

ADAPTACIONES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y NECESIDADES DE LA EMPRESA

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU⁽¹⁾⁽²⁾

Profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. COMENTARIOS PRELIMINARES

Existe una discusión jurídica, ideológica, académica y política sobre el mercado de trabajo, entre laboristas y economistas, entre trabajadores, sindicatos y empleadores, entre profesores de derecho y abogados, acerca de si la regulación laboral peruana es rígida o flexible, así como lo que requiere nuestro país para afrontar los problemas tradicionales de informalidad, subempleo y falta de protección social.

Algunos señalan que es flexible y se requiere mayor protección y rigidez, otros que es rígida y se necesita flexibilidad. En el presente trabajo revisaremos el marco laboral general, luego nos detendremos en la modificación de las condiciones de trabajo y el tiempo de trabajo para determinar si la regulación es rígida o flexible, para culminar con unas conclusiones y sugerencias al respecto.

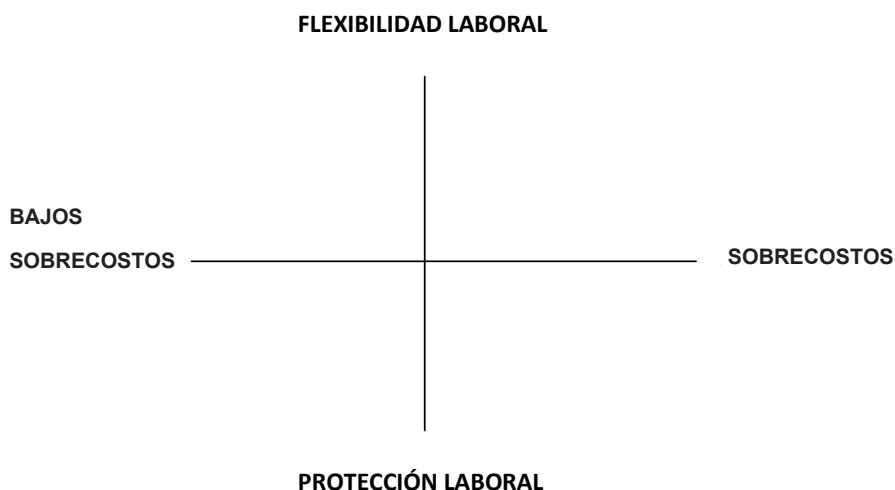
II. MARCO LABORAL: ¿RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD?

En primer término es preciso diferenciar la flexibilidad de los sobrecostos, que no son sinónimos pero que a veces se tienden a confundir. Un sistema laboral puede ser muy flexible o puede ser muy rígido, será muy flexible si, por ejemplo

(1) Profesor en la U. Pacífico y U. de Piura. Co Director de la Revista Soluciones Laborales

(2) Agradezco a la doctora Flavia Zarins Wilding por sus valiosos aportes en la revisión del presente artículo.

se admiten los despidos libres como en EE.UU., Canadá y buena parte de países desarrollados, mientras que el sistema será rígido si no se admiten despidos libres, solo los despidos que permite la ley. En el siguiente gráfico se puede apreciar lo que queremos indicar.



El eje vertical mide el nivel de rigidez de un país, de una regulación. De otra parte, tenemos los costos, lo que una empresa debe pagar al trabajador y Estado además de la remuneración básica, entonces seguramente los empresarios señalarán que existe sobrecosto laboral en Perú, mientras que los sindicatos dirán que los costos no son relevantes.

En este sentido, consideramos relevante trabajar el eje vertical, pues el eje horizontal no resulta tan relevante, ya que al final, haya sobrecosto o bajo costo, esto se regula desde el mercado. Para las empresas resulta relevante porque tienen que pagar bonificaciones, CTS, gratificaciones, pero si la empresa planifica bien, no debe haber sobrecosto dado que dentro de los costos de producción incluirán los tributos y beneficios sociales.

