frente a la discriminación por razón de sexo y la lesión de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, tanto en el caso de los despidos por causas objetivas (arts. 53.4 del ET y 122.2 de la LPL), como en el de los despidos disciplinarios (arts. 55.5 del ET y 108.2 de la LPL).

#### IV. NOVEDADES PROCESALES EN MATERIA DE IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

---

La LOI recoge la consolidada doctrina constitucional sobre la tutela judicial del derecho de igualdad, que recibe un tratamiento idéntico al de los derechos fundamentales y libertades públicas o, quizá sea más preciso con independencia de la ubicación sistemática del artículo 14 de la Constitución española, del resto de los derechos fundamentales y libertades públicas. A este planteamiento responden los artículos 12 (tutela judicial efectiva)<sup>(21)</sup>, 13 (prueba)<sup>(22)</sup> y 9 (indemnidad frente a represalias)<sup>(23)</sup>. Se citan seguidamente algunas novedades procesales:

---

(21) Artículo 12. Tutela judicial efectiva.

1. Cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación.
2. La capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, sociales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas físicas y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos.
3. La persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo.

(22) Artículo 13. Prueba.

1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.  
A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.
2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales.

(23) Artículo 9. Indemnidad frente a represalias.

También se considerará discriminación por razón de sexo cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación por su parte de queja, recla-

- a) El artículo 181 LPL cuenta por obra de la LOI con un segundo párrafo que incorpora cambios acerca de la indemnización que señalará el órgano judicial, si hubiese discrepancia entre las partes, cuando por sentencia declare la existencia de vulneración del derecho de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales y de seguridad social. Este artículo forma parte de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical (arts. 175 a 182 LPL), que, con independencia de su denominación, supone realmente el procedimiento preferente y sumario previsto por el artículo 53.2 de la Constitución española para la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, incluido el derecho de igualdad, cuando la pretensión sea de las atribuidas al orden jurisdiccional social (arts. 175.1 y 181, párrafo primero, LPL). Será compatible esta indemnización “con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”<sup>(24)</sup>.
- b) Corresponde al orden jurisdiccional social el conocimiento de las discrepancias que se susciten entre empresarios y trabajadores por el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente a través del procedimiento regulado por el artículo 138 bis de la LPL.
- c) La Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) han sido modificadas respectivamente por las disposiciones adicionales quinta y sexta de la LOI para dotar de legitimación, aunque siempre con autorización de los afectados y sabedores de que en los litigios por acoso sexual y acoso por razón de sexo solo la persona acosada está legitimada, a los sindicatos y a las asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, para la defensa procesal de este derecho respecto de sus afiliados o asociados. Se dota de legitimación también a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de este tipo de ámbito estatal cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, sin perjuicio de su propia legitimación procesal (nuevos arts. 11 bis LEC y 19.1.i de la LJCA).

---

mación, denuncia, demanda o recurso, de cualquier tipo, destinados a impedir su discriminación y a exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

(24) Véase, asimismo, la nueva redacción del artículo 27.2 de la LPL.



# EL DESPIDO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO: EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

---

CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE<sup>(1)</sup>

---

## I. LOS ANTECEDENTES

---

A nuestro juicio la cabal comprensión del régimen actual de protección contra el despido injustificado hace necesario remontarse a los antecedentes normativos a través de los cuales se introdujeron en nuestro ordenamiento instituciones de tutela y reparación ante supuestos de extinción de la relación de trabajo que pudieran calificarse como abusivos, injustificados o arbitrarios.

### 1. La introducción legislativa de la estabilidad en el trabajo

#### 1.1. El Decreto Ley N° 18471

El derecho de estabilidad en el trabajo se introdujo por ministerio de la ley: el Decreto Ley N° 18471, promulgado el 10 de noviembre de 1970, instituyó un régimen de estabilidad laboral absoluta, invocando como su principal fundamento el “derecho al trabajo” proclamado en el artículo 23.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificada por la Resolución Legislativa N° 13282<sup>(2)</sup>. El ámbito de esta ley comprendió a los “trabajadores de la actividad privada y los

---

(1) Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) La Resolución Legislativa N° 13282 fue aprobada por el Congreso de la República el 9 de diciembre de 1959 y promulgada el 15 del mismo mes y año.

de las empresas públicas” (art. 1), configurándose, con ello, un régimen común o general de estabilidad laboral, que se mantuvo, con variantes en su contenido, bajo las leyes posteriores.

El derecho lo adquiría el trabajador, obrero o empleado, al cumplir el periodo de prueba de tres meses, tradicional en nuestra legislación laboral. Adquirida la estabilidad laboral, el trabajador no podía ser despedido sino por las causas señaladas en la ley: falta grave, reducción de personal por causas económicas o técnicas o por liquidación de la empresa. La falta grave estaba taxativamente enumerada en la ley (art. 2) y en el caso de considerar injustificado el despido el trabajador podía elegir entre dos posibles vías impugnatorias: la acción de reposición, destinada a lograr la preservación de la relación de trabajo, o la acción indemnizatoria, cuya pretensión era obtener una compensación económica equivalente a tres meses de remuneraciones, lo que implicaba aceptar el hecho del despido, pero no su justificación. La reposición, en caso de considerarse injustificado el despido y, por lo tanto, fundada la acción, era obligatoria y no cabía contra ella recurso ni oposición alguna del empleador.

La primera de estas acciones –reposición– se incoaba ante la autoridad administrativa de trabajo (Ministerio de Trabajo) y la segunda –indemnizatoria– ante el fuero privativo de trabajo, investido de la función jurisdiccional del Estado.

Igualmente procedía el despido debido a causas económicas, técnicas y caso fortuito o fuerza mayor, que hicieran necesaria la reducción del personal o, en caso de liquidación de la empresa, su despedida total. En estos supuestos se requería la previa autorización del Ministerio de Trabajo, a solicitud del empleador y luego de seguirse un procedimiento administrativo en cuyo desarrollo las partes podían conciliar sus puntos de vista y celebrar un acuerdo. El reglamento de la ley contemplaba, asimismo, que en estas situaciones las partes pudieran celebrar, en trato directo, convenios o pactos para evitar o disminuir la reducción de personal mediante la supresión o reducción de beneficios y condiciones de trabajo, los cuales debían ser aprobados por la autoridad de trabajo para su validez.

## 1.2. El Decreto Ley N° 22126

Luego de poco más de 7 años de vigencia, el D.L. N° 18471, que introdujo, por vía legislativa, el derecho de estabilidad laboral en el Perú, fue derogado y sustituido por el Decreto Ley N° 22126, vigente a partir del 21 de marzo de 1978.

La diferencia fundamental entre el régimen de estabilidad establecido por esta ley y el que ella modificó, radicó en la adquisición del derecho a la estabilidad laboral absoluta, la cual fue condicionada al cumplimiento de tres años de

servicios ininterrumpidos al mismo empleador (art. 2.b). Con ello, se creó un periodo adquisitivo de la estabilidad, intermedio entre el vencimiento del periodo de prueba, que se mantuvo en tres meses, y la adquisición de la estabilidad (en concreto 2 años y 9 meses) durante el cual el trabajador podía ser despedido sin causa justificada mediante un preaviso que el empleador debía cursarle noventa días antes de la fecha del cese. La omisión del preaviso, es decir el despido llamado “intempestivo”, daba derecho al trabajador a percibir una indemnización especial equivalente a la remuneración de dicho plazo (art. 28).

Se retornó, sin duda, durante aquel lapso –un verdadero “hinterland”, entre la finalización del periodo de prueba y la adquisición de la estabilidad laboral– al despido libre o ad nítum, carente de causa justificada, sujeto únicamente el preaviso que es una de aquellas “limitaciones laborales impropias” citadas por Plá y, ciertamente, una de las más simples y débiles de todas ellas. Ni siquiera podría calificarse esa etapa como de “estabilidad relativa”<sup>(3)</sup> pues esta supone, en todo caso, la exigencia de una causa para justificar el despido, aunque, la reparación del que se produce injustificadamente, no se efective mediante la reposición del trabajador sino con el pago de una indemnización.

El trabajador que cumplía tres años de servicios continuos adquiría el derecho de estabilidad laboral absoluto pues, en adelante, solo podía ser despedido por falta grave o al sobrevenir causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, a las que se refirió la ley como “situaciones excepcionales”. El D.L. empero, concedió el beneficio de la estabilidad absoluta, sin necesidad de tener el tiempo de servicios continuos exigido por ella, a los dirigentes sindicales, dejando a criterio de la autoridad administrativa de trabajo fijar el número de dirigentes que en cada nivel de organización sindical podía gozar de esa protección (art. 33).

La falta grave, al igual que en la ley anterior, quedó enumerada taxativamente, pero se amplió la lista de los actos del trabajador tipificados como infracción (art. 4). También se incluyó, modificando el reglamento de la Ley N° 4916 (art. 26), las faltas del empleador y los medios de reclamación ante los actos de hostilidad de éste y el llamado “despido indirecto”.

Mantuvo, dicha norma, el esquema de dos acciones distintas, una en la vía administrativa y la otra en la vía judicial, para que el trabajador recurriera contra el

---

(3) Hemos sostenido esa tesis en nuestro artículo “La Constitución de 1979 y el Derecho del Trabajo”, pero creemos que no es apropiado denominar “estabilidad relativa” a un sistema que reconoce la facultad discrecional del empleador para despedir sin causa. (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “La Constitución de 1979 y el Derecho al Trabajo”. En: *Derecho*. Núm. 36, Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1982, pp. 7-53).

despido injustificado, respetando su derecho a elegir ab initio cualquiera de ellas. La reposición conservó su carácter obligatorio y, para garantizar su cumplimiento, se tipificó la negativa del empleador a ejecutarla como delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, reprimible con pena de prisión no mayor de tres años.

La indemnización, para quien optara por esta, fue elevada de tres a doce remuneraciones mensuales, pero estableciendo un tope para el monto mensual de dicha remuneración, igual al entonces vigente para la compensación por tiempo de servicios, fijado en el D.L. N° 21396. Al efectuarse, por error de técnica legislativa, la remisión a dicha norma y no al régimen de ese beneficio (aplicable a los ingresados después del 11 de julio de 1962), la posterior elevación del tope de esa compensación (CTS) no tuvo el mismo efecto respecto de la indemnización por despido que, poco a poco, por efectos de la inflación, devino en una cantidad irrisoria, insuficiente para configurar una alternativa atrayente frente a la posibilidad de la reposición en el trabajo

Esta ley, también incorporó disposiciones destinadas a limitar el “trabajo no estable”, imponiendo a las empresas máximos para el número de trabajadores que podrían tener en periodo de prueba y en el régimen de “part-time” o jornada de trabajo inferior a 4 horas diarias.

Dentro del mismo concepto, prohibió la intermediación laboral, señalando que la prestación de servicios en una empresa no podía ser realizada por personal remunerado por entidad distinta y extraña al centro laboral, salvo el caso de empresas de servicios que tuvieran contrato con una empresa a la cual brindarían servicios de tipo complementario, con su propio personal. La ley no precisó, sin embargo, las sanciones y efectos laborales derivados de la violación de esta prohibición lo que, en la práctica, significó durante su vigencia una forma de evasión de la estabilidad laboral, a través de la contratación de empresas de servicios sin verdaderos requisitos de tales o que prestaban servicios en las actividades principales de la empresa usuaria.

El D.L. N° 22126, respetó el derecho adquirido a la estabilidad laboral de aquellos trabajadores que al entrar en vigencia esta norma hubieran superado el periodo de prueba, lo que constituía el requisito exigido por la derogada ley para gozar de ese derecho.

Al igual que ésta, el D.L. N° 22126 no reguló la situación de los trabajadores de confianza, los que, debido a la interpretación extensiva de la Ley de Sociedades Mercantiles hecha por los tribunales y autoridades administrativas, quedaron al margen del derecho de estabilidad en el trabajo.

## 2. La estabilidad en el trabajo como derecho constitucional y su desarrollo legal

### 2.1. El derecho constitucional a la estabilidad en el trabajo

El “derecho a la estabilidad en el trabajo” fue reconocido de modo expreso por el artículo 48 de la Constitución de 1979, ubicado en el Capítulo V “Del Trabajo” que, a su vez, formaba parte del Título I referente a los “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”. Este precepto señaló que: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”<sup>(4)</sup>.

Los Decretos Leyes N°s 18471 y 22126, que fueron, sucesivamente, las dos primeras leyes sobre estabilidad en el trabajo de nuestro ordenamiento laboral, no tuvieron fundamento en una norma supra legal a la cual ceñirse. En efecto, la estabilidad laboral ingresó al Derecho peruano del trabajo –como gran parte de las normas que lo integran– por acto del legislador<sup>(5)</sup>, sin que este viniera obligado o encuadrado por una disposición de jerarquía suprema, como las que integran la Constitución Política. En tal virtud, el modelo de estabilidad laboral establecido por vía legal, podía ser modificado sustancialmente, en su concepto y sistema de aplicación o, inclusive, suprimirse, siempre que tales cambios o supresión se hicieran mediante otra norma de igual jerarquía.

Por el contrario, al entrar en vigencia, a partir del 28 de julio de 1980 la Constitución de 1979, la situación adquirió, desde la perspectiva del Derecho, una connotación completamente distinta, al reconocer esta carta la “estabilidad en el trabajo” como derecho constitucional<sup>(6)</sup>. Reconocimiento este, que la ley fundamental no formuló en términos “programáticos”, de modo tal que se remitiera a la ley determinar el contenido concreto de aquel derecho, sino que el propio texto constitucional efectuó las definiciones y elementos básicos del mismo, configurando el contenido esencial que el constituyente quiso dar a dicha institución,

(4) Vid, al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE. “La Constitución de 1979 ...”. Ob. cit., p. 35 y ss.

(5) El cual, además, en el caso específico de las normas mencionadas, no fue el Congreso o Parlamento, que es titular del Poder Legislativo en los regímenes constitucionales, sino el denominado “Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada”, quien desde el golpe militar del 3 de octubre de 1968 hasta el 28 julio de 1980, ejerció, de facto, la función legislativa mediante “decretos leyes”.

(6) El artículo 48 de la Constitución de 1979 tuvo el siguiente texto: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

por lo que la actuación futura del legislador en este campo vino a quedar subordinada a los parámetros de la norma constitucional<sup>(7)</sup>.

## 2.2. El desarrollo legal del derecho constitucional: La Ley N° 24514

La entrada en vigencia de la Constitución de 1979, abrió, por consiguiente, un debate acerca de la constitucionalidad de la norma legal preconstitucional que se encontraba vigente: el D.L. N° 22126. De un lado se argumentó su compatibilidad con el artículo 48 de la –entonces– nueva Constitución, sosteniendo que esta no fijaba un sistema específico de estabilidad ni prohibía que la ley señalara un plazo para su adquisición, por lo que la subsistencia de esa norma no violaba el artículo 48 constitucional. De otro lado, se consideró que el lapso previo a la adquisición de la estabilidad, durante el cual el empleador podría despedir discrecionalmente (ad nutum) al trabajador, era contradictorio con el precepto constitucional que toleraba el despido “solo” por causa justa. Nos encontramos entre quienes sostuvieron la inconstitucionalidad del D.L. N° 22126 en este aspecto y propugnaron la necesidad de su reforma o sustitución por una norma que fuera fiel al precepto constitucional<sup>(8)</sup>.

La discusión quedó zanjada, al aprobarse, a partir de una iniciativa legislativa del Poder Ejecutivo, una nueva Ley de Estabilidad en el Trabajo (LET), la Ley N° 24514, que entró en vigencia el 6 de junio de 1986. Esta norma:

- a) Reconoció la adquisición de la estabilidad laboral desde el vencimiento del periodo de prueba, eliminando así el periodo de “adquisición” del derecho extendido por el derogado D.L. N° 22126 a tres años<sup>(9)</sup>.
- b) A diferencia de la norma anterior, procedió a enumerar (LET, art. 4) las “causas justas de despido” y, al hacerlo, plasmó una concepción o sentido amplio del despido, al considerar como tales, además de la falta grave, a las “situaciones excepcionales” de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, la inhabilitación para el ejercicio de la actividad impuesta por la autoridad judicial y la privación de la libertad por sentencia judicial en caso de delito doloso<sup>(10)</sup>.

---

(7) Vide SANGUINETI RAYMOND. “El Derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana”. En: *Constitución y trabajo*. AA. VV. Cultural Cuzco, Lima, 1989, pp. 82-135.

(8) Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE. “La Constitución de 1979 y el derecho ...”. Ob. cit.

(9) Retornó, así, en esta materia, al criterio originalmente establecido por el D.L. 18471. Vid. al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Derecho de Estabilidad en el Trabajo*. ADEC-ATC, Lima, 1991, pp. 76-84.

(10) *Ibidem*, Capítulo tercero.

- c) Introdujo, acogiendo uno de los más interesantes aportes del Convenio 158 OIT, un procedimiento previo al despido, para que el trabajador ejerciera su defensa ante las faltas graves imputadas por el empleador. Desde luego, al ser “previo” al posible despido, este procedimiento tenía lugar dentro del ámbito de la empresa y ante el propio empleador, a quien correspondía adoptar la decisión final respecto a la extinción de la relación laboral. En el modelo de la LET, la omisión de este procedimiento, conllevaba la declaración de improcedencia del despido y la consiguiente condena del empleador a reponer al trabajador<sup>(11)</sup>.
- d) Rodeó al despido de garantías formales efectivas, sancionando la vulneración u omisión de dichos requisitos con la declaración de improcedencia del despido, con efectos similares a la calificación de este como injustificado<sup>(12)</sup>.
- e) Unificó las acciones impugnatorias del despido, al descartar, en armonía con los preceptos constitucionales sobre la potestad jurisdiccional del Estado, la vía administrativa para la reclamación que tuviera como pretensión la reposición del trabajador, y establecer como vía única, en sede judicial, la acción de calificación del despido, mediante la cual, una vez declarado injustificado o improcedente el despido, el demandante podía optar, en ejecución de sentencia, por su reposición o el pago de la indemnización por despido. Elegida la reposición esta era forzosa, sin posibilidad alguna de oposición de parte del empleador, a quien, en caso de resistencia, se le aplicaba la coerción penal introducida inicialmente por el D.L. N° 22126<sup>(13)</sup>.
- f) Introdujo medidas cautelares en el proceso de impugnación, consistentes en la facultad del juez de, a solicitud del trabajador, suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional de aquel, así como el otorgamiento al demandante de una “asignación provisional” a título de un auxilio económico durante el proceso<sup>(14)</sup>.

---

(11) *Ibíd.*, pp. 156-161.

(12) *Ibíd.*, pp. 168-175 y 177-179.

(13) *Ibíd.*, pp. 179-187.

(14) *Ibíd.*, pp. 187-195.

- g) Comprendió en el derecho de estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, limitando, sin embargo, la eficacia reparadora del despido injustificado o improcedente, a la indemnización<sup>(15)</sup>.
- h) Tipificó como “faltas del empleador” las conductas lesivas a la libertad sindical y derechos políticos del trabajador, así como su discriminación basada en su creencia religiosa o raza (LET, art. 25, inc. g.); y, de la misma manera, los actos contrarios a la dignidad e intimidad de aquel, como el “hostigamiento sexual” y otros de índole similar (LET, art. 25, inc. h)<sup>(16)</sup>.
- i) Impuso estrictas limitaciones al trabajo no estable, en particular para los trabajadores en periodo de prueba y aquellos sujetos a jornada inferior a cuatro horas diarias y sancionó la violación a la prohibición de utilizar personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, con excepción de aquel puesto a disposición por empresas de servicios complementarios, reconociendo a dichos trabajadores la existencia de relación laboral de carácter indefinido con la empresa usuaria, desde el momento en que le prestaron servicios<sup>(17)</sup>.

## II. EL MODELO DE “MÍNIMA PROTECCIÓN”: LA LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO

---

El Decreto Legislativo N° 728, “Ley de Fomento del Empleo” (LFE), vigente desde diciembre de 1991, marcó el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de “mínima protección” ante el despido, finalmente plasmado en la Constitución de 1993 y las leyes posteriormente dictadas al amparo de esta.

La LFE, dictada todavía bajo la vigencia de la Constitución de 1979 y en virtud de la delegación de facultades legislativas efectuada por el Congreso al Poder Ejecutivo para legislar sobre la promoción del “acceso masivo al trabajo”, pero sujeta a la directiva expresa de respetar “las normas constitucionales de estabilidad laboral y los derechos adquiridos de los trabajadores”, no llegó, por ello, a

---

(15) *Ibidem*, Capítulo Sexto.

(16) *Ibidem*, pp. 304-309.

(17) *Ibidem*, Capítulo Noveno.

plasmar un modelo alternativo a la estabilidad laboral tal como era regulada por la LET, sino una variante de este, caracterizada por el debilitamiento, antes que por la eliminación, de los elementos configuradores del mismo.

Cabe señalar, en primer término, que al entrar en vigencia la LFE quedó configurado en el ordenamiento laboral un régimen dual de estabilidad laboral, pues los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando bajo las normas de la LET continuaron regidos por esta en aquellas materias atinentes a la imputación de faltas graves, el derecho a la reposición como medida reparadora y la tarifa indemnizatoria, en virtud del mandato expreso contenido en su Segunda Disposición Transitoria y Final<sup>(18)</sup>. La nueva normativa solo se aplicaría íntegramente a los trabajadores que celebraran contrato de trabajo a partir del inicio de su vigencia y de forma parcial a los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando, respecto de algunas materias –no poco relevantes– como las causas de despido vinculadas a la capacidad del trabajador, el cese colectivo o el regreso a la disyunción procesal ab initio entre acción de reposición y acción indemnizatoria.

En el nuevo marco normativo, instituido por la LFE, destacan los siguientes rasgos<sup>(19)</sup>:

- a) Se restringe el sentido del concepto del “despido”, consagrado en la LET –y las normas precedentes– en términos unificadores, comprensivo de todos los supuestos de extinción de la relación laboral por decisión del empleador, al limitarlo al despido individual relacionado ya sea con la capacidad o la conducta del trabajador, excluyendo el denominado –por la LFE– “cese colectivo por causas objetivas”, enumerado como una causal de extinción del contrato de trabajo diferenciada del despido. (LFE, art. 49).
- b) Si bien la adquisición del derecho a la estabilidad se sigue reconociendo desde el vencimiento del periodo de prueba, este, según las normas de la LFE, puede ser ampliado, por acuerdo entre el empleador y el trabajador (entiéndase mejor, postulante) hasta seis meses si el trabajador es calificado y hasta un año si el cargo es de dirección o de confianza. En tal caso, obviamente se posterga el momento para que el trabajador alcanzase el derecho a la estabilidad.

(18) Se ha considerado que esta disposición representa un caso de aplicación del principio de “condición más beneficiosa” “inclusive respecto de derechos que difícilmente pueden considerarse adquiridos”. (NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. ARA Editores, Lima, 1997, p. 149.)

(19) Vide al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Fomento del empleo y estabilidad laboral” I, II y III Parte. En: *Asesoría Laboral*. Lima, enero, febrero y marzo de 1992.

- c) Se incluye como nuevas causas de despido, recogiendo la orientación del Convenio 158 de la OIT, aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador.
- d) La eficacia reparadora propia de la estabilidad laboral, esto es, la reposición del trabajador como mecanismo para garantizar su continuidad en la empresa si su despido es injustificado, experimentó una devaluación en cuanto se facultó al juez para sustituir dicha medida por el pago de la indemnización cuando la reposición resultare inconveniente dadas las circunstancias (LFE, art. 72). Hemos opinado al respecto que “(...) ello significará que el trabajador gana el juicio pero pierde el empleo, o dicho de otro modo, que el acto antijurídico del empleador prevalece sobre el derecho del trabajador y produce sus efectos, esto es la extinción de la relación de trabajo”<sup>(20)</sup>. Posteriormente, la Ley N° 26513, suprimió la reposición del trabajador como medida reparadora del despido, estableciendo como única reparación el pago de la indemnización.

De otro lado, la cuantía de la indemnización también se devaluó en comparación con la prevista por la LET, al establecerse que sería equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional<sup>(21)</sup>. Mediante el Decreto Legislativo N°871 esta fue elevada a una y media remuneración mensual por año de servicios<sup>(22)</sup>.

- e) Introdujo la figura del despido “nulo”, reservando esta calificación para todo aquel que obedeciera a alguno de los “motivos prohibidos” enumerados taxativamente por el artículo 65 de la LFE, los cuales, a su vez, son reproducidos *mutatis mutandi* del artículo 5 del Convenio 158 OIT, y guardan relación con la actividad sindical o representativa del trabajador, la defensa de sus derechos frente a

---

(20) *Ibidem*, Parte I, p. 11.

(21) Vide sobre el particular el cuadro comparativo de la indemnización por despido en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en la reforma de la Ley de Fomento del Empleo”. En: *Derecho-PUC*. N° 49, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1995, Ob. cit., p. 199.

(22) Previamente, el Decreto Legislativo, N° 855, publicado el 4 de octubre de 1996, redujo la indemnización a media remuneración mensual por año de servicios pero el Decreto Legislativo N° 871 publicado el 1 de noviembre del mismo año restituyó el monto anterior; sin embargo una “fe de erratas” de esta norma publicada al día siguiente (2 de noviembre) corrigió el “error”, señalando que la indemnización sería de una y media remuneración ordinaria mensual por año de servicios.

actos lesivos del empleador, la discriminación por motivo de raza, sexo, religión, opinión o idioma, así como el embarazo de la madre trabajadora. Como lo hemos apuntado en ocasión anterior, tales motivos son recusados por el ordenamiento jurídico “por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano”<sup>(23)</sup>.

La declaración de nulidad del despido apareja, como medida reparadora, la reposición forzosa del trabajador (art. 71 de la LFE), sin que el juez tenga en este supuesto la facultad de sustituirla por la indemnización, de donde nace la relevancia que adquiere esta figura en el contexto de la LFE que, precisamente, rebajó el nivel de protección en los demás casos de despido.

- f) En cuanto a la impugnación del despido, restableció, aunque en sede judicial, el esquema pluralista y excluyente de acciones impugnatorias, al obligar al trabajador despedido a optar *in limine litis* entre la acción de reposición y la de indemnización, a las cuales debe agregarse la de nulidad del despido, único supuesto en el cual de ampararse la pretensión del demandante, la reposición sería efectiva. Suprimió, además, la facultad judicial de suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional del trabajador, reservando esta medida cautelar únicamente para el caso de “inobservancia de las formalidades esenciales del despido” (art. 77 de la LFE).
- g) Amplió a las causas “objetivas” del cese colectivo agregando a los motivos económicos y tecnológicos, los “estructurales y análogos”, así como la “disolución y liquidación de la empresa y la quiebra” y “las necesidades de funcionamiento de la empresa”<sup>(24)</sup>, enumeradas en los incisos c) y d) del artículo 86 de la LFE.

Los rasgos hasta aquí descritos, y otros de menor importancia, alcanzarían luego, tras varias reformas legales una significación trascendente en cuanto a la transformación de la normativa de protección contra el despido, sea porque varios de ellos fueron reforzados en sus alcances, sea porque al derogarse el régimen de

(23) Vid., BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en la reforma ...”. Ob. cit., p. 201.

(24) Sobre el particular, Vide BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Las necesidades de funcionamiento como causa de cese colectivo”. En: *Asesoría Laboral*. Lima, junio de 1993, pp. 7-9. Posteriormente, la Ley N° 26513, del 27 de julio de 1995, suprimió esta causa, que había sido intensamente cuestionada durante su vigencia.

la LET y finalizar, por ello, el régimen “dual” se convirtieron en rasgos dominantes del nuevo modelo ya único.

Finalmente, la aprobación de la Constitución de 1993, significó la derogación del derecho “a la estabilidad en el trabajo”, y su reemplazo, en el artículo 27 de la nueva carta, por una fórmula menos precisa que consagra la “protección adecuada contra el despido arbitrario”, enunciado a partir del cual vino a convalidarse ex post el Decreto Legislativo N° 728, el mismo que, además, sufrió varias modificaciones en la impronta desreguladora de este.

### III. LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

---

#### 1. La construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional

El insuficiente diseño normativo del despido nulo que, como se ha indicado, excluye del ámbito de protección de este a la casi totalidad de los derechos fundamentales del trabajador, ha sido, no obstante, suplido por la construcción jurisprudencial realizada por el Tribunal Constitucional, la cual habilita la vía del amparo constitucional como causa procesal para la defensa de tales derechos, cuando su lesión se produce en el despido.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional que habilita la impugnación del despido a través del proceso constitucional de amparo, tiene su origen en la interpretación que este ha hecho del “derecho al trabajo”, reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

Desde, aproximadamente, el año 1997, es decir, al poco tiempo de haber iniciado sus funciones, el Tribunal Constitucional admitió el uso de la acción de amparo para la defensa del trabajador despedido de forma arbitraria, y en los casos en los cuales dictó sentencias estimatorias las fundamentó, por lo general, en la vulneración del “derecho al trabajo”. Así se puede ver, por ejemplo, en la STC N° 111-96-AA/TC (Hugo Pitman Rojas), fechada el 13 de junio de 1997 y, en particular, en la STC N° 1112-98-AA/TC (César Antonio Cossío y Otros con Telefónica del Perú), emitida el 21 de enero de 1999, la cual invoca la vulneración del derecho al trabajo ocasionada por la trasgresión del “principio de tipicidad”, para declarar fundada la demanda<sup>(25)</sup>.

---

(25) Asimismo, esta sentencia hace un deslinde, –que más adelante será explicitado y mejor

En sentencias posteriores, el TC fue avanzando, claramente, en la línea de definir un sentido amplio y cabal del “derecho al trabajo”, señalando que los despidos que vulneran el derecho el principio de tipicidad de la causa del despido o el derecho de defensa del trabajador traen consigo la afectación del derecho al trabajo “(...) en cuanto a que la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”<sup>(26)</sup>. Emerge ya en estos pronunciamientos, la idea de que el derecho al trabajo no se agota en su faceta programática o su aspecto colectivo, esto es, como aspiración a tener un trabajo, sino también como el derecho de quien lo tiene a conservarlo, salvo que medie una causa justa, objetiva y razonable para que el empleador lo despidan; idea esta que quedará definitivamente establecida en la sentencia N° 1124-2001-AA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional realiza la interpretación del “derecho al trabajo”, fijando su contenido constitucionalmente protegido.

Poco después, en la STC N° 976-2001-AA/TC, el intérprete de la Constitución consolida su doctrina jurisprudencial y define la procedencia de impugnar el despido mediante el proceso de amparo en tres supuestos que, a su juicio, conllevan la vulneración de derechos constitucionales del trabajador: el despido incausado, el despido fraudulento y el despido nulo. A partir de esta sentencia, son muy numerosos los casos en los cuales mediante el proceso de amparo los trabajadores han logrado que se anule su despido y se les reponga en su puesto de trabajo, lo que ha supuesto abrir, al lado del proceso ordinario laboral –en el que puede impugnarse el despido “arbitrario” y el despido “nulo”– la vía procesal del amparo para objetar la validez del despido en los tres casos antes mencionados.

Como era previsible, la creación de esta doctrina jurisprudencial no ha sido pacífica y no han faltado quienes la cuestionan en duros términos, llegando, incluso, al extremo de acusar al Tribunal Constitucional de haberse apartado de su función y trasgredir la Constitución mediante una interpretación ideológica y no

---

fundamentado en otras sentencias– entre la vía ordinaria y la vía del amparo, al sostener que al resolver de esa manera “(...) no realiza en el presente caso una calificación de despido arbitrario en los términos establecidos por el artículo 67 del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, D.S.N° 05-95-TR, para que pueda discutirse si procede su reposición o la indemnización; sino la evaluación de un acto, el despido,, que eventualmente resulte lesivo de los derechos fundamentales”.

(26) STC N° 482-99-AA/TC, del 22 de julio de 1999. Vide en el mismo sentido, STC N° 555-99-AA/TC y STC N° 712-99-AA/TC, ambas del 4 de noviembre de 1999; también la STC N° 150-2000-AA/TC, de fecha 12 de julio de 2000. La STC N° 673-99-AA/TC, del 30 de setiembre de 1999, declaró fundada la demanda por considerar que el despido había violado el derecho a “la presunción de inocencia” del demandante y, por tanto, de forma conexa su “derecho al trabajo”.

jurídica de la misma<sup>(27)</sup>. Interesa, por ello, analizar el fundamento jurídico por el cual mediante el proceso de amparo puede anularse el despido y reponer al trabajador, sin que esta forma de reparación del despido se encuentre establecida por la Constitución.

## 2. El amparo como régimen de protección procesal frente al despido lesivo de derechos fundamentales

Con el propósito de explicar la función del amparo como mecanismo de tutela del despido, la jurisprudencia del TC realiza una distinción entre dos regímenes de protección adecuada contra el “despido arbitrario” vigentes en nuestro ordenamiento: el uno “sustantivo” y el otro “procesal”<sup>(28)</sup>. El primero tiene fundamento en el artículo 27 de la Constitución que establece el derecho del trabajador “a la protección adecuada contra el despido arbitrario” en los términos que otorgue la ley. En este caso, “(...) el legislador puede optar por desarrollar el contenido del derecho regulado por el artículo 27 de la Constitución de modo tal que, ante el supuesto de despido arbitrario contra un trabajador, la ley prevé una compensación económica o una indemnización por el accionar arbitrario del empleador. (...) la ley no evita que se produzca el despido arbitrario, sino que se limita a reparar patrimonialmente sus consecuencias”. En la misma sentencia, el TC concluye que “(...) el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales (...)”, cuando el trabajador cobra su indemnización o demanda judicialmente su pago, apoyando esta conclusión en el hecho de “(...) tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador (...)”, quien, de este modo “(...) decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización”. A partir de esta premisa la STC N° 976-2002-AA/TC concluye que el artículo 34 del D. Leg. 728 “(...) 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”<sup>(29)</sup>.

El otro régimen de protección, al que denomina “procesal” es aquel que “(...) en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de

---

(27) Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Jurisprudencia Constitucional en materia de despido laboral”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Palestra Editores S.A.C., Lima, 2006, pp. 365-373. Afirma este autor: “En nuestra opinión, ha primado lo ideológico: la sentencia ha hecho que la Constitución y su aplicación queden adaptadas a lo que, según los miembros del Tribunal ‘debiera ser’ la norma constitucional. La tesis del TC, por cierto, es seductora y viene cuidadosamente arropada en una terminología brillante. Pero eso es ideología, no ciencia jurídica, ni doctrina constitucional”. (Ibídem, p. 368).

(28) STC N° 976-2001-AA/TC, f. j. 11.

(29) Ibídem, f. j. 12, a.2).

eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional<sup>(30)</sup>.

La distinción terminológica no es teóricamente convincente pues, en primer lugar, toda protección contra el despido, al margen de cual sea la naturaleza del agravio a los derechos del trabajador, tiene lugar a través de un cauce procesal específico, sea este el ordinario o el constitucional, sin que por ello, pueda calificarse al primero como “sustantivo” y al segundo como meramente “procesal”. En la medida que nuestro ordenamiento laboral faculta al empleador para proceder al despido directo e inmediato del trabajador, la impugnación de dicho acto tiene carácter revisor y reparador del mismo, por lo que el proceso judicial constituye el cauce obligado para dicha revisión y, eventualmente, la reparación del despido<sup>(31)</sup>.

En segundo lugar, porque la posibilidad de acudir al amparo como cauce procesal para la impugnación de un despido, no depende, como lo expresa la sentencia, simplemente de la voluntad del trabajador de elegir entre la tutela resarcitoria o la restitutoria, sino de la naturaleza del agravio infligido a los derechos del trabajador. En el primer supuesto (régimen sustantivo) se agravia al derecho del trabajador a la protección frente al despido arbitrario, entendiendo por este a todo aquel que no se funde en una causa justa de despido; es decir, que la Constitución proscribe el despido arbitrario, pero habilita al legislador para establecer la “protección adecuada”, o medida reparadora, en caso de producirse, razón por la que, como lo indica la sentencia, si la ley opta por un sistema de protección basado en la tutela resarcitoria, esta no podrá calificarse como inconstitucional. Este supuesto obedece, en rigor, a la problemática de la “estabilidad laboral”, cuyo tratamiento legal, a su vez, depende de su consagración, o no, como derecho constitucional, materia en la que, como se sabe, existe una diferencia notoria entre la Constitución de 1979, que consagró tal derecho, y la de 1993, que únicamente reconoce la “adecuada protección contra el despido arbitrario”. Por consiguiente, lo que el TC denomina “régimen de protección sustantivo” se refiere, específicamente, a los mecanismos procesales habilitados para la protección contra el despido arbitrario, en los términos que se derivan del artículo 27 constitucional y del artículo 34 del TUO del D. Leg. N° 728, los cuales privilegian la tutela resarcitoria del despido, con la única excepción del “despido nulo”.

En cambio, en el segundo supuesto, para acudir al amparo será indispensable alegar y probar que el despido implica la violación de un derecho fundamental.

---

(30) *Ibíd*em, f. j. 12, b.2).

(31) Vid. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral peruano”. 3ª edición, Jurista Editores, Lima, 2013, p. 491.