Los únicos costos internacionales que nos parecen llamativos son las utilidades y las vacaciones. Las utilidades constituyen un beneficio singular en el mercado global y también en el latinoamericano, por ejemplo, solo conocemos un beneficio parecido en Venezuela y Ecuador, donde el 5 y 10 % de la renta neta de una empresa se debe distribuir entre los trabajadores; no es tan común en el Derecho comparado, además, curiosamente es uno de los pocos derechos laborales económicos que se encuentra en la Constitución.

Luego tenemos las vacaciones, que desde el primer año son 30 días, es decir, una persona joven de 25 años que empieza a trabajar tiene 30 días de vacaciones desde el primer día al igual que una persona que tiene 40 años en la empresa y se va a jubilar.

Usualmente, en el mercado comparado, las vacaciones son progresivas, empiezan con 15 días, 20 días y conforme avanzan los años de servicios va incrementándose. Hay regulaciones inclusive como la de España donde las vacaciones se pierden si no se gozan, en el Perú más bien hay los trabajadores que prefieren acumularlas para que genere una indemnización. Entonces, las vacaciones de 30 días y que se reemplaza por una indemnización puede ser un concepto que llame la atención, si se hace una comparación con el Derecho comparado, relacionado con los sobrecostos.

Un punto adicional que no es tan común en el Derecho comparado son las dos gratificaciones al año; normalmente, un país promedio puede otorgar uno, un bono por fiestas religiosas o un bono por fiestas cívicas, o medio tal vez, pero no dos, como sucede en el caso peruano.

En todo caso, al margen de todo, el tema de los sobrecostos económicos no es uno tan relevante porque una empresa puede considerar dentro de sus costos de producción estos sobre costos laborales. Ciertamente, puede haber actividades, especialmente las vinculadas con la exportación, donde los costos de producción internacionales son uniformes y los altos costos laborales pueden tener un impacto en la competitividad en el precio de bienes y servicios.

1. Rigidez en la contratación laboral

Más relevante y general nos parece el eje vertical, el análisis de si un sistema es rígido o flexible. Seguramente en los noventa puede haber coincidencia en que la regulación laboral fue flexible, y la discusión es si hoy tenemos una regulación rígida o flexible.

Entonces, en ese eje vertical que mide la rigidez en un país, la “intensidad jurídica” de la regulación laboral es relevante. Cuando un inversionista quiere entrar en un país, quiere determinar el nivel de rigidez de las contrataciones, por ejemplo. Si es fácil contratar, si es fácil despedir. Cuando un inversionista avalúa el lugar donde invertir más, no mide los sobrecostos, no mide el horario de trabajo que es casi universal, se preocupa en conocer el eje vertical, el nivel de rigidez o flexibilidad para contratar y despedir.

Cuando un inversionista elige su sede regional, la variable laboral es har-to relevante dado que en el país elegido residirán la mayor cantidad de trabajadores, naturalmente buscará flexibilidad para contratar, movilizar y desvincular.

Sobre el particular, Perú se encuentra en el puesto 15 más rígido del mundo entre 144 países, de acuerdo con el World Economic Forum. El Foro Económico Mundial (WEF) mide la competitividad global de los países, y aun cuando es cierto que en promedio Perú se ubica en el puesto 65 de 144 en “todo lo laboral”, al analizar la flexibilidad para la contratación y despido que es una de las 8 o 9 variables en materia laboral que se utilizan para apreciar si los países son rígidos o flexibles, nuestro país se ubica en el puesto 15 más rígido del mundo.

Con base en lo anterior, consideramos que Perú posee un sistema rígido. Lo anterior entra en contradicción con las mediciones de Perú en cuanto a regulación en materia de inflación, derechos de autor, transparencias fiscales, donde aparece muy bien posicionado; sin embargo, después de la burocracia y la corrupción, lo laboral es el índice más anticompetivo que tiene el país.

Es posible que, para algunos, la clasificación de nuestro país como rígido no sea correcta, para lo cual se fundamenten en el hecho de que existen 9 clases de contratos a plazo fijo y una cláusula abierta. Entonces, algunos podrían sostener que no es correcto señalar que Perú posee un sistema rígido cuando tiene 9 clases de contratos a plazo fijo (más una décima de cláusula abierta), pero lo cierto es que el empleador no pacta con el trabajador contratarlo a plazo fijo.

En efecto, en el Perú la contratación a plazo fijo es causal. La contratación debe estar justificada en algunas de las causales de la ley, es decir que si el puesto no es temporal o no se trata de una nueva posición, no cabe contratación a plazo fijo dado que el sistema así lo exige. Pese a ello, o cierto es que, si revisamos la planilla electrónica de la mayoría de las empresas, encontraremos que el 60 % está contratado a plazo fijo.

De los 3,2 millones de peruanos que están en la planilla electrónica formal, 60 % está a plazo fijo, por lo que más aún podría pensarse que no podría calificarse al Perú con un sistema rígido laboral. Sin embargo, buena parte de los contratos a plazo fijo serían ilegales en el Perú, pues no tienen causa temporal que justifique su contratación.

Ciertamente, ocurre en muchas ocasiones que se contrata a un trabajador a plazo fijo, pasan 4 años y 11 meses y no se le renueva el contrato. Luego se contrata a su reemplazo nuevamente a plazo fijo por 1 año más; en este caso el puesto es realmente “estable”. Adicionalmente, existe el mito en el Perú que el trabajador nuevo debe contratarse a plazo fijo por el hecho que sea “nuevo” aun cuando la posición es permanente.

Dentro de los 3 millones doscientos mil contratados a plazo fijo podría indicarse, de manera general, que medio millón ha sido contratado a plazo fijo por

inicio de actividad o incremento de actividad, otro medio millón de plazo fijo por necesidades de mercado, que solo proceden por incrementos coyunturales imprevisibles, a lo cual cabría preguntarse si ¿medio millón realmente están justificados en necesidades de mercado imprevisibles en el Perú? De igual forma, nos preguntamos, ¿y el otro medio millón es de obra o servicio específico?

La prueba de la invalidez de la mayor parte de contratos a plazo fijo la revelan las sentencias que se emiten constantemente en los tribunales, así lo muestra igualmente la data de las inspecciones de Sunafil; por lo tanto, consideramos que el uso masivo de los contratos a plazo fijo no son una prueba de que haya flexibilidad, sino una prueba de ilegalidad.

Si estuviéramos ante un sistema de flexibilidad de contratación a plazo fijo, bastaría que el empleador pactara con el trabajador un a plazo fijo sin tener una causa temporal alguna, ese sería un plazo fijo de un sistema flexible, pero en el sistema peruano no basta pactar un plazo fijo por un año, es necesario demostrar que exista una causa temporal. En definitiva, si el puesto es permanente no cabe el plazo fijo.

En la práctica existen empresas donde todos los trabajadores nuevos firman contratos temporales que se renuevan hasta cinco años. Todos los nuevos firman sus “contratos” temporales sin apreciarse si las posiciones son realmente temporales o no.

Cabe resaltar cómo la interpretación judicial (y administrativa también) ha ido cambiando. Hace 15 años, cuando se presentaban los contratos a plazo fijo en un juicio, el juez se contentaba con el hecho de que se había presentado un contrato firmado al Ministerio de Trabajo y había poca atención a la causa temporal. Hoy en día analiza la causa temporal de toda contratación temporal, es decir, se aprecia el fondo de la contratación temporal. Entonces, la evolución de la interpretación de los contratos a plazo fijo también es más adecuada, aunque más limitativa para los empleadores sin duda.