En otras palabras, solo está legitimado para interponer una acción de amparo aquel trabajador que sostenga que dicho acto lesiona sus derechos constitucionales, conforme al requisito general de procedencia de las acciones de garantía, previsto en el artículo 2 del CPCO, que limita su procedencia a los supuestos de violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, razón por la cual la sola voluntad del trabajador de optar por la tutela restitutoria, a través del amparo, resulta insuficiente si tal vulneración no se ha producido realmente. No obstante, y pesar de su equívoco terminológico, el TC ha precisado bien la función del amparo respecto al despido al expresar que “(...) en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales”<sup>(32)</sup>.

No se trata, pues, de una protección “procesal”, en el sentido que la virtualidad de esta vía resida exclusivamente en la naturaleza restitutoria de su tutela, con independencia de los derechos para cuya protección ha sido concebida, sino de una vía procesal, basada en una sustantividad diferente, constituida por los derechos fundamentales, erigidos en factor deslegitimador de todo despido que los vulnera en cualquier forma. Por ello, por la vía del amparo no se plantea la cuestión de la “arbitrariedad” del despido, ante la ausencia de una causa legal que lo justifique, sino la de su “inconstitucionalidad” por la presencia en este, y como elemento determinante, de un móvil lesivo a los derechos fundamentales. Así, pues, en conclusión, el TC, aunque aludiendo, impropiamente, a un sistema de “protección procesal”, ha establecido, sin embargo, correctamente, la procedencia de la vía del amparo para la defensa del conjunto de los derechos fundamentales del trabajador frente a la lesión de aquellos por el despido.

De este razonamiento, se desprende, sin mayor dificultad, que las sentencias del TC –y de tribunales ordinarios– que, en vía de amparo constitucional, ordenan la reposición de trabajadores despedidos con violación de sus derechos fundamentales, no significan, como impropiamente han sostenido algunos, un retorno, por vía jurisprudencial, de la estabilidad laboral, trasgrediendo la Constitución la cual no ha previsto la reposición como reparación del despido arbitrario. Opinión relevante, en este sentido, es la de Pasco para quien: “El esquema de estabilidad laboral, que algunos llaman relativa, ha sido transformado en uno de estabilidad

---

(32) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 13, b.2).

absoluta, no por un acto legislativo de reforma constitucional, sino por un conjunto de resoluciones del Tribunal Constitucional”<sup>(33)</sup>.

La crítica es, a nuestro juicio, infundada, por varios motivos:

- a) En primer lugar, porque tales decisiones jurisprudenciales se han adoptado como resultado de aplicar a dichos despidos el test de constitucionalidad, del cual no puede ser excluido, a priori, ningún acto que afecte derechos de otras personas, tal como lo ha señalado el propio Tribunal al indicar que “(...) es evidente que una lectura sistemática de la Constitución y una aplicación integral de las normas relativas a los derechos fundamentales de la persona no admite zonas de indefensión (...) y que siempre es permisible a un justiciable la utilización de las acciones de garantía en defensa de sus derechos básicos, así como la actuación contralora y tuitiva del Tribunal Constitucional sobre dicha materia”<sup>(34)</sup>. Por esta razón, el supremo intérprete de la Constitución puntualiza que: “Los derechos fundamentales, en cuanto elementos objetivos del ordenamiento constitucional, deben ser protegidos con independencia del sector o parte del ordenamiento en el que las lesiones o amenazas de violaciones de derechos se pudieran presentar”<sup>(35)</sup>.

No existe, por consiguiente, fundamento constitucional alguno para excluir del examen de constitucionalidad las relaciones laborales, en cuyo ámbito pueden tener lugar actos lesivos de derechos fundamentales; por el contrario, pretender dicha exclusión es claramente inconstitucional.

---

(33) PASCO COSMÓPOLIS. “Jurisprudencia constitucional ...”. Ob. cit., p. 371. Agrega este autor: “El cambio no es trivial; implica, más bien, una trasmigración de un sistema laboral a otro: de un sistema de tendencia flexibilizadora y liberal, a otro de esencia proteccionista y garantista”. (Ibídem). De la misma opinión es Toyama Miyagusuku quien sostiene que “(...) en virtud de lo establecido en los artículos 22 y 27 de la Constitución no cabría una acción de amparo contra un despido sin expresión de causa, en tanto que la Constitución no recoge expresamente el derecho a la reposición ante un despido incausado”. (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “La subsidiariedad en los procesos de amparo laboral”. En: *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral*. Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales, Editorial Palestra, Lima, 2006, p. 402).

(34) STC Exp. N° 2409-2002-AA/TC, f. j. 1.b). El énfasis aparece en el original.

(35) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 9. En la frase anterior esta sentencia expresa que “(...) por cierto, no se excluyen los problemas en materia de derechos constitucionales que se pudieran derivar de las relaciones entre empleadores y trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada”.

- b) En segundo lugar, porque la tutela del trabajador frente a un despido que vulnera sus derechos constitucionales no supone la restauración por vía jurisprudencial de la estabilidad laboral, si no la protección –y restitución<sup>0</sup> de aquellos derechos. Al respecto, el propio TC ha precisado lo siguiente: “(...) el juez constitucional, en procesos como el presente, no puede conocer un proceso de calificación de despido arbitrario en los términos prescritos en la denominada Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) sino solamente aquellos en los cuales el alegado despido, resulte eventualmente o no lesivo a derechos fundamentales de la persona humana” (STC Exp. N° 150-99-AA/TC).

En este sentido, la perspectiva desde la cual a través del amparo se protege al trabajador del despido es, exclusivamente, constitucional, pues, como lo afirma el TC, “(...) en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presentes en dicho despido” (STC N° 976-2001-AA/TC, f. j. 14); o, asimismo, porque “(...) la naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51 de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra” (STC N° 976-2001-AA/TC, FJ.20).

Ello significa que el amparo solo procede como vía tutelar cuando el despido posee relevancia constitucional, –por afectar derechos constitucionales del trabajador–, pero no cuando tal relevancia no existe, en cuyo caso la impugnación del despido deberá tramitarse por la vía ordinaria para obtener la reparación que el legislador establezca en virtud de la facultad discrecional que le otorga el artículo 27 de la Constitución, la cual puede incluir o no la reposición del trabajador, pero en ningún caso excluir el derecho de este de acudir al proceso de amparo si considera que el despido viola sus derechos fundamentales, toda vez que este derecho se lo otorga directamente el artículo 200 de la Constitución.

- c) En tercer lugar, porque cuando por la vía del amparo se dispone la reposición del trabajador, esta forma de reparación del despido

es la que corresponde a la naturaleza de los procesos de garantía de los derechos fundamentales, razón por la cual es irrelevante que la Constitución no la mencione expresamente como medida de reparación del despido arbitrario, pues en este caso opera como la única forma de reparación del despido que lesiona derechos fundamentales.

Como ya antes de ha indicado, la finalidad de los procesos constitucionales de garantía consiste en proteger los derechos constitucionales lo cual se logra, según el artículo 1 del CPCO “(...) reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...)”. Por consiguiente, por la vía del amparo lo que debe lograrse en caso de acreditar la lesión de los derechos fundamentales del demandante, es la “reposición” de su derecho afectado, esto es, una “tutela restitutoria” y no meramente “resarcitoria”, ya que esa es la forma de reparación inherente a los mecanismos procesales de protección de los derechos fundamentales, como lo indica Fix Zamudio<sup>(36)</sup>.

Por ello, que la Constitución no prevea la reposición como reparación del despido arbitrario, no enerva, en modo alguno, que esta forma de reparación pueda otorgarse como el efecto necesario de una sentencia estimatoria de una demanda de amparo, cuya finalidad específica es la restitución a la persona afectada de sus derechos fundamentales vulnerados<sup>(37)</sup>.

Desde esta perspectiva se advierte la insuficiencia del argumento que se utiliza para objetar la reposición del trabajador, el cual radica en sostener que al prever la ley el pago de una indemnización en caso de despido arbitrario y no la reposición, el Tribunal Constitucional ha trastocado la Constitución introduciendo, sin sustento alguno, la estabilidad laboral absoluta. En efecto, dicho argumento

(36) Al respecto, Fix Zamudio señala que la protección de los derechos fundamentales “(...) requiere un sistema protector en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales, y en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre no pueden sustituirse por equivalentes (...). (FIX ZAMUDIO, Héctor. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*. Editorial Civitas, Madrid, 1982, p. 49).

(37) Al respecto, en la STC Exp. N° 03971-2005-PA/TC, f. j. 4., el Tribunal Constitucional afirma que “(...) la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización, toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional (...). Y, en la STC Exp. N° 0100-2002-AA/TC, precisa que: “En el ámbito del amparo, en efecto, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas –tratándose de despidos– no es el pago de una indemnización, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente” (f. j. 10).

descansa en una interpretación de la Constitución a partir de la ley, alterando la relación jerárquica entre estas dos fuentes de derecho, ante lo cual el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Concluir en que la única alternativa a la que podría acogerse el recurrente es la indemnización a que se refiere el artículo 34 del Decreto Legislativo N° 728, significaría incurrir en el absurdo de interpretar la Constitución de conformidad con la ley, cuando la actividad de este Colegiado (...) obliga exactamente a lo contrario, es decir, a interpretar la ley de conformidad con la Constitución”<sup>(38)</sup>.

Las reflexiones aquí expuestas, nos llevan a plantear la necesidad de distinguir, en el plano terminológico, entre el despido “arbitrario” y el despido “lesivo de derechos fundamentales” como dos categorías diferentes, en lugar de pretender que la “protección contra el despido arbitrario” tiene lugar mediante dos regímenes, calificado el primero como “sustantivo”, –que se ajusta al desarrollo legal del artículo 27 de la Constitución y que prevé la indemnización como reparación del despido–, y el segundo como “procesal”, –que se sustancia mediante las acciones de garantía, específicamente el amparo, y que debido a la eficacia restitutoria de estas, produce la reposición del trabajador despido–. Conceptualmente la distinción consta en la jurisprudencia del TC cuando esta señala que en el proceso de amparo no se califica la arbitrariedad del despido, sino la eventual lesión mediante éste de los derechos fundamentales del trabajador, lo que significa que en esta vía procesal constitucional, solo es posible impugnar aquellos despidos que posean relevancia constitucional y no aquellos que carezcan de esta, los cuales deben ser revisados en la vía ordinaria laboral.

Por ello, parece conveniente, y, sobre todo, coherente con el desarrollo conceptual realizado por la jurisprudencia del TC, no seguir insistiendo en el uso de la expresión despido “arbitrario” para referirse a dos supuestos claramente diferentes, pues si bien, en un sentido lato, también es arbitrario el despido que agravia derechos fundamentales, en un sentido específico, solo lo es aquel que resulta injustificado ante la insuficiencia, ausencia de gravedad o falta de demostración de la causa justa invocada, reservando la expresión de “despido lesivo de derechos fundamentales” a aquel cuyo motivo real o forma de ejecución supone el agravio de los derechos constitucionales del trabajador.

---

(38) STC Exp. N° 1672-2003-AA/TC, f. j. 6. Con base en el razonamiento antes glosado, dicha sentencia concluye que “Ello impone, como no puede ser de otra manera, considerar que no puede ser aplicable al caso del recurrente el citado dispositivo legal, si es que este no otorga la opción reparadora que, por el contrario, sí le dispensa el proceso constitucional”. (Ibidem).

### 3. Los supuestos en que procede el amparo para la protección contra el despido arbitrario

Tras establecer, en general, la procedencia del amparo para la impugnación del despido cuando este vulnera los derechos constitucionales del trabajador, el TC precisa en qué supuestos de despido procede acudir a esta vía procesal constitucional. Así, señala que:

“De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (re-admisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: ...” (f. j. 15).

Tales casos, señalados en los literales a), b) y c) del fundamento jurídico 15 de la sentencia son: a) despido nulo; b) despido incausado; y c) despido fraudulento.

#### 3.1. Despido nulo

Indica el TC que este supuesto es el regulado en el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 728 (o LPCL), el cual se refiere a la necesidad de proteger los derechos “previstos en el inciso 2) del artículo 2, inciso 1 del artículo 26 e inciso 1) del artículo 28 de la Constitución” (f. j. 15, a).

Aún tras la entrada en vigencia del CPCO, el TC, afirma, sin ambages, su competencia para resolver la impugnación del despido nulo, no obstante que, como se ha explicado, existe un cauce procesal específico para ello en la vía judicial ordinaria, a través de la acción de nulidad de despido, la cual debe reputarse “igualmente satisfactoria” que la acción de amparo, pues aquella dispensa al trabajador la tutela restitutoria, es decir, su reposición. Sin embargo, el TC ratifica “(...) su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”<sup>(39)</sup>.

---

(39) STC del 28/11/2005 (Exp. N° 0206-2005-PA/TC). Precisa el TC, en la misma sentencia, que “cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”.

De forma particular, el TC enfatiza su competencia para resolver las demandas de amparo en los supuestos de nulidad del despido referidos a la lesión de la libertad sindical, la discriminación y el despido por causa de discapacidad. Señala al respecto que “(...) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos”<sup>(40)</sup>. Respecto al despido discriminatorio sostiene que “los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre”<sup>(41)</sup>.

Respecto al despido basado en un motivo discriminatorio, obsérvese que al enunciar los supuestos de discriminación, la fórmula del TC es más amplia que la del artículo 29 de la LPCL, al incluir la cláusula de apertura “o de cualquier otra índole”, la cual consta en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, pero que aquella norma legal omitió, lo cual permite impugnar mediante el proceso de amparo despidos discriminatorios no comprendidos en la normativa laboral. Finalmente, también considera que el proceso de amparo “(...) será el idóneo frente al despido que se origina en la condición de impedido físico mental, a tenor de los artículos 7 y 23 de la Constitución que les garantiza una protección especial de parte del Estado”<sup>(42)</sup>.

### 3.2. Despido incausado

Señala la STC que “Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, Exp. N° 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución y demás conexos”. (f. j. 15,b). Considera el TC que se produce el “despido incausado” cuando “Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (f. j. 15.b).

Cabe señalar que en la citada STC del 11/07/2002, el TC se pronunció, en vía de control difuso, sobre la inconstitucionalidad del artículo 34 de la LPCL, que permitía el despido incausado, sujeto al pago de indemnización. En ese fallo sostuvo que: “El artículo 34, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al

---

(40) STC del 28/11/2005 (Exp. N° 0206-2005-PA/TC).

(41) Ídem.

(42) Ídem.

trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional” (f. j. 12,a).

Asimismo, en la Resolución del 10 de setiembre de 2002, mediante la que se pronuncia sobre el pedido de aclaración de la anterior sentencia, formulado por la parte demandada, el TC afirma que “Telefónica del Perú ha efectuado la extinción de contratos de trabajo al amparo del artículo 34 ‘ab initio’, del Decreto Legislativo N° 728, sin motivar la causa del despido; hecho frente al cual este Tribunal considera que dicha parte del referido texto es inconstitucional por las razones expuestas en los considerandos de la sentencia y por la presente aclaración solicitada por la parte demandante” (f. j. 2.5,b).

El fundamento del “despido incausado” reside en la vulneración del “derecho al trabajo”, sobre cuya interpretación el Tribunal Constitucional se pronunció mediante la Sentencia N° 1124-2001-AA-TC, (11/07/2001), en cuyo fundamento N° 12 expresó que:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; (...) El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”<sup>(43)</sup>.

De este modo, el TC, consagró la interpretación amplia del “derecho al trabajo”, en virtud de la cual este se extiende a la protección del empleo, admitiendo la pérdida del mismo únicamente cuando medie una causa justa, legalmente establecida y debidamente comprobada. Conforme a esta concepción, el “derecho al trabajo”, incluye el denominado “principio de causalidad” cuando opera respecto del momento extintivo de la relación laboral, radicando en la exigencia del respeto a este la eficacia de aquel derecho.

---

(43) STC Exp. N° 1124-2001-AA-TC, f. j. 12.

A diferencia de lo que ocurre en la faceta colectiva del derecho al trabajo, que por su carácter programático o de aplicación diferida, no es exigible judicialmente, en su faceta individual, entendido como mecanismo de conservación del empleo, deviene un derecho de aplicación inmediata, judicialmente exigible, cuando es vulnerado por el acto arbitrario del empleador.

De otro lado, el artículo 27 de la Constitución prescribe que: “La Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Este precepto se encuentra emparentado con el “derecho al trabajo” consagrado por el artículo 22 y, en cierta forma, se puede considerar derivado o tributario del mismo, en cuanto aquel, conforme se ha explicado, comprende el derecho a la conservación del puesto de trabajo, salvo que exista causa justa. En este sentido, el artículo 27 vendría a desarrollar o explicitar este aspecto del “derecho al trabajo” al proscribir el despido “arbitrario”, esto es aquel carente o desprovisto de causa justa.

Para la interpretación de esta norma, resulta igualmente necesario, como en el caso del artículo 22, recurrir al Protocolo de San Salvador, cuyo artículo 7, inciso d) tiene directa conexión con el artículo 27 constitucional, por referirse ambos al despido.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 1124-2001-AA-TC ha señalado que:

“(…) no debe considerarse el citado artículo 27 como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una ‘facultad de despido arbitrario’ hacia el empleador. Por este motivo, cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará ‘adecuada protección frente al despido arbitrario’, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional”<sup>(44)</sup>.

Al realizar, en otro trabajo, el estudio del contenido esencial del artículo 27 he señalado que “(…) al ordenar al legislador que brinde al trabajador adecuada protección ‘contra el despido arbitrario’, el constituyente exterioriza una inequívoca voluntad proscriptora de esta clase de despido, razón por la cual la doctrina nacional coincide en opinar que la norma constitucional tiene como contenido

---

(44) Ídem.

mínimo la interdicción de la arbitrariedad del despido, y que, en tal sentido reconoce su carácter causal y la consiguiente invalidez del despido ad nütum, pero deja a criterio del legislador elegir entre la reposición o la indemnización, como medida reparadora del despido arbitrario”<sup>(45)</sup>.

También he sostenido que la interpretación del artículo 27 no puede realizarse en forma separada y aislada del artículo 22, relativo al derecho al trabajo, en la medida que ambos preceptos se refieren a la misma materia y que, por ello “(...) el sentido que debe extraerse de la interpretación armónica de ambas, es el de la tutela del trabajador frente a todo despido que carezca de causa o motivo, pues esta circunstancia permite calificar el acto extintivo del empleador como contrario al ‘derecho al trabajo’ y genera el derecho del trabajador a ser protegido ante los efectos perjudiciales de dicha conducta antijurídica”<sup>(46)</sup>.

Finalmente, al realizar la interpretación del artículo 27 conforme al Protocolo de San Salvador, considero que siguiendo dichos lineamientos “(...) se puede afirmar que la interdicción del despido ‘arbitrario’ contenida en el precepto constitucional, supone la exigencia de causa justa para el despido, o en otras palabras, que la causalidad del despido es una institución que tiene reconocimiento en el ordenamiento constitucional y que el legislador está obligado a respetar al normar sobre esta materia”<sup>(47)</sup>.

Ciertamente, las normas constitucionales, en particular el artículo 27, no consagran un régimen específico de estabilidad laboral –absoluta o relativa– dejando a criterio del legislador esta opción, centrada –como se sabe– en definir la medida reparadora –reposición o indemnización– aplicable frente a un despido injustificado, entendiendo por tal aquel basado en una causa justa que el empleador no puede probar en juicio. Pero, en modo alguno, esta libertad de opción concedida por el constituyente al legislador respecto al régimen de estabilidad laboral, conlleva la posibilidad de eliminar la estabilidad misma mediante la supresión de la exigencia de una causa justa para la validez del despido.

Este criterio ha sido confirmado por el TC en la STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, en cuyo fundamento 15 precisa que “(...) la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y por consiguiente el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos

---

(45) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El Despido ...”. Ob. cit., p. 148.

(46) *Ibidem*, pp. 150-151.

(47) *Ibidem*, pp. 151-152.

por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos<sup>(48)</sup>.

Conforme a este criterio jurisprudencial, el despido del trabajador, basado exclusivamente en la voluntad de su empleador sin expresión de causa, es un despido nulo, por violatorio del derecho constitucional al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, razón por la cual procede la readmisión del trabajador en su empleo.

De este modo, la lesión del derecho al trabajo, o de otros derechos constitucionales, mediante el despido, legitima la vía del amparo como el cauce procesal idóneo para la tutela de aquellos derechos. Ello no significa –como erróneamente lo ha sostenido cierto sector de la doctrina, crítico de esta orientación jurisprudencial<sup>(49)</sup>– restaurar por vía jurisprudencial la estabilidad en el empleo, porque respecto a la procedencia del amparo contra el despido, el TC ha precisado, con todo rigor, los límites dentro de los que debe operar, esta vía procesal, afirmando lo siguiente:

“Y es que, en rigor, en la vía del amparo no se cuestiona, ni podría cuestionarse, la existencia de una causa justa de despido; sino la presencia, en el despido, como elemento determinante del mismo, de un motivo ilícito, que suponga la utilización del despido como vehículo para la violación de un derecho constitucional; por lo que, en verdad, el bien jurídico protegido a través del amparo constitucional, no es la estabilidad laboral del trabajador, sino el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales<sup>(50)</sup>.”

En el mismo sentido, distingue nítidamente la figura del despido “arbitrario”, –que tiene lugar cuando el empleador no prueba la causa justa alegada para despedir al trabajador– del despido que supone la lesión de derechos constitucionales: “(...) en el caso de la acción de amparo, la protección que se dispensa al trabajador no está referida a la arbitrariedad del despido, que dependerá de la prueba de la existencia de la causa justa imputada, sino al carácter lesivo de los derechos constitucionales presente en dicho despido<sup>(51)</sup>.”

---

(48) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 15.

(49) Vide PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Jurisprudencia constitucional ...”. Ob. cit.

(50) STC Exp. N° 976-2001-AA/TC, f. j. 13.b.2).

(51) *Ibidem*, f. j. 14.

En tal virtud, al ser el despido “incausado”, lesivo del “derecho al trabajo”, deviene inconstitucional y procede demandar su protección por la vía del amparo, toda vez, que esta no es posible –por las razones antes expuestas– mediante la acción indemnizatoria ni la de nulidad de despido. Por lo tanto, en este supuesto, no existe vía judicial ordinaria o especial para la tutela del derecho, motivo por el cual la única vía en que esta puede alcanzarse es la del amparo constitucional.

Este supuesto se configura, por lo tanto, cuando en la carta de despido se omite expresar la causa del mismo o cuando el despido se produce de hecho, ya sea de palabra o negando al trabajador acceso a su centro de labores.

### 3.3. Despido fraudulento

Este tercer supuesto, en que procede acudir al amparo para obtener la tutela restitutoria, se configura cuando: “Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad (...)” (f. j. 15.c).

EL TC vincula esta figura al despido “incausado” al sostener que: “En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo” (f. j. 15.c).

Sin duda, por ello, en este supuesto de despido, tampoco es posible, con objeto de obtener la tutela restitutoria –inherente a la reparación de un derecho constitucional– acudir a la acción indemnizatoria ni a la de nulidad del despido, en el primer caso porque aquella solo contempla el resarcimiento económico del perjuicio y no la restitución del derecho; y, en el segundo, porque el despido fraudulento no se encuentre previsto entre los motivos de “nulidad de despido” contemplados en la LPCL.

Recientemente, el TC ha precisado que: “En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, solo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indudablemente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o

duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos<sup>(52)</sup>.

La exigencia de que el trabajador pruebe “fehaciente e indubitadamente” la existencia de fraude en el despido, resulta excesiva, por cuanto atribuye la carga de la prueba al trabajador, sin admitir una distribución racional y equilibrada de esta, a partir de la aportación por el demandante de indicios, conforme a los criterios de facilitación de la carga de la prueba, especialmente importantes en la nulidad del despido, recogidos en la normativa procesal laboral. Más aún, como se trata de un requisito de procedibilidad, dicha prueba “fehaciente e indubitabile” deberá aparecer del texto de la demanda y de la valoración inicial que realice el juez de las pruebas documentales ofrecidas en esta, es decir, antes de que se desarrolle propiamente el proceso, lo que, a nuestro juicio, supone un rigorismo excesivo, que desprotege al trabajador que es víctima de un despido fraudulento.

De otro lado, en el momento de adoptarse este criterio, remitir al trabajador a la vía judicial ordinaria, para que en ella demuestre el carácter fraudulento del despido, no configuraba solución alguna, pues en caso de tener el trabajador éxito en su actividad probatoria y, obtener, por tanto, una sentencia favorable, no podrá alcanzar, sin embargo, la protección efectiva, de naturaleza restitutoria, que dispensa el amparo, debiendo conformarse –en razón de la vía procesal a la que es obligado a acudir– con la de contenido resarcitorio, mediante la percepción de la indemnización por despido arbitrario, ello no obstante haberse comprobado el contenido fraudulento del despido. Esta absurda situación ha sido remediada recientemente al establecer la Corte Suprema el criterio conforme al cual en los supuestos de despido incausado y fraudulento, el trabajador puede acudir a la vía procesal laboral ordinaria.

A manera de conclusión, puede señalarse que, aún después de la entrada en vigencia del CPCO, la jurisprudencia del TC respecto a la procedencia de la acción de amparo en los supuestos de despido antes enumerados, conserva su validez, pues salvo el supuesto referido al “despido nulo”, cuando el despido se basa en alguno de los motivos taxativamente enumerados en el artículo 29 de la LPCL, en los supuestos de “despido incausado” –aunque este se base en el artículo 34 de la LPCL– y “despido fraudulento”, la “vía paralela” no existe, pues no es posible reclamar su tutela mediante las acciones laborales ordinarias, esto es, las de indemnización y nulidad del despido.

---

(52) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

Para que no queden dudas al respecto, el TC, tras la entrada en vigencia del CPCO, ha sostenido que “(...) esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en su esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”<sup>(53)</sup>.

Más aún, el CPCO, en la enumeración de derechos constitucionales susceptibles de ser protegidos por la acción de amparo, modificando, en este sentido, la recogida en el artículo 24 de la Ley N° 23506, ha incluido, en el inciso 10 del artículo 37, el derecho “al Trabajo”, que es, precisamente, aquel que resulta vulnerado por el “despido incausado” y “fraudulento”, los que, como se ha expuesto, carecen de una vía procesal ordinaria para su tutela efectiva.

#### IV. LA PROCEDENCIA DE LA REPOSICIÓN EN LA VÍA LABORAL ORDINARIA

---

La reciente decisión del Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema en materia laboral<sup>(54)</sup>, ha supuesto la habilitación de la vía procesal ordinaria para la impugnación del despido y demandar la reposición en los casos de despido “incausado” y “fraudulento”. De este modo, el referido pleno considera que la pretensión de reposición en estos supuestos no queda reservada, como hasta ahora, al proceso de amparo, sino que puede sustanciarse válidamente en el proceso laboral ordinario, con similares efectos a los que pueden obtener en el proceso constitucional.

---

(53) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

(54) Acuerdo del I Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, adoptado en sesiones del 4 al 8 de mayo de 2012.

## 1. Los fundamentos de la decisión del Pleno Jurisdiccional

Para adoptar este nuevo criterio, el Pleno Jurisdiccional se basa en las siguientes consideraciones:

- a) El derecho del justiciable a la tutela jurisdiccional efectiva, conforme al cual afirma que “(...) no es válido afirmar que la eficacia restitutoria –entiéndase la reposición– de la impugnación de un despido, sea este incausado o fraudulento se restrinja únicamente a la jurisdicción constitucional, sino que es posible ordenarla en vía ordinaria laboral” (Tema O1, a).
- b) Que, los jueces “(...) son los primeros guardianes de la Constitución, cuyas normas fundamentales contiene el estatuto de protección laboral”.
- c) En el proceso laboral los justiciables no gozan de menores garantías procesales que en el proceso constitucional, sino que al ser un proceso más lato tienen mejores posibilidades de prueba y de argumentación.
- d) Que, conforme a la STC N° 1124-2001-AA/TC resulta inconstitucional restringir la reparación del despido sin invocación de causa únicamente a la indemnización, por lo que deviene posible, en sede judicial, “(...) ordenar la reposición de un trabajador quien haya invocado la existencia de un despido incausado o fraudulento (...)” (Tema O1, a), iv).

Adicionalmente, respecto a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 9497, se arguye como fundamento que el artículo 2, inciso 2, de esta norma señala que los juzgados especializados de trabajo son competentes: “En proceso abreviado laboral, de la reposición cuando esta se plantea como pretensión principal única”. El Pleno conceptúa que el proceso abreviado laboral ha sido “(...) diseñado especialmente para la demanda de reposición, que se sustente en la afectación de un derecho fundamental (derecho al trabajo) que amerita una rápida protección y restitución” (Tema O1,b).

Más aún, respecto al proceso abreviado laboral, el Pleno sostiene que este proceso se erige, en relación con el proceso de amparo, como “vía igualmente satisfactoria” para los conflictos relativos al despido incausado o fraudulento, en los que la reposición del trabajador es la pretensión principal única, en razón de que: i) otorga un tratamiento “urgente” a la pretensión de reposición, con igual o mayor

celeridad procesal que el proceso de amparo, ii) otorga la misma medida reparadora: la reposición (tutela restitutoria), iii) se inspira en los principios de inmediación, concentración, veracidad, celeridad, economía procesal, y principalmente, oralidad y cuenta con un magistrado especializado, iv) se garantiza la doble instancia y el recursos de casación, v) existe una estación probatoria, vi) permite la conciliación entre las partes y vii) cuenta con medidas cautelares en particular la Medida Especial de Reposición Provisional prevista en el artículo 55 de la NLPT.

## 2. La ampliación de la figura del despido nulo

Una primera reflexión que suscita el acuerdo del Pleno Jurisdiccional es sí al habilitarse la vía procesal ordinaria para impugnar despidos incausados o fraudulentos, se está creando un cauce procesal distinto a los ya previstos en la propia LPCL o es posible reconducir dichos supuestos de impugnación del despido hacia uno de los cauces existentes.

Descartado que la impugnación del despido que tenga como pretensión la reposición del trabajador, puede encauzarse mediante la acción indemnizatoria, por su naturaleza de tutela resarcitoria, cabe entonces preguntarse si debe reconducirse aquella a la acción de nulidad del despido.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la nulidad de despido es la vía procesal ordinaria habilitada para impugnar el despido lesivo de derechos fundamentales. El hecho de que esta vía, en virtud al carácter restrictivo de la figura del despido nulo prevista en el artículo 29 LPCL, se encuentre limitada a la tutela de solo algunos de esos derechos y no al conjunto de los mismos, no niega su naturaleza como proceso establecido para la protección frente al despido cuando este no se sustenta en la existencia de una causa justa prevista legalmente, sino en la presencia en aquel de criterios o razones ilícitas, incompatibles con el respeto y/o el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, como tal y como persona. En tal sentido, la declaración de nulidad del despido es la condición sine qua non para que el juez ordene la reposición del trabajador como reparación a su despido. Si no hay nulidad no procede la reposición: dicho de otra manera, solo habrá reposición cuando el despido se declare nulo. Y esta calificación del despido solo tendrá lugar cuando se compruebe que la extinción de la relación laboral se ha basado en motivos ilícitos, que comportan la vulneración de derechos fundamentales del trabajo.

Desde este punto de vista, la comprobación de que el despido es incausado o fraudulento, conllevará necesariamente, en primer lugar, su declaración de nulo, debido a la vulneración del “derecho al trabajo” y como consecuencia de ello, el juez deberá disponer la reposición del trabajador.

Por ello, al admitirse la posibilidad de demandar en la vía procesal ordinaria la reposición alegando la existencia de un despido incausado o fraudulento, se produce, por vía jurisprudencial, la ampliación de la figura del despido nulo, superando los estrechos límites a los que estaba restringida a partir de los supuestos taxativamente enumerados en el artículo 29 de la LPCL. Tal ampliación no resulta de este modo forzada ni artificial, pues tan sólo se trata de extender el ámbito de una figura, –y del correspondiente cauce procesal– cuya naturaleza consiste en la tutela de los derechos fundamentales lesionados por el despido. No sería coherente, de este modo, crear una vía distinta para pretensiones que tienen la misma naturaleza y finalidad.

El propio pleno así parece entenderlo cuando en el texto del acuerdo referido a la Ley N° 26636 indica que los jueces de trabajo están facultados para conocer “(...) los procesos de impugnación o nulidad de despido incausado o despido fraudulento que de ser fundado tengan como consecuencia la reposición del trabajador en el centro de trabajo”.

Asumiendo esta perspectiva, podemos concluir que los supuestos de nulidad del despido contemplados en el artículo 29 de la LPCL, se amplían al despido incausado y al fraudulento y, consiguientemente, las demandas que se sustenten en cualquiera de estos supuestos, deberán ser tramitadas con arreglo a las normas sustantivas y procesales aplicables a esta clase de despido.

Ello supone, y esto es algo importante, que el plazo de caducidad para interponer la demanda será el de 30 días naturales establecido por el artículo 36 de la LPCL, interpretado por vía jurisprudencial en el sentido de no incluir los días de falta de funcionamiento del Poder Judicial<sup>(55)</sup>.

Asimismo, la sentencia que declare fundado el despido, deberá ordenar, además de la reposición, el pago de las remuneraciones devengadas, desde la fecha del despido hasta la de su reposición, incluyendo los aumentos de carácter general otorgados en el centro de trabajo, así como el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios generada durante dicho periodo, y, de igual manera, el cómputo del tiempo de servicios transcurrido entre el despido y la reposición. Huelga decir que la solicitud de pago de las remuneraciones devengadas y la restitución de los demás beneficios anudados al mandato de reposición, no son incompatibles con la demanda de reposición como única pretensión principal, por cuanto no tienen esa condición sino la de pretensiones accesorias y, además, la propia LPCL (art. 40) ordena que el juez incluya en la sentencia estas reparaciones,

---

(55) Vid. Pleno Jurisdiccional Laboral 1999, Tema OI-99 Caducidad.

las cuales, incluso, antes que pretensiones accesorias se pueden considerar como parte integrante del mandato de reposición, pues este no se agota con la reincorporación física del trabajador en el empleo sino que comprende la restitución integral de la situación que este tenía antes de su despido.

### **3. La reposición en la vía laboral ordinaria y el proceso de amparo**

¿El acuerdo del Pleno Jurisdiccional significa el fin de la impugnación del despido a través del proceso de amparo?

#### **3.1. La configuración de una vía procesal ordinaria “igualmente satisfactoria”**

Una primera impresión podría conducirnos a responder que, al habilitarse la vía ordinaria laboral para impugnar los inconstitucionales despidos incausados y fraudulentos y obtener en esta vía la tutela restitutoria mediante la reposición, resulta improcedente pretender lo mismo a mediante el proceso de amparo.

En efecto, el artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional (CPCO) establece entre las causales de improcedencia de la Acción de Amparo que: “Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

A diferencia de su antecesora, la Ley N° 23506, el CPCO adopta la tesis de las “vías paralelas”, según la cual las acciones de garantía, salvo el hábeas corpus, tienen un carácter residual, heroico y extraordinario, por lo que solo proceden a falta de una vía ordinaria que sea capaz de brindar una protección idónea al derecho vulnerado. Es importante, en este sentido, destacar que la postergación del amparo y demás acciones de garantía –salvo el HC– en razón de la existencia de una vía ordinaria, no es absoluta sino que está condicionada a la presencia de determinados criterios objetivos, siendo el principal de estos el que la vía paralela resulte “igualmente satisfactoria” que el proceso de amparo para la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado.

Por ello, de la interpretación a sensu contrario, del inciso 2 del artículo 5, del CPCO, se debe concluir a favor de la procedencia del amparo constitucional cuando se demuestre que no existen “vías procedimentales, igualmente satisfactorias” para la tutela del derecho afectado, ya que de existir estas quedaría descartado recurrir a la acción de amparo para alcanzar la protección de ese derecho.

Tras la entrada en vigencia del CPCO el TC ha entendido que este modifica su propia competencia por este expresando que “(...) solo en los casos en que

tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate<sup>(56)</sup>.

Y en lo que respecta específicamente a la impugnación del despido el TC ha sostenido que:

“(…) esta nueva situación modifica sustancialmente su competencia para conocer de controversias derivadas de materia laboral individual, sean privadas o públicas. Sin embargo, los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N° 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en su esencia. En efecto, si tal como hemos señalado, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, **en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados**<sup>(57)</sup>. (Resaltado agregado)

No obstante, la sola existencia de una vía procesal ordinaria en la que es posible alcanzar la tutela restitutoria (reposición) no implica que no sea posible pretender la misma clase de reparación para el despido mediante el proceso constitucional del amparo.

Ello es así, porque el proceso de amparo es uno diseñado específicamente para la tutela de los derechos fundamentales, caracterizado por la nota de proceso “urgente”, que se traduce en la sumariedad del mismo, dirigida a reponer al agraviado en el goce y ejercicio del derecho vulnerado. Al respecto, es interesante recordar la posición adoptada por el TC con relación a la posibilidad de impugnar el despido “nulo” mediante el amparo después de entrar en vigencia el CPCO. El

---

(56) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

(57) Ídem.

TC, afirma, sin ambages, su competencia para resolver la impugnación del despido nulo, no obstante que, como se ha explicado, existe un cauce procesal específico para ello en la vía judicial ordinaria, a través de la acción de nulidad de despido, la cual debe reputarse “igualmente satisfactoria” que la acción de amparo, pues aquella dispensa al trabajador la tutela restitutoria, es decir, su reposición. Sin embargo, el TC ratifica “(...) su competencia para conocer los casos de urgencia relacionados con la violación de los derechos constitucionales que originan un despido nulo, dadas las particularidades que reviste la protección de los derechos involucrados”<sup>(58)</sup>.