2. Rigidez en el cese laboral

Sobre el cese, las normas prevén una regulación puntual, pero como todos sabemos los tribunales dicen otra. En nuestra opinión, el Tribunal Constitucional ha incrementado casi todos los supuestos de reposición, con lo cual hoy día, salvo un caso, todo los demás generan una reposición en el Perú. El despido sin causa justa hasta el 2002 era materia de una indemnización y a partir del año 2002 a la fecha es materia de reposición. Con lo cual, actualmente solamente hay indemnización

cuando el trabajador cobra la indemnización por despido arbitrario o cuando al trabajador le imputan una falta grave y estamos ante un hecho dudoso, es decir, no está claro si esa falta fue grave o no, entonces corresponde una indemnización.

El sistema de estabilidad laboral en el Perú y los supuestos de reposición se han vuelto más rígidos, por interpretación judicial. En un sistema libre o flexible se ejecutaría el despido libre, en un extremo podría producirse el despido y no se genera una indemnización (pues se genera un seguro de desempleo), o en otro extremo de un sistema libre de despido, es que, ante un despido incausado se genera una indemnización. En resumen, por interpretación judicial, los supuestos de reposición se han extendido y la indemnización ante un despido arbitrario ha dado paso a la reposición.

En cuanto al cese colectivo, el tema es más extremo todavía, pues desde hace 12 o 13 años, no se aprueba ningún cese colectivo en el Ministerio de Trabajo. El año pasado no se levantó la veda en pesca, y no hubo pesca en el Perú en el segundo semestre, tres empresas pesqueras solicitaron la suspensión de trabajo y ninguna fue aprobada. Incluso hoy día, una de ellas se sigue discutiendo.

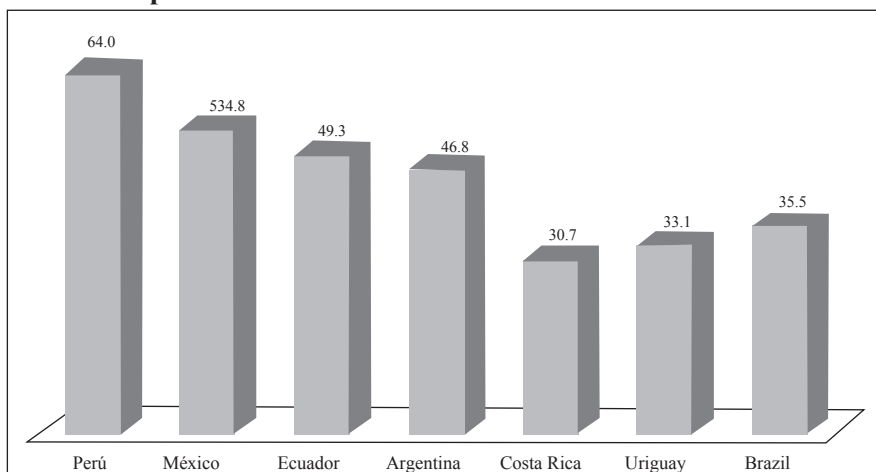
Los únicos ceses colectivos que se han podido aprobar hasta donde tenemos conocimiento fueron cuando ocurrió el lamentable terremoto de Ica y cuando hubo hace 3 o 4 años inundaciones en Cuzco donde varias empresas de turismo solicitaron un cese colectivo. Lo anterior son manifestaciones de rigidez.

En resumen, existe rigidez en la terminación de la relación laboral. Las normas y la interpretación judicial y administrativa generan un sistema donde las formas de extinción son limitadas y, lo más complicado, que la tutela ante un despido arbitrario es la reposición en el centro de trabajo.

III. MERCADO DE TRABAJO

Seguidamente, compartimos información general sobre el mercado de trabajo y la actual coyuntura. En este sentido, resulta interesante el análisis de algunos datos provenientes de la OIT y de encuestas del Ipsos, los cuales veremos a continuación.

1. Poca protección laboral



Fuente: OIT 2015

De acuerdo con esta conocida data de la OIT, el Perú es de los países más informales del mundo, 64 % de personas que no tienen tutela, no tienen seguro prácticamente, no están en planilla. La OIT utiliza este tipo de conceptos para efectuar el análisis, si una persona tiene un seguro (salud y pensiones), es decir, si estás bajo un sistema de protección social, ya sea en planilla o independiente, o un seguro colectivo.