De forma particular, el TC enfatiza su competencia para resolver las demandas de amparo en los supuestos de nulidad del despido referidos a la lesión de la libertad sindical, la discriminación y el despido por causa de discapacidad. Señala al respecto que “(...) los despidos originados en la lesión a la libertad sindical y al derecho de sindicación siempre tendrán la tutela urgente del proceso de amparo, aun cuando las vías ordinarias también puedan reparar tales derechos”<sup>(59)</sup>.

Respecto al despido discriminatorio sostiene que “(...) los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que conforme al artículo 23 de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre”<sup>(60)</sup>.

Estos pronunciamientos ilustran suficientemente la posición del TC, para quien la existencia de un cauce procesal específico para impugnar el despido “nulo” no afecta ni restringe su competencia para conocer estos casos en la vía del proceso de amparo, en atención al carácter de “urgencia” de este proceso y a la trascendencia en el ordenamiento constitucional de los derechos protegidos bajo la figura del despido nulo. No es difícil, por consiguiente, suponer que bajo este mismo criterio, se considere procedente continuar tramitando demandas de amparo que impugnan el despido “incausado” o “fraudulento”, a pesar de la habilitación para ello de la vía procesal ordinaria realizada por el Pleno Jurisdiccional.

---

(58) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC). Precisa el TC , en la misma sentencia, que “(...) cuando se formulen demandas fundadas en las causales que configuran un despido nulo, el amparo será procedente por las razones expuestas, considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente”.

(59) STC Exp. N° 0206-2005-PA/TC.

(60) Ídem.

En este sentido, la Corte Suprema refiriéndose al proceso abreviado laboral regulado en la NLPT, rehúsa equiparlo a la condición de “vía igualmente satisfactoria”, puntualizando, al respecto que:

“(…) debe precisarse que ello no convierte a esta vía procedimental en igualmente satisfactoria que el amparo constitucional para la tutela de los derechos fundamental del trabajo porque el legislador de la Nueva Ley Procesal del Trabajo no ha creado un proceso urgente con la misma naturaleza y envergadura que el proceso constitucional de amparo, sino que el presente es un proceso de cognición plena o de conocimiento, que tiene regulada la pretensión genérica de reposición, y que de esa manera queda a opción del litigante recurrir a esta vía, sin que por ello deje de encontrarse en el caso concreto habilitado el amparo constitucional” (Cas Lab N° 3979-2011-Tacna).

De este modo se puede concluir que el efecto del acuerdo del Pleno Constitucional consiste en otorgar al trabajador que es víctima de un despido incausado o fraudulento, la opción de impugnarlo ya sea en la vía procesal ordinaria o mediante el proceso de amparo.

### **3.2. Los límites de la ampliación del despido nulo**

Hay que precisar que a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado, en varias ocasiones, que la vía del amparo se encuentra habilitada para la impugnación del despido únicamente en los supuestos en que este es incausado, fraudulento o nulo, dicha jurisprudencia también se ha pronunciado en casos ajenos a estos, es decir cuando el despido vulnera derechos fundamentales distintos al “derecho al trabajo” o a los tres derechos que subyacen al concepto legal del despido nulo (libertad sindical, interdicción de la discriminación y tutela jurisdiccional efectiva).

En efecto, podemos encontrar pronunciamientos del TC relativos a despidos en los que se han vulnerado otros derechos, como el derecho al debido proceso sustantivo (razonabilidad y proporcionalidad), al derecho de defensa, al secreto de las comunicaciones privadas, a la libertad de expresión y a la presunción de inocencia. En ninguno de estos casos, el TC sustenta su decisión en la vulneración específica del derecho al trabajo, sino en alguno de los derechos antes mencionados, aunque es verdad que al no poder invocarse el ejercicio de aquellos por el empleador como fundamento de la decisión extintiva, al no existir causa justa admitida por la ley, también resulta afectado, concurrentemente, el “derecho al trabajo”.

A través de las sentencias que invalidan despidos que vulneran cualquiera de los derechos mencionados, el TC se aproxima, en realidad, a un concepto constitucional de despido “nulo” que excede los estrechos márgenes del concepto legal previsto en el artículo 29 de la LPCL. Dado que estos supuestos de despido no encuadran estrictamente en las figuras del despido “incausado” o “fraudulento”, cuando el despido se sustente en la afectación de aquellos, la vía procesal que corresponda será la del proceso de amparo, a la espera de que la evolución de la jurisprudencia pueda incluirlas en el cauce procesal ordinario, tal como, por ejemplo, se ha planteado en el proyecto de la Ley General del Trabajo que adopta una noción amplia de la nulidad del despido que comprende todo aquel que lesione derechos fundamentales, cualquiera que estos sean.



# GLOBALIZACIÓN Y DERECHOS COLECTIVOS: LOS GRANDES RETOS DE LA ACTUALIDAD

---

ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS<sup>(1)</sup>

---

## I. LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA Y LA CRISIS DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE PROTECCIÓN

---

El siglo XXI ha comenzado y se viene desarrollando con un gran protagonista económico: la globalización o mundialización, entendida como aquella realidad cuyos elementos básicos poseen una capacidad institucional, organizativa y tecnológica de operar como una unidad en tiempo real o en un tiempo establecido a escala planetaria, para decirlo en términos de Rafael Sastre y Manuel Castells.

Sin duda, es un tema muy complejo y polémico, con innumerables ángulos y aristas, con consecuencias positivas y negativas, cuya formulación general no vamos a desarrollar en este trabajo, por lo que nos abocaremos simplemente a tratar el impacto de este fenómeno en el mundo de las relaciones laborales y, particularmente, en el plano de las relaciones colectivas de trabajo.

Tengamos en cuenta, simplemente y como punto de partida, que se trata de un fenómeno principalmente económico que ha dinamizado la economía mundial y que se viene propagando a gran velocidad desde 1989, año simbólico en que se producen la caída del muro de Berlín y el consenso de Washington. Fin de la historia, para unos, predominio, en todo caso, del llamado “pensamiento único”, desaparición del mundo bipolar y la consiguiente relajación y desaparición de muchos

---

(1) Pontificia Universidad Católica del Perú.

de los contrapesos políticos al funcionamiento de la economía que buscaban mayor equilibrio social. Retorno, dirán algunos, al *laissez faire* o capitalismo salvaje, solo que esta vez a escala planetaria.

Por ello, la Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, que constituyó la OIT, comienza afirmando que la trayectoria actual de la globalización debe cambiar, ya que no cabe aceptar que la dinamización de la economía mundial se sustente, en mucho, en la desaparición de los instrumentos de equilibrio social, imprescindibles para garantizar la estabilidad mundial. De nada nos sirve vivir dentro de economías cada vez más libres y florecientes si estas generan unas sociedades más débiles, desintegradas y empobrecidas, como afirman Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer.

Y este encuadre inicial tiene un entronque directo con nuestra disciplina en la medida que el Derecho del Trabajo, en sus vertientes estatal o negociada colectivamente, ha venido siendo el instrumento de equilibrio social por excelencia. Aquella piedra angular del gran pacto social que sustenta al Estado social de derecho, que postula el reconocimiento de la propiedad privada de los medios de producción y de la libertad de empresa a cambio de que se ejercieran dentro de los límites impuestos por la imprescindible tutela de los intereses de los trabajadores, que requerían esta protección estatal para superar la desigualdad originaria planteada en términos económicos.

De allí que lo que digamos respecto del futuro de los derechos colectivos tiene una importancia macrosocial clave, ya que estos son instrumentos particularmente importantes del diseño constitucional de todo Estado constitucional de derecho, para utilizar la terminología actual.

Y el gran tema general que nos trae, la globalización, gira alrededor de la fractura que se produce entre tales esquemas constitucionales y, por tanto, nacionales, de equilibrio y cohesión social, y un sistema económico intrínsecamente no regulado y emancipado del control político-público, para decirlo en palabras de Perulli. Ello da lugar a una pérdida paulatina y cada vez más intensa de efectividad de los sistemas nacionales de humanización de la economía, rompiendo el paradigma de control político de la economía en aras de un reparto más generalizado de sus frutos a partir de tomar en cuenta a todos los participantes en el proceso de creación de riqueza. Hay un desmontaje de los mecanismos de equilibrio social que trae consigo grandes cuotas de insatisfacción y pobreza a gran cantidad de países, sectores y trabajadores.

Se está echando por la borda, entonces, el pragmatismo político de quienes permitieron la subsistencia del capitalismo a partir de la transformación del

liberalismo auroral en el Estado social de derecho, cuando la revolución soviética le dio visos de realidad a los planteamientos de las ideologías revolucionarias surgidas para confrontar los niveles generalizados de exclusión y miseria que produjo el capitalismo liberal.

De allí que sea un reclamo cada vez más unánime el de la necesidad perentoria de gobernanza de la globalización, que supere el triunfo de los mercados sobre los gobiernos (en gráficos términos de Manuel Castells), que agregue a la lógica del beneficio, la lógica democrática de la promoción del equilibrio y la igualdad, como señala Sanguineti, quien agrega que no se trata de poner trabas al crecimiento de la economía, sino de hacerlo compatible con el respeto a un núcleo básico e indisponible de derechos de los trabajadores que garanticen a estos un mínimo de bienestar. Y en este terreno, nuestra disciplina y los sujetos colectivos tienen mucho que decir en la medida en que el paradigma de transnacionalización económica no importa su desaparición sino que obliga a repensarlos para que se adecuen a las dinámicas productivas y de reparto de poder actualmente vigentes.

No olvidemos que a la globalización no se ha llegado por puro y simple determinismo histórico, sino que ha sido necesario un conjunto de factores, entre los que destacan las decisiones políticas de liberalización impulsadas por algunos países poderosos, directamente o a través de conocidos organismos internacionales, que, además, desde hace algún tiempo vienen revisando su teoría neoliberal inicial. De allí que se vuelva imprescindible la búsqueda urgente de las instituciones, reglas y mecanismos políticos multinacionales que introduzcan contrapesos sociales, redistribuyendo los beneficios del crecimiento de la riqueza, para lo cual el Derecho del Trabajo, en sus vertientes estatal y pactada, nacional e internacional, debe ofrecer una valiosa cooperación.

Con lo que volvemos al principio: hay que prestar máxima atención a todas las iniciativas dirigidas a poner sobre el tapete el imprescindible respeto a la dimensión social de la globalización, redefiniendo el anacrónico aparato multilateral que nació en Bretton Woods, de manera que se cuente con la institucionalidad internacional que la tutele e impida una segmentación irreconciliable entre beneficiarios y perjudicados por este proceso económico.

No podemos ser tan necios de olvidar la historia permitiendo –como afirma Óscar Ermida– el surgimiento de una nueva cuestión social, por lo que hay que darse prisa en la construcción de instrumentos políticos globales que refuercen el Derecho Internacional del Trabajo y la autonomía colectiva también internacional como ejes de equilibrio y redistribución de beneficios, que le den sostenibilidad al proceso económico.

## II. EL CAMBIO DE PARADIGMA PRODUCTIVO Y LA CRISIS DEL DERECHO DEL TRABAJO

---

En el mundo de las relaciones laborales, la globalización económica no es el primer fenómeno transnacional. Hay, en primer lugar, una globalización social, que se puede graficar recordando aquel conocido lema del Manifiesto del Partido Comunista “Proletarios del mundo uníos”, que comenzó a difundirse en 1848, por lo que son los sindicatos los pioneros en la búsqueda de un escenario mundial de actuación, aunque esta tarea todavía está inconclusa.

En segundo lugar, por empuje del propio movimiento sindical, asistimos a una globalización jurídica, con al creación de la OIT, en 1919, y el surgimiento del Derecho Internacional del Trabajo, que viene jugando un papel destacado pero insuficiente en este contexto, por muchas razones, entre las que destaca un diseño que gira alrededor de los propios Estados, que, por ejemplo, deben ratificar los Convenios Internacionales del Trabajo para que sus regulaciones les sean exigibles. Ciertamente es que asistimos a los primeros y tambaleantes pasos más directamente vinculantes, como la Declaración de Principios y Derechos en el Trabajo de 1998, o la reestructuración de su estructura y actividades alrededor del concepto de trabajo decente, pero queda claro, también, que hay mucho camino por recorrer hasta contar con un efectivo entramado social de ámbito mundial.

De este modo, seguimos todavía siendo deudores principales de un sistema de protección sindical y político de ámbito nacional, que, como hemos señalado brevemente, resulta inadecuado para tener una actuación tuitiva eficaz en el mundo actual.

De mucha más reciente data que los procesos de globalización social y jurídica, es la globalización económica, que, sin embargo, ha logrado convertirse en breve tiempo en el fenómeno que tipifica a esta época, introduciendo transformaciones radicales en las relaciones laborales. Frente al fordismo (central o periférico) y a la guerra fría, que alimentaron unas relaciones laborales con sujetos colectivos fuertes y legitimados (hasta ideológicamente), el mundo se ve inmerso crecientemente en un nuevo paradigma productivo que impacta significativamente en la regulación laboral, en general, y en el campo de la tutela colectiva, que es lo que aquí interesa. Entre los rasgos típicos de este nuevo paradigma se pueden señalar los siguientes:

- Sacralización de la competitividad como el nuevo super valor alrededor del cual se estructuran la producción y el intercambio, con el consiguiente retroceso de la cohesión social y la redistribución de la riqueza.

- Mayor autonomía y movilidad del capital.
- Internacionalización de la producción.
- Desplazamiento del lugar de adopción de decisiones hacia el campo transnacional.
- Intenso y constante desarrollo tecnológico.
- Surgimiento de la empresa virtual.
- Deslocalización de la producción o simple utilización de esta posibilidad para reducir estándares laborales legales y convencionales.
- Descentralización productiva a través de segmentación empresarial, la subcontratación y el recurso al trabajo autónomo.
- Florecimiento de los grupos de empresas y las empresas en red.
- Flexibilidad organizacional máxima para adecuarse *just in time* a la demanda.
- Flexibilización cada vez mayor de las condiciones de trabajo, abandono de instrumentos homogenizadores y mayor diferenciación de estas.
- Pérdida de peso del trabajo asalariado típico e incremento de las modalidades atípicas y precarias.
- Reducción de los puestos de trabajo y crecimiento del sector informal.
- Revisión a la baja de las condiciones de trabajo.
- Mayor diferenciación de las condiciones laborales.

Estos cambios están produciendo, entre otros efectos macro, una revisión cuantitativa y cualitativa de los alcances del Derecho del Trabajo y un reordenamiento de las fuentes del Derecho del Trabajo. El Estado disminuye su presencia y su condición tutelar, dando mayor protagonismo a la autonomía colectiva (que también se descentraliza), en algunos países, y directamente al contrato de trabajo o a la simple voluntad empresarial, en otros, como lo hace notar Wilfredo

Sanguineti. Todo ello en un contexto de fortalecimiento negocial inédito de los empresarios, con la consiguiente reducción del poder sindical y de la eficacia de la tutela colectiva.

En este marco, las transformaciones en el sujeto empresarial son especialmente resaltantes. La empresa fordista, a cuyo reflejo surgió y actuó eficazmente el sindicalismo y los demás institutos colectivos, se viene transformando por la vía de la descentralización productiva, la externalización, la subcontratación, las nuevas tecnologías en un sujeto inmaterial, casi intangible e inasible, que ya no congrega factores de producción y trabajadores, sino que, en algunos casos, como afirma Garmendia, se convierte en un conjunto de contratos organizados, en una entidad articuladora de transacciones, lo que, aunque parezca paradójico, ha llevado a que el sujeto empleador concentre más poder que cuando actuaba unitariamente. Estamos ante la empresa flexible, en red o virtual, como gran protagonista de este inicio de siglo, emancipada, además, en el caso de las grandes empresas, del marco institucional de los Estados.

Esta nueva configuración empresarial ha impactado severamente en la estructura ocupacional o composición de la mano de obra, de modo que donde había un colectivo de empleados muy homogéneo, subordinados jurídicamente, con contratos indefinidos y condiciones de trabajo similares, tenemos ahora un complejo haz de relaciones que involucran a diferentes empleadores, con contratistas y subcontratistas, con un núcleo de trabajadores muy cualificados y un gran componente de trabajo precario, subcontratado, parasubordinado o autónomo, e incluso con una apertura a la competencia internacional de los trabajadores.

De modo que asistimos a un proceso muy complejo en el cual el contexto económico-productivo, el Estado, las dos partes tradicionales de la relación laboral y esta misma han sufrido cambios y transformaciones muy relevantes, cuyo impacto inocultable en el Derecho del Trabajo va más allá del dismantelamiento o deconstrucción de los tradicionales instrumentos de tutela del trabajo, generando un proceso de redefinición de sujetos, categorías, instituciones, roles y relaciones. Estamos asistiendo al surgimiento de Derecho del Trabajo de geometría variable, que debe acomodar su función equilibradora a la gran variedad de supuestos en que se presta el trabajo ahora.

Y aquí nos interesa resaltar particularmente la significativa merma de eficacia de la acción sindical, que está llevando a que el juego de pesos y contrapesos que subyace al reconocimiento de la propiedad privada sobre los medios de producción y de la libertad de empresa, junto a los correlativos derechos colectivos, esté perdiendo virtualidad y funcionalidad, al no generar los equilibrios necesarios

para seguir sustentando al gran pacto social, entre capital y trabajo sobre el que se construye el Estado social de derecho.

De un lado, los sujetos y la acción sindical no están pudiendo adherirse a las múltiples formas que los empresarios están imprimiendo a la organización del trabajo a nivel nacional e internacional, y, de otro lado, la difuminación de la empresa en grupos y redes, la tercerización, la reducción del trabajo estable y el consiguiente incremento del trabajo precario, el aumento del desempleo y la explosión sector informal están conduciendo a privar de facto a muchos trabajadores del derecho de huelga, a la par que debilitan su ejercicio en quienes todavía se encuentran en condición de ejercerla. Y esta inadecuación de la huelga para garantizar una tutela colectiva efectiva está afectando a la autonomía colectiva en su totalidad, ya que la huelga es el mecanismo que garantiza el funcionamiento del ordenamiento jurídico autónomo.

Todo ello no conduce, creemos firmemente, a la desaparición de los sindicatos y de la tutela colectiva de los trabajadores, en la medida que su finalidad no se encuentra satisfecha sino que las razones de su existencia aún son mayores; pero sí resulta imprescindible una adecuación de aquellos y esta al nuevo paradigma productivo, para lo que se requiere, entre muchas cosas, de una parte, la reafirmación del sindicato como sujeto político en los ámbitos nacional e internacional (Humberto Romagnoli) y, de otra, su adaptación al nuevo paradigma productivo, enlazando sus elementos externos, provenientes de la globalización, e internos, que llevan, según Pérez de los Cobos, a diversificar los intereses que busca conjugar y representar, a partir de la segmentación de la empresa, la diversificación del estatuto jurídico del trabajador, los nuevos modos de trabajar, la feminización del empleo, etc. De este modo, conjugando ambas esferas, el sindicato, como reclama Baylos Grau, debería trascender la esfera de la determinación de condiciones salariales, para convertirse en “un actor social que expresa la identidad de los trabajadores en su conjunto, y que se relaciona con el resto de actores sociales y políticos como representante de la ciudadanía social”.

Finalmente, y en el concreto plano de la tutela colectiva, se requiere también una adecuación de los parámetros legales de ejercicio de la huelga y de las tradicionales formas de expresión del conflicto a los cambios del paradigma productivo y político, de modo que se pueda volver a darle efectividad a este tan relevante instrumento de equilibrio e inclusión social. Al respecto, es necesario que, como reclaman Supiot o Baylos Grau, se garantice la negociación con el empleador real y no con el aparente, neutralizando la interferencia de las opciones organizativas del empresario en la tutela colectiva, se pueda suspender de la duración de un contrato de trabajo de duración determinada por el periodo que dure la huelga,

con el aplazamiento del término finalización correspondiente, se establezca una base jurídica para permitir la huelga internacional, así como la obligación de negociar con los huelguistas, se reconozca el pleno de la huelga en el Sector Público, con la búsqueda de un equilibrio negociado en el caso de los servicios esenciales, se facilite la utilización de los medios de comunicación electrónica para fines sindicales, a la par que se ponga en debate el tema de la huelga de los trabajadores independientes, que implementan paralizaciones diversas de labores para conseguir ciertas medidas estatales que protejan sus intereses.

Las ventajas de Internet para el movimiento sindical y su actividad conflictiva son muy grandes puesto que permiten mantener al colectivo involucrado informado al instante y comunicado vía chats, foros y conferencias virtuales, etc., a la par que se pueden celebrar asambleas virtuales que permitan tomar decisiones a la mayor velocidad posible. También está mejorando la prestación de servicios a los afiliados y evitando la injerencia empresarial en la comunicación. Al respecto, Sastre Ibarreche presenta un detallado análisis de las virtudes de la red para la acción sindical, señalando, en lo a nosotros interesa, su contribución al nacimiento de manifestaciones cibernéticas equivalentes a las tradicionales huelgas, a las de celo, o, incluso, sabotaje, revitalizando modalidades clásicas como la huelga de solidaridad o apoyo, así como ciertas formas de boicot, a la par que posibilitando la ampliación de la protesta incluso a niveles supranacionales, y generando posibilidades para llevar a cabo piquetes cibernéticos, como señala Sastre Ibarreche.

En este contexto, veamos, en concreto, la acción sindical en dos planos: el internacional, que busca dar cuenta de lo que viene sucediendo en el plano de la expansión de la autonomía colectiva a espacios multinacionales, y el nacional, presentando las transformaciones que se vienen produciendo en el ámbito de las relaciones colectivas al interior de los países.

### **III. LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A NIVEL INTERNACIONAL**

---

#### **1. Los problemas generales de la actuación colectiva internacional**

Antes de ingresar a los temas específicos de este ítem, queremos señalar como premisa que a estas alturas de la civilización tenemos la convicción plena de que la libertad sindical ha ingresado a formar parte del patrimonio jurídico de la humanidad. Y ello no solo a la vista de su destacada presencia en todos los grandes pactos y tratados internacionales sobre derechos fundamentales, a los que se

puede agregar la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la OIT, que cumple una década este año, sino también a que las destacadas funciones que cumple este complejo derecho tienen incluso mayor vigencia que antes, a la par que no encontramos ningún sujeto o institución que pueda reemplazar al sindicato en los campos de equilibrar la relación laboral, procesar y componer el conflicto industrial, producir normas apropiadas a las necesidades de los diversos colectivos laborales, contribuir decididamente a darle efectividad a las normas laborales de origen estatal y garantizar que la voz de los trabajadores sea tenida en cuenta en el terreno de las políticas públicas.

Sobre esta premisa, y aun teniendo a la vista allá lejos el carácter pionero del sindicalismo internacional, y aquí cerca la reciente creación de la Confederación Sindical Internacional a finales del 2006, que referiremos a continuación, no podemos sino constatar la ausencia de una acción colectiva eficaz en el ámbito global, aunque su presencia en las multinacionales y en los procesos de integración regional empieza tener fisonomía.

Y esta constatación responde a diversas razones, que analizaremos a continuación en sus principales causas, debiendo señalar que tras ello nos ocuparemos brevemente del tema en el campo de las empresas multinacionales y los procesos de integración regional. Mención aparte nos merecerá la revisión que se está produciendo alrededor de las medidas de conflicto, por lo que a este tema le dedicaremos la parte final del trabajo.

En el ámbito de los problemas para la acción sindical internacional, los hay de toda índole: desde los referentes a la dimensión económica y composición del mercado de trabajo de los diversos países, hasta los propios del sistema laboral, como pueden ser la existencia de sujetos empresariales y sindicales y su legitimación para llevar a cabo una negociación colectiva global. Todo ello, además, se presenta inmerso en un proceso heterogéneo, que presenta diversos componentes, ritmos y características, en cada lugar.

Al respecto, hay que comenzar señalando la gran complejidad de la estructura sindical internacional (interprofesional, sectorial, regional, en espacios de integración regional, etc.), y las diferencias insuperables hasta ahora entre las grandes confederaciones y sus organizaciones regionales que impiden que se pueda plantear siquiera un plan de unidad de acción. De todos modos, el jaque planteado por la globalización ha recibido la primera respuesta positiva con la creación de la Confederación Sindical Internacional, a partir de la unificación de la Confederación de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y la Confederación Mundial del Trabajo (CMT), así como se puede apreciar también una mayor actividad en el ámbito de las Federaciones Sindicales Internacionales (antes

llamadas Secretariados Profesionales Internacionales), que son organizaciones sectoriales especialmente activas en los campos de la educación, construcción y madera, periodistas, industrias metalúrgicas, transporte, textil, alimentación y servicios públicos.

En todo caso, todavía estamos lejos de contar con sujetos colectivos con capacidad real de actuación internacional en un contexto de fortalecimiento empresarial, ausencia de una institucionalidad internacional que promueva y respalde esta actuación, todo ello, además, en un contexto de debilidad sindical. Seguimos, todavía, con organizaciones sindicales internacionales que desarrollan fundamentalmente labores de coordinación, *lobby*, caja de resonancia y denuncia de infracciones nacionales.

A ello, podemos agregar otros tres problemas que presentamos en los términos de Recio Andreu: la existencia de modelos sindicales nacionales diferentes, la existencia de intereses contradictorios entre los trabajadores y sindicatos de cada país y la ausencia de suficientes canales de influencia en los distintos niveles de instituciones supranacionales.

En el primer caso, hay factores de muy diversa índole que explican cada modelo: factores históricos, ideológicos, de cultura organizativa, vinculados con las estructuras institucionales nacionales, de grado de conflictividad o de experiencias de cooperación, de estructura productiva y mercado de trabajo, de cultura empresarial y rol estatal, para mencionar algunos especialmente relevantes. En todo caso, no se trata de un escollo insalvable, puesto que una vez diagnosticado el problema, se debe emprender un proceso de desarrollo de nuevas formas organizativas adaptadas a trabajar con la pluralidad de enfoques y con los nuevos retos de la intervención global.

Más complejo es el segundo problema en la medida en que afecta al meollo del sindicalismo: la globalización exagera la existencia de intereses contrapuestos entre los trabajadores de los países desarrollados y no desarrollados que afecta la existencia de un proyecto reivindicativo común. Si bien, la aspiración común a establecer un marco de derechos sociales generales opera como elemento unificador, la fijación de los niveles de protección rompe la convergencia, puesto que el sindicalismo de los países desarrollados cuestiona que el mínimo sea demasiado bajo, ya que ello les generaría un aumento de la competencia exterior, con un impacto negativo en el empleo y condiciones de trabajo. En tanto que para los sindicatos de países no desarrollados un sueldo muy alto puede ser simplemente una forma de proteccionismo encubierto de los países ricos para impedir su desarrollo económico. La salida, muy complicada, por cierto, a nivel general, podría pasar por una política de elevación paulatina de estándares laborales (como

la europea), acompañada de una intensa cooperación internacional dirigida a mejorar el desempeño económico y laboral de los países.

Finalmente, con relación a la limitada capacidad de influencia de las organizaciones sindicales en los organismos supranacionales, habría que generar los consensos que garanticen una mayor democratización de esta, tanto subjetivamente, a partir de permitir una presencia social directa en tales ámbitos, cuanto objetivamente, al generar un funcionamiento más abierto al escrutinio público. Este es también un tema clave, puesto que la eficacia de la acción sindical mundial va a tener como referente la capacidad de presión de las organizaciones laborales en el entramado político internacional. Valgan como ejemplos la Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, los Sistemas de Preferencias Generalizadas, las Cláusulas Sociales en los acuerdos comerciales o la presencia de las organizaciones sindicales internacionales en la elaboración del Informe Anual sobre Desarrollo Mundial que elabora el Banco Mundial.

Este maremágum de dificultades y retos complejísimos no nos permite ser optimistas en el corto plazo respecto de la construcción de una tutela colectiva transnacional. Estamos, todavía, en el momento de la configuración del elenco de derechos a respetar, vía declaraciones generales, cláusulas sindicales o códigos de conducta. En todo caso, se puede coincidir con Recio Andreu cuando señala las siguientes tres líneas de trabajo para salvar las dificultades que la globalización viene planteando a la acción sindical: la búsqueda de una política sindical a escala internacional –que incluye propuestas de regulación internacional de la actividad económica, de plataformas de acción sindical y de fórmulas de acción e influencia sobre los organismos supranacionales–, la búsqueda de un nuevo modelo organizativo que evite el actual proceso de segmentación laboral –lo que supone intervenir en el proceso de la organización de la producción, en el de la regulación de los derechos sociolaborales y en los procesos de formación y reproducción de la fuerza de trabajo y respuestas al reto de la crisis ambiental– que supone trabajar por transformaciones profundas en los contenidos y formas del modelo productivo que consideren al mismo tiempo sus efectos en términos de justicia social.

A continuación, veremos los casos específicos de acción sindical en las empresas multinacionales y en los procesos de integración regional, teniendo a la vista su importante significación y en la medida en que involucran, de cierto modo, las cuatro esferas clásicas de actuación en este terreno: información, consulta, participación y negociación colectiva.

## 2. Los derechos colectivos en las multinacionales

Teniendo a la vista que las relaciones laborales en las empresas multinacionales han llegado a merecer una pionera Declaración Tripartita sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, aprobada en la OIT en 1977, en la que se reconoce explícitamente la dimensión internacional de las formas de organización y acción sindical en función de la existencia de un solo empleador, el mundo ha sido testigo de diversas articulaciones colectivas dirigidas a representar la voz de los trabajadores frente a la empresa. A la luz de tales hechos, y de acuerdo a Sastre Ibarreche, vamos a presentar brevemente tres planos de actuación colectiva, que van desde la simple coordinación entre organizaciones sindicales hasta la puesta en marcha de comités de empresa dirigidos a permitir la participación de los trabajadores y de procesos de negociación colectiva con resultados variados.

El primero de ellos gira alrededor de la creación de alianzas sindicales que permitan llevar a cabo coordinación entre las diversas organizaciones sindicales nacionales involucradas por medio de reuniones periódicas y de intercambio y difusión de información, propia y comparada, por vía electrónica, que buscan fomentar la solidaridad y fortalecer el poder sindical. Este es el caso de las alianzas sindicales de Telefónica, Barclays Bank, Cable&Wireless, France Telecom, Quebecorp Group o National Australian Bank. En muchos casos, a través de la actuación de estas alianzas u organizaciones se impulsa el surgimiento de instrumentos negociados de participación en la empresa multinacional que vayan introduciendo consideraciones sociales en su actuación.

En segundo lugar, y con un nivel mayor de intensidad, encontramos el plano de los derechos de información y consulta. La expresión más acabada en este terreno es, qué duda cabe, el Comité de Empresa Europeo, que viene a ser un órgano obligatorio de participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa transnacional, que ha sido establecido en 1994 por la Directiva 94/45/CE y que ahora está complementada por las Directivas 2001/86/CE y 2002/14/CE. Sin duda, se trata de un interesantísimo mecanismo participativo que se construye alrededor del empleador real, de la fuente real de poder y decisiones para toda la empresa, garantizando que llegue allí la voz de los trabajadores.

Con ello, se logra un caro anhelo de los sindicatos: concentrar la actuación sindical frente al empleador unitario, conjurando los problemas derivados de la multiplicidad de sedes, tanto en lo que hace a la división de iniciativas como a la posibilidad de implementar estrategias empresariales que busquen neutralizarlas entre sí. En la práctica, se ha demostrado, además, que ha contribuido a fortalecer la acción sindical y ordenar las medidas de presión en los distintos lugares en que

la empresa actúa. Lógicamente, el movimiento sindical viene reclamando la ampliación de este mecanismo de participación al ámbito mundial.

Finalmente, está el plano de la negociación colectiva en las empresas transnacionales, de desarrollo todavía incipiente en función de la existencia de importantes dificultades que giran alrededor de las grandes diferencias de sistemas de relaciones laborales y mercados de trabajo nacionales, estándares de trabajo, representatividad de los actores, tipología de acuerdos concluidos, su eficacia jurídica, etc. De allí que los productos conseguidos se separen de la tradicional figura del convenio colectivo, aunque nadie pueda negarles ser expresiones de una autonomía colectiva que trasciende de su tradicional función normativa homogenizadora.

Un ejemplo que permite ver a la autonomía colectiva en acción a nivel de empresas multinacionales es el de los diversos acuerdos marco suscritos desde 1988 entre el grupo Danone y la UITA, que se ocupan de cinco áreas que grafican también claramente los ámbitos materiales más proclives a este nivel. Las áreas son: acceso a la información de la empresa por parte de los sindicatos, promoción de la igualdad de género, derechos sindicales, empleo y capacitación, y desarrollo de calificaciones.

Hijo de estos acuerdos es el Comité Mundial de Información y Consulta, creado en 1996, que incluso tiene ciertas competencias negociales aunque de carácter mayormente subsidiario, en la medida en que tienen que respetar las legislaciones, prácticas y convenios de cada país. Se trata de un instrumento que busca garantizar derechos, avanzar en términos de igualdad en ciertos campos y facilitar el desarrollo de actividades sindicales.

### **3. Los derechos colectivos en los espacios de integración regional**

Particular importancia para el desarrollo de la autonomía colectiva, tienen los procesos de integración regional en la medida en que trasciendan la mera apertura comercial y tengan como norte una convergencia o integral, paulatina pero creciente, entre los países involucrados. Y ello sin perder de vista que aún en estos privilegiados espacios para el desarrollo de la acción sindical regional existen importantes dificultades en materia de acción sindical, dado que conviven diferentes niveles de desarrollo y configuración diversa del mercado de trabajo, sistemas de relaciones laborales disímiles, con problemas en materia de sujetos negociales representativos y con facultades; tipo y naturaleza de los acuerdos; aplicación general o limitada de lo suscrito, etc.

En este marco, veamos, brevemente, lo que viene sucediendo en diversos niveles de integración regional en la medida en que el abanico es muy grande y va desde acuerdos puramente comerciales hasta procesos de convergencia integral con importantes cesiones de soberanía a los órganos de gobierno supranacionales.

Al respecto, debemos comenzar señalando que se observa que el nivel de integración buscado tiene una influencia directa en las posibilidades de acción sindical regional, de modo que se puede afirmar sin temor a equivocarse que a mayor intensidad en la integración, mayores impulsos y posibilidades de llevar los derechos colectivos a un plano regional. Y ello por diversas razones de fácil comprensión. Primero, porque un proceso acentuado de integración lleva a que las relaciones laborales también formen parte de él, por lo que los actores de estas relaciones se ven compelidos a ampliar su radio de acción. En estos casos, hay que aclarar, las organizaciones empresariales responden inmediatamente, en tanto que las sindicales requieren de un periodo de diálogo y coordinaciones de mayor duración. Valga como ejemplo que la Organización Europea de Empresarios (Unice) se crea en 1958, en tanto que la Confederación Europea de Sindicatos (CES) recién nace en 1973.

En segundo lugar, porque se trata de procesos que involucran a países no solo cercanos geográficamente, sino también económica, social y culturalmente, de modo que el proyecto de convergencia, a pesar de que pueda tener una geometría variable, conlleva dosis significativas de armonización. Y, finalmente, porque la dinámica de convergencia integral requiere de instituciones de gobierno del proceso, que reclaman la participación sindical en organismos como los consejos económicos y sociales o en la formulación de políticas regionales de carácter social.

Tras este encuadre inicial, resulta obvio que si lo único que se busca es una ampliación de mercados a través de la desaparición de las barreras aduaneras, como sucede con los Tratados de Libre Comercio (TLC) que viene negociando EE. UU., el nivel de integración es tan mínimo que no genera las condiciones para el surgimiento de sujetos sindicales regionales que desarrollen actividades en tal ámbito. Si bien es cierto es que en la cláusula social se reconoce el derecho de libre asociación y fomento de la negociación colectiva, pero todo ello como exigencia de respeto a nivel nacional, también lo es que empieza a generarse un espacio de coordinación entre las organizaciones sindicales de cada Estado, pero esta se expresa sobre todo en la transmisión de denuncias sobre violaciones de la cláusula social.

Un escenario más optimista para la acción sindical regional, pero todavía incipiente, puede verse en experiencias como las de la Comunidad Andina (CAN) y el Mercosur. Partiendo del hecho de que los tratados fundacionales, como fue

incluso en la Unión Europea (cuando se creó el mercado común), tienen una gran frigididad social, en la actualidad hay algunos indicios de avance.

En la CAN, a la par que se ha comenzado a poner en marcha el Reglamento de Seguridad y Salud Laboral, y se está concluyendo la negociación en materia de seguridad social y migraciones laborales, y se cuenta con el Consejo Consultivo Laboral Andino y el Consejo Consultivo Empresarial Andino, que si bien por su naturaleza, funciones y ubicación institucional separada de los órganos de gobierno del proceso de integración no permite hablar de una participación directa en la construcción del espacio común, sí vienen generando dinámicas de acercamiento y al interior de cada colectivo. En este contexto, en noviembre del 2006 ha surgido la Coordinadora de Centrales Sindicales Andinas (CCSA), con las finalidades de organizar, fortalecer e integrar al movimiento sindical andino en una acción sindical multinacional que les permita una voz en la discusión de los tratados de libre comercio y en la armonización de las políticas sociales.