2. Laboral: primera demanda electoral

Respuestas	TOTAL %	ÁMBITO		REGIÓN			
		Lima %	Interior %	Norte %	Centro %	Sur %	Oriente %
Reforma laboral	45	48	42	49	34	35	49
Estrategias para explotación de recursos naturales	36	36	36	34	46	37	29
Reforma del Estado	29	28	31	29	17	45	18
Fomento de la inversión privada	29	32	26	26	33	28	17

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Reforma del sistema tributario (impuestos)	27	24	29	29	27	32	23
Mejora de infraestructura vial y portuaria	26	26	27	24	39	29	15
Diversificación productiva	20	23	17	19	29	10	16
Reducción de trámites	18	17	19	18	27	22	9
Promoción de las exportaciones	13	14	12	13	20	10	7
No precisa	5	6	4	4	4	5	3
Base Real (Abs)	1230	530	700	280	100	220	100
Distribución Ponderada (%)	100	49.5	50.5	20.2	7.2	16	7.2

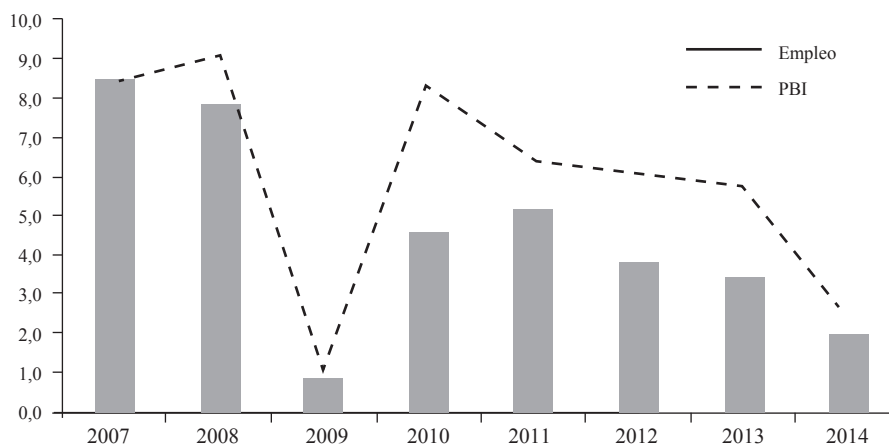
Fuente: Ipsos/abril 2015.

Ipsos en una encuesta a nivel nacional les preguntó a las personas ¿qué demandaría al nuevo presidente? ¿Qué deberían discutir los candidatos? El resultado fue la reforma laboral, antes que la materia económica. Antes que las estrategias para la explotación de los recursos naturales, que la inversión, antes que el resto de reformas y estrategias. Entonces, la mitad de los peruanos desean una reforma laboral, pero en cuanto al tipo de reforma deseada ello dependerá a quien se le pregunte.

Si se le pregunta al trabajador que gana S/. 800.00 tendrá una respuesta y si se le pregunta a un inversionista y empresario la respuesta será otra, y las respuestas seguro serán antagónicas. Lo mismo sucede si se le pregunta a la CGTP o a la Confiep, hay coincidencia en el problema, pero seguramente no en las respuestas. Los inversionistas desean una reforma hacia un sistema laboral flexible, mientras que los trabajadores desean una reforma laboral rígida.

Si observamos lo que está pasando en el Perú, en promedio no estamos tan bien como antes. Cada vez que pasan los meses los pronósticos del crecimiento del PBI se alejan. El año pasado se decía que el 2014 sería un año regular y el 2015 sería uno bueno, con crecimiento de 5 %. En enero y febrero de 2015 se decía 4 % de crecimiento para el 2015, y hoy la mayoría está diciendo 2.7, 2.8 % de crecimiento del PBI. El crecimiento del PBI es relevante para los laboralistas porque históricamente a ello lo acompaña el crecimiento del empleo formal. Si cae el PBI cae el empleo formal. Veamos el gráfico siguiente.