En este contexto, la CCSA ha suscrito a fines del 2007 un comunicado conjunto con la Confederación Europea de Sindicatos (CES) resaltando que “resulta indispensable dotar al acuerdo de una dimensión social, no siendo suficiente hacer referencia a la vigencia de los derechos humanos en general y los laborales en particular, sino que debe incluirse en el mismo, mecanismos de seguimiento y cumplimiento que garanticen su aplicación irrestricta”. En tal sentido, señalan “la necesidad de incorporar a los tres pilares previstos, a saber, Diálogo Político, Comercial y Cooperación un cuarto pilar dedicado a regular el trabajo digno”. Ello, indican, “sería una garantía elemental en la búsqueda de construir un acuerdo bi-regional sustentable, basado en el reconocimiento de estándares laborales mínimos y no en el *dumping social*”.

A su lado, el Mercosur aparece como un proceso de integración en donde la acción sindical regional tiene una mayor progresión, en parte porque es el más reciente, y también porque cinco años antes de su creación (en 1986) las organizaciones sindicales de los países involucrados habían fundado la Coordinadora de Centrales Sindicales del Cono Sur (CCSCS), de modo que cuando se pone en marcha el Tratado de Asunción en 1991, esta organización ya estaba involucrada en el impulso de un apartado social. Asimismo, surge también el Consejo Industrial de Mercosur, en el que se agrupan los empleadores regionalmente.

La CCSCS promueve decididamente la creación del Subgrupo de Trabajo N° 11 (hoy Subgrupo 10) sobre Relaciones Laborales y Seguridad Social, y participa activamente en él y en el Foro Consultivo Económico y Social. En el plano de la acción sindical más concreta, podemos reseñar tres importantes hechos: en primer lugar, la creación del Comité Internacional de Trabajadores de la Empresa

Volkswagen del Mercosur, la negociación y suscripción en 1997 por las representaciones sindicales y empresariales correspondientes del Código de Conducta para la Industria Textil, Vestimenta, Calzado y Cuero y, finalmente, la suscripción en 1999 del Convenio Colectivo Conjunto para las filiales de la empresa Volkswagen de Brasil y Argentina. No se trata, sin embargo, de una regulación pactada de condiciones de trabajo, sino que se asienta fundamentalmente en compromisos en material de formación profesional. Como vemos, la casuística es muy puntual todavía y se constriñe a ciertas grandes empresas, que si bien excluye el pesimismo total, no nos permite un gran optimismo.

Finalmente, la experiencia cumbre se ha producido en la Unión Europea, sobre todo en los últimos 15 años y dentro de lo que se denomina, de manera englobante, diálogo social. Recordemos que este proceso de integración tiene ya cinco décadas y ha ido avanzando de un diseño inicial fundamentalmente económico coherente con el nombre Mercado Común, ha pasando a una comunidad económica en donde comenzó a hacerse presente una política social determinada, culminando en la actual Unión Europea, donde la visión integral del proceso ha llevado a que se tenga en cuenta la dimensión social de cada decisión.

Sabemos de los diversos avances en el plano de la participación de los trabajadores en la empresa a nivel de la UE, y ya hemos glosado brevemente el caso del Comité de Empresa Europeo, por lo que trataremos de dar algunas pinceladas sobre las posibilidades de elaboración de normas laborales comunitarias que tienen las representaciones sindical y empresarial europeas, y sobre el futuro de la negociación colectiva a este nivel.

En primer plano, tras la aprobación en 1992 del Acuerdo de Política Social (que recogía el acuerdo suscrito en 1991 entre la CES, las organizaciones empresariales privada y pública de ámbito europeo (Unice y CEEP) y las reformas correspondientes a los tratados fundacionales, las representaciones sociales tienen facultades incluso superiores a las existentes en los ordenamientos nacionales a la hora de elaborar normas que les incumban. Los planos son diversos: i) deben ser consultados sucesivamente sobre la posible orientación y el contenido de una medida de política social que se pretenda adoptar; ii) tras ello, las partes pueden paralizar la acción de la Comisión Europea, si deciden negociar un acuerdo sobre tal materia, para lo que tienen nueve meses prorrogables; y iii) el acuerdo sustituirá el instrumento que se buscaba aprobar.

Se trata, en palabras de Casas Bahamonde, de una inédita preferencia a favor del Derecho Social Comunitario de origen convencional, que para superar las críticas referidas a que se está yendo a una desresponsabilización de la Comisión

en materia social, debe allanar todos los obstáculos existentes (legislación promocional) para que pueda negociarse y para que el acuerdo logrado tenga efectividad plena.

En el plano de la negociación colectiva europea propiamente dicha, coincidiendo con Sanguineti Raymond, su reconocimiento expreso pero genérico ha dado ciertos frutos a nivel sectorial, pero todavía no supera los obstáculos referidos a los sujetos representativos, la vinculabilidad de los convenios y el requerimiento de medidas de fomento, como el deber de negociar, para desplegar el vuelo.

Si bien se ha superado estatutariamente la falta de capacidad negociadora de las organizaciones sindical y empresarial europeas, las mayorías que se exigen la dificultan ostensiblemente. Ello, que se presenta con mucha más intensidad en el lado empresarial, demuestra que están mucho más dispuestos a sustituir una posible regulación que pudiera serles impuesta desde la Comisión o el Consejo europeos que a construir un espacio para la autonomía colectiva en el ámbito europeo.

A la luz de lo dicho, sin embargo, se pueden señalar dos cuestiones. La primera referida a que la participación política de los sujetos sociales en la elaboración de normas laborales europeas ha dado algunos frutos relevantes, entre los que se cuentan cuatro acuerdos marco, tres de los cuales se han recogido en directivas comunitarias y un buen número de pactos sectoriales, en la agricultura, los servicios, las telecomunicaciones, el sector textil, etc., de una cierta viscosidad clasificatoria, en términos de Baylos, ya que en algunos casos han terminado en directivas, en otros son simples recomendaciones a las organizaciones nacionales o meros códigos de conducta.

En todo caso, el principal laboratorio para las relaciones colectivas internacionales se encuentra trabajando a tiempo completo, con la convicción de que los escollos son superables si es que las organizaciones correspondientes continúan haciendo sus tareas de adecuación interna y de definición conjunta de una estructura negociada que incorpore el nivel europeo a los nacionales y proceda a repartir funciones y materias adecuadamente.

Para ello, lo ideal sería extender las facultades de gobierno del sistema de relaciones laborales al ámbito europeo a través de un acuerdo marco sobre la estructura de la negociación colectiva, que si bien tendrá inicialmente dificultades de aplicación, demostrará que los consensos sociales están maduros y que, por lo tanto, habrá que buscar las fórmulas normativas que consientan y refuercen su aplicación efectiva en los diversos países.

#### IV. LOS DESAFÍOS DE LOS DERECHOS COLECTIVOS A NIVEL NACIONAL EN EL SIGLO XXI

---

A nivel nacional, y dentro de un contexto adverso a las relaciones colectivas como se estructuraron en el siglo XX (ver capítulos 1 y 2 de esta ponencia), el modelo industrialista de negociación colectiva, en concreto, se está viendo afectado por las importantes transformaciones en las formas de desarrollo de la actividad económica y de organización de la producción, que están conduciendo a una redefinición de buena parte de sus modos tradicionales de organización y a una nueva distribución del protagonismo entre sus distintas funciones.

Así, el hecho de que nos encontremos en la actualidad ante una realidad económica y productiva más diversa, compleja y cambiante conduce a priorizar la faceta adaptativa de los convenios colectivos en desmedro de sus funciones normativa y equilibradora, originando un cambio de énfasis en el seno de la función de intercambio. Es decir, los convenios colectivos dejan de responder prioritariamente a un propósito de equilibrio y uniformación y se convierten en instrumentos dirigidos a favorecer una adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales. De forma paralela, la paulatina sustitución de los rígidos esquemas fordistas de organización de la producción por formas más grupales, flexibles y participativas de desarrollo del trabajo está favoreciendo la asunción de un protagonismo cada vez mayor de sus funciones **organizacional** y **gubernamental** sobre su tradicional cometido económico o de mera regulación de las condiciones de “compraventa” de la fuerza de trabajo.

Los convenios colectivos avanzan así a convertirse, paralelamente, en instrumentos de gestión flexible de la fuerza de trabajo y no solo de fijación de las condiciones de trabajo. Se va así gestando un paradigma “posindustrial” de desarrollo de la negociación colectiva, dentro del cual ganan terreno sus aspectos adaptativos y organizativos sobre sus facetas normativa y equilibradora, como explica Del Rey Guanter.

El desarrollo de este nuevo paradigma, sin suponer una alteración radical respecto del esquema tradicional, introduce algunos cambios de relieve en los principales aspectos a partir de los cuales se estructuran los sistemas de negociación colectiva.

Así, irrumpen con fuerza nuevos productos colectivos, que van a convivir con el convenio general, y que tienen como características su informalidad, su especificidad y su descentralización. Es el caso de los acuerdos de empresa, que si bien existían desde siempre, van a ampliar considerablemente sus funciones. Ya

no estarán dirigidos a mejorar o complementar la regulación legal o convencional, sino que ahora pueden cumplir una función integrativa, ocupándose de materias no reguladas en otra norma (acuerdos defectivos españoles), como también pueden llegar a sustituir la regulación del convenio de nivel superior a la empresa, a través de las cláusulas de “inaplicación” o “descuelgue” (cláusulas de apertura alemanas o de descuelgue españolas).

A su vez, se rompe el carácter progresivo de la negociación colectiva permitiendo expresamente la negociación colectiva *in peius* o concesiva, a la par que se rompe con la tradicional ultratractividad del contenido normativo del convenio colectivo vencido. Por tanto, cada negociación comenzará de cero en lugar de tener como piso lo conseguido en el convenio anterior. Por tanto, asistimos a una debilitación del convenio en pro de una mayor adaptabilidad a las condiciones de cada empresa, dejando mal parada a la uniformización de condiciones de trabajo propia del fordismo.

Paralelamente, en el campo de la estructura de la negociación colectiva, la regla también pasa por descentralización, en la medida en que se busca ámbitos negociales adecuados a las materias o cuestiones a regular, que, como hemos visto, pertenecen al campo empresarial. Por lo que los sistemas negociales centralizados se complejizan y deben establecer reglas de articulación entre el nivel tradicional de rama y el relanzado de empresa, o, simplemente, reglas que resuelvan la concurrencia conflictiva entre convenios que se va a producir al irrumpir con fuerza el ámbito empresarial. Lo ideal de estas reglas es que se pacten colectivamente, pero también suelen aparecer en normas legales, a través de las cuales el Estado busca facilitar la existencia de ámbitos empresariales de negociación.

Se avanza entonces hacia un sistema de negociación colectiva articulada, dentro del cual el nivel de adecuación de la negociación depende de la materia tratada, favoreciéndose así un equilibrio más armonioso entre uniformidad y diversidad en la regulación de las condiciones de trabajo. El propósito de esta “descentralización” de la negociación colectiva es poner límites a la homogeneidad de las condiciones de trabajo derivada de la centralización, propiciando una mayor diversificación de sus contenidos mediante el desplazamiento de los procesos negociales hacia espacios más diferenciados y concretos.

Paradójicamente, es característica también de la nueva situación la emergencia de nuevas unidades de negociación supraempresarial, generadas por nuevos tipos de relaciones interempresariales propios del posfordismo. Este es el caso de la negociación colectiva de grupo de empresas, cada vez más presente en Europa, y también de algunas experiencias de negociación colectiva en el seno de la redes de empresas, unidas por vínculos de colaboración estable (por distintas

condiciones o redes de subcontratación). En ambos casos, la nueva unidad permite negociar con el interlocutor empresarial real, es decir, con el que en cada caso toma efectivamente las decisiones organizativas y estratégicas (la empresa matriz del grupo o la contratista principal).

En tercer lugar, en lo que al contenido de los convenios colectivos se refiere, se producen transformaciones de importancia al menos en tres ámbitos. Antes que nada, la búsqueda de una adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las circunstancias específicas de los sectores productivos y las empresas conduce en muchos casos a un retroceso del intervencionismo legislativo en la regulación de las condiciones de trabajo, dirigido a dejar mayores espacios “libres” para la actuación de los convenios colectivos.

Esto se produce bien a través de la supresión sin más de previsiones legales mínimas (ejemplo, retribución por horas extraordinarias o trabajo nocturno), bien a través de la “dispositivización” de estas (duración máxima del periodo de prueba) o bien mediante la remisión de su regulación a la negociación colectiva (sistemas de clasificación profesional). Los convenios colectivos “ganan” así espacios para su actuación incondicionada, pero al “precio” de perder la “red” de seguridad constituida por los mínimos legales, con el consiguiente riesgo de degradación de las condiciones de trabajo.

De otro lado, esas mismas exigencias de adaptabilidad y flexibilidad conducen a un cambio en la forma de regular los contenidos “tradicionales” de los convenios colectivos. Así, en **materia salarial** surgen cláusulas que vinculan su crecimiento a la marcha de la empresa, a la vez que proliferan los elementos variables del salario, por lo general, vinculados a la productividad o el rendimiento.

En **materia de tiempo de trabajo**, aparecen cláusulas dirigidas a facilitar la adaptación de su distribución a las necesidades del ciclo productivo, en tanto que en el ámbito de la clasificación profesional se favorece cada vez más una mayor integración e intercambiabilidad de funciones. Es más, en muchos casos, estas cláusulas son aceptadas por los representantes de los trabajadores a cambio de que les sean concedidos núcleos de participación o de control sobre su aplicación, lo cual supone una extensión de las formas de participación en el ejercicio de los poderes empresariales que refuerza la función organizacional en su formulación participativa de la negociación colectiva a nivel “micro”.

Finalmente, el paso a formas de organización del trabajo menos estandarizadas y más grupales y participativas propicia también la presencia en los convenios colectivos de cláusulas vinculadas con la organización del trabajo y la gestión del personal. Este fenómeno se produce especialmente en la negociación colectiva

de nivel empresarial. Ejemplos de este tipo son las cláusulas que regulan las modalidades de contratación y establecen compromisos de empleo, prevén sistemas de organización, regulan planes de formación, disciplinan las modificaciones de funciones o de condiciones de trabajo o las suspensiones de los contratos de trabajo y los despidos, en muchos casos articuladas con formas de participación individual de los trabajadores en la organización del trabajo, o de participación colectiva de sus representantes en la adopción de las decisiones correspondientes. Todo esto no supone que las funciones equilibradoras de la negociación colectiva desaparezcan, pero que cada vez se tornan más dependientes de su papel adaptativo y organizacional.

Para concluir, debe decirse que estos cambios no han conducido a relativizar o cuestionar la eficacia normativa (y, en algunos ordenamientos, personal general) atribuida a los convenios colectivos. Lo que sí se detecta es una tendencia a revalorizar los aspectos contractuales que el propio convenio colectivo posee, que por lo general pasan desapercibidos cuando se extrema su identificación con las normas legales.

El elemento clave para ello está constituido por el establecimiento de una relación más fluida entre las partes normativa y obligacional el convenio colectivo. Esta nueva relación se expresa de diversas maneras:

- En primer lugar, se admite que el propio convenio colectivo puede prever mecanismos de alteración de su contenido durante su vigencia, por lo general atribuidos a organismos ad hoc de carácter paritario; con ello, la frontera entre los sistemas estáticos y dinámicos de negociación colectiva tiende a difuminarse.
- En segundo lugar, se concede un protagonismo cada vez mayor a las instancias creadas por las partes en la aplicación o gestión de lo pactado, permitiéndoles adoptar decisiones que condicionen la actividad de las partes.
- En tercer lugar, se defiende la necesidad de una interpretación más subjetiva de los convenios colectivos que vaya más allá el sentido objetivo de su texto y considere también la voluntad real de las partes que lo suscribieron.

Todo esto supone nuevamente potenciar los valores adaptativos del convenio colectivo, aunque en esta ocasión desde una perspectiva procedimental que

potencia una vez más la función gubernamental concedida a los agentes sociales, proyectándola sobre la gestión de la propia norma colectiva.

Finalmente, debo concluir señalando que, como se habrá podido comprobar, nada de lo dicho cuestiona en sí mismo la vigencia de los derechos colectivos como instrumentos socialmente aptos de regulación de las condiciones de trabajo, que ponderen la necesaria flexibilidad con cuotas imprescindibles de equilibrio. Antes bien, estos cambios son expresión precisamente de su vitalidad. En todo caso, y teniendo en cuenta que la libertad sindical y la negociación colectiva están mencionadas en primer lugar en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT, de 1998, confiamos en sigan aportando las cuotas de igualdad requeridas para superar la exclusión y el carácter formal de nuestras democracias.

## BIBLIOGRAFÍA

---

BAYLOS GRAU, Antonio, "Democracia política y sistema sindical: reflexiones sobre la autonomía del sindicato". En: VV. AA. *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.

BAYLOS GRAU, Antonio. "Formas nuevas y reglas viejas en el conflicto social". En: *Derecho Social*. Nº 2, 1998.

BAYLOS GRAU, A. "La necesaria dimensión europea de los sindicatos y sus métodos de acción". En: *Gaceta Sindical*. Nº 178, 1999.

CASAS BAAMONDE, María Emilia. "Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito social". En: *Relaciones Laborales*. Nº 8, 1993.

CASTELLS, Manuel. *La era de la información. La sociedad Red*. Volumen 1, Madrid, Alianza Editorial.

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA GLOBALIZACIÓN. *Por una globalización justa. Crear oportunidades para todos*. Ginebra, 2004.

DEL REY GUANTER, Salvador. "Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la refundación de la nueva teoría jurídica de los convenios colectivos". En: *Relaciones Laborales*. Nº 1 y 2, 1996.

ERMIDA URIARTE, Oscar. "Derechos laborales y comercio internacional". En: SANGUINETI, W. y GARCÍA LASO, A, (Editores). *Globalización y relaciones laborales*. Universidad de Salamanca, 2003.

GARMENDIA ARIGÓN, Mario. “La nueva consideración de la empresa y su influencia sobre la caracterización de las relaciones laborales”. En: *Revista Derecho del Trabajo*. Barquisimeto, N° 2, 2006.

MONEREO PÉREZ, José Luis. “Estudio preliminar”. En: GIGUNI, Gino. *Introducción al estudio de la autonomía colectiva*. Granada, Editorial Comares, 2004.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. “El sindicato ante las transformaciones económicas y sociales”. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid, N° 134. 2007.

PERULLI, Adalberto. *Diritto del Lavoro e globalizzazione. Clausole sociali, codici di condotta e commercio internazionale*. Cedam, Padova, 1999.

RECIO ANDREU, Albert. “La globalización y los retos del sindicalismo”. En: AA. VV. *Globalización, trabajo y movimiento sindical*. Fundación Paz y Solidaridad, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, Miguel. “Política, globalización y condiciones de trabajo”. En: *Relaciones Laborales*. N° 11, 2000.

ROMAGNOLI, Umberto. “El renacimiento de la palabra sindicato”. En: *Revista del Trabajo*. Barquisimeto, N° 2, 2006.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “El espacio de la autonomía colectiva en la ordenación del mercado global”. En: SANGUINETI, W. y GARCÍA LASO, A. (Editores). *Globalización y relaciones laborales*. Universidad de Salamanca, 2003.

SASTRE IBARRECHE, Rafael. “Algunas claves para un sindicalismo también globalizado”. En: SANGUINETI, W. y GARCÍA LASO, A. (Editores). *Globalización y relaciones laborales*. Universidad de Salamanca, 2003.

SUPIOT, Alain. “Revisiter les droits d’action collective”. En: *Droit Social*. N° 7/8, julio-agosto 2001.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “Funciones y modelos de la negociación colectiva”. En: *Ius et Veritas*. N° 31.



# DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA FISCALIZACIÓN LABORAL

---

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU<sup>(1)</sup>

---

## I. PRESENTACIÓN

---

En esta presentación se analiza a la inspección laboral como un mecanismo de tutela de derechos fundamentales. Se trata de un tema que exige, en primer lugar, brindar algunos alcances generales sobre la incidencia de los derechos fundamentales en el campo de las relaciones laborales individuales y colectivas, para posteriormente abordar el tratamiento de estos en la fiscalización sociolaboral.

La tutela de derechos fundamentales se asocia principalmente a una perspectiva jurisdiccional y no necesariamente administrativa. Existe una fuerte tendencia de ligar la protección de tal categoría de derechos al proceso de amparo o a los procesos orales laborales, no obstante, como se podrá revisar en los siguientes acápite, en la inspección del trabajo la autoridad administrativa resuelve sobre conflictos donde está en tela de juicio un derecho fundamental y se ha dado el lujo de abocarse a varios casos en los que se ha pronunciado sobre derechos fundamentales cuando se trata de conflictos típicamente resueltos por el Poder Judicial.

---

(1) Profesor principal de la PUCP. Profesor en la Universidad del Pacífico y ESAN. Miembro de la SPDTSS. Magíster en Derecho Constitucional por la PUCP. Socio de Miranda & Amado, Abogados. Pontificia Universidad Católica del Perú

## II. DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL

---

### 1. Consideraciones generales e históricas

Cuando nos referimos a derechos fundamentales hablamos de condiciones inmanentes a la persona humana; se tratan de valores superiores que sustentan y se concentran en la dignidad.

La dignidad como base de cualquier ordenamiento jurídico supone el principio o valor a partir del cual se inspira el reconocimiento de derechos civiles y fundamentales. Y claro son manifestaciones abiertas, variables, delimitables. El principal ejemplo se encuentra en el desarrollo formulado por el Tribunal Constitucional que, hasta el 2002, desconocía las acciones de reposición por despido incausado, para posteriormente, después del precedente emblemático del caso Telefónica<sup>(2)</sup>, pasar a reconocer la protección constitucional de tal vulneración del derecho al trabajo de manera constante y uniforme.

Un caso muy interesante del carácter delimitable de los derechos fundamentales se encuentra en un no muy antiguo pronunciamiento administrativo de la autoridad de trabajo sobre el esquirolaje. Hasta un momento determinado, el Ministerio de Trabajo sostuvo que se podía reemplazar a los trabajadores huelguistas con trabajadores propios que no acatan la huelga (llamado esquirolaje interno). Hoy en día, tal postura original ha cambiado y ha pasado a calificar dicha conducta como antisindical, declarando nula la reorganización interna que tenga por finalidad vulnerar el derecho de huelga<sup>(3)</sup>.

En ambos casos se puede valorar cómo ha variado la interpretación del Tribunal Constitucional y del Ministerio de Trabajo; se han adecuados a las situaciones o exigencias actuales.

Así las cosas, queda claro que los derechos fundamentales contienen manifestaciones abiertas, delimitables y también mutables. En esta línea, si hiciéramos una historia del derecho constitucional en el Perú y “lo laboral” podríamos dividirla en tres partes, para valorar claramente cómo han evolucionado los derechos fundamentales en materia laboral dentro de nuestro sistema de trabajo.

---

(2) Cfr. STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC.

(3) Cfr. Resolución N° 165-2010-Lima. Ver: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y EGUIGUREN PRAELI, Augusto. *La jurisprudencia administrativa en la inspección laboral*. Gaceta Jurídica, 2012, p. 249.

En las constituciones del siglo XIX lo laboral era un presupuesto para la ciudadanía. ¿Quiénes podían votar en la constitución del siglo XIX? ¿Quiénes tenían derechos civiles? El que tenía una propiedad, el que tenía una renta o un trabajo tenía derecho al voto. El trabajo era una forma de acceder a la ciudadanía.

Tal escenario cambió sustancialmente con las constituciones del siglo XX. En dicho contexto, la ciudadanía es un presupuesto de lo laboral. Las constituciones de 1933, 1979 y la actual expresamente establecen que en la relación laboral se respetan los derechos fundamentales y el trabajador en primer lugar es persona.

Respecto al siglo XXI, se podría decir que el desarrollo de los derechos fundamentales está marcado por el Tribunal Constitucional. Sin duda, hay una fuerte dinámica de derechos fundamentales en materia laboral gracias al aludido órgano de control constitucional.

Tal mutación de los derechos fundamentales ha permitido formular una clasificación muy conocida: (i) derechos fundamentales de la persona del trabajador; y (ii) derechos fundamentales laborales del trabajador propiamente. Los primeros se sustentan en la persona humana y los segundos corresponden a los trabajadores contratados bajo relación de dependencia. Los primeros (llamados también “inespecíficos o de la ciudadanía laboral”) son delimitables en el sentido de lo establecido en el artículo tres de la Constitución, coincidente con lo señalado por el Tribunal Constitucional que expone que los derechos fundamentales no son taxativos, se trata más bien de derechos abiertos y/o mutables en el tiempo. Por el contrario, los derechos laborales específicos son delimitados, empiezan en el artículo veintidós y acaban en el artículo veintinueve de la Constitución; se trataría, de primera impresión, de disposiciones taxativas y/o cerradas.

## 2. ¿Derechos laborales específicos taxativos?

Si bien se ha señalado que los derechos específicos son taxativos del artículo veintidós al artículo veintinueve de la Constitución, debe tomarse en cuenta el contenido que ha dado el Tribunal Constitucional al supuesto carácter cerrado de tales preceptos constitucionales.

Veamos. En la Constitución de 1979 el concepto de Derecho al Trabajo era etéreo, era un derecho genérico, de preceptividad aplazada dicen los constitucionalistas. Tal situación cambió radicalmente con la aprobación de la Constitución de 1993, en cuanto a partir del precepto señalado en su artículo veintidós se ha formulado un desarrollo considerable a los derechos laborales. Los constitucionalistas que diseñaron la Constitución vigente seguramente jamás pensaron que cuando debatieron y aprobaron el artículo veintidós, que simplemente reconoce

el “derecho al trabajo”, iba alcanzar el contenido que el Tribunal Constitucional le ha dado en la actualidad. Hoy en día, tal precepto constitucional no es un derecho etéreo, ni mucho menos taxativo como antes se señalaba.

Gracias al contenido del artículo veintidós de la Constitución de 1993, por ejemplo, el Tribunal Constitucional habla de primacía de la realidad en procesos de amparo. Pero ¿en qué se basa dicho órgano de control para apoyarse en tal principio laboral cuando no ha sido formulado expresamente a nivel constitucional? Es el derecho al trabajo regulado en el artículo veintidós. Para el aludido colegio constitucional la primacía de la realidad es parte del contenido del mencionado dispositivo constitucional que regula el derecho al trabajo.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado en el mismo sentido en el caso de reposición por despidos incausados. ¿Dónde está el derecho constitucional a la reposición ante un despido incausado? También está en el mencionado artículo veintidós de la Constitución.

Con respecto al derecho a la promoción (ascenso), el Tribunal ha atendido favorablemente algunos casos de funcionarios públicos a quienes no se les dejó postular a una promoción mediante concurso interno<sup>(4)</sup>. En uno de esos casos, la entidad pública realizó directamente un concurso externo sin incluir a sus trabajadores internos. Y cabe hacer la misma pregunta: ¿dónde está el derecho a ser considerado en un proceso de promoción? Nuevamente, la respuesta es en el artículo veintidós de la Constitución vigente.

En otro caso, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre del derecho a la ocupación efectiva con la finalidad de atender aquellas situaciones que se presentan en algunas empresas cuando el trabajador retorna de una reposición tras un proceso largo y no que puede desarrollar su prestación laboral de forma ordinaria (como se dice “lo ponen en la congeladora”), vulnerando dicha afectación la dignidad y el derecho a la igualdad del trabajador<sup>(5)</sup>. En esta ocasión el derecho a la ocupación efectiva y adecuada también se desprende del mencionado precepto constitucional que regula el derecho al trabajo.

De esa manera, los derechos laborales específicos no son tan taxativos como algunos especialistas lo asumen. El artículo veintidós de la Constitución permite, por lo menos, sustentar una serie de supuestos no previstos expresamente en la Constitución siguiendo los interesantes dictámenes jurisprudenciales del Tribunal Constitucional aludidos con anterioridad.

---

(4) Cfr. STC Exp. N° 04331-2008-PA/TC y STC Exp. N° 0035-2010-PI/TC.

(5) Cfr. STC Exp. N° 246-2001-AA/TC y STC Exp. N° 9707-2005-PA/TC.

El Tribunal Constitucional prácticamente se ha pronunciado en los temas laborales más relevantes –y en varios casos controvertidos–. Tales dictámenes, en la actualidad, le han dado mucho contenido y apoyo a las actuaciones de la autoridad inspectiva de trabajo. En efecto, el tribunal se ha pronunciado sobre diversos temas: acceso al empleo, primacía de la realidad, desnaturalización de contratos a plazo fijo, remuneraciones, derechos inespecíficos, intimidación, libertad de religión, libertad sindical, negociación colectiva, huelga, reposición de dirigentes y despidos incausados. La verdad es que no existe tema importante que el máximo intérprete de la Constitución no haya visto.

Esta presentación, a través de las siguientes líneas, pretende identificar que temas en materia de derechos fundamentales son asumidos principalmente por la autoridad inspectiva de trabajo y, asimismo, si se alinean a las consideraciones del máximo intérprete de la Constitución.

Debe precisarse que en el desarrollo de los siguientes acápite las referencias jurisprudenciales se sustentan centralmente en sentencias del Tribunal Constitucional dado que los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en materia de derechos laborales fundamentales son limitados.

### **III. EL PROCESO INSPECTIVO DE TRABAJO**

---

#### **1. Herramienta de tutela procesal**

El sistema de inspección laboral, sin duda, es uno de los instrumentos o herramientas legales que más ha contribuido a la tutela de derechos laborales en el Perú en los últimos años. Hoy es claramente un instrumento muy bien utilizado, sobre todo por algunas organizaciones sindicales y abogados para lograr pretensiones concretas y que antes solamente eran reservadas a los juicios laborales.

En efecto, actualmente, la inspección laboral se constituye en una prueba en un juicio laboral. Para ello, los abogados y organizaciones sindicales principalmente, inician paralelamente procesos judiciales y procedimientos administrativos de fiscalización laboral, con la finalidad de poder utilizar la información recogida en este último en el proceso laboral. Es una práctica bastante utilizada que busca sacar el máximo provecho al sistema de inspección laboral mediante la información que se puede desprender a medida que el proceso se desarrolla: requerimientos, actas de infracción, resoluciones de primera y última instancia administrativa.

También es cierto que hay casos donde los instrumentos de la inspección laboral son anulados por la propia autoridad, así como el Poder Judicial. Más adelante nos referiremos a este tema.

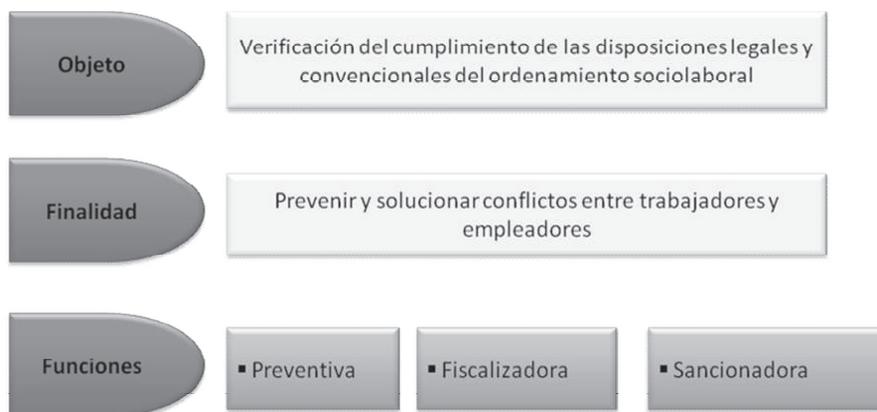
Así pues, lo que hoy sucede es que en vez de seguir el trámite regular del procedimiento inspectivo y luego ejecutar la resolución de la autoridad inspectiva en sede judicial en caso de que el empleador se niegue a cumplirla, algunos sindicatos hacen todo lo contrario. Se inicia el procedimiento inspectivo y a medida que avanza accionan judicialmente y usan los documentos del proceso inspectivo como pruebas en el proceso judicial.

## 2. Funciones del sistema inspectivo

El Sistema de Inspección del Trabajo está integrado por un conjunto de normas, órganos, medios y servidores públicos orientados a prevenir y verificar el adecuado cumplimiento de la normativa laboral. Para tal efecto, una de las funciones del proceso inspectivo es su actuación preventiva y tiene como finalidad prevenir y/o sancionar el incumplimiento de la normativa laboral. No obstante, esta actuación –que se configura mediante las órdenes de orientación y fiscalización– no tiene el nivel de cobertura que se desearía, por lo que hay concentración de las fiscalizaciones en sectores urbanos y de mediana a gran empresa.

La inspección del trabajo tiene tres funciones marcadas preventiva, fiscalizadora y sancionatoria, como se aprecia en el siguiente cuadro.

### Funciones del Sistema Inspectivo



De las funciones del sistema de la inspección laboral se derivan las especiales atribuciones de sus funcionarios públicos, en cuanto estos, al encontrarse

investidos de autoridad para cumplir con la función inspectiva, la legislación ha establecido que sus actos merecen fe, es decir, para algunos se habrían calificado sus actuaciones inspectivas como una especie de prueba relativa, y en algunos casos hasta de absoluta. Esto resulta cuestionable si se toma en cuenta que tal calificación afectaría la presunción de inocencia. Este tema se volverá a tocar más adelante.

### 3. Desarrollo del procedimiento inspectivo

El proceso de inspección se inicia con una orden de la autoridad administrativa competente, que puede ser de oficio o a pedido de parte (denuncia). Las actuaciones inspectivas en las que se sustentan los siguientes acápite son en su mayoría originadas por denuncias de sindicatos o de trabajadores.

Bajo cualquiera de los escenarios, sea de oficio o a pedido de parte, la diligencia de investigación inspectiva tiene un plazo máximo de treinta días; durante su desarrollo lo usual es que los inspectores interactúen mediante requerimientos de información y visitas al centro laboral. Esta es la etapa más interesante y dinámica del procedimiento inspectivo, en tanto el inspector se encuentra investigando, acogiendo los documentos, las pruebas y formulando su teoría del caso, lo que lo llevará a identificar si hay infracción o no. Se trata de una etapa clave en el proceso inspectivo.

Si concluida la etapa de investigación se identifica la comisión de una infracción, se inicia el procedimiento sancionador que termina en un pronunciamiento de la administración. Si concluida la vía administrativa la empresa sancionada se encuentra en desacuerdo con el dictamen, puede cuestionarlo en la vía judicial en el proceso contencioso-administrativo.

#### Procedimiento de fiscalización laboral



En cuanto al procedimiento administrativo sancionador del sistema inspectivo se ha generado una discusión bastante relevante sobre si es bilateral o trilateral; lo que incidiría, naturalmente, en la posibilidad de que la parte denunciante, un sindicato o trabajador, pueda impugnar las resoluciones administrativas o concurrir al órgano jurisdiccional en acción contenciosa administrativa. La discusión no es solo teórica, tiene bastante incidencia práctica.

El procedimiento inspectivo de trabajo es bilateral: solo son partes del procedimiento el Estado y la empresa fiscalizada, por lo que el único que puede impugnar las resoluciones administrativas o concurrir a la vía judicial es el empleador. Bajo el otro escenario, si el procedimiento inspectivo se calificara como trilateral, la parte denunciante podría también participar en el proceso inspectivo como parte o presentarse en el procedimiento administrativo, actuar pruebas e inclusive demandar judicialmente en la vía contenciosa administrativa si se ve directamente afectada (legítimo interés). Hubo algunos casos donde la autoridad administrativa, especialmente en regiones, admitió recursos impugnativos de los denunciantes que, luego de la evaluación respectiva, fue anulada adecuadamente en segunda instancia por la propia administración.

#### **4. Principales cambios de la Sunafil**

Si bien es un tema que no afecta en nada lo que se ha expuesto hasta aquí, es trascendental si se tiene en cuenta que tiene por finalidad mejorar la actuación inspectiva. Se trata de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil, que unifica toda la actuación inspectiva del país en un ente único y que ha incorporado dentro de su estructura orgánica al Tribunal de Fiscalización Laboral.

La principal atribución de dicho Tribunal es que actuará como un ente rector al resolver en última instancia administrativa las inspecciones laborales; lo cual contribuirá en distintos sentidos con el sistema de fiscalización laboral, pero, principalmente, en la unificación de criterios administrativos.

Hoy en día no hay unificación de criterios, necesidad que se vuelve más relevante cuando se cuentan con sistemas descentralizados de fiscalización laboral. Otro aspecto relevante es que el Tribunal contribuirá con la independencia de la inspección del trabajo, de tal manera que los operadores se sujetarán a criterios objetivos, estandarizados, así como predecibles y no necesariamente a las consideraciones que hayan establecido en cada región.

El Tribunal de Fiscalización Laboral busca tener la misma incidencia que otros tribunales administrativos. Así las cosas, la posibilidad de que se declaren la nulidad de los pronunciamientos administrativos será menor si los criterios se sostienen en el tiempo con el debido soporte técnico. Por ejemplo, en el Tribunal Fiscal menos del 5 % de las resoluciones son cuestionadas jurisdiccionalmente; en otras palabras, el 95 % de las resoluciones administrativas de dicho colegiado quedan consentidas a nivel administrativo. Casi lo mismo sucede con el Tribunal del Servicio Civil ya que solo el 2,5 % son impugnadas a nivel judicial, lo que resulta que casi el 98 % de sus pronunciamientos quedan en instancia administrativa.

Entonces, la creación del Tribunal de Fiscalización Laboral debe generar un efecto positivo en el sistema de fiscalización laboral, que se resume en la consolidación de la jurisprudencia administrativa y, en consecuencia, la predictibilidad de los pronunciamientos administrativos de las primeras instancias de inspección laboral a nivel nacional. Lo clave será la designación de los vocales y presidente del referido tribunal. La independencia, el soporte técnico y el delicado equilibrio y ponderación de las relaciones laborales deben ser los ejes de este tribunal.

#### **IV. TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA VÍA ADMINISTRATIVA**

---

El proceso inspectivo no tiene límites para ejercer la tutela de derechos fundamentales laborales. No existe ninguna norma que establezca que no se puede resolver a nivel administrativo conflictos que recaen sobre derechos fundamentales. Más bien, el régimen que regula el sistema de inspección laboral contiene normas que preceptúan la finalidad de velar por la ley y la Constitución.

Así pues, casi no habría materia sobre la que la autoridad administrativa de trabajo y las direcciones y/o gerencias regionales de trabajo no puedan pronunciarse.

Hoy en día, un trabajador si considera que se ha vulnerado en alguno de sus derechos fundamentales tiene tres vías a las que pueda concurrir: (i) procesos de amparo en los supuestos previstos por las normas y el Tribunal Constitucional; (ii) juicios laborales ordinarios bajo el procedimiento de la Nueva Ley Procesal del Trabajo; o (iii) inspección laboral.

Temas, por ejemplo, como la hostilización de un trabajador por ser trasladado injustificadamente, bajo la lógica de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), exige, en primer lugar, enviar una carta al empleador solicitando que cese la hostilidad otorgando seis días y luego de dicho plazo, si no existe ningún cambio en la conducta cuestionada del empleador, se podía optar por el despido indirecto o demandar el cese de hostilidades. Es decir, estamos ante un procedimiento previo interno y necesario (tanto que hay sentencias judiciales que han desestimado demandas de cese de hostilidades cuando no se ha enviado previamente el requerimiento al empleador) antes de acudir al proceso judicial.

En la actualidad, para atender un acto de hostilidad del empleador, el trabajador afectado puede acudir directamente a la autoridad inspectiva de trabajo a denunciar el acto de hostilidad y que se disponga la sanción y el cese de la infracción, de ser el caso.

En este último caso, la autoridad administrativa no exige cumplir con la comunicación previa que exige la LPCL como requisito de procedencia del proceso inspectivo.

En otras palabras, el Ministerio de Trabajo ha abierto una ventana para supuestos que antes solo se pensaba que podían ser amparados en un proceso judicial y ahora pueden ser atendidos de forma expeditiva por la autoridad inspectiva de trabajo.

De otro lado, debe resaltarse cómo la inspección del trabajo toma muy en cuenta los criterios del Tribunal Constitucional para sostener las actas y las resoluciones de la autoridad administrativa de trabajo. Por ejemplo, el tema de desnaturalización de contratos a plazo fijo es una de las materias principales donde la autoridad inspectiva utiliza sentencias del aludido órgano de control constitucional para sustentar sus criterios. Lo mismo ocurre con temas como primacía de la realidad, libertad sindical u horario de trabajo.

Es importante precisar que la tutela de derechos laborales fundamentales en sede administrativa, generalmente, es producto de actuaciones de parte (denuncias); o, al menos esos son los casos más interesantes como se indicó con anterioridad. No hay muchos casos donde el Ministerio de Trabajo haya iniciado procedimientos inspectivos de tutela de derechos fundamentales de oficio, salvo en los casos de derechos fundamentales reconocidos en la Declaración de Derechos Fundamentales la OIT, llámese trabajo infantil, trabajo forzoso, igualdad, entre otros que estén

centrados en tal disposición internacional de trabajo y, de pronto, en compromisos del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos.

Seguidamente, veremos cuatro temas que hemos seleccionado donde la autoridad administrativa ha resuelto sobre derechos fundamentales.

## 1. Seguridad y salud en el trabajo

La seguridad y salud en el trabajo es un tema sensible en la actualidad. Tenemos una norma relativamente nueva que desarrolla el derecho fundamental del trabajador a tener un ambiente de trabajo adecuado.

El Ministerio de Trabajo se encuentra llevando a cabo inspecciones relacionadas con el adecuado ambiente de trabajo; sin embargo, se encuentran pendientes dos aspectos que deberán implementarse para tener un sistema inspectivo más eficiente en la materia. Ya se aprecian varias resoluciones interesantes del sistema inspectivo, pero relacionadas con temas esenciales como deber de supervisión, incumplimiento de formalidades, falta de comités de seguridad y salud en el trabajo, etc.

El primero de ellos, sin duda, es el tema de equipo de soporte para pericias, con la finalidad de constatar enfermedades profesionales o accidentes de trabajo. Si bien es cierto que, el Ministerio de Trabajo cuenta con convenios de apoyo en la materia con otras entidades, se trata de una falencia de la autoridad inspectiva de trabajo que debería ser cubierta como ente rector en la fiscalización de seguridad y salud ocupacional.

Otra observación es la mayor especialización en el sustento de actas en materia de seguridad ocupacional, lo que requerirá que se implemente un grupo de médicos ocupacionales que laboren para el sistema inspectivo de trabajo. El problema es que en el Sector Privado a tales profesionales les pagan o cuatro veces más porque representa una especialidad muy requerida y escasa en la actualidad a raíz de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo.

Cabe precisar que escapa de la finalidad de esta presentación pronunciarse sobre el contenido en materia de seguridad y salud en el trabajo, en tanto dicha tarea corresponde a la ciencia médica de seguridad y salud ocupacional, por lo que los comentarios vertidos en los párrafos anteriores se han limitado al desarrollo funcional de dicha tarea del Ministerio de Trabajo.

## 2. Contratación a plazo fijo

Este es un tema donde, con mayor frecuencia, la autoridad administrativa de trabajo recurre a criterios del Tribunal Constitucional. Ciertamente, no podría dejar de hacerlo cuando ha sido el máximo intérprete de la Constitución el que ha desarrollado ampliamente los criterios de desnaturalización de los contratos temporales sujetos a modalidad, resaltando entre su jurisprudencia aquella sustentada en documentos (dado que los procesos de amparo son las vías que se adoptan) sea por la indebida utilización de la modalidad o por la falta de especificación de la causa objetiva<sup>(6)</sup>.

La actuación de la autoridad inspectiva en la desnaturalización de contratos de trabajo temporales sujetos a modalidad es trascendental. Esto resulta lógico ya que de cada tres trabajadores que ingresan a la contratación formal en el país, dos son plazo fijo. Así pues, hay empresas donde se podría apreciar un alto uso de las modalidades de contratación temporales y corresponde a la autoridad administrativa identificar si las modalidades de contratación temporal son bien utilizadas o, por el contrario, se han desnaturalizado y el trabajador afectado debe ser declarado como contratado a plazo indefinido en protección a su derecho a la estabilidad laboral.

La autoridad inspectiva de trabajo tiene una larga lista de pronunciamientos mediante los cuales ha reconocido la desnaturalización de contratos a plazo fijo como también otros donde ha declarado que se cumplían los criterios de contratación temporal (aunque estos últimos no son muy difundidos dado que concluyen en etapas inspectivas, en primera instancia y solo en algunos casos en segunda instancia administrativa)<sup>(7)</sup> y ha determinado la condición del trabajador como estable antes de que venza el contrato temporal de trabajo. Y en caso venza el contrato temporal, con el dictamen administrativo respectivo, el trabajador afectado podrá concurrir a la vía judicial para exigir su reincorporación laboral si el empleador cuestiona la resolución del Ministerio de Trabajo en sede judicial o simplemente no acata la resolución inspectiva.

Es importante resaltar en la desnaturalización de los contratos a plazo fijos algunas conductas que vienen practicando los trabajadores, en muchos casos, a propósito de sugerencias de abogados. Sucede que en vinculaciones temporales de trabajo se recomienda a los trabajadores afiliarse a la organización sindical

---

(6) Cfr. STC Exp. N° 05399-2009-PA/TC y STC Exp. N° 03872-2010-PA/TC, respectivamente.

(7) Cfr. Resoluciones N°s. 891 y 1134-2010, 842-2008, 122-2011. En: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y EGUIGUREN PRAELI, Augusto. "La jurisprudencia..." Ob cit., pp. 90 y ss.

poco antes del vencimiento del contrato a plazo fijo con la finalidad de que la falta de renovación sea calificada como un despido nulo al conocer el empleador supuestamente de esta afiliación. En este caso, tanto a nivel judicial como administrativo, corresponderá a la empleadora acreditar la conclusión de la causa objetiva que justificó la vinculación transitoria de trabajo. Hubo casos donde se ha resuelto por la validez de la contratación temporal (el proceso terminó en un informe inspectivo) y otros donde se ha determinado que estamos ante un contrato a plazo indeterminado (el proceso culminó con un acta de infracción).

De ese modo, se puede observar que en oportunidades los trabajadores contratados a plazo fijo diseñan estrategias para alcanzar la contratación a plazo indeterminado. Este es uno de los casos más interesantes donde normalmente la autoridad administrativa de trabajo ha formulado dictámenes, sin dejar de resaltar que mucho de ello se debe al apoyo que encuentra en las sentencias del Tribunal Constitucional para reforzar su posición al momento de detectar la ausencia de una causa temporal de contratación laboral.

Vinculado a este tema, corresponde también analizar ¿cómo las inspecciones son usadas como elemento probatorio en juicios de amparo u ordinario laboral para acreditar la desnaturalización del contrato a plazo fijo? Uno de los casos que se presentan constantemente son, por ejemplo, aquellos en los que un trabajador cuenta con un acta de infracción que declara ilegal su contrato temporal de trabajo y tal documento lo usa como prueba en el proceso judicial –bajo la Nueva Ley Procesal de Trabajo– para pedir una medida cautelar de no innovar. Fundada la medida cautelar de no innovar se ordena a la empresa que le renueve al trabajador demandante el contrato a plazo fijo mientras se tramita el fondo de la controversia.

La respuesta judicial no es del todo uniforme. Como corresponde, se debe analizar cada caso en particular y en ocasiones no se ha tomado en cuenta lo resuelto por la inspección y se ha declarado que los contratos temporales son válidos, en otras la inicial opinión inspectiva fue anulada y se declaró que los contratos eran adecuados; y finalmente en otros procesos lo actuado en la inspección del trabajo ha sido una de las pruebas utilizadas por el juez para declarar la invalidez de los contratos temporales.

Así, los trabajadores cuentan con nuevas estrategias orientadas a la protección de sus derechos laborales y, en este caso en particular, al reconocimiento de una relación laboral a plazo indefinido. De ello, los empleadores tienen la obligación de cumplir fielmente los requisitos de forma y fondo que regula la legislación para el uso válido de los contratos temporales de trabajo sujetos a modalidad.

Algunas de las referidas estrategias desarrolladas con anterioridad pueden revisarse a continuación:

### **Estrategias para acceder al reconocimiento de la contratación a plazo indefinido por la desnaturalización de la relación a plazo fijo**

<b>Estrategia 1</b>	Solicitar inspección laboral + Obtener resultado favorable = Acta de Infracción
<b>Estrategia 2</b>	Afiliación al sindicato días antes del vencimiento del plazo del contrato = <u>ALEGAR DESPIDO NULO</u> (jueces piden que se acredite una causa objetiva ¿para no renovar?).
<b>Estrategia 3</b>	Trabajadores ya no esperan al vencimiento del contrato para reclamar = <u>DEMANDAN DESNATURALIZACIÓN AL INICIO DEL VÍNCULO.</u>

### **3. Tercerización de servicios**

La tercerización de servicios es otro de los temas cardinales sobre los que se ha pronunciado en varias oportunidades la autoridad administrativa de trabajo.

La autoridad administrativa de trabajo, para contribuir al diseño normativo sobre la tercerización, ha establecido directivas orientadas a la identificación de procesos de descentralización productiva, así como fijar elementos indiciarios que permitan apreciar si hay procesos independientes, recursos propios de la tercerizadora, así como si los trabajadores que participan en ella se sujetan a la dirección de la empresa principal, debiendo así constituir esta última la única empleadora<sup>(8)</sup>.

La autonomía empresarial es uno de los elementos esenciales de la tercerización de servicios que con mayor frecuencia ha observado la autoridad administrativa de trabajo en sus pronunciamientos, que exigen que la empresa tercerizadora cuente con equipamiento y recursos suficientes que permita asumir que no se trata de un simple simulación para contratar solo mano de obra o, en su defecto,

(8) Se trata, en primer lugar, de la Directiva N° 002-2007-MTPE-2-11.4, Directiva Nacional para la Ejecución del Programa Nacional de Fiscalización en las Unidades de Producción de las Empresas, mediante la cual se establece un conjunto de lineamientos, políticas y medidas de inspección orientadas a garantizar los derechos de los trabajadores que prestan sus servicios en unidades de producción. En otras palabras, la presente norma busca, entre otros aspectos, garantizar la prohibición de la simple provisión de trabajadores. Adicionalmente, deberá atenderse la Directiva N° 003-2007-MTPE-2-11.4., Lineamientos para la Obtención de Información y Verificación de Empresas Contratistas y Subcontratistas en el Desarrollo de Inspecciones del Trabajo a Nivel Nacional, que exige verificar, principalmente, si la tercerización de servicios cumple con los elementos y requisitos esenciales establecidos en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR para su procedencia.

evitar asumir la contratación laboral de nuevo personal por parte de la supuesta empresa principal.

Entre alguno de los tantos dictámenes que ha formulado sobre el tema la autoridad inspectiva de trabajo se encuentra el caso de una tercerización donde una empresa de hidrocarburos encargó el transporte de productos de gas<sup>(9)</sup>, teniendo el servicio como principal característica que las unidades de transporte eran de propiedad de la empresa principal. Atendiendo dicha situación, la autoridad administrativa de trabajo inicialmente estableció que si una empresa se dedica al rubro de transporte lo mínimo con lo que debería contar son con todos los medios para tal efecto: vehículos de transporte.

Sin embargo, al no contar la empresa contratista con la totalidad de tales vehículos para la autoridad laboral se había acreditado un indicio de desnaturalización del proceso de tercerización, disponiéndose que los trabajadores de la supuesta empresa tercerizadora pasen a la planilla de la empresa principal<sup>(10)</sup>. Esta resolución fue anulada por el Tribunal Constitucional, en tanto para este máximo órgano constitucional el proceso inspectivo no analizó adecuadamente todos los elementos y rasgos de una tercerización.

En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2698-AA/TC se anuló el acta de infracción y las dos resoluciones del proceso inspectivo antes comentado. En este caso, el Tribunal consideró que se afectó el derecho al debido procedimiento en tanto que no hubo una evaluación de las pruebas ofrecidas por la empresa a nivel de inspección como dentro del procedimiento sancionador.

Además, sostiene el Tribunal que no hubo una debida motivación de las resoluciones de sanción. Presume desnaturalizada la tercerización a pesar que las personas identificadas no figuraban en la documentación laboral exhibida por la empresa y que la tercerizadora contaba con vehículos propios. Finalmente, se indicó que la relación entre ambas empresas era adecuada y no se afectaban las normas de tercerización.

---

(9) Caso resuelto a nivel administrativo mediante la Resolución Divisional N° 217-2009-MTPE/2/12.720 y confirmada por la Resolución Directoral N° 085-2009-MTPE/2/12.7.

(10) Si bien en el caso planteado se trata de una empresa tercerizadora dedicada a cubrir el servicio de transporte que no contaba con la totalidad de vehículos de su propiedad, para la inspección del trabajo debería considerarse que si se hubiera celebrado un contrato de arrendamiento de tales bienes entre la contratista y la empresa principal para que la primera pueda usarlos en el marco del contrato de tercerización, correspondería tomarse consideraciones adicionales para determinar la validez del proceso de descentralización productiva como es que la tercerizadora asuma por su cuenta y riesgo las incidencias y/o eventualidades sobre tales vehículos: se encargue de asumir el costo de la gasolina, el mantenimiento, la reparación e incluso el depósito si fuera el caso. Sin embargo, la inspección laboral no revisó todos los elementos e indicios de la tercerización y por ello esta fiscalización fue anulada por el Tribunal Constitucional.

De otro lado, indica el Tribunal que se hizo una interpretación antojadiza del artículo 4 del D.S. N° 003-2002-TR al considerar como elementos copulativos a los recursos financieros, técnicos “o” materiales propios, de modo que si no se cumple con uno de ellos, el contrato se desnaturalizaba.

En otro caso la autoridad administrativa de trabajo determinó la desnaturalización de la tercerización. En dicha oportunidad se estableció que la empresa principal inspeccionada entregaba los bienes y activos necesarios que usaba la contratista en el marco del contrato de tercerización (insumos, maquinarias y reparación), por lo que se dispuso la incorporación de los trabajadores que participaron en la descentralización productiva a la planilla de la empresa principal.

Una de las inspecciones más interesantes de la autoridad administrativa de trabajo en materia de tercerización de servicio se llevó a cabo en una mina. Una clínica conocida de Lima ganó la licitación para operar la clínica en el campamento minero. Todos los trabajadores de la clínica, sin duda, se encontraban en su planilla. En los hechos, todos los trabajadores de la tercerización estaban subordinados a la clínica; sin embargo, todos los equipos, instrumentos y recursos materiales para el funcionamiento del centro médico y atención de los pacientes no eran de propiedad de la clínica. Ante tal escenario, la autoridad administrativa ordenó la inclusión de los trabajadores que participaron de la tercerización en la planilla de la mina. Este proceso, sin embargo, terminó con una resolución judicial que declaró nulo el proceso inspectivo.

En general, el proceso inspectivo suele resultar muy célere como para conocer una tercerización. Tal vez sea más adecuado que estos procesos se analicen con más cautela, en el máximo plazo posible, con un mayor equipo inspectivo, revisando con profundidad todas las pruebas recabadas, visitando cada uno de los lugares inspeccionados, revisando el perfil de la empresa tercerizadora, apreciando todos los requisitos de la tercerización así como la mayor cantidad de rasgos o características de una subcontratación adecuada, etc.

#### **4. Esquirolaje como vulneración al derecho de huelga**

El esquirolaje representa una conducta del empleador que puede vulnerar la libertad sindical mediante el reemplazo de trabajadores en huelga<sup>(11)</sup>. Para sancionar tal conducta antisindical del empleador, el régimen de inspección laboral

---

(11) El término esquirolaje proviene de un pueblo de Cataluña llamado Esquirol, al cual en el siglo pasado las empresas españolas que se encontraban en huelga concurrían para contratar trabajadores.

la ha calificado como una infracción muy grave en materia de relaciones colectivas de trabajo según el siguiente supuesto normativo:

“La realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga, como la sustitución de trabajadores en huelga, bajo contratación directa a través de contratos indeterminados o sujetos a modalidad, o bajo contratación indirecta, a través de intermediación laboral o contratación y subcontratación de obras o servicios, y el retiro de bienes de la empresa sin autorización de la Autoridad Administrativa de Trabajo<sup>(12)</sup>”.

De esa manera, el espíritu de dicha norma reglamentaria está orientado a prohibir que las empresas vulneren el derecho a la huelga con el reemplazo de trabajadores huelguistas mediante la contratación directa de trabajadores a través de servicios o contratistas. Cabe precisar que la referida disposición no ha incorporado como parte del supuesto de infracción –expresamente al menos– el hecho de reorganizar las labores de los trabajadores que no acataron la huelga para cubrir los puestos de quienes sí lo hicieron.

Uno de los primeros casos donde se aplicó tal supuesto de infracción laboral fue una empresa de consumo masivo. Esta organización sufrió una de las huelgas más largas en los últimos años (más de cuarenta días de huelga) y con la finalidad de atender dicha situación reemplazó a sus trabajadores huelguistas con trabajadores que decidieron continuar laborando, pero además también contrató nuevos trabajadores. En el proceso de inspección laboral se declaró que la contratación del último grupo de trabajadores (nuevos colaboradores) constituyó un acto que impidió el libre ejercicio del derecho de huelga y, en consecuencia, fue calificado como esquirolaje. Se trató de un caso de infracción laboral por incurrir en esquirolaje externo. No se sancionó por la reorganización interna con personal propio que no acató la huelga.

No obstante, a fines del año 2011, la inspección del trabajo (mediante una directiva interna) estableció que el esquirolaje también se configuraba cuando se trataba de trabajadores no huelguistas que eran reorganizados para cubrir las actividades de los trabajadores que sí acatan una paralización, en cuanto dicha medida también representa una vulneración a la libertad sindical<sup>(13)</sup>.

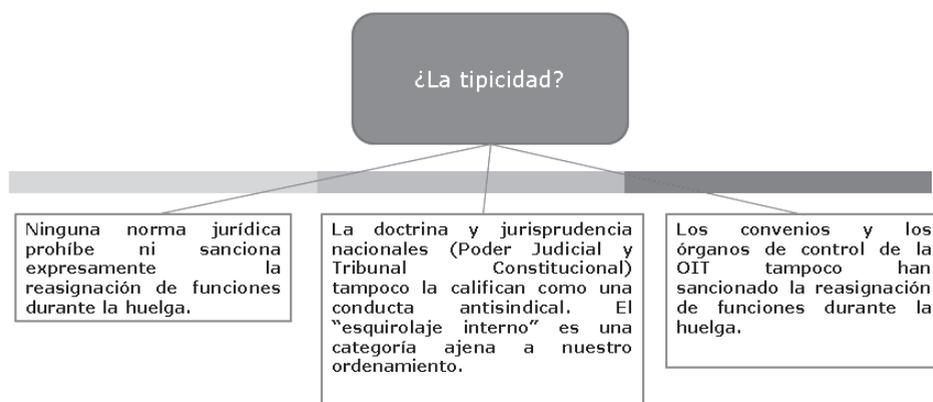
---

(12) Artículo 25, numeral 25.9, del Reglamento de la Ley General de Inspección Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR.

(13) Específicamente, la Dirección General de Inspección del Trabajo ha establecido sobre el esquirolaje interno lo siguiente (Considerando 6 del Oficio Circular N° 059-2011-MTPE/2/16 del 07 de octubre de 2011):

Por ejemplo, si un jefe de una planta industrial reemplaza a un técnico para manejar una máquina o si reorganiza la actividad de los trabajadores no huelguistas para reemplazar posiciones de personas que acatan la huelga, tales conductas serían calificadas como esquirolaje por la autoridad administrativa de trabajo en cuanto se atentaría contra la libertad sindical.

En la actualidad, hay algunos empleadores que han sido sancionados por la autoridad inspectiva de trabajo por incurrir en infracciones laborales por realizar esquirolaje interno, lo cual resulta bastante curioso cuando dicha sanción no encuentra un desarrollo expreso en el régimen de fiscalización, es decir, se carecería de una tipicidad normativa para sancionar a un empleador tal como es posible apreciar del siguiente gráfico:



La falta de tipicidad es uno de los principales cuestionamientos a la posición asumida por el Ministerio de Trabajo sobre el esquirolaje interno, no obstante, no sería el único. También podrían sumarse la vulneración del derecho al trabajo de los no huelguistas (es decir, del derecho a continuar trabajo como configuración negativa del derecho de huelga) y, asimismo, de la libertad de empresa del empleador; en ese último caso, teniendo en cuenta que con la prohibición del

“(...) se entiende que la infracción relacionada con la realización de actos que impidan el libre ejercicio del derecho de huelga (prevista en el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo), comprenden también el caso en que el empleador efectúe 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 la efectividad a la medida en mención, afectando así el carácter recíprocos de las privaciones y del daño económico para las partes en conflicto en el curso de una huelga”.

esquirolaje interno no se podrían cubrir las actividades que suponen trabajos en equipo, perjudicando de esa manera la continuidad de la actividad empresarial.

Ahora, ¿qué dice la inspección del trabajo para afirmar que la sanción del esquirolaje interno es válida? Existe un pronunciamiento de la autoridad administrativa en segunda instancia donde se señala que la libertad sindical colectiva es más relevante que la libertad individual del no huelguista. En otras palabras, la conclusión de la autoridad administrativa de trabajo supone que el derecho de huelga es un derecho que debe ser preferido frente al derecho individual del no huelguista a trabajar. Esta posición se sustentó en una opinión del Comité de Libertad Sindical de la OIT en el que se establece que el esquirolaje interno está prohibido.

Al respecto, hay otra discusión sobre el valor jurídico que tiene las opiniones del Comité de Libertad Sindical. El Tribunal Constitucional ha establecido que son *soft law*, en otras palabras, se tratan de derechos suaves; representan instrumentos de referencia a tener en cuenta<sup>(14)</sup>. No obstante, el Ministerio de Trabajo se apoya en las decisiones del aludido Comité como si se trataran de normas internacionales de acuerdo a la Cuarta Disposición Final de la Constitución.

Es una interpretación respetable de la autoridad administrativa de trabajo, pero que no compartimos; sin embargo, debe tomarse en cuenta que con base en el referido dictamen del Tribunal Constitucional que ha calificado las opiniones de la OIT como una fuente referencial (*soft law*), la incorporación del esquirolaje interno como infracción laboral en el régimen de fiscalización del trabajo carecería de tipicidad.

En resumen, al representar la huelga una paralización de los trabajadores, su esencial finalidad es la afectación económica y/o productiva de las empresas o entidades empleadoras; de acuerdo a ello, la interpretación que le viene dando la autoridad inspectiva al esquirolaje como infracción laboral se sustentaría en el contenido esencial del aludido derecho colectivo. Por ello, si una empresa se encuentra en huelga y para no detener la producción contrata nuevos trabajadores, reorganiza actividades o terceriza sus servicios, se configuraría un acto de esquirolaje.

---

(14) Cfr. STC Exp. 0006-2007-AI/TC, f.j. 21.

## V. LIMITACIONES DEL PROCESO INSPECTIVO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES LABORALES

---

### 1. Limitaciones operativas

El presupuesto y la poca cantidad de inspectores son las principales limitaciones para el adecuado desarrollo del sistema inspectivo de trabajo. Ojalá que con la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - Sunafil, se mejore considerablemente dicha deficiencia.

Según recomendaciones de la OIT, en las economías desarrolladas, por cada diez mil trabajadores el sistema inspectivo debería contar con un inspector, mientras que en las economías en transición debería ser un inspector por cada veinte mil trabajadores, y en los países menos desarrollados, un inspector por cada cuarenta mil trabajadores.

Hoy en día, el Perú tiene un inspector por alrededor de treinta y siete mil trabajadores, lo cual indica mucho de las falencias de nuestro sistema de inspección laboral y, al mismo tiempo, de la economía nacional.

### 2. Limitaciones funcionales

Para identificar las limitaciones funcionales de la inspección administrativa laboral es indispensable realizar una comparación con los procesos judiciales en materia sociolaboral como mecanismo de protección de tutela de derechos fundamentales; a partir de dicha información un trabajador podrá determinar si conviene acudir a un proceso judicial o iniciar una inspección a nivel administrativo.

- **Tiempo**

La inspección laboral toma treinta días durante la etapa de investigación, mientras que la etapa del procedimiento sancionador aproximadamente entre tres a seis meses, dependiendo del margen de cuestionamientos que puedan formularse. Por su parte, los procesos judiciales sociolaborales al amparo de la Nueva Ley Procesal del Trabajo toman entre nueve a veinticuatro meses. Por ejemplo, en Chiclayo está colapsado el nuevo sistema procesal de trabajo, mientras que en Lima se estima que los procesos toman nueve meses en promedio.

- **Alcance de las facultades**

Otra distinción marcada es la materia sobre las que se pueden pronunciar la autoridad administrativa de trabajo y el Poder Judicial. Las facultades inspectivas son amplias, no obstante, no se le ha reconocido la posibilidad de que pueda dictar órdenes de reposición laboral, como sí la tiene la jurisdicción laboral.

La autoridad administrativa de trabajo ordena que se deje sin efecto la conducta y/o acción que vulnera el derecho fundamental y se repongan las condiciones al estado anterior a la vulneración; se cuida bastante de no utilizar la palabra reposición. Por ejemplo, en el caso de una entidad financiera se ordenó el cese de los actos antisindicales que tenían como real finalidad la reposición. Ello se sustenta a partir de la norma de inspección que establece que la autoridad inspectiva de trabajo tiene competencia para evitar cualquier afectación a la libertad sindical; sin embargo, la palabra reposición no ha sido usada.

- **Costo**

En la inspección laboral no se requiere abogado, mientras que en el proceso judicial se debe concurrir mediante el patrocinio de uno, salvo cuando de acuerdo al monto de la pretensión, sea posible utilizar los formatos de demanda sin la necesidad de que sean suscritos por un abogado.

- **Sorpresa**

La sorpresa también es uno de los aspectos más trascendentales de la inspección, lo que no es propio de un juicio, con la excepción de la medida cautelar que también tiene un carácter similar de desconocimiento.

La sorpresa de la inspección implica poder reunir información justo en el momento en que la empresa está con la mayor indefensión o la mayor cantidad de pruebas a favor del trabajador.

- **Carga de la prueba (investigación)**

La carga de la investigación en la inspección laboral recae en el inspector, mientras que en el proceso laboral en el empleador y el trabajador, según corresponda.

- **Capacidad de ejecución**

La inspección no tiene capacidad de ejecución. La autoridad administrativa de trabajo solo puede ejecutar la multa. Por su parte, la jurisdicción tiene la facultad de reconocer derechos y exigirlos mediante requerimientos coercitivos y coactivos.

- **Inicio**

Los procesos judiciales son de parte, mientras que la actuación inspectiva se inicia mediante una orden de la autoridad administrativa competente (de oficio).

En el procedimiento inspectivo, aun cuando, en oportunidades, la parte interesada es la que denuncia, la autoridad administrativa de trabajo puede denegarla. Si admite a trámite la denuncia, se trata de una causa exclusivamente entre el Estado y el empleador denunciado (bilateral). Cada parte actúa en representación de sus intereses: la primera en resguardar el cumplimiento del ordenamiento sociolaboral, y la segunda por acreditar el cumplimiento de sus obligaciones.

## VI. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL EMPLEADOR EN PROCESO INSPECTIVO

---

Hasta aquí nos hemos enfocado en los derechos fundamentales de los trabajadores durante el desarrollo del procedimiento inspectivo; no obstante, debemos considerar que el empleador también tiene derechos fundamentales entre los que se encuentra, principalmente, el debido procedimiento administrativo.

El Estado tiene el deber de fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sociolaborales, pero también le corresponde observar el debido proceso administrativo que se sustenta no solo en preceptos orientados a proteger al trabajador sino también a la empresa fiscalizada: el derecho del empleador de exigir su presunción de inocencia, el derecho a exigir la debida motivación de los pronunciamientos de la administración, el derecho a exigir el respeto al procedimiento al órgano competente, el derecho al acceso a la información, entre otros.

Uno de los temas claves sobre el proceso de inspección es la presunción de inocencia. Este precepto constitucional, si se traslada a la actuación inspectiva,

implica que por más antecedentes negativos que tengan un empleador se le considerará inocente hasta que no se acredite la comisión de una infracción socio laboral de su parte.

Sin duda alguna, el acta de infracción constituye el principal medio probatorio que sustenta el procedimiento administrativo sancionador, más aún cuando la legislación ha dotado a dicho documento público de una presunción respecto de los hechos señalados por el inspector, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos puedan aportar los interesados. A ello deberá agregarse que el carácter probatorio del acta de infracción sociolaboral levantada por el inspector trascenderá al proceso judicial, sirviendo también a ese nivel como medio probatorio en tanto cumpla con los requisitos y/o condiciones correspondientes<sup>(15)</sup>.

Ahora, ¿el acta de infracción califica como acto administrativo? La doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre su naturaleza. Algunos sostienen que el acta de infracción es un acto administrativo en tanto hay un descargo y produce efectos en el administrado<sup>(16)</sup>; por el contrario, otros consideran que no lo es en cuanto no representa un acto dentro de un procedimiento.

El Tribunal Constitucional ha formulado un importante dictamen jurisprudencial en el cual establece el contenido legal y constitucional esencial de un acta inspectiva para que sustente válidamente un procedimiento sancionador<sup>(17)</sup>. Así, dicho colegiado establece que las actas de infracción de la inspección no se tratan meramente de documentos que contengan una narración o descripción de los hechos contados in situ por parte de los inspectores laborales, sino a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma supuestamente afectada se

---

(15) Debe considerarse que el acta de infracción no será el único medio probatorio que podrá devenir del procedimiento inspectivo. De acuerdo al artículo 16 de la LGIT, el mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la inspección del trabajo que se reflejen en los informes así como en los documentos en que se formalice las medidas inspectiva que se adopten sin perjuicio de que no representen una acta de infracción que dé origen a un procedimiento sancionador.

(16) Recientemente, en uno de los votos en discordia de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 03647-2010-PA/TC, un magistrado calificó el acta de infracción como un acto administrativo para sostener que su validez subsiste hasta que no se declare su nulidad conforme lo establecido en el artículo 9 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tal referencia corresponde al voto singular de los magistrados Calle Hayen y Eto Cruz: “(...), es oportuno señalar que el artículo 9 de la Ley N° 27444 establece que “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”. Por tanto, dado que no se ha declarado la nulidad del Acta de Infracción referida a los hechos en ella constatados, estos deben presumirse como ciertos. Es por ello que, tratándose solo de cuestiones formales que vienen siendo cuestionadas la referida Acta de Infracción, el resultado final del proceso contencioso administrativo no tiene por qué afectar la decisión del presente caso”.

(17) Cfr. STC Exp. N° 02698-2012-AA/TC, f. j. 16.

configure la infracción y se propone la sanción. A su vez agrega que las resoluciones de las distintas instancias administrativas se sujetan a la debida motivación, así como a la ponderación de todas las pruebas aportadas.

En particular, respecto a las Actas de Infracción en sí, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Expediente N° 1748-2008, afirma la necesidad de que estas se encuentren motivadas, determinando que:

**“Las Actas de Infracción no contienen meramente una narración o descripción de los hechos constatados in situ por parte de los inspectores laborales, sino que, a raíz de tales hechos y de la aplicación concreta de la norma jurídica socio laboral que se han considerado afectadas es que califican la supuesta conducta indebida u omisiva por parte del inspeccionado y de esa manera es que proponen la sanción que corresponda; todo lo cual **importa un trabajo mental de razonamiento jurídico**”** (énfasis nuestro).

De esa manera, el debido procedimiento administrativo (específicamente de los empleadores fiscalizados, si asumimos la tesis bilateral del procedimiento inspectivo sancionador), está orientado a respetar las diversas garantías que inspiran una tutela efectiva dentro de términos de razonabilidad y proporcionalidad que eliminen actuaciones arbitrarias de la administración inspectiva de trabajo.

## EL NUEVO PROCESO LABORAL PERUANO DENTRO DEL SISTEMA DE MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES<sup>(1)</sup>

PAUL PAREDES PALACIOS<sup>(2)</sup>

El 15 de enero de 2010 fue publicada en el diario oficial *El Peruano* la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo, norma que se ha ofrecido como un cambio sustancial en la manera de hacer justicia en materia laboral. Habiendo pasado más de dos años desde tal hecho, periodo en el cual este cuerpo normativo entró en vigencia en diferentes distritos judiciales del Perú<sup>(3)</sup>, cabe preguntarse si esta promesa de reforma ha tenido éxito.

El propósito del presente artículo es determinar si esto que se ha buscado mediante la variación del cuerpo normativo adjetivo se ha concretado. Para ello realizaremos un análisis de los principios y valores en torno al Derecho Procesal del Trabajo, en especial vinculado con la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Esto servirá como marco teórico para poder comprender el sistema de tutela jurisdiccional en materia laboral desde la perspectiva que se ha intentado plantear.

---

(1) Advertencia: Esta es una transcripción de la clase dictada el 20 de junio de 2013 en el Curso Internacional de Estudios Avanzados en Derecho Social.

(2) Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Política Jurisdiccional. Profesor de Derecho Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y ESAN.

(3) La Ley entró en vigencia de manera paulatina en los distritos judiciales de Tacna (15 de julio de 2010), Cañete (16 de agosto de 2010), La Libertad (1 de setiembre del 2010), Arequipa (1 de octubre de 2010), Lambayeque (2 de noviembre de 2010), Cusco (1 de diciembre de 2010), Moquegua (1 de julio del 2011), Ica (8 de julio de 2011), Junín (15 de julio de 2011), Santa (22 de julio de 2011), Cajamarca (26 de julio de 2011), Lima Sur (2 de julio de 2012), Lima Norte (3 de setiembre de 2012) y Callao (1 de octubre de 2012), Lima (5 de noviembre de 2012).

## I. LAS RAZONES DE LA REFORMA LABORAL

---

Se ha planteado una reforma de la justicia laboral y cabe preguntarse sobre las razones que fundamentan el impulso de tal cambio. La primera idea que salta a la vista es una razón de ineficiencia que podría estar vinculada a varios elementos, algunos de los cuales analizaremos a continuación.

### 1. El retardo

Un elemento comúnmente citado es el relativo al retardo. Sobre este tema corresponde cuestionarse si el retardo puede acaso ser responsabilidad de la ley, y, en consecuencia, habría que cambiarla para que el proceso sea más rápido. En principio, no. Eventualmente sí puede haber un problema del diseño del proceso que contribuye al retardo. Qué duda cabe que en un proceso de instancia única la justicia recibida sería más pronta que en un proceso con muchas etapas, con muchas partes, con muchos elementos. El diseño es un asunto importante, pero que no tiene incidencia directa en la oportunidad en la que se recibe la decisión, que es precisamente lo que preocupa.

Hay una suerte de preocupación en el tema de retardo de la justicia laboral; siempre habrá un interés en obtener una justicia pronta, pues tal vez no hay mayor expresión de justicia que recibir una decisión oportuna. Sin embargo, ¿qué es oportuno? Porque la reforma de la justicia laboral se hace un tanto a ciegas en el sentido afrontar el retardo. ¿Conocemos de estadísticas o conocemos de información cierta sobre la duración de los procesos laborales antes de la reforma? No, lo que conocemos es lo que eventualmente cada uno de nosotros puede sospechar desde su experiencia personal y la de sus allegados, pero no ha existido un estudio sobre la duración de los procesos a nivel nacional. Pese a ello, la preocupación por una justicia pronta siempre va estar presente. El tiempo que la reforma ofreció para resolver los problemas laborales es de seis meses. Sin embargo, en algunos distritos judiciales, si hoy día uno presenta una demanda la audiencia será fijada dentro de más de seis meses.

Siempre el retardo es una preocupación universal y siempre en el futuro se puede implementar una nueva reforma para hacer el proceso más rápido aún. Nótese, por ejemplo, que el estándar de justicia pronta que se buscó instaurar con la Nueva Ley Procesal de Trabajo fue de seis meses, mientras en Chile el proceso en todas sus instancias dura cincuenta y seis días.

De esto se aprecia una primera reflexión en torno a la reforma de la justicia laboral que se ha pretendido plantear a través de la Nueva Ley Procesal de

Trabajo: el problema de la justicia laboral no está en la ley o, en todo caso, no está allí el problema principal.

## 2. Los jueces

Algunos podrían considerar que los jueces en general constituyen el problema principal, pero de forma más concreta, más que los jueces, tal vez la expresión correcta sea “la manera de hacer justicia”.

Cuando se habla de la manera de hacer justicia se hace referencia varios puntos, dentro de los cuales cabe resaltar por lo menos dos: i) la manera en cómo se lee el derecho, es decir, cómo se interpreta y se aplica el derecho; y ii) la manera cómo se aborda el tema fáctico, el asunto probatorio.

Sin duda, la labor del juez es sumamente relevante, tal vez la más importante, para la obtención de una real justicia laboral. Sin embargo, sería irresponsable de nuestra parte señalar que el problema de la justicia es un problema de los jueces.

Se podría también responsabilizar del problema a los administradores, es decir, a los que distribuyen las cargas, a los que distribuyen el número de juzgados, las competencias, generando que eventualmente en algunas zonas con una población muy alta haya dos o tres juzgados cuando tal vez deberían tener ocho. Pero, esta sería una visión sesgada del problema. Los abogados también somos responsables del problema de la justicia laboral.

En efecto, no existe un único actor responsable, pues cada una de las personas que participan en el proceso de obtención de justicia –y no solo los jueces– tiene un rol importante para el logro de esta meta.

Reiteramos, es que el problema que origina la reforma de la justicia laboral no se soluciona cambiando la ley. Pensar que porque tenemos una Nueva Ley Procesal de Trabajo hemos solucionado el tema de la justicia es ingenuo. La ley es un componente, sí, sin duda en ella se plantea el diseño de proceso, pero no es el único componente, ni tampoco el más importante.

Para conseguir una sustancial reforma de la justicia laboral es necesario analizar la actuación de los jueces y de los demás usuarios. Cuando decimos los usuarios nos referimos fundamentalmente a los abogados, quienes son los profesionales del derecho, los que eventualmente conocen cómo se plantean los temas, cuáles son los derechos, etcétera.

En este sentido, identificamos básicamente tres componentes que consideramos necesarios para una real reforma de la justicia laboral: i) el diseño (la ley); ii) la formación y capacitación de jueces y usuarios; y iii) la infraestructura, locales,

sistemas informáticos, presupuesto. Pero también habría que agregar un cuarto componente: el seguimiento de la reforma. Este es un componente que puede medir esas otras variables para que cada cierto tiempo se pueda advertir, tomar noticia de si ese esfuerzo de la reforma se está cumpliendo o no. Sin embargo, curiosamente en el tema de seguimiento estamos en casi nada.

## II. COMPONENTES DE UNA REAL REFORMA DE JUSTICIA: EL ACCESO A LA JUSTICIA

---

Por lo menos se identifican claramente cuatro temas en los que trabajar para llegar a una real reforma de la justicia laboral. Lo más fácil de hacer es, sin duda, la ley, la cual tiene que ver con el diseño. Ahora bien, corresponde preguntarse ¿qué grandes elementos incorpora?; ¿qué características tiene ese diseño?

El primer componente es estructurar la ley a partir de la oralidad, materia muy comentada por la doctrina nacional<sup>(4)</sup>. Un segundo componente es, desde el discurso oficial, el uso intensivo de la tecnología. En efecto, lo que hoy en día nos permite que se grabe audio y video está regulado en la ley. En la actualidad, sobre este componente hay temas pendientes a cargo del Ministerio de Trabajo, de entre los cuales se destacan el sistema de jurisprudencia, el sistema del cálculo de beneficios sociales y la revisión de información de planillas electrónicas, las cuales se planea formen parte de un conjunto de herramientas puestas a disposición del ciudadano y de los jueces para resolver los conflictos de forma más expeditiva. Pero hay un tercer componente que merece una mención especial, pues es aún más importante que los puntos anteriores: la idea de acceso a la justicia.

¿A qué refiere la idea de acceso a la justicia? Cuando nos proponemos hacer una reforma de la justicia corresponde preguntarse; ¿a favor de quién se hará esa reforma? En un país donde casi el 70 % de las relaciones laborales son relaciones en negro, es decir, relaciones donde no hay contrato de trabajo o donde los trabajadores no están registrados en planilla. La justicia laboral también tiene que ser para ellos.

---

(4) Nuestra posición sobre el tema puede encontrarse en el artículo “La oralidad en el nuevo proceso laboral peruano y el acceso a la justicia (al sistema jurídico laboral”. En: *Proceso y Constitución*. ARA Editores, 2011.

El objetivo de la reforma no está en tener locales más bonitos o en que ahora se filme. No cabe duda que esto constituya un avance, pero de ningún modo puede considerarse como objetivo.

La finalidad es que más ciudadanos accedan a sus derechos y eso, desde la concepción de Mauro Capelletti, la idea de que más ciudadanos accedan al sistema jurídico es la idea de acceso a la justicia. En efecto, como señala el referido autor:

“(…) el derecho procesal no es un fin en sí mismo, sino el instrumento para el fin de la tutela del derecho sustancial, público y privado; está, en suma, por decirlo así al servicio del derecho sustancial, del cual tiende a garantizar la efectividad, o sea, la observancia, y, para el caso de inobservancia, la reintegración”<sup>(5)</sup>.

En el mismo sentido se manifiesta Giovanni Priori cuando señala lo siguiente:

“El proceso debe ser un medio que sirva para que la sociedad sea cada vez mejor, y no uno que sirva para ayudar a que seamos una cada vez más injusta y peor sociedad. El proceso es el que debe adaptarse a la sociedad, y no la sociedad al proceso. Por ello debe reivindicarse el hecho que el proceso está al servicios de los hombres y de la satisfacción de sus necesidades y no al revés”<sup>(6)</sup>.

De esta forma, teniendo a la vista que el proceso constituye un instrumento para efectivizar los derechos fundamentales, el diseño constituye una idea poderosa, la idea de lo que se está diseñando es un vehículo para lograr el reto de que la mayor cantidad de trabajadores, de ciudadanos, accedan a sus derechos laborales.

En efecto, si bien la ley no reemplaza la labor del juez, pues no interpreta ni aplica derecho, con la Nueva Ley Procesal de Trabajo se busca por lo menos brindar la herramienta que permita que más trabajadores accedan a sus derechos. Desde nuestra perspectiva, esto, junto con la oralidad, sí implica una reforma en la concepción de la justicia y esa reforma de la justicia necesita ser trasladada a los usuarios del sistema jurídico: los jueces, los abogados y las partes.

---

(5) CAPELLETTI, Mauro. *Proceso, ideología, sociedad*. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1974. p. 5.

(6) PRIORI POSADA, Giovanni. “La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso”. En: *Ius et veritas*. Año XIII. Número 26, pp. 273 y 274.

### III. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO PROCESAL LABORAL

---

Como acabamos de señalar, la oralidad y el acceso a la justicia terminan significando un cambio en la concepción de la manera de hacer justicia. Para entender esto cabe que nos formulemos las siguientes preguntas: ¿cuáles son los principios del Derecho Procesal del Trabajo?; ¿cuáles son las ideas que animan el Derecho Procesal del Trabajo?

#### 1. Principios del Derecho Procesal del Trabajo vs. Principios del Derecho sustantivo

En el Derecho Procesal del Trabajo hay muchos principios como la concentración, celeridad, intermediación, veracidad, publicidad, etc., frente a otros principios de orden sustantivo como el *in dubio pro operario*, el principio de irrenunciabilidad, el principio de continuidad, etc. Ahora bien, es necesario reflexionar si los principios sustantivos, por calificarlos de algún modo, son también principios que puedan inspirar el Derecho Procesal Laboral.

Existe una posición tal vez mayoritaria en señalar que el *in dubio pro operario*, el principio de irrenunciabilidad, el principio de continuidad, son principios del Derecho sustantivo del Derecho Laboral que evidentemente cualquier operador tiene que aplicarlos. La pregunta que corresponde responder es si esas ideas directrices le pueden dar cuerpo y sentido al Derecho Procesal del Trabajo.

Para responder esto analicemos qué ocurriría si en la mecánica procesal laboral aplicamos el *in dubio pro operario*, por ejemplo. Imaginemos que la norma procesal no precise si los días que uno tiene para apelar son hábiles o calendario. Si quien apela es el demandante trabajador, ¿cómo deberíamos interpretarlo? Si el que apela es el empleador, ¿tendríamos que aplicar el *in dubio pro operario* o no?

La aplicación de este principio implica que en caso de duda sobre la consecuencia normativa, debe escogerse la más favorable al trabajador. Entonces, si tenemos la regla que dice “cinco días para apelar”, pero esta no dice si son hábiles o calendario ¿cómo tendríamos que interpretarla, hábiles o calendario? Si se interpretase a favor del trabajador la consecuencia dependería de quién es el sujeto que apela: si apela el trabajador (o extrabajador) serían días hábiles (pues ello le es más favorable que si fuesen días calendario), pero si quien apela fuese el empleador (o exempleador) serían días calendario (porque ello le es más favorable al trabajador). Esto es un sinsentido desde el punto de vista procesal.

En la lógica del proceso no forman parte del juego los principios sustantivos del trabajo porque estos están pensados para la aplicación o goce de los derechos

laborales. Esos están pensados en cómo se interpreta los derechos sustantivos, por ejemplo, la jornada, las vacaciones, la estabilidad laboral, pero no en cómo se interpretan las instituciones procesales: los medios impugnatorios, las nulidades, la competencia, por ejemplo.

## 2. Principios del Derecho Procesal del Trabajo o principios del Derecho Procesal

Una segunda reflexión gira en torno a determinar si la lista señalada en el artículo I del Título Preliminar<sup>(7)</sup> de la Nueva Ley Procesal de Trabajo es una lista propia, exclusiva del Derecho Procesal del Trabajo.

Hoy día difícilmente podría estructurarse un proceso separado de algunos o todos esos principios. Ciertamente tenemos algunos procesos como, por ejemplo, el proceso de amparo, el cual es escrito y por ello no hay inmediación. Sin embargo, en general, si pensamos en el proceso penal, el proceso de familia, el proceso civil, encontraremos en la lógica de estos procesos inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.

Entonces, cabe realizar la siguiente pregunta: ¿por qué se dice que “esos” son “los” principios del proceso laboral si también están presentes en otro tipo de procesos? Sin duda, esos principios también operan en el proceso laboral, pero la cuestión es saber por qué los denominamos como principios del Derecho Procesal Laboral, si también inspiran otros derechos procesales.

Una posible respuesta a esta interrogante sería “porque así lo dice la Nueva Ley Procesal del Trabajo”. Esta idea supone afirmar que “en tanto están en la ley, entonces son principios que pasan a inspirar automáticamente el Derecho Procesal de Trabajo”. No compartimos esta explicación.

Otra posible razón es una de orden histórico. No hay que perder de vista que todas las variantes del proceso pertenecen, desde sus orígenes, a una categoría más genérica: la del Derecho Procesal o teoría general del proceso o, desde otro punto de vista, del derecho jurisdiccional. Veamos esta explicación desde una perspectiva histórica.

---

(7) “Artículo I.- Principios del proceso laboral  
El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad.”

#### IV. DEL PROCESO ESCRITO AL PROCESO ORAL

---

##### 1. Imparcialidad

Como justiciables, lo que más exigimos al órgano jurisdiccional, como característica que un juez debe tener bajo cualquier circunstancia, es su imparcialidad.

Para definir a la imparcialidad es necesario diferenciarla de otra característica de la posición institucional de un juez en el marco del Estado de derecho: la independencia.

Señala Joseph Aguiló que “[s]i la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social, la imparcialidad trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes del proceso”<sup>(8)</sup>.

En esta línea, la imparcialidad está referida a la independencia frente a las partes y el objeto del proceso, siendo que para que ello sea posible las partes deben ser iguales y debe existir una equidistancia respecto del juez.

Históricamente, el proceso escrito es aquel que mejor homenaje hacía a la imparcialidad. Esto claramente se desprende del diseño del proceso escrito, respecto del cual Mauro Capelletti, citando a Giuseppe Chiovenda afirma lo siguiente:

“El temor de que el juez, al entrar ‘en la arena’ terminase por perder su imparcialidad, era tan grande que incluso las pruebas eran asumidas con frecuencia en ausencia del juez, el cual, por consiguiente no tomaba conocimiento directo de ellas, sino solamente indirecto, a través de los protocolos o ‘verbales’ (actas) escritos, redactados por secretarios o por otros sujetos destinados a ello”<sup>(9)</sup>.

En efecto, lo que se buscaba evitar era que el juez pueda sentir simpatía o antipatía por alguna de las partes. Aquel modelo en que el juez no ve a las partes (y no se contamina) es el modelo que mejor homenaje hace a la imparcialidad. Y ese es (era) el modelo del proceso escrito. Es la idea del juez que no se mete. Que no se mete porque si lo hace se contamina de la información que recoge, de las características de las partes y del problema que ellas tienen.

---

(8) AGUILO, Josef. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. En: *Isonomía*. N° 6, Abril 1997, p. 77.

(9) CAPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el Derecho Comparado. Las grandes tendencias evolutivas*. Traducido por Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1973, p. 57.

Esa idea de imparcialidad corresponde a la del proceso civil del siglo XIX. Es la idea del proceso donde las partes son iguales. Aquí, el concepto de igualdad corresponde al de la Revolución Francesa, donde eran iguales los ciudadanos hombres, blancos, mayores de edad, con propiedad y con derecho a voto. Donde la única fuente de derecho es la ley dada por el Parlamento. Ley que nadie puede alterar o interpretar sino solo aplicar. Donde el juez solo es el parlante de la ley y, por tanto, garante de su aplicación en condiciones de igualdad. El proceso escrito es el del juez que no se mete, que no tiene que meterse ni entre las partes ni entre el problema. El rol del juez del proceso escrito es garantizar que el debate sea imparcial, es decir, que ninguna de las partes tenga alguna ventaja.

Ese es el modelo de proceso del siglo XIX, un proceso escrito donde no hay inmediación, concentración, celeridad, ni publicidad. Donde quienes realizaban los actos probatorios y preparaban los papeles para que los jueces luego resuelvan eran los auxiliares. Este modelo del proceso escrito estuvo vigente en el Perú, formalmente, hasta el año 1993.

Sin embargo, la idea de imparcialidad entre las partes evolucionó con el tiempo a partir de la reivindicación de los derechos sociales. Así, se produce una variación en el concepto de imparcialidad. El juez es imparcial no porque no se meta en el proceso, sino porque siempre sus decisiones deben estar sometidas al Derecho. El juez le debe obediencia al Derecho. El juez juzga por las razones que el derecho le da. Este modelo es el del proceso oral donde el juez se mete para conocer de mejor manera y hacer efectivo el derecho de justicia dirigiendo y controlando el proceso. Es un juez con poderes y responsabilidades. Un juez sabio, prudente, cuyo norte es garantizar la vigencia de los Derechos Fundamentales no solo desde la ley sino, sobre todo, desde la Constitución y los pactos internacionales. En este modelo donde el juez se mete –porque hay un desbalance que corregir– hay inmediación, concentración, celeridad, economía procesal, publicidad, búsqueda de la verdad y, en fin, todos los principios y fundamentos señalados en los artículos I y III del título preliminar de la nueva ley. Y es en torno a ese horizonte que corresponde interpretar los significados de las normas procesales y, en concreto, del sentido del nuevo proceso laboral oral.

Si el juez se mete es porque la solución de la controversia deja de ser un problema entre las partes y pasa a ser un asunto de interés público: la vigencia y efectividad de los derechos laborales.

La idea de sujeción del juez al derecho está referida, a su vez, a por lo menos dos ideas fundamentales. En primer lugar, hacer homenaje a los derechos fundamentales, tomando como primera fuente de derecho la Constitución. En segundo lugar, que las decisiones que tome el juez estén debidamente motivadas. Sobre

ello, Joseph Aguiló señala que “la imparcialidad (...) trata de proteger no solo el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho, sino también la credibilidad de las razones jurídicas”<sup>(10)</sup>. Así, la motivación de las resoluciones judiciales funge como garantía de la sujeción del juez al derecho.

## 2. Igualdad por compensación

Ahora bien, si el concepto de imparcialidad ha cambiado, lo mismo sucede con el concepto de igualdad y su determinación. En efecto, surge el reconocimiento de que las partes no son sustancialmente iguales, y que es necesario corregir esta desigualdad a través del diseño del proceso y la actuación del juez.

En esta línea, Eduardo Couture propone como fórmula de solución, ante la desigualdad de las partes, la igualdad por compensación<sup>(11)</sup>, la cual define como “el procedimiento lógico de corregir las desigualdades [creando] otras desigualdades”<sup>(12)</sup>.

Entre las diferentes manifestaciones de esa corrección están, por ejemplo, la intervención de los sindicatos, la legitimación extraordinaria para hacer frente los casos de trabajo forzoso, trabajo infantil, la no necesidad de abogado para demandar hasta 10 URP, los procesos colectivos, la presunción de laboralidad, entre otros.

En este propósito de equiparar lo que encontramos como reflexión adicional es que la idea de compensación no es exclusiva del Derecho Procesal del Trabajo. Probablemente es donde ha tenido un mayor desarrollo y presencia, pero no es exclusiva de este. Esa idea de compensación también está, incluso, en el proceso civil. Desde la teoría general del proceso se ha desarrollado el concepto de publicitización o socialización del proceso. Esta idea de igualdad por compensación hoy en día está presente en la mayoría de los ordenamientos procesales para que el juez dirija y controle.

En el plano normativo procesal laboral, encontramos algunas manifestaciones adicionales de la igualdad por compensación en el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, a saber: la prevalencia del fondo sobre la forma (que es una manera de referirse al principio del informalismo) y el principio a favor del proceso (que también está presente en el proceso civil).

---

(10) AGUILO, Josef. “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”. En: *Isonomía*. N° 6, abril 1997, p. 78.

(11) Que en términos de Mauro Capelletti es el principio de “socialización” o “democratización”.

(12) COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Volumen I, 3ª edición. Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 275.

## V. INFORMALISMO EN EL PROCESO LABORAL

### 1. Suplencia de queja deficiente

Existen actos defectuosos, actos inválidos y actos nulos. No todo requisito o formalidad omitida implica un acto nulo. Solo es nulo cuando afecta, sin posibilidad de subsanación o suplencia, un bien o principio constitucional como, por ejemplo, el derecho de defensa. Si el acto puede ser suplido (por el juez) o subsanado (por la parte) el acto no es nulo. Por ejemplo, si a pesar de no haberse demandado expresamente un extremo, pero dicha incorrección fue subsanada en la audiencia y el juez otorgó al demandado la oportunidad de contradecirlo, el acto aunque imperfecto no sería nulo porque no ha afectado el derecho de defensa. Solo si nunca se le dio la oportunidad de defenderse y no se discutió en el proceso, entonces allí sí el acto sería nulo. De otro lado, hay actos que aun cuando imperfectos no provocan ninguna lesión a un derecho o principio constitucional y, por lo tanto, aunque imperfecto no merecen siquiera ser subsanados o suplidos. Es el caso de la formalidad del tamaño de la hoja en que se presenta una demanda. Declarar la nulidad de un proceso porque el tamaño de la hoja no es A-4 sería hacer homenaje a la ley “porque la ley así lo dice”, olvidando que el propósito de hacer proceso no es hacer homenaje al procedimiento sino solucionar un conflicto aplicando Derecho, lo cual es la finalidad del proceso.

Nuevamente, lo casuístico puede darnos mayores luces a la hora de analizar la forma de aplicar la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Dentro de esta norma adjetiva uno de los requisitos tanto para la demanda como para la contestación es señalar la finalidad del medio probatorio, cuyo incumplimiento origina la declaración de inadmisibilidad<sup>(13)</sup>.

Justamente, el juez es el llamado a determinar qué medio probatorio es pertinente y quién decide si ese medio probatorio sirve para probar la pretensión, siendo que el demandante puede orientarlo, pero tal orientación podría estar

(13) “Artículo 16.- Requisitos de la demanda

La demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, con las siguientes precisiones:

(...)

b) no debe incluirse ningún pliego dirigido a la contraparte, los testigos o los peritos; sin embargo, debe indicarse la “nalidad de cada medio de prueba (...).”

“Artículo 19.- Requisitos de la contestación

La contestación de la demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, sin incluir ningún pliego dirigido a la contraparte, los testigos o los peritos; sin embargo, debe indicarse la finalidad de cada medio de prueba (...).”

errada. La omisión de consignar la finalidad del medio probatorio ofrecido es absolutamente irrelevante porque no hay ningún bien jurídico afectado, no se lesiona el derecho de defensa de la otra parte porque da exactamente lo mismo que se alegue como finalidad de esta A o B o Z. Lo importante es la contradicción del medio de defensa. Este sería un ejemplo de un acto defectuoso, pues su subsanación no es relevante.

En el caso de la suplencia de la queja deficiente, que viene del amparo mexicano, recogida por nuestro Tribunal Constitucional<sup>(14)</sup>, nace sobre la concepción de que las personas, los abogados, los demandantes, los demandados hablamos de diferentes maneras y esas maneras de hablar las utilizamos para referirnos a una misma idea. Por lo tanto, no importa la manera como uno se expresa. Lo que importa es el fondo. En este sentido, la suplencia de la queja deficiente permite al juez corregir de oficio las omisiones, errores o deficiencias en que hubiese incurrido el accionante al momento de formular su demanda.

Imaginemos que un trabajador ha sido despedido arbitrariamente y luego de una ardua defensa es repuesto en el empleo. Entonces, él recurre a su abogado para pedir el reconocimiento de lo que él llama o entiende son las remuneraciones dejadas de percibir en el periodo no laborado. Al final, su abogado interpone una demanda que titula, llama, denomina “remuneraciones devengadas”. No es que pida la contraprestación (la remuneración) por un servicio no realizado, sino que pide el monto, el valor, de las remuneraciones que hubiese percibido si no hubiese sido despedido.

Según el criterio de la Corte Suprema interponer demandas de remuneraciones devengadas en estos supuestos es erróneo —y declara la improcedencia de la demanda— porque “no existe derecho a remuneraciones por el periodo no laborado”<sup>(15)</sup>. Sin embargo, repetimos ¿realmente es adecuado declarar la improcedencia de una demanda titulada como pago de remuneraciones devengadas cuando el sustento es el no haber trabajado? Aquí corresponde recordar la idea de suplencia de la queja deficiente, pues no por la utilización de un lenguaje torpe debe declararse infundada o improcedente una demanda. Detrás de esto nuevamente está la idea de igualdad por compensación, de la que subyace la idea de acceso a la justicia.

---

(14) Mediante reiterada jurisprudencia dentro de cual cabe destacar las sentencias recaídas a los procesos de expediente N° 05761-2009-PHC/TC y N° 0569-2003-AC/TC.

(15) Criterio expuesto en la Casación Laboral N° 2268-2010LIMA.

## 2. Actualización de demanda en la audiencia de juzgamiento

La aplicación de los principios que inspiran el proceso laboral nos permite obtener respuesta a otras interrogantes como, por ejemplo, la relativa a si se puede o no modificar una demanda en plena audiencia de juzgamiento, ampliando o incorporando nuevas pretensiones. ¿Cuál debiese ser la respuesta a partir de los principios y valores que recoge la Nueva Ley Procesal del Trabajo?

Analicemos dos escenarios. En el primero se rechaza dicha posibilidad en atención a la seguridad jurídica y la noción de la preclusión. Si el tiempo para demandar o contestar ya venció, entonces no es posible alterar o modificar la demanda o la contestación. ¿Este escenario sería tributario de los principios y valores de la ley? ¿La decisión de rechazo genera mayor celeridad, economía procesal, acceso a la justicia? ¿Protege como única alternativa el derecho defensa o contradicción o de prueba de la contraparte? ¿Fortalece la idea de un juez que tenga rol protagónico en el proceso?

En el segundo escenario se admite la posibilidad de la modificación o alteración de la demanda o la contestación, dando a la contraparte, en tanto director del proceso, la oportunidad de la defensa o contradicción. Y nos hacemos las mismas preguntas.

La respuesta –de concordancia con los principios y valores de la nueva ley– salta a la vista. Solo el segundo escenario hace homenaje a los principios y valores de la nueva ley. Solo el segundo escenario significa hacer un proceso oral y darle un significado de garantía de los derechos laborales. El primero implica permanecer en el proceso escrito y en la mera prevalencia de la ley.

La idea de prevalencia de la ley, de preclusión, de seguridad jurídica, correspondiente al siglo XIX, a la Revolución Francesa. ¿Cuál es el propósito de nuestros días? ¿Para qué estudiamos Derecho? ¿Para qué somos abogados? ¿Para qué hacemos proceso? Para defender los derechos o para defender la ley. Es verdad que hay un plazo, pero ¿por homenaje a ese plazo se debe impedir, hay que eliminar la posibilidad de incorporar un pedido (dando defensa al contrario) y, de ese modo que juez resuelva un conflicto? Uno dice si la celeridad, si la economía procesal son principios, hagámosle homenaje entonces; porque cuando un juez le dice al justiciable “no nos moleste y haga una nueva demanda ¿qué le está diciendo? Le está diciendo “su caso no me interesa, haga una nueva demanda, si le sobra el tiempo y si le sobra la plata, pero a mí no me moleste”. Esa respuesta es una respuesta inconcebible en un Estado constitucional de derecho.

## VI. REFLEXIONES FINALES

---

Cuando uno se presenta ante el juez, ese es el día en el que el sistema jurídico le da al ciudadano para acceder a la justicia. Qué día más importante puede haber para un ciudadano que el día que lo convoca un juez a su despacho para resolver su causa. Y ese día es el día en el que yo le presento el conflicto y espero que ese juez me dé una solución arreglada a derecho. Solo así tiene sentido hacer proceso. El proceso no es para que los jueces y abogados apliquen sus secretos conocimientos, sino que el proceso es la vía, el camino para lo importante: garantizar y hacer efectivos los derechos. En nuestro caso: los derechos laborales.

# NUEVOS SISTEMAS PROCESALES DE TRABAJO EN AMÉRICA LATINA<sup>(1)</sup>

---

ADOLFO CIUDAD REYNAUD<sup>(2)</sup>

---

## I. INTRODUCCIÓN<sup>(3)</sup>

---

Cuando en los sistemas de relaciones de trabajo fracasan otros medios de solución de los conflictos, el proceso laboral judicial se convierte en el instrumento por el cual los derechos laborales enunciados en las normas internacionales del trabajo y los ordenamientos jurídicos nacionales se plasman en derechos efectivos y se hace justicia al caso concreto. Esto trae a colación que el acceso a la justicia es el derecho humano más importante en un sistema democrático igualitario moderno que pretende garantizar derechos y no solo proclamarlos<sup>(4)</sup>. Implica el derecho de toda persona, sin distinción alguna, a obtener una respuesta satisfactoria a

---

(1) Relatoría principal presentada en el “Taller sobre Derecho Procesal del Trabajo”, en el marco del XX Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santiago de Chile, del 25 al 28 de setiembre de 2012.

(2) Profesor de Derecho Procesal del Trabajo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, Perú. Se desempeñó como Especialista Principal en Legislación Laboral, y Administración del Trabajo de la Oficina de la OIT. Para la elaboración de este ensayo se contó con la valiosa colaboración de Andrea Sánchez Matos, Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(3) Algunos partes de este ensayo se basan en Ciudad Reynaud, Adolfo. *La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*. OIT, Costa Rica, 2012, Parte 1, 424 págs.

(4) CAPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia: la tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. 1ª edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, pp. 12-13.

sus necesidades jurídicas por medio de mecanismos que permitan solucionar un conflicto en forma eficaz<sup>(5)</sup>.

No obstante, la brecha entre el derecho y la realidad siempre fue característica de las relaciones de trabajo en América Latina; la aplicación de la norma a la realidad fue siempre un problema medular. Sin desconocer los notables avances de las jurisdicciones laborales en algunos países, todavía tenemos instituciones débiles e ineficientes. La administración de justicia laboral no ha podido proporcionar a los ciudadanos que trabajan los elementos esenciales de seguridad jurídica. La dificultad central fue siempre la ineficacia del proceso que incurre en dilaciones indebidas y ocasionan la extensa duración de sus procedimientos, que en algunos casos se prolongan de manera absolutamente inaceptable para un régimen democrático que pretende la convivencia en paz.

Esta situación no está conforme con los instrumentos internacionales sobre tutela judicial efectiva que hacen énfasis en que la justicia deba prestarse “sin dilaciones indebidas” y que expresan el anhelo y la necesidad social de que los derechos se conviertan en realidad y en concreta justicia dentro de plazos razonables. Esto nos conduce a la necesidad de celeridad de los procedimientos judiciales laborales que deben ser sencillos y ágiles, de manera que permitan una respuesta judicial más oportuna. Es que “una justicia tardía puede equivaler, al menos desde el punto de vista sociológico (...) a la denegación de la misma”<sup>(6)</sup>.

Más allá de lo que en realidad duren los procesos judiciales, la mayoría de la población percibe que el tiempo que estos tardan es demasiado, por lo que es común señalar que la administración de justicia es tan lenta que siempre que se pueda vale más evitar acudir a ella. Sobre este particular, un interesante estudio realizado en España nos señala que el gran problema es el establecer un canon o un referente a partir del cual se pueda discernir cuándo un asunto judicial está durando más de lo admisible, esto es, generando una duración indebida. Aceptada la dimensión temporal del proceso, ¿cuáles son los límites cuya superación permitiría considerar la existencia de una vulneración?<sup>(7)</sup>.

Las encuestas realizadas demuestran que son los tres meses el umbral donde la mayoría de los usuarios empiezan a estar descontentos. Por esta razón, los

---

(5) CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 23.

(6) FERNÁNDEZ-VIAGAS BARLOLOMÉ, Plácido. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Civitas, Madrid, 1994, p. 32.

(7) TOBARÍA CORTÉS, Juan José y GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, Juan José. *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Consejo General del Poder Judicial, España, 2005, p. 174.

citados autores concluyeron “que por encima de los seis meses que a nuestro juicio se configura como el auténtico referente, la frontera, en la que la mayoría de los usuarios van a pensar que se está produciendo un **plazo excesivo**”<sup>(8)</sup>.

No obstante la rapidez no puede equivaler a recortar o suprimir las garantías procesales o los trámites esenciales que cualquier procedimiento judicial ha de respetar para ser reconocido como tal. La justicia laboral tiene que garantizar: a) el derecho a la tutela judicial efectiva para ambas partes, asegurando particularmente el fácil y libre acceso al proceso; b) el respeto al principio de contradicción y al derecho de defensa; c) la oportunidad de poder aportar y utilizar los medios de prueba pertinentes para acreditar los hechos relevantes que sustentan el derecho alegado en el proceso, sin que se produzca indefensión a ninguno de los litigantes. Estas garantías procesales o trámites esenciales que implican el ejercicio del derecho de defensa que tiene todo ciudadano toman un tiempo determinado, pero lo que debe evitarse son las dilaciones indebidas y el abuso del proceso con el objeto dilatar innecesariamente la solución para retrasar el pago de una obligación o crear las condiciones para que la parte contraria acepte propuestas de solución por debajo de lo que la ley establece.

A este respecto, Carnelutti hace un parangón muy interesante entre el proceso y el juego deportivo. Un rasgo común, dice, es que cada uno de ellos tiene sus reglas, pero que si las reglas no son justas, también los resultados del juego o del proceso corren el riesgo de no ser justos, lo cual, cuando se trata de un partido de fútbol o una pelea de boxeo, no debería significar una tragedia, pero cuando la apuesta es la propiedad o la libertad<sup>(9)</sup>, se constituye en una amenaza para el mundo que tiene necesidad de paz. Pero, señala, la paz tiene necesidad de justicia, como el hombre de oxígeno para poder respirar. Así, las reglas del juego no tienen otra razón de ser que garantizar la victoria a quien la haya merecido<sup>(10)</sup>.

Advirtiendo este problema de divorcio entre derecho y realidad, característico de las relaciones de trabajo en América Latina, pero agravado a partir de la década de los ochenta, los constituyentes latinoamericanos de la OIT en el año 2006 decidieron en forma tripartita que uno de sus objetivos estratégicos en la región sería el **respeto y el cumplimiento efectivo** de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en

---

(8) *Ibidem*.

(9) A los que ahora se cabría añadir los derechos humanos o derechos fundamentales en el trabajo.

(10) Cfr. CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Monografías jurídicas, Temis, Bogotá, 2004, p. 5.

el trabajo, como parte del esfuerzo para lograr que todas las mujeres y los hombres puedan acceder a un trabajo decente<sup>(11)</sup>.

En la Agenda Hemisférica de la OIT se señala que: “En el caso de América Latina y el Caribe, el cumplimiento de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo (objetivo estratégico núm. 1) es un objetivo central de toda política de generación de trabajo decente. Como la OIT ha señalado en reiteradas ocasiones, la región ha avanzado significativamente en la ratificación de estos convenios; sin embargo, ello no significa, lamentablemente, que las legislaciones nacionales se adecuen siempre a los mismos y que, aún adecuándose, se apliquen de manera efectiva”<sup>(12)</sup>.

En la medida que los derechos fundamentales en el trabajo constituyen un conjunto mínimo y universalmente aceptado de derechos laborales incorporados en las respectivas legislaciones nacionales y en la cultura laboral de los diferentes países de la región, la referida agenda hemisférica establece dos ámbitos de actuación claramente diferenciados (Derecho sustantivo y Derecho Procesal del Trabajo), indicando que “un alto índice de ratificación no es suficiente. Es necesario que estos principios y derechos se apliquen efectivamente. Así, para cualquier principio se propone actuar en dos niveles: en primer lugar, **a nivel normativo/institucional**, lo que supone contar con leyes adecuadas a las normas internacionales así como con **procedimientos justos y efectivos** asociados a estas leyes y con **instituciones sólidas que los implementen**; (...)”<sup>(13)</sup>.

Cinco años después, en la XVII Reunión Regional Americana, celebrada en Santiago de Chile en diciembre de 2010, se insistió en la constatación de que en América Latina y el Caribe se observa una alta adhesión jurídica y política a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, pero que sin embargo, “también se identifican insuficiencias en cuanto a su promoción y **limitaciones en cuanto a su aplicación efectiva**, lo cual plantea la necesidad de reforzar el funcionamiento de los servicios de inspección del trabajo y los **procedimientos de la justicia laboral**”<sup>(14)</sup>.

---

(11) OIT. *Trabajo decente en las Américas: una agenda hemisférica, 2006-2015*. Informe del Director General, Juan Somavia, XVI Reunión Regional Americana, Brasilia, Oficina Internacional del Trabajo, mayo de 2006 (el subrayado es nuestro), p. 21.

(12) *Ibidem*.

(13) *Ibidem*, p. 31. El resaltado es nuestro.

(14) OIT. Informe del Director General. *Un tiempo de oportunidades para el trabajo decente en las Américas*. Decimoséptima Reunión Regional Americana, Santiago de Chile, diciembre de 2010, p. 8. El resaltado es nuestro.

Ante este reto se encontró América Latina a inicios del siglo XXI, por lo que en diversos países se llevaron a cabo reformas procesales que tuvieron como objetivo central la reducción de la duración de los procesos: Venezuela (2002), Ecuador (2003), Chile (2005), Colombia (2007), Uruguay (2009), Perú (2010), Nicaragua<sup>(15)</sup> y Costa Rica (2012)<sup>(16)</sup>. En América Central, en El Salvador, a fines de agosto de 2013, la Corte Suprema de Justicia finalizó y remitió a su Asamblea Legislativa un Proyecto de Código Procesal de Trabajo que introduce el sistema de juicios orales. Mientras que en Honduras una comisión redactora de la Corte Suprema de Justicia está en la etapa de redacción de un anteproyecto de Código Procesal Laboral en consulta con una comisión con representantes de los interlocutores sociales y de la sociedad civil.

Como se puede apreciar, no se trata de fenómenos aislados sino de una tendencia generalizada a nivel regional hacia un nuevo sistema procesal del trabajo que aspira a la celeridad de los procesos a través de los principios de oralidad, concentración, intermediación y economía procesal, entre otros. No se trata solo de un cambio normativo sino del cambio de un sistema de juicio escrito, desconcentrado y carente de principios formativos concordantes con el derecho sustantivo cuya aplicación se reclama en juicio. Este antiguo sistema de juicio escrito y desconcentrado que data de la primera parte del siglo pasado se mantuvo sin mayor alteración en América Latina hasta inicios del presente siglo en que se acometen reformas profundas con el principal objetivo de reducir la mora judicial y mejorar la efectividad del derecho sustantivo del trabajo.

En el nuevo modelo de juicio, si bien destaca la oralidad, han sido varias otras instituciones procesales las que han sido abarcadas en la reforma: la estructura del proceso, el papel del juez como rector del proceso, la especialización de la justicia laboral, aspectos relativos a la prueba, la emisión de las sentencias, las instancias y recursos susceptibles de interponerse, el carácter de los procedimientos abreviados de menor cuantía entre los que destaca los procesos de instancia única y los procesos monitorios, los procesos especiales de tutela de derechos fundamentales en el trabajo, los procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico, la intervención del sindicato en el proceso laboral, la necesaria especialización de los jueces, la ejecución de sentencias, el papel de la defensa jurídica gratuita para

---

(15) Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, Ley 815, aprobado por la Asamblea Nacional de Nicaragua y publicado el 29 de noviembre de 2012 en *La Gaceta* - diario oficial.

(16) Ley de Reforma Procesal Laboral, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, Expediente N° 15.990, aprobada el 3 de setiembre de 2012. Esta ley fue observada por el Poder Ejecutivo por unos artículos referidos a huelga en los servicios esenciales y todavía se encuentra pendiente de nueva aprobación.

trabajadores de escasos recursos y la gratuidad del proceso. Por razones de espacio solo nos referiremos a algunas de ellas.

## II. SISTEMA DE JUICIOS ORALES

---

La característica central de todas las reformas procesales, sin excepción, es la opción por el cambio del sistema de juicios escritos por el sistema de juicios orales, llamados también juicios por audiencias. Ese ha sido el rasgo más distintivo, el más publicitado, pero desde ya subrayamos que no ha sido el único, sino que ha estado acompañado de otras instituciones de enorme importancia reseñadas líneas arriba.

La oralidad, en su acepción plena, es la posibilidad que la parte demandante pueda alegar verbalmente cuanto precise para fundamentar su pretensión, y que la contestación a la demanda sea igualmente verbal, a continuación de la exposición del demandante en la audiencia de juicio, que se convierte en el acto central en torno al cual pivotan los demás actos procesales. Un debate oral implica una discusión verbal entendida como una concisa oposición de pretensiones, que puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor madurada al interior del juez que con solo la ayuda de los escritos<sup>(17)</sup>. Esto significa la existencia de un intercambio dinámico de posiciones por intermedio de la confrontación de argumentos entre las partes, los abogados, los peritos y el juez. Implica también la pregunta y repregunta entre las propias partes.

Otra consecuencia del principio de la oralidad es que las declaraciones de las partes y terceros que son emitidas dentro de las audiencias gozan de relevancia jurídica y serán elementos decisorios al momento de decidir sobre la controversia. En esa medida no es imprescindible la presentación de escritos dentro del proceso, sino que estos se restringen a lo estrictamente necesario en la medida que se parte del supuesto que la audiencia oral es grabada íntegramente en vídeo y audio, la que se indexa para una fácil ubicación posterior de una parte determinada de esta.

Sobre la oralidad, Pasco señala que “el proceso oral es proclamado y reclamado por toda la doctrina procesal laboral, sin excepción. No hay un solo estudio que se pronuncie a favor de la escrituración, y ese es un argumento importante”<sup>(18)</sup>.

---

(17) Cfr. CHIOVENDA. *Principios del derecho procesal civil*. (Traducción J. Casais y Santaló), Reus, Madrid, 1922, p. 132.

(18) PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Características del proceso laboral. La oralidad”. En: *Sociedad*

La oralidad, a su vez, es lo único que nos permite hacer realidad los demás principios procesales de inmediación, concentración, celeridad, primacía de la realidad, entre otros.

En efecto, De la Villa al referirse a los llamados “principios” del proceso social español, señala que “conviene alterar el orden de enunciación del artículo 74 de la LPL porque de todos los principios aludidos el de oralidad es el más genérico y causal de todos los demás”<sup>(19)</sup>. En ese mismo sentido se expresa la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que precisa que: “Los principios invocados por el artículo 74 de la LPL están relacionados entre sí, pues no se comprende la inmediación sin la oralidad y la concentración, de modo que no se puede romper la unidad del acto del juicio oral sin que se resientan los otros principios inspiradores del proceso: STSud. 24 Abr. 1995 (R° 3156/94)”<sup>(20)</sup>.

Eso implica que la prueba se proponga, y en su caso, de ser pertinente, se admita también verbalmente durante la audiencia de juicio. En consecuencia, los litigantes deben acudir a dicha diligencia provistos de los medios de prueba de que intenten valerse, así como que la valoración de la prueba y las conclusiones definitivas de los litigantes se expongan también verbalmente por estos, pudiendo variarse las iniciales expuestas a la luz de lo acontecido en la audiencia de juicio.

Todas las reformas procesales producidas en América Latina adoptan el principio de oralidad y disponen la actuación de las audiencias en forma oral. Sin embargo, hay que tener mucho cuidado en que por la cultura jurídica formalista y de escrituración prevaleciente entre jueces y justiciables y, en general, en toda la comunidad jurídica latinoamericana, y por la falta de dotación de medios tecnológicos para la grabación de las audiencias en vídeo y audio, la oralidad sucumba frente a la escritura como ha ocurrido en experiencias históricas latinoamericanas.

A esto se refiere Blanco cuando nos señala que en Colombia “a pesar de haberse establecido en el artículo 42 del Código Procesal de Trabajo<sup>(21)</sup> que las actuaciones y diligencias judiciales, la práctica de pruebas y la sustanciación se adelantarían en audiencia pública, en la práctica devino en un proceso ‘dictado’ donde el funcionario encargado de levantar el acta de audiencia, recogía lo manifestado por los apoderados de las partes y demás actuaciones cumplidas, y lo resuelto por

---

*Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Aportes para la reforma del proceso laboral peruano.* SPDTSS, Lima, 2005, p. 52.

(19) DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (director). *Ley de Procedimiento Laboral, Comentada y con jurisprudencia.* La Ley, Grupo Wolters Kluwer, Madrid, junio 2006, p. 576.

(20) *Ibíd.*, p. 579.

(21) Vigente desde 1948 en virtud del Decreto Ley N° 2158.

el juez, quedando trunco en esa forma el principio de oralidad, de conformidad a lo dispuesto en el citado artículo (...) pero que, al no dotarse a los juzgados de los medios tecnológicos para romper con la práctica del ‘dictado’, no pudo ponerse en práctica tal principio”<sup>(22)</sup>. La práctica judicial de Honduras, cuyo código de trabajo tiene mucha influencia del Código de Colombia, ha “perfeccionado” la práctica del dictado con la incorporación de la informática, pues los litigantes acuden a las audiencias con una unidad de memoria externa con sus argumentos y manifestaciones ya preparadas en forma escrita, y el secretario se limita a integrarlas en el acta, con lo que, una vez más, la escritura vence a la oralidad y el juez pierde la espontaneidad de la expresión verbal.

No basta, pues, la incorporación del principio de la oralidad, sino que se requiere un cambio de cultura jurídica de todos los operadores jurídicos, especialmente de jueces y abogados litigantes. Otras experiencias históricas demuestran lo mismo: los códigos de trabajo de Costa Rica, Guatemala, Honduras y Nicaragua también incorporaron el principio de oralidad desde mediados del siglo pasado. No obstante, la influencia civilista que siempre estuvo sujeta a un proceso formalista y rigorista de carácter patrimonial propio del Derecho Civil, incidió en la manera en que los jueces de trabajo aplicaron la normativa procesal, a pesar de que fueron pioneros en la incorporación de los principios de oralidad e inmediatez. Tal influencia civilista ocasionó que en tales países, en la práctica, el proceso laboral se haya escriturado alejado de la oralidad y convertido en gran medida en una justicia laboral delegada en personal auxiliar, donde primó la falta de lealtad procesal y el abuso del proceso en perjuicio de los justiciables.

Otro ejemplo demostrativo de este problema son las normas procesales de algunos países como El Salvador, Guatemala, Honduras y República Dominicana, que establecen que la demanda y la contestación a la demanda pueden ser orales; en Costa Rica y Venezuela también está previsto que se pueda interponer la demanda en forma oral. A pesar de ello, esas disposiciones no se aplicaron y en la práctica judicial predominó la escritura. De igual forma, en Panamá el Código de Trabajo dispone que las actuaciones y diligencias judiciales y la substanciación del proceso se realicen oralmente en audiencia pública bajo pena de nulidad, salvo algunos casos exceptuados, pero a pesar de ello los juicios continuaron siendo escritos<sup>(23)</sup>.

---

(22) BLANCO RIVERA, Oscar. “La jurisdicción del trabajo en Colombia. Anotaciones sobre la oralidad en el juicio del trabajo y la seguridad social”. En: *Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ley N° 29497. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Perú, febrero 2012, pp. 187 y 188,

(23) Véase, CIUDAD REYNAUD, Adolfo. *La justicia laboral en América Central ...* Ob. cit., p. 62 y los trabajos de TORRES DE LEÓN, Vasco y HERRERA CARBUCCIA, Manuel Ramón, de la parte 2 de la misma obra.

En todos estos casos, la inexistencia de grabaciones adecuadas y de jueces y litigantes apropiadamente entrenados para actuar en audiencias orales ha supuesto un serio inconveniente para la oralidad. Los testimonios son transcritos por un secretario judicial así como la presentación de innumerables pruebas para su registro en extensas audiencias, lo que hace que el juez delegue su recepción, lo que frustra la esencia de la oralidad y también de la inmediación. Una excepción en Panamá es la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá, que constituye un adecuado ejemplo de oralidad procesal y de utilización adecuada de tecnología en su apoyo. Blanco nos da cuenta que en Colombia se está dando un fuerte impulso a la recuperación de la oralidad desde el 1 de julio de 2011, fecha a partir de la cual se encuentran en pleno funcionamiento un total de 36 juzgados laborales de oralidad en la ciudad de Bogotá dotados cada uno de salas de audiencias y equipos de grabación.<sup>(24)</sup> Guatemala también está en un proceso de recuperación de la oralidad que al igual que Colombia tuvo previsto este principio desde la promulgación de su Código de Trabajo en el año 1961, se han duplicado el número de juzgados en la capital y se han transformado juzgados mixtos en juzgados de trabajo en las principales ciudades del país, debidamente dotados de salas de audiencias y equipos de grabación. En Honduras y El Salvador también se están dotando a los juzgados con salas de audiencia y equipos de grabación con el objeto de implantar plenamente la oralidad<sup>(25)</sup>.

Un caso especial es el de México, donde a pesar de las intenciones del legislador también se ha producido un abandono de la oralidad. En este país los conflictos laborales, individuales y colectivos, de naturaleza jurídica o económica se tramitan y resuelven a nivel jurisdiccional por autoridades de composición tripartita, en donde es la propia Constitución la que define la competencia de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuyo funcionamiento se detalla en la Ley Federal del Trabajo. No obstante, en lo que respecta a la oralidad, Kurczyn señala que si bien en teoría las citadas juntas representan un elemento de democracia por su composición, precisa que en la mayoría de los casos se ha convertido en un auténtico juicio tramitado en los mismos términos que un juicio ante autoridades jurisdiccionales del fuero civil y que la gestión procedimental se ha convertido más en forma escrita con el cuasi abandono de la oralidad<sup>(26)</sup>.

---

(24) BLANCO RIVERA, Óscar. Ob. cit., p. 188.

(25) En Guatemala, Honduras y El Salvador se ha contado con la ayuda financiera de AID para la implementación de las salas de audiencia.

(26) KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. “Modelo procesal diferenciado y la defensa de los derechos humanos laborales”. En: *Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Ley N° 29497, Ob. cit., p. 250.

### III. ESTRUCTURA DEL PROCESO

---

La estructura o arquitectura del sistema de juicios orales y concentrados se diferencia del sistema de juicios escritos y desconcentrados en que mientras en el primero se tiende a una máxima concentración de los actos procesales en torno a la audiencia que actúa como pivote del proceso, en el segundo se da una secuencia de actos procesales escritos desconectados uno del otro, y los pocos actos orales se producen ante auxiliares de justicia sin la presencia directa del juez.

#### 1. Contestación a la demanda: ¿oral o escrita?

En torno a la estructura del proceso hay una primera opción de política legislativa para acentuar o no la oralidad, de alejarse de las formas escritas o mantenerlas en cierta medida. En efecto, el grado de oralidad tiene que ver en primer término con la decisión de instituir la contestación a la demanda, o bien oral o bien escrita. En la reforma procesal en América Latina solo Nicaragua ha instituido en forma general la contestación a la demanda en forma verbal en la audiencia de juicio, especificándose para que no quede ninguna duda que “En ningún caso se admitirá informe o contestación escrita a la demanda”<sup>(27)</sup>. No obstante, se faculta al demandado para presentar al juzgado antes de 10 días de celebración de la audiencia de juicio una memoria o resumen de la contestación a la demanda, que no lo exime de contestar verbalmente la demanda en la audiencia<sup>(28)</sup>.

No obstante, no es el único caso; la legislación de Costa Rica en su normativa vigente aún antes de la reforma establece desde 1966 que en los juicios de menor cuantía la contestación a la demanda se efectúe en forma verbal<sup>(29)</sup>. Lo mismo establece la reforma procesal de Chile para los juicios también de menor cuantía que se procesan a través del novedoso, al menos en el ámbito laboral latinoamericano, proceso monitorio en el que la contestación a la demanda se produce en forma oral en la audiencia<sup>(30)</sup>. Como veremos más adelante, a través de esos procesos, en ambos casos, la cuantía es significativa por lo que se procesan casi el 50 % de los procesos laborales.

Al admitirse la contestación escrita como un acto procesal independiente y previo a la audiencia, el juez puede otorgarle mayor importancia de lo que se sustente verbalmente en el acto de juicio, pues tiene que tener presente al momento

---

(27) Proyecto de Código Procesal de Trabajo de Nicaragua, artículo 90.5.

(28) *Ibidem*, artículo 82.1.

(29) Artículo 464 del vigente Código de Trabajo, reformado por Ley N° 3702 de 22 de junio de 1966.

(30) Artículo 500 del Código del Trabajo de Chile.

de sentenciar lo que por escrito se haya sostenido. Esto puede ocasionar que el demandado pierda interés en la audiencia de juicio, pues ya esgrimió toda su defensa en la contestación escrita.

El contacto personal y directo del juez con las partes puede verse atenuado por la contestación escrita. El juez puede verse tentado a confiar más en los actos escritos que en los orales, que son los que más pueden contribuir a desentrañar la verdad material, ya que en los actos escritos se pierden aquellos matices e imponderables del acto oral. Es que el acto oral, además de concentrar y dotar de celeridad al proceso, permite la comunicación presencial, e incluso gestual, que contribuye a que el juez se forme una convicción que no proviene de la documentación que se le proporciona, sino del debate oral entre los litigantes.

La contestación escrita previa a la audiencia podría atentar también contra del principio de concentración y el de la unidad de acto, pues crea una estación procesal más en lugar de concentrar todo en la audiencia de juicio, lo que tiende a alargar el proceso. Así concebida, la oralidad adquiere un sentido de inmediación. Significa que el juez debe obtener su información prioritariamente de los hechos que se le exponen verbalmente durante la audiencia del juicio.

Gómez de Liaño señala que la “inmediación viene de *immediatezza* que consiste en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez que debe resolver y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso”<sup>(31)</sup>. En el mismo sentido, De La Villa se refiere al principio de inmediación asignándole el significado de “una relación directa entre la actividad presencial del juez, o de los miembros de la Sala y el dictado de la sentencia”<sup>(32)</sup>, lo que implica que los jueces que estén conociendo de una causa presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de sus dictámenes y cualquier otro acto de prueba que, (...) deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente<sup>(33)</sup>, y estas sean valoradas con base en la impresión recibida.

Además, el sistema escrito y con varias estaciones procesales es más costoso, pensado para grandes empresas a pesar de que en la mayoría de los países latinoamericanos del 70 % al 90 % son pequeños empresarios. El sistema escrito de

---

(31) Cfr. GOMEZ DE LIAÑO, Fernando. *Derecho Procesal Laboral*. 5ª edición, Fórum, Barcelona, 1995, p. 99.

(32) DE LA VILLA. Ob. cit., p. 576.

(33) España. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, *Boletín Oficial del Estado*. N° 245, p. 106584; Ley 1/100 de Enjuiciamiento Civil, 7 de abril de 2000, artículo 137.

juicios requiere la ineludible asistencia jurídica de abogados o profesionales del Derecho, capacitados para exponer de manera exhaustiva y completa todos los hechos, los fundamentos jurídicos, las excepciones y las pretensiones de las partes. Eso tiene un costo que en un sistema de contestación escrita debe ser asumido por los demandados, mientras que en un sistema de contestación oral es posible imaginar a un pequeño o mediano empresario defenderse directamente sin necesidad de abogado, o solamente a través de su contador o jefe de personal.

El sistema procesal laboral español también es de audiencia única en forma general para todos los procesos y cuantías, lo que llevó a De la Villa a señalar que “en algunos países se continúa con la rémora incomprensible, injustificada y criticada por la doctrina autorizada, de presentar la contestación de la demanda de manera escrita en lugar de presentarla oralmente en la misma audiencia de juicio”<sup>(34)</sup>.

La contestación de la demanda es un acto procesal que sirve fundamentalmente para negar o afirmar los hechos expuestos en la demanda y perfectamente se puede hacer en la audiencia sin la necesidad de presentar escrito alguno, lo que contribuye a la celeridad del proceso. Refiriéndose también al modelo español, Alonso Olea señaló que “la ventaja es que agiliza enormemente el proceso al suprimir el trámite de la contestación escrita”<sup>(35)</sup>.

Como dice Cappelletti: “El valor actual de la oralidad se mueve, principalmente, en torno a la idea de una discusión oral, y de una valoración crítica, de los hechos de la causa, discusión y valoración que encuentran su ambiente natural en un proceso estructurado en torno a una audiencia pública y oral, y lo más concentrado posible, en las que las pruebas sean practicadas ante el órgano decisor entero”<sup>(36)</sup>.

## 2. Audiencia única o dos audiencias o varias audiencias

La estructura del proceso y una mayor o menor concentración tiene que ver también con la decisión de instituir una única audiencia o dos o más audiencias. Las experiencias que se decantaron por varias audiencias no agilizaron el proceso, como lo demuestran los casos de Colombia, Guatemala, Honduras y República

---

(34) DELA VILLA GIL, Luis Enrique. *Ley de procedimiento laboral: Comentada y con jurisprudencia*. La Ley, España, 2006, p. 652.

(35) ALONSO OLEA, Manuel. “Estructura del proceso” Ponencia presentada en: “Taller de análisis del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo”. En Congreso de la República. Comisión de Trabajo y Seguridad Social. *El proceso laboral. A propósito del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo*. Congreso de la República, Lima, 2006, p. 22.

(36) CAPPELLETTI, Mauro. *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972, p. 77.

Dominicana, entre otros, en los que cabe la posibilidad de celebrar hasta cuatro audiencias, aunque en Colombia se disminuyó a dos las audiencias recientemente porque no podían avanzar en la celeridad de los procesos.

En lo que respecta a las reformas procesales, en Costa Rica, Uruguay y el proyecto de Nicaragua se prevé en términos generales solo una audiencia de conciliación y juicio, donde se concentran todos los actos procesales. Sin embargo, en Costa Rica se pueden realizar dos audiencias para los procesos ordinarios de evidente complejidad<sup>(37)</sup>. En los demás países lo común es la existencia de dos audiencias, una de conciliación y otra de juicio, disponiéndose en algunos casos la posibilidad de suspenderlas y proseguir en una fecha distinta. No obstante, como se adelantó, en los juicios abreviados de menor cuantía, que representan casi el 50 % del total, solo se prevé una sola audiencia en varios países como en Colombia<sup>(38)</sup>, Costa Rica, Chile, Perú, entre otros, lo que demuestra que sí es factible la audiencia única.

Pero en la mayoría de las experiencias latinoamericanas de reforma se ha optado por la realización de dos audiencias: una audiencia preliminar previa a la audiencia de juicio dedicada a la conciliación, fundamentalmente, y a sanear el procedimiento a través del examen de las excepciones, y de otra parte, una segunda audiencia de juicio propiamente dicha en la que se actúan las pruebas y se esgrimen las defensas de las partes.

En Venezuela la audiencia preliminar, la primera de las dos previstas, se dedica fundamentalmente al intento de conciliación, que puede prolongarse en el mismo día una vez vencida las horas de despacho hasta agotarse, y que puede continuar con la aprobación del juez el día hábil siguiente y prolongarse hasta cuatro meses<sup>(39)</sup>. En Colombia, luego de fracasada la audiencia de conciliación el juez señala día y hora para la audiencia de trámite y juzgamiento, que debe celebrarse dentro de los tres meses siguientes<sup>(40)</sup>. Este interregno entre una y otra audiencia se convierte en una amenaza en contra de la celeridad de los procesos; el proceso de doble audiencia necesariamente dura más. También hay que tener en consideración que en Venezuela hay dos jueces distintos, uno para cada una de las audiencias, cuya conveniencia habría que considerar desde el punto de vista de la intermediación.

---

(37) Artículos 512 y 519 del Código de Trabajo modificado por la Ley de Reforma Procesal.

(38) Modificación dispuesta por la Ley N° 1149 de 2007.

(39) Artículos 132 y 136 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo.

(40) BLANCO. Ob. cit., p. 201.

Teniendo en cuenta lo anterior, reafirmamos que la oralidad por sí sola no ha sido la norma en las reformas latinoamericanas, sino que ha estado acompañada también –como no podía ser de otra forma– de la concentración de los actos procesales, en mayor o menor medida.

Como se sabe, la concentración tiende a aglutinar todos los actos procesales en la audiencia de juicio. Significa ante todo que las diferentes fases o periodos procesales se realizan en unidad de acto, sin la posibilidad de compartimentación estanca. Este principio tiende al establecimiento de plazos muy breves, perentorios e improrrogables, que además de imprimir celeridad al proceso, introducen sencillez en las formas procesales. Lo que se requiere es que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad<sup>(41)</sup>.

Hay cierta doctrina procesalista que afirma que un procedimiento así diseñado con base en la doble audiencia garantiza mejor los principios de contradicción y defensa. No obstante, esa estructura de proceso más compleja se traduce en un mayor coste económico para el Estado y también para los litigantes.

En efecto, la duplicidad de audiencias por cada asunto litigioso duplica también el tiempo que los jueces han de dedicar a presidirlas y dirigir las, lo que repercute en su menor productividad, como demuestra las experiencias de otros países por ser inferior el número de sentencias que pueden dictar en su restante tiempo de trabajo. Un procedimiento así exige el doble de jueces, lo que se aleja de las posibilidades de gasto para el Estado o, por lo menos, debe asumirse que tales jueces producirán la mitad de sentencias, lo que atenta contra la celeridad. Además, la asistencia obligada de abogado a dos comparecencias, a la audiencia preliminar y a la del juicio, y se traducirá todavía en un mayor coste para los litigantes.

La experiencia demuestra que jueces, abogados y litigantes en general pueden en una sola audiencia de juicio concentrar la defensa de sus pretensiones, la actuación de sus pruebas y, finalmente, expresar sus conclusiones en que basan la petición concreta sobre la que el juez debe de pronunciarse.

---

(41) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso: aplicable a todas clases de proceso*. 2ª edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 67.

#### IV. LA REVISIÓN JUDICIAL

---

Este es un tema que, sin duda, forma parte de la estructura del proceso, pero que por su importancia lo tratamos en forma separada. Los medios de impugnación tienen fundamento en la necesidad de evitar la posibilidad de que el error humano de un órgano de administración de justicia ocasione una resolución injusta y de esta forma proporcionar la garantía de una mejor dispensación de justicia. Los medios de impugnación hacen factible mediante el examen de lo resuelto el control de la aplicación por el juez de las normas estrictamente procedimentales, así como la defectuosa aplicación o el abierto desconocimiento de las normas materiales o procesales que rigen la conformación de su resolución<sup>(42)</sup>.

Pero también tales medios de impugnación, si no están apropiadamente regulados, se pueden convertir en una de las principales causas de la mora judicial conjuntamente con la ausencia de oralidad o la duplicidad de audiencias y de incorporación de estaciones procesales de las que podrían prescindirse. Los medios de impugnación pueden dirigirse contra las sentencias que ponen fin a la instancia y contra los autos y resoluciones que se pronuncian sobre incidentes que se producen en la tramitación del proceso.

En las experiencias de reformas procesales latinoamericanas se prevé en todos los casos la revisión de la respuesta judicial de primera instancia. En todos los países se ha previsto el recurso de apelación, salvo en Chile donde solo prevé la apelación de las sentencias interlocutorias, aunque sí se ha previsto un recurso de nulidad y un recurso de unificación de jurisprudencia, a los que nos referimos más adelante.

Además de la apelación, en Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú se establece el recurso de casación, con lo que se instituye una tercera autoridad jurisdiccional que se pronuncia sobre el litigio. En Ecuador existe una cuarta autoridad jurisdiccional a la que se accede a través de un recurso extraordinario. En Nicaragua, si bien se establece la apelación de sentencias, el Tribunal Nacional de Apelación Laboral se pronuncia en segunda y definitiva instancia sin que quepa en su contra recurso alguno. En Uruguay también se ha optado por el modelo de apelación como única revisión judicial.

---

(42) Cfr. BAYLOS GRAU, Antonio; CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ, María Fernanda. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Segunda edición revisada, Editorial Trotta, Valladolid, 1995, p. 409.

En consecuencia, tanto en Chile, Nicaragua y Uruguay se establece una sola revisión judicial de las sentencias de primera instancia, mientras que en Colombia, Venezuela, Ecuador y Perú se establecen dos revisiones de la resolución de instancia a través de la apelación y de la casación.

Debe señalarse que en relación a la apelación en Uruguay, fue declarado inconstitucional el inciso 2 del artículo 17 de la Ley N° 18.572 que dispuso como requisito para apelar una sentencia de condena que se deposite el 50 % del monto ordenado pagar; de lo contrario la apelación sería rechazada sin más trámite y se tendría por desistido el apelante. Este artículo se estableció con el argumento de que resultaría conveniente para evitar las apelaciones que tengan por objeto alargar el proceso.

En relación con lo señalado sobre Ecuador sobre una cuarta autoridad jurisdiccional que ejerce revisión judicial, Páez nos da cuenta de la existencia de un recurso extraordinario en contra de los fallos sobre casación de todas las materias, no solo laboral, de la Corte Suprema de Justicia que “pueden ser impugnadas ante la Corte Constitucional, que constituye, en los hechos, una cuarta instancia con sus consabidas consecuencias en el tiempo para obtener una sentencia definitiva y en los costos que aquello representa para los litigantes”<sup>(43)</sup>.

Por otra parte, en Venezuela, que admite el recurso de casación, también establece el recurso de control de legalidad contras las decisiones que no admiten recurso de casación, con lo que siempre hay dos revisiones judiciales adicionales a la sentencia de primera instancia<sup>(44)</sup>.

En relación con los medios de impugnación contra las sentencias que ponen fin a la instancia, cuando se pretende la celeridad de los procesos judiciales laborales y evitar o reducir la mora judicial, un primer tema que se plantea es la cantidad o el número de revisiones judiciales de la sentencia de primera instancia y la amplitud de la revisión de la decisión judicial. La opción legislativa que busca hacer énfasis en la celeridad sin recortar o suprimir las garantías procesales es la del proceso laboral de única instancia, pero admitiendo una revisión judicial a través de un recurso extraordinario distinto al de la apelación clásica que establezca los supuestos en los que cabría su interposición.

Esta es la opción adoptada por la reforma de Chile en la que se optó por un procedimiento de instancia única frente al cual no cabe la apelación civil amplia

---

(43) PÁEZ, Andrés. *El procedimiento oral en los juicios de trabajo*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Primera edición, Quito, 2010, p. 210.

(44) Artículos 178 y 179 de la Ley Orgánica Procesal de Trabajo.

e irrestricta y sin estar sujeta a determinados supuestos, sino un recurso de nulidad al que puede recurrirse en situaciones excepcionales fijadas por la ley<sup>(45)</sup>. Con base en la inexistencia de estos requisitos se desestimaba aproximadamente el 80 % de los recursos de nulidad, aunque hace un par de años prima una interpretación menos restrictiva. Como se indicó, en Chile solo se prevé la apelación en sentencias interlocutorias<sup>(46)</sup>. Excepcionalmente, contra la resolución que falle el recurso de nulidad, podrá interponerse recurso de unificación de jurisprudencia<sup>(47)</sup>.

En España también está instituido el procedimiento de instancia única<sup>(48)</sup> con la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra la sentencia expedida por el juez, sin que sea equiparable a la apelación, de manera que procede interponerlo exclusivamente frente a resoluciones judiciales determinadas y por los motivos tasados legalmente. En este caso, los Tribunales Superiores “no realizan un nuevo examen de los hechos, de las pruebas y del derecho aplicable, sino que se ciñen a la revisión de determinados aspectos de la resolución impugnada (...)”<sup>(49)</sup>.

Otra opción legislativa es la de admitir la apelación más o menos abierta y sin cumplimiento de requisitos tasados, pero sin que quepa la interposición de otros recursos en su contra. Es el caso de la reforma procesal de Uruguay en donde solo está prevista una revisión judicial de la sentencia de primera instancia a través de la apelación, al igual que en Nicaragua, en donde ya está en vigencia el Tribunal Nacional de Apelación Laboral.

La reciente Ley Procesal de Trabajo aprobada en Costa Rica, al igual que en Chile, ha eliminado la segunda instancia y mantiene el recurso de casación, como único medio de impugnación de la sentencia emitida por el juzgado de primera instancia. Sea cual fuere la opción legislativa escogida, la revisión de las sentencias de primera instancia (a través de la apelación o la nulidad) no debería de constituir un nuevo juicio en que pueda aducirse toda clase de hechos y

---

(45) Art. 478 del Código del Trabajo de Chile (juez incompetente, infracción manifiesta de normas de apreciación de la prueba, alteración de la calificación jurídica de los hechos, violación de inmediación, omisión de requisitos exigidos en la ley, decisiones contradictorias, sentencia contraria a otra con autoridad de cosa juzgada, entre otras).

(46) Se refiere a sentencias que pongan término al juicio o hagan imposible su continuación, las que se pronuncian sobre medidas cautelares y las que fijen el monto de las liquidaciones o reliquidaciones de beneficios de seguridad social.

(47) El art. 483 del Código del Trabajo de Chile dispone que “Procederá el recurso de unificación de jurisprudencia cuando respecto de la materia de derecho objeto del juicio existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de Tribunales Superiores de Justicia”.

(48) VILLA GIL, Luis Enrique de la. *Ley de procedimiento laboral. Comentada y con jurisprudencia*. 1ª edición, La Ley, grupo Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 1332.

(49) BAYLOS y otros. *Instituciones ...* Ob. cit., p. 423.

argumentos o formularse pretensiones o excepciones nuevas y aportarse nuevas pruebas sobre el caso.

Una tercera opción es la que admite, además de la apelación, la interposición de un recurso de casación que en algunos casos deja de cumplir su función de control de legalidad y se convierte en una tercera instancia. Por cierto que mientras más revisiones de las respuestas judiciales existan en el proceso habrá menor celeridad.

## V. PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS DE MENOR CUANTÍA

---

La doctrina y la legislación siempre han previsto procesos abreviados para cuantías menores en función de la aplicación del principio de economía del proceso. A este respecto Couture señala que “El proceso, que es un medio, no puede exigir un dispendio superior al valor de los bienes que están en debate, que son el fin. Una necesaria proporción entre el fin y los medios debe presidir la economía del proceso”<sup>(50)</sup>.

Así, los procesos de cuantías económicas modestas son objeto de trámites más simples, en tanto que se aumentan las garantías a medida que aumenta la importancia económica del conflicto. Las principales aplicaciones del principio de economía procesal son la simplificación en las formas del debate, la limitación de las pruebas, la reducción de los recursos, tribunales especiales, entre otros. En esta misma línea está el novedoso recurso de la inversión del contradictorio que nos ofrece el procedimiento monitorio recientemente aplicado en Chile con resultados muy satisfactorios, que se encuentra a medio camino entre un juicio declarativo y un juicio ejecutivo.

Este principio de economía del proceso tiene una enorme importancia en materia laboral, donde aproximadamente la mitad de las causas son de escaso monto pecuniario, razón por la cual las legislaciones del trabajo de América Latina siempre concedieron un lugar destacado a este tipo de causas de menor cuantía a través de diversas aplicaciones del principio de economía establecido para el Derecho Procesal.

---

(50) COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Cuarta edición, Editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2010, p. 155.

En la región latinoamericana son básicamente tres las soluciones que se han propuesto. El procedimiento de instancia única sin apelación es la solución clásica que estuvo vigente desde la promulgación de los primeros códigos de trabajo y de los ordenamientos procesales laborales. La segunda opción son los procedimientos abreviados de doble instancia. En tanto que la tercera, novedosa en el ámbito jurídico en general y laboral, es el procedimiento monitorio.

### 1. Procedimientos de instancia única y los abreviados de doble instancia

En Colombia existe el procedimiento de única instancia que es asignado a los jueces de pequeñas causas y competencia múltiple, los que desarrollan la actuación procesal en una sola audiencia. La demanda en estos procesos no requiere ser escrita, el demandado contesta la demanda oralmente en la audiencia en la que se intenta la conciliación; si fracasa, se examinan las pruebas y testigos y luego sentencia en el mismo acto motivando su decisión. Contra dicha sentencia no procede recurso alguno<sup>(51)</sup>. Se considera como menor cuantía el monto que no supere diez veces el salario mínimo legal mensual vigente (aproximadamente US \$ 3133).

En Uruguay, la reforma procesal también previó un procedimiento de menor cuantía de instancia única y de estructura similar al colombiano, con plazos bastante breves y con expedición de sentencia en la misma audiencia o dentro del plazo de seis días, cuya sentencia tampoco podía ser objeto de revisión por otra instancia. El monto máximo para utilizar este procedimiento era de \$ 81 000 pesos uruguayos (aproximadamente US \$ 3785)<sup>(52)</sup>. No obstante, este proceso fue declarado inconstitucional y se encuentra en trámite legislativo una modificación a la Ley 18.572.

En Centroamérica existió el procedimiento de única instancia desde la promulgación de los actuales códigos de trabajo desde mediados del siglo pasado para las causas de menor cuantía. En Costa Rica se considera como monto de menor cuantía el equivalente de US \$ 4000, que es una cantidad que comprende al 45 % de los casos ingresados en el año 2010. Estos procesos se tramitan oralmente y las sentencias no son apelables. Tampoco son apelables en Panamá, donde el monto de menor cuantía está fijado en US \$ 1500, ni en República Dominicana es de menor cuantía cuando el monto no exceda de un valor de diez salarios mínimos mensuales (aproximadamente US \$ 2559). En El Salvador y Honduras, si bien tienen establecido los procedimientos de instancia única sin apelación para

---

(51) Artículo 72 del Código Procesal de Trabajo de Colombia, modificado por el artículo 36 de la Ley N° 712 de 2001.

(52) Artículos 19 a 24 de la Ley 18.572, de 13 de setiembre de 2009.

causas de menor cuantía, sus montos fueron fijados en sus códigos de trabajo en cifras nominales que han quedado obsoletas por la devaluación monetaria y han caído en desuso.

En Perú no existe un procedimiento de instancia única para los procesos de menor cuantía, pero sí un procedimiento abreviado que es de competencia, desde la vigencia de la nueva ley, de los juzgados de paz letrados laborales por cuantía no superior a 50 Unidades de Referencia Procesal (equivalente a US \$ 7019). También se tramita en audiencia única en la que se debe presentar la contestación a la demanda por escrito y en ese mismo acto deducirse las excepciones si las hubiera; también se intenta la conciliación y si esta no prospera se realiza la actuación de la prueba. El juez puede suspender la audiencia y proseguirla dentro de los 30 días si se requiriese la evacuación de informe pericial<sup>(53)</sup>. La sentencia que emita en este proceso es apelable ante los juzgados de trabajo especializados de primera instancia, sin que proceda casación.

## 2. Procedimientos monitorios

El procedimiento monitorio es esencialmente distinto de los procedimientos de única instancia y abreviados, aunque persiguen el mismo fin y también se orienta por el mismo principio de economía del proceso; se trata, en suma, de un tipo especial de procedimiento sumario. Hasta el momento solo ha sido aplicado en la jurisdicción laboral de Chile para causas de menor cuantía (diez ingresos mínimos mensuales, aproximadamente US \$ 3640)<sup>(54)</sup> y para las contiendas por violación del fuero maternal<sup>(55)</sup>, lo que ha permitido que las causas se resuelvan en un promedio nacional de 29 días corridos, menos de un mes, lo que no tiene precedentes en América Latina. Además, con ese procedimiento se resuelven el 46,4 % del total de las demandas ingresadas, según estadísticas a febrero de 2011<sup>(56)</sup>. Ninguna otra reforma procesal en América Latina ha incorporado este tipo de procedimiento, aunque sí se ha previsto en el proyecto elaborado por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador que está en fase de consulta con la sociedad civil<sup>(57)</sup>.

---

(53) Artículos 48 y 49 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de enero de 2010.

(54) Artículos 496 del Código del Trabajo de Chile.

(55) Artículo 201 del Código del Trabajo de Chile.

(56) Gobierno De Chile, Ministerio de Justicia. *Estadísticas Nacionales. Justicia Laboral*. Marzo 2011, p. 9.

(57) Artículos 176 y siguientes, Propuesta de Ley Procesal Laboral. El Salvador, Corte Suprema de Justicia, p. 54.

El proceso monitoreo puede ser definido como “Aquel que tiene por finalidad la rápida creación de un título puro de ejecución, por medio de la inversión del contradictorio en el sentido de que este puede o no existir según que medie o no oposición del demandado”<sup>(58)</sup>. Con este concepto podemos resumir los aspectos distintivos y característicos del procedimiento monitorio: la rapidez o celeridad, el objetivo de obtener un título ejecutivo, y la técnica de la inversión del contradictorio, dejando a la iniciativa del demandado la decisión de activar la etapa de contradicción.

Morgado señala que el procedimiento monitorio es uno de los contenidos más relevantes de la reforma laboral procesal chilena y que su objetivo es evitar juicios innecesarios “cuando de los antecedentes acompañados por el reclamante o demandante –que carece de un título ejecutivo– se deriva con claridad la existencia de una deuda, y que por lo tanto difícilmente existirá oposición del deudor.” En otros términos, es un procedimiento que no es declarativo ni ejecutivo, aunque participa de características de uno y otro, tendiente a la rápida creación de un título ejecutivo. Constituye una variedad especial de juicio sumario, en el que existe “la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio”<sup>(59)</sup>.

El procedimiento monitorio consta de dos fases: una administrativa, de carácter prejudicial, ante la Inspección del Trabajo, y otra judicial, ante el Tribunal competente; las causas referidas al fuero maternal se tramitan solo en sede judicial<sup>(60)</sup>. Si el juez estimare fundadas las pretensiones del demandante, las acogerá inmediatamente; en caso contrario, las rechazará de plano. Para pronunciarse, deberá considerar, entre otros antecedentes, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado<sup>(61)</sup>.

De esta forma, como señala Pereira, “de alguna manera se traspa al demandado la valoración preliminar de la prueba, para que adopte la decisión si impugna o no la primera resolución del tribunal. Como precisa Gómez Amigo, refiriéndose al procedimiento monitorio europeo: ‘La descripción de pruebas no va dirigida al órgano jurisdiccional, sino al demandado, para que pueda identificar plenamente la deuda que se reclama y también calcular, en su caso, si le compensa

---

(58) DE GÓMEZ, citado por Cristóbal Macías (2002) y Pereira <[www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php](http://www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php)>.

(59) MORGADO VALENZUELA, Emilio. *El actual sistema procesal laboral y previsional en Chile*. Multigrafiado, San Salvador, El Salvador, 29 de agosto de 2011, p. 32.

(60) Artículo 497 del Código del Trabajo.

(61) Artículo 500 del Código del Trabajo.

oponerse o simplemente pagar, teniendo en cuenta sus posibilidades de éxito en un proceso declarativo posterior, a la vista de las pruebas descritas”<sup>(62)</sup>.

La característica más destacada del procedimiento monitorio es sin duda la inversión de la iniciativa del contradictor o la inversión del contradictorio, la que, según Pereira, es la que tal vez resulta más difícil de comprender en nuestra cultura procesal, dado que en apariencia se afecta la bilateralidad y el derecho a ser oído. Es que el juez resuelve sobre el fondo de la controversia pudiendo acoger la demanda y ordenar el pago de lo debido, sin escuchar al demandado, el que en todo caso se puede oponer<sup>(63)</sup>. Solo si se opone, se activa la etapa de contradicción, lo que ocasiona que se cite a audiencia única en la que contesta oralmente la demanda y ofrece sus pruebas. En consecuencia, queda la iniciativa de activar la contradicción a la decisión del demandado. Sobre este aspecto, Alvaro Pérez, citado por Pereira, señala que “... de este modo el silencio toma relevancia en beneficio de la requiriente habiendo tenido el requerido la posibilidad de oponerse”<sup>(64)</sup>.

Por esto indica Pereira, citando a Macías, que resulta difícil clasificar el procedimiento en declarativo o ejecutivo y que se ha sostenido que se encuentra a medio camino entre ambos procedimientos, ya que al obviar la etapa de discusión o contradicción no estaríamos frente a un procedimiento declarativo; pero como el actor no cuenta con un título ejecutivo —el que precisamente pretende obtener— tampoco podríamos calificarlo como de ejecución<sup>(65)</sup>.

Adicionalmente, está en manos del juez decidir si da inicio al procedimiento con el mandato de pago o si cita a audiencia única en la contestación a la demanda es oral, activando de esta forma el principio de contradicción. En efecto, “en caso de no existir antecedentes suficientes para este pronunciamiento, el tribunal deberá citar a la audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a la presentación de la reclamación. El juez deberá dictar sentencia al término de la audiencia, la que deberá contener las menciones señaladas respecto del procedimiento de aplicación general, con excepción de: (i) la síntesis de los hechos y de las

---

(62) PEREIRA LAGOS, Rafael. “Procedimiento abreviado laboral: la experiencia chilena y la incorporación de un procedimiento monitorio laboral”. En: *Nueva Ley Procesal de Trabajo*. Ley N° 29497. Ob. cit., p. 109.

(63) En el mismo art. 500 del Código del Trabajo se prevé la posibilidad de reclamar, esto es, oponerse a la resolución que acoge las pretensiones del demandante en el plazo de diez días hábiles contado desde su notificación, en cuyo caso “el juez cita a las partes a una audiencia única de conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación”.

(64) *Ibidem*, p. 110.

(65) *Ídem*.

alegaciones de las partes; y (ii) el análisis de toda la prueba rendida, los hechos que estime probados y el razonamiento que conduce a esta estimación<sup>(66)</sup>. En consecuencia, se faculta al juez para el dictado de una sentencia oral abreviada que se emite en la misma audiencia. Las resoluciones dictadas en el procedimiento monitorio son susceptibles de ser impugnadas por medio de todos los recursos establecidos en el Código del Trabajo, con excepción del recurso de unificación de jurisprudencia.

Pereira<sup>(67)</sup> señala que el proceso monitorio es una institución procesal poco conocida en nuestra cultura jurídica pero de gran potencialidad como instrumento que salvaguardando la bilateralidad y derecho de las partes, permite evitar procesos inútiles donde la contradicción resulta innecesaria pero que debe cumplirse por la estructura procesal, destinando los tribunales y las partes recursos que podrían dirigirse a otros asuntos<sup>(68)</sup>. Según da cuenta Pereira, el profesor Alvaro Pérez nos hace presente, citando el documento base para la reforma procesal civil en Chile, que “la gran ventaja del proceso monitorio consiste en constituir un medio insustituible para eliminar el proceso en aquellos supuestos en que no exista un conflicto jurídico, sino simplemente una resistencia injustificada del deudor a cumplir la obligación<sup>(69)</sup>”.

El procedimiento monitorio se remonta al siglo XIII en lo que ahora es Italia y en la actualidad la mayoría de los países europeos lo considera como un mecanismo expedito para el cobro de sumas de dinero en forma simplificada. En la Unión Europea la Directiva 35/2000 dispuso que “los Estados miembros velarán porque se pueda obtener un juicio ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el juzgado competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda<sup>(70)</sup>”.

---

(66) MORGADO, Ob. cit.

(67) PEREIRA, Rafael. *El procedimiento monitorio laboral*. Abelardo Perrot, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 5 y ss.

(68) PÉREZ, Álvaro. *Revista de Derecho*. Vol. XIX N° 1, Valdivia, julio 2006, pp. 205-235, citado por Pereira.

(69) PÉREZ, Álvaro. Ob. cit., citado por Pereira.

(70) MACÍAS, Cristóbal. En: <[www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php](http://www.colegiodeabogadosdelaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo1.php)>, citado por Pereira.

## VI. MODALIDADES ESPECIALES DE TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

---

En las experiencias latinoamericanas de reforma procesal Chile, Colombia, Costa Rica, Nicaragua y Perú han incluido diversas modalidades especiales para la tutela de los derechos fundamentales. El proyecto en preparación de El Salvador también incluye un procedimiento especial.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos inherentes a la condición de persona o ciudadano de carácter indisponible e inalienable, son derechos adscritos universalmente a todos en cuanto personas o, en cuanto a ciudadanos, con independencia de las concretas características de cada ordenamiento constitucional nacional, pues lo que define el derecho fundamental es su contenido, no el modo en que estén regulados y protegidos en cada ordenamiento nacional<sup>(71)</sup>.

Adicionalmente, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT del año 1998 precisó los derechos fundamentales de los ciudadanos en el ámbito del trabajo: a) la libertad de asociación, la libertad sindical y el reconocimiento efectivo de la negociación colectiva; b) la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación; c) la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio; y d) la abolición efectiva del trabajo infantil. Estos principios responden a la idea de valores esenciales, y aun cuando ocho convenios han sido calificados por el Consejo de Administración de la OIT como fundamentales<sup>(72)</sup>, son principios aplicables sin necesidad de ratificación o adhesión. Aunque algún país no haya ratificado alguno de los convenios fundamentales, todos los miembros de la OIT tienen la obligación ante sí mismos y ante los compromisos adquiridos en tanto Estados miembros de poner en práctica los principios generales que originan estos derechos, en la medida que son la expresión de unos valores que fueron aceptados al adherirse libremente a la Constitución. Este es el mandato específico que fue especialmente confirmado en la citada Declaración.

A diferencia de los Convenios, que una vez ratificados originan obligaciones jurídicas específicas, la Declaración, por expresar normas del *ius cogens*

---

(71) Cfr. GUILLÉN OLCINA, Jorge. Siguiendo a Luigi Ferrajoli. “Los procedimientos especiales para la protección de derechos fundamentales y conflictos colectivos”. En: *Nueva Ley Procesal de Trabajo*. Ley N° 29497, Ob. cit., p. 75.

(72) Convenio sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, 1949 (núm. 98), Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29), Convenio sobre abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105), Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111), Convenio sobre igualdad de remuneración (núm. 100), Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182).

internacional no está sujeta a ratificación en la medida que reafirma principios generales de aceptación universal. En consecuencia, los derechos fundamentales del trabajo son tales no por su reconocimiento explícito o implícito en las Constituciones de los países, sino por el contenido que estos tienen y que son de carácter universal.

Resuelto esto, se debe establecer el tipo de garantías jurídicas que debe tener todo ordenamiento jurídico nacional para que estos derechos fundamentales sean adecuadamente protegidos en casos de una eventual vulneración. En efecto, no se puede hablar de derechos si en un Estado no existen procedimientos adecuados y eficaces para garantizar el goce y el ejercicio de estos.

En tal sentido, hay que tener presente que garantía jurídica alude a cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo por la vía de establecer obligaciones o prohibiciones. Así los derechos fundamentales requieren por su naturaleza de una legislación especial que los haga aplicables en la medida que requieren ser tutelados y garantizados por los poderes públicos de manera más rigurosa que los de mera legalidad ordinaria. La protección contra su posible vulneración hace preciso contar con instrumentos diversos dirigidos a asegurar la observancia y la efectividad de los derechos fundamentales<sup>(73)</sup>.

En tal sentido, en un Estado democrático, los derechos fundamentales en el trabajo deben garantizarse con el máximo rango, con la máxima importancia, y con la máxima fuerza jurídica<sup>(74)</sup>. Por lo tanto, para la tutela judicial de estos derechos no pueden aplicarse las reglas del proceso ordinario, sino que deben establecerse determinados elementos caracterizadores del proceso:

- a) Carácter preferente y sumario.
- b) Reglas simples y de celeridad acentuada.
- c) Medidas cautelares que preserven de los efectos irreparables que puede ocasionar en algunas circunstancias la agresión de los derechos fundamentales, que puedan implicar la suspensión inmediata del acto impugnado.
- d) Inversión de la carga probatoria, de manera que corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración.

---

(73) Cfr. GUILLÉN. Ob. cit., p. 79.

(74) Cfr. SANGUINETI, Wilfredo. *La tutela de los derechos fundamentales en la Ley Procesal Peruana. Un estudio específico de la libertad sindical*. Universidad de Salamanca.

- e) Que la jecución de la sentencia goce de ejecutividad inmediata provisional desde que se dicta, cualquiera sea el sentido del fallo, sin necesidad de esperar a la firmeza para la ejecución del fallo condenatorio, dado el especial interés de orden público a que se restituya la situación que existía en el momento anterior a producirse la lesión<sup>(75)</sup>.

Estos criterios han sido reconocidos por la OIT en diversos instrumentos internacionales en los que insta a los gobiernos a garantizar los derechos fundamentales a través de mecanismos que otorguen adecuada protección y garanticen una reparación eficaz.

En efecto, las normas de la OIT y sus órganos de control, refiriéndose a la aplicación de derechos fundamentales, hacen referencia a “protección eficaz”<sup>(76)</sup>, “procedimientos especiales de recurso accesible”<sup>(77)</sup>, “el establecimiento de una reparación eficaz”<sup>(78)</sup>, “las autoridades encargadas de examinar el caso, ya sean tribunales ordinarios u organismos especializados, deben disponer de todas las facultades necesarias para poder emitir rápidamente su fallo”<sup>(79)</sup> y, adicionalmente, cuando se alude a “procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y condiciones de una relación de trabajo”<sup>(80)</sup>, entre otros.

Al respecto, el Convenio 98 establece que “los trabajadores deberán gozar de **adecuada protección** contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo” (art. 1). Este mandato ha sido complementado por el Convenio 135, sobre la protección y facilidades que deben otorgarse a los representantes de los trabajadores, cuando señala que: “Los representantes de los trabajadores en la empresa deberán gozar de **protección eficaz** contra todo acto que pueda perjudicarles, incluido el despido por razón de su condición de representantes de los trabajadores, de sus actividades como tales, de su afiliación al sindicato o de su participación en la actividad sindical, siempre que dichos representantes actúen conforme a las leyes, contratos colectivos y otros acuerdos comunes en vigor” (art. 1).

---

(75) Cfr. GUILLÉN. Ob. cit., pp. 88 a 92.

(76) Convenio 98, artículo 1.

(77) Recomendación núm. 143, 6, 1, c).

(78) Recomendación núm. 143, 6, 1, d).

(79) OIT. *La libertad sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5ª edición (revisada), Ginebra, 2006, párrafo 219, p. 108.

(80) Recomendación núm. 198, 4, e).

De otra parte, la Recomendación núm. 143<sup>(81)</sup>, sobre los representantes de los trabajadores, además de insistir en la misma necesidad de protección eficaz, señala taxativamente que entre las medidas de protección se deben incluir **procedimientos especiales** que incluyan reparaciones eficaces como el reintegro al centro de laborales, el pago de salarios no cobrados y el mantenimiento de derechos adquiridos; asimismo, señala que el empleador debería tener la obligación de probar que no ha tenido una conducta antisindical.

Por todo lo anterior, los procesos judiciales que garanticen los derechos fundamentales del trabajo deben ser eficaces, sencillos y deben otorgar adecuada reparación a la vulneración del derecho. Estos procedimientos judiciales deben comprender reglas especiales que refuercen la protección: ser sumarios por entender que la violación de este derecho debe ser urgentemente reparado, la abreviación de los plazos procesales, la suspensión de algunos trámites o su concentración debe ser característica de estos procesos. Además, tales procedimientos deben ser preferentes, que sean tramitados antes que otros, incluso de los que fueron ingresados con anterioridad al despacho judicial. Debe operar la inversión de la carga probatoria, es decir, debe corresponder a la parte demandada demostrar que no habido vulneración de algún derecho fundamental, ya que de lo contrario sería siempre un obstáculo insalvable para el acceso a la justicia que el demandante pruebe la vulneración de un derecho fundamental<sup>(82)</sup>.

Sin embargo, para que esta inversión de la prueba opere el demandante debe acreditar la existencia de indicios que genere al juzgador la razonable sospecha, apariencia o presunción de que se está vulnerando algún derecho fundamental del trabajo. Además, el proceso judicial sumario debería dar la posibilidad al actor de solicitar, en casos extremos, la suspensión de los efectos del acto impugnado en el mismo escrito de interposición de la demanda, lo que debiera operar exclusivamente cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación.

---

(81) Véase especialmente los numerales 6.1 y 2.

(82) OIT. Libertad sindical y negociación colectiva. Estudio general de las memorias sobre el Convenio (num. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva 1949, numerales 217 y 218, OIT, Ginebra, 1994, p. 107.

En tales casos, el juez debería poder citar a una audiencia preliminar prácticamente de inmediato (dentro de 48 horas), en la que solo se admitan alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada, y en la que el juez se pronuncie de inmediato dictando sentencia de viva voz adoptando las medidas oportunas para reparar la situación.

Posteriormente se citaría a la audiencia de juicio y la sentencia declarararía la existencia o no de la situación denunciada, y en caso afirmativo, ordenaría el cese definitivo del comportamiento antisindical o de lesión de otros derechos fundamentales y la reposición de la situación anterior a producirse este. En este caso, el órgano judicial debería dictar sentencia en un plazo máximo de 3 días luego de la audiencia de juicio, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación.

En Chile, conforme señala Tapia, la reforma procesal laboral incorporó la “tutela de los derechos fundamentales” en forma bastante amplia, y no solo vinculados al trabajo, refiriéndose a “aquellos casos en los que se ha producido vulneración de los derechos reconocidos en el inciso 1 del núm. 1 del artículo 19 constitucional, esto es, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, siempre que sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral; en el núm. 4, el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y de su familia; en el núm. 5, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada; en el núm. 6 inciso primero, la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, las buenas costumbres o al orden público; en el núm. 12 inciso 1, la libertad de opinión y al de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio; y en el núm. 16, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso 4, cuando estos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades de dirección del empleador. También es competencia del tribunal cuando se trata de actos discriminatorios de acuerdo al artículo 2 del Código del Trabajo, con excepción de su inciso sexto”<sup>(83)</sup>. Respecto al procedimiento se dispone que este tipo de causas gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal<sup>(84)</sup>; asimismo, se dispone que el juez podrá mandar en la primera resolución que dicte la suspensión de los efectos del acto impugnado cuando aparezca de los antecedentes que se trata de lesiones de especial gravedad o cuando la vulneración

---

(83) TAPIA GUERRERO, Francisco. “El nuevo procedimiento en juicio del trabajo en la Ley 20087/06”, multigrafiado, p. 11. Una primera versión de este trabajo se publicó en *Revista de Derecho Social Latinoamérica*. N° 2, Ed. Bomarzo, Buenos Aires, 2007.

(84) Artículo 488 del Código del Trabajo.

denunciada pueda causar efectos irreversibles<sup>(85)</sup>. Asimismo, se establece la inversión de la carga probatoria cuando resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales<sup>(86)</sup> y se dispone el dictado de la sentencia en la misma audiencia<sup>(87)</sup>. En la sentencia se dispone que el juez deberá velar para que la situación se retrotraiga al estado inmediatamente anterior a producirse la vulneración denunciada<sup>(88)</sup>.

En Colombia se tiene establecido un procedimiento especial que tiene por objeto obtener el permiso para despedir a un trabajador amparado por el fuero sindical, o cuando fuere desmejorado en sus condiciones de trabajo sin justa causa. Asimismo, se protege al trabajador amparado por el fuero sindical que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral<sup>(89)</sup>. Para esos efectos se establece un procedimiento breve y de plazos cortos: recibida la demanda el juez emite providencia en las 24 horas siguientes corriendo traslado de la demanda y citando a audiencia a las partes que tendrá lugar dentro del quinto día hábil de la notificación. El demandado contestará la demanda y propondrá excepciones en la misma audiencia, donde también se deciden las excepciones previas y el saneamiento del proceso y la fijación del litigio. Luego se decretan y practican las pruebas y se pronuncia el fallo correspondiente. Si no fuere posible dictarlo inmediatamente, se cita para una nueva que tendrá lugar dentro de los dos días siguientes. Este procedimiento no se hace extensivo a los demás derechos fundamentales, no contiene disposiciones especiales sobre inversión de la carga probatoria, ni sobre ejecutividad provisional de la sentencia.

La reforma procesal de Costa Rica dedica una sección a la protección de fueros especiales comprendiendo a mujeres en estado de embarazo o periodo de lactancia, a trabajadores adolescentes, trabajadores cubiertos por el fuero sindical, a víctimas de hostigamiento sexual o discriminación por cualquier causa, u otros trabajadores que gocen de algún fuero semejante, entre otros. Se dispone un trámite denominado debido proceso ante diversas instituciones dependiendo del régimen laboral del trabajador para que autoricen el despido antes de que se produzca, salvo en causas que sean de tal gravedad que imposibiliten el desarrollo normal de la relación laboral. Para que sea válido el despido, el empleador deberá

---

(85) Artículo 492 del Código del Trabajo.

(86) Artículo 493 del Código del Trabajo.

(87) Artículo 494 del Código del Trabajo.

(88) Artículo 495 del Código del Trabajo.

(89) Artículos 113 y 118 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social de Colombia.

comprobar la falta ante el órgano del debido proceso correspondiente y obtener su autorización por resolución firme<sup>(90)</sup>.

Cuando se viole este trámite de debido proceso se puede interponer solicitud de tutela ante el Juzgado de Trabajo competente, cuyo trámite tiene carácter preferente posponiendo cualquier asunto de diversa naturaleza que se tramite en el despacho. El juez solicitará a la demandada, en las 24 horas siguientes, un informe detallado acerca de los hechos que motivan la acción. En caso de actuaciones con resultados lesivos, en la misma resolución se podrá disponer la suspensión de los efectos del acto y la parte accionante quedará respuesta provisionalmente a su situación previa del acto impugnado, y se ejecutará la medida de manera inmediata<sup>(91)</sup>. Si no se responde dentro del término se declara con lugar la acción, y en caso contrario, el informe rendido se pone en conocimiento a la parte accionante. Solo si fuere necesario evacuar pruebas no documentales, se convocará a una audiencia en forma prioritaria de otros asuntos del despacho, oportunidad en la cual se dictará sentencia. Si esta fuere favorable se decretará la nulidad que corresponda y se repondrá a la situación previa del acto que dio origen a la acción y se condenará al empleador a pagar los daños y perjuicios causados, la respectiva reinstalación con el pago de salarios caídos<sup>(92)</sup>.

En Nicaragua, en el proyecto aprobado en primer debate se incluye el procedimiento especial para la tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales en el trabajo, entendiéndose por estos los referidos en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT de 1998. Se otorga a la tramitación de estos procesos el carácter urgente a todos los efectos y preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado, así como se dispone la posibilidad que el actor pueda solicitar en su demanda la medida cautelar de suspender los efectos del acto impugnado cuando se trate de presuntas lesiones que impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten el interés general de los trabajadores y que puedan causar daños de imposible reparación. Al día siguiente de admitida la demanda se cita a las partes a una audiencia preliminar donde solo se admiten alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada y el juez resuelve en el mismo acto de viva voz, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación<sup>(93)</sup>. Admitida la demanda a trámite, el juez cita a las

---

(90) Artículos 540 y 541, reformados por el proyecto de Ley Procesal Laboral, Expediente N° 15.990.

(91) Artículos 542 y 543, reformados por ibíd.

(92) Artículos 542 a 545, reformados por ibíd.

(93) Artículos 106, 107, 108 y 109 del proyecto de Código Procesal de Trabajo, aprobado en primer debate el 3 de mayo de 2012.

partes a una audiencia de conciliación y juicio, en la que si se constata la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical o cualquier otro derecho fundamental, corresponderá al demandado la carga de probar la ausencia de discriminación. El juez deberá dictar sentencia en el plazo de tres días desde la celebración de la audiencia. La sentencia declarará la existencia o no de la vulneración denunciada y ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical o la conducta impugnada y la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la indemnización que proceda. Si el despido es declarado arbitrario por discriminatorio o con lesión de la libertad sindical o demás derechos fundamentales, el juez condenará al empleador al reintegro obligatorio en el mismo puesto y condiciones de trabajo con el pago de los salarios dejados de percibir<sup>(94)</sup>. Las sentencias dictadas en estos procedimientos son ejecutables provisionalmente no obstante el recurso de apelación que pueda formularse contra estas. Cuando se apele de la sentencia el empleador estará obligado a abonar al trabajador los salarios que se vayan devengando hasta que se dicte sentencia firme y definitiva. En caso de que la sentencia fuese revocada el trabajador no estará obligado a retornar los salarios de esta manera percibidos. Cuando sea el Estado de Nicaragua o las municipalidades la parte demandada, el funcionario que se niegue al cumplimiento de esta obligación deberá pagar una multa de hasta el 50 % de la obligación principal<sup>(95)</sup>.

En Perú es competencia de los juzgados especializados de trabajo conocer en primer instancia a través del proceso abreviado las pretensiones relativas a la vulneración de la libertad sindical<sup>(96)</sup>. La ley faculta al juez para dictar como medida cautelar, fuera o dentro de proceso, la reposición provisional si el demandante ha sido dirigente sindical al momento del despido o haber estado gestionando la conformación de una organización sindical<sup>(97)</sup>. El proceso abreviado laboral incluye la admisión de la demanda, emplazamiento del demandado para que conteste la demanda en un plazo de diez días hábiles y la citación a audiencia única. La contestación a la demanda se entrega en la misma audiencia única al demandante y se le otorga un tiempo prudencial para la revisión de los medios probatorios ofrecidos. Ante la proposición de cuestiones probatorias del demandante el juez puede fijar fecha para la continuación de la audiencia dentro de los 30

---

(94) Artículos 110 a 112, *ibíd.*

(95) Artículo 140 *ibíd.*

(96) Artículo 2.3 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, promulgada el 13 de enero de 2010.

(97) Artículo 55, a) y b), *ibíd.*

días hábiles siguientes si se requiriese la evacuación de un informe pericial<sup>(98)</sup>. Al igual que en Colombia, este procedimiento no se hace extensivo a los demás derechos fundamentales, no contiene disposiciones especiales sobre carga probatoria ni sobre ejecutividad provisional de la sentencia.

## VII. MODALIDADES ESPECIALES PARA CONFLICTOS COLECTIVOS JURÍDICOS

---

De todas las reformas procesales, Nicaragua es la única que alude a modalidades especiales para procesos de conflictos colectivos de carácter jurídico. En los demás países, si bien se reconoce legitimación procesal a los sindicatos para acciones de naturaleza colectiva, no se establecen reglas especiales sobre legitimación procesal para demandar, ámbito de afectación, el carácter urgente y preferente, así como efectos de cosa juzgada de la sentencia, como corresponde al principio de seguridad jurídica, pues el caso se discute una sola vez para el colectivo de trabajadores que lo plantee.

El proyecto de Nicaragua dispone que se tramitarán a través de dicho proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una ley, convenio colectivo o de una decisión o práctica de la empresa<sup>(99)</sup>. Se confiere legitimación para promover procesos sobre conflictos colectivos a los sindicatos y a las asociaciones empresariales cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto. Se establece como requisito necesario para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el Ministerio de Trabajo o ante los órganos de conciliación establecidos en los convenios colectivos. Los procesos tienen el carácter de urgente y la preferencia en el despacho de estos asuntos será absoluta sobre cualesquiera otros, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. La audiencia de juicio será oral y la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto<sup>(100)</sup>.

El proceso de conflicto colectivo posibilita colectivizar la acción procesal mediante el ejercicio de una única acción en el ámbito de la empresa o superior a

---

(98) Artículos 48 y 49, *ibíd.*

(99) Artículo 113 del Proyecto de Código Procesal de Trabajo, aprobado en primer debate el 3 de mayo de 2012.

(100) Artículos 113 a 120, *ibíd.*

ella para ventilar las legítimas discrepancias o conflictos que habitualmente surgen en la interpretación de los convenios colectivos y de otras normas laborales. El objeto de esta modalidad procesal son las cuestiones que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores relativas a la aplicación o interpretación de una norma, convenio colectivo o una decisión práctica de la empresa. Es el interés general de un grupo de trabajadores la nota distintiva esencial<sup>(101)</sup>.

De La Villa señala que: “el proceso de conflicto colectivo encauza una pretensión de relevancia colectiva, en la que litigan sujetos también colectivos en representación de los trabajadores y empresas afectadas. En general y descriptivamente, atendiendo a las características más habituales, esta modalidad procesal se propone resolver litigios de contenido jurídico que afecten a una pluralidad de trabajadores mediante sentencia declarativa que interpreta el derecho aplicable. La traducción o implementación a los casos concretos de los trabajadores afectados se realiza posteriormente, en defecto de cumplimiento espontáneo de la sentencia, a través de los procesos ordinarios en la que ya se parte de la base del derecho declarado en la sentencia colectiva”<sup>(102)</sup>.

De otro lado, esta modalidad procesal sirve también de instrumento de reforzamiento de la eficacia de los convenios colectivos y de la negociación colectiva que les da origen. Por esto es que se afirma que “esta modalidad de conflicto colectivo se convierte en el instrumento procesal de afianzamiento de la aplicación real de lo pactado por los interlocutores sociales. La atribución de eficacia normativa y erga omnes atribuida al convenio desde la Ley viene complementada con la introducción de una institución procesal ad hoc que la refuerce en el momento aplicativo”<sup>(103)</sup>.

Esta modalidad procesal contribuye también a la homogeneización de las condiciones de trabajo en el seno de la empresa. Por esto se señala que “Este proceso se convierte en el vehículo idóneo para proporcionar una solución aplicativa uniforme de la norma jurídica a la generalidad de los trabajadores en cada unidad productiva. A diferencia del proceso individual que puede provocar resoluciones contradictorias sobre un mismo objeto entre diversos trabajadores de una misma empresa, la sentencia colectiva por su rasgo de generalidad proporciona una respuesta única para todos aquellos que se encuentran en idéntica solución”<sup>(104)</sup>.

---

(101) Cfr. GUILLÉN. Ob. cit., p. 94 y ss.

(102) DE LA VILLA. Ob. cit.; pp. 1121-1122.

(103) BAYLOS y otros. *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*. Ob. cit., p. 232.

(104) *Ibidem*.

Teniendo en cuenta lo anterior, la demanda en esta modalidad de proceso solo contiene la designación general de los trabajadores, y eventualmente, empresarios afectados por el conflicto en el caso de un convenio de industria, lo que es consecuencia lógica de su carácter de conflicto colectivo. “No es posible exigir la precisión concreta de los afectados, por cuanto que se trata de un conflicto que afecta a un grupo genérico de trabajadores; lo contrario supondría convertirlo en conflicto plural”<sup>(105)</sup>.

El proceso de conflicto colectivo es una novedad importante en materia procesal laboral pues tiende a aligerar la carga procesal al concentrar un solo proceso innumerables casos individuales idénticos, que solo se diferencian en la cuantía de los reintegros que corresponderían a cada trabajador. En este proceso se tratan de controversias sobre interpretación o aplicación de normas que afectan a un “grupo genérico de trabajadores” y, por lo tanto, la jurisdicción laboral debe darle el tratamiento de un solo proceso. No tiene ningún sentido que el Estado desperdicie sus escasos recursos realizando decenas y centenares de procesos idénticos, cuando podría realizar uno solo con mayor profundidad y sin el riesgo de incurrir en sentencias contradictoras que sólo generan mayores pleitos.

Comoquiera que este proceso afecta a un colectivo de trabajadores, y, por tanto, se trata de una afectación mayor que un caso individual, debe también tener carácter de urgente y la preferencia en el despacho debería ser absoluta sobre cualquiera otra, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales.

En estos procesos el objeto litigioso es la forma como debe aplicarse la ley o el convenio a un colectivo de trabajadores sin que sea necesario establecer sumas líquidas de reintegros salariales. Con los criterios establecidos en la sentencia, las sumas resultantes a pagar, si las hubiera, son liquidadas espontáneamente por la parte demandada, y si con posterioridad subsisten discrepancias sobre la forma liquidar los posibles reintegros a que haya lugar, los trabajadores podrían interponer demandas individuales que luego pueden acumularse y resolverse también en forma conjunta.

De otra parte, debe aclararse que esta modalidad procesal de conflictos colectivos jurídicos excluye los conflictos de intereses. Normalmente, los conflictos de intereses, económicos, de revisión no debieran ser actividad jurisdiccional ya que su ámbito se circunscribe a la aplicación de una norma legal, convencional o contractual preexistente, o de otra índole, al caso concreto, con lo que quedarían

---

(105) *Ibidem*, p. 248.

excluidas las reivindicaciones dirigidas a la alteración o modificación de una norma legal o una práctica empresarial.

No obstante, en Centroamérica Costa Rica, Guatemala, Panamá y República Dominicana han optado por conferir competencia a los juzgados de trabajo para arbitrar en forma obligatoria las negociaciones colectivas que no hayan podido concluir por acuerdo entre las partes. A estos procedimientos se les denomina “procesos de conflictos colectivos”, cuyo ámbito material es el antes indicado. Conviene enfatizar que los conflictos colectivos a los que nos hemos referido en este acápite son los de naturaleza jurídica exclusivamente.

## VIII. ESPECIALIZACIÓN DE JUECES Y CAPACITACIÓN DE ABOGADOS LITIGANTES

---

La justicia especializada de trabajo es considerada una condición sine qua non para la adecuada aplicación de un eficiente sistema oral de justicia en materia de trabajo. Los jueces y magistrados deben interpretar y aplicar las normas laborales sustantivas y procesales según los principios informadores y operacionales del derecho del trabajo. Asimismo, deben tener un conocimiento exacto de la normativa laboral tanto nacional como internacional y conocer el desarrollo jurisprudencial que va modelando y evolucionando la disciplina. Todo ello hace necesario que el juez cuente con un bagaje muy amplio de conocimientos especializados en derecho de trabajo.

Adicionalmente, se exige jueces conocedores del derecho sustantivo laboral que también posean habilidades para intervenir con autoridad en la audiencia y entender, las posturas, razones o argumentos del debate, capaces de dirigir las intervenciones de los litigantes, para evitar las repeticiones o redundancias innecesarias.

Se precisan también conocimientos y habilidades específicas para gestionar y verificar la prueba, limitando su admisión y práctica únicamente a los hechos que puedan fijarse como controvertidos e inciertos.

Jueces con agilidad y perspicacia para iluminar y averiguar los hechos con facultad de interrogar con preguntas precisas a las partes, testigos y peritos, en todos los casos en que es preciso medir la espontaneidad de sus declaraciones y valorarlas adecuadamente, que sepan fundamentar y motivar sus sentencias con la debida congruencia interna, pero también resolver con prontitud, sin titubeos e insensibles a influencias externas en audiencias públicas. Por todo ello, es necesario contar con jueces con alta especialización y con habilidades profesionales

adecuadas para solucionar en forma efectiva los conflictos laborales sometidos a la jurisdicción laboral.

Entre las ventajas de la alta especialización de la judicatura laboral, Gudiño ha señalado que: “Los tiempos de solución de problemas de estudio por cada expediente se abrevian; se profundiza en aquellos aspectos técnicos finos que todas las materias tienen, logrando así la calidad y excelencia requerida en las resoluciones judiciales; permite controlar mejor el crecimiento del poder judicial, pues se sabrá qué tipo de materias son las que están teniendo mayor incremento y ahí irán los magistrados; permite una mejor selección de los miembros del poder judicial en función de la especialidad, ya no bastará simplemente hacer concursos generales para jueces y magistrados, efectuándose concursos especializados; disminuye la probabilidad de revocación o modificación de resoluciones emitidas por el juzgado especializado. Lo anterior, debido al mismo conocimiento y dominio de los aspectos finos de la materia a la que el juzgador se encuentra asignado; y, contribuye en gran medida a la satisfacción general del derecho público subjetivo (...) respecto a la administración de justicia pronta, completa e imparcial”<sup>(106)</sup>.

A modo de referencia debe tenerse presente que la Unión Europea la jurisdicción laboral o social como jurisdicción especializada es la regla general. En efecto, “la jurisdicción social como jurisdicción especializada se erige, sin duda alguna, como modelo dominante en los sistemas jurisdiccionales europeos. A este modelo responden, entre otros, los sistemas de Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Inglaterra, Finlandia y Noruega”<sup>(107)</sup>.

---

(106) GUDIÑO PELAYO, José de Jesús. “Especialización como condición para la excelencia de los Tribunales Colegiados de Circuito”. En: *Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano*. México, (s.e), 2004; p. 8, en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ministrogudino/publicacion.aspx>>.

(107) VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *Las jurisdicciones sociales en los países de la Unión Europea: Convergencias y divergencias*. Mayo 2008, p. 15, en: <[http://portal.oit.or.cr/dmdocuments/justicia\\_laboral/jurisdiccionesocialesunioneuropea.pdf](http://portal.oit.or.cr/dmdocuments/justicia_laboral/jurisdiccionesocialesunioneuropea.pdf)>.