PBI Y EMPLEO FORMAL 1/
(Var. % anual)



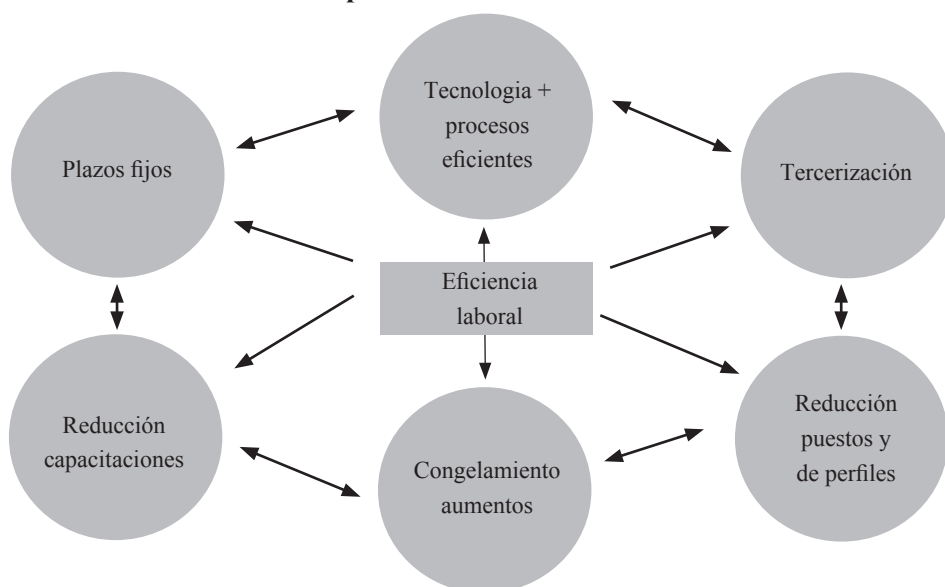
1/ Empleo formal en empresas de 10 o más trabajadores en Perú Urbano

Fuente: Mintra, BCR, APOYO Consultoria

De acuerdo con la data del gráfico, las barras son el crecimiento del empleo formal y la línea punteada es el PBI que se observa cayendo. Siempre el PBI está un punto encima del empleo, es decir, que si el PBI crece hoy día 2.70 este año, el empleo formal probablemente crezca 1.7 o algo similar. Entonces, si hoy en día observas el mapa de la situación económica del Perú, se aprecia en el mercado que ya el desempleo está casi en el 6 %. Según algunos economistas, una persona en promedio se está demorando hoy en día 5 meses para encontrar trabajo. Anteriormente, en promedio las personas se demoraban 4 meses, o 4 meses y medio, el mercado se ha vuelto un poco más lento. Las expectativas de contratación son bajas, inclusive en la gran empresa es negativa la tasa, llegando a menos 5 % (encuesta de Apoyo Consultoría a fines de agosto de 2015 acerca de 300 directores y gerentes).

La mayoría de empresas no están pasando por una buena situación económica, los únicos tres sectores que están un poco mejor este año son la pesca (aunque con los temores del fenómeno de El Niño), las telecomunicaciones (pero con mayor regulación) y la energía (con temor a una sobreoferta de energía en un año). No obstante, en el caso de la pesca debemos recordar que el año pasado no crecieron nada, por lo tanto, cualquier producción impacta de manera relevante este año. Pero sectores de consumo masivo, *retail*, manufactura, servicios, construcción, etc., no están teniendo un buen año.

3. Acciones de las empresas



La lógica de una empresa desde su punto de vista es generar valor al inversionista, una empresa que no genera valor inversionista la cierran, una empresa en la que el inversionista tiene que inyectar dinero pero no percibe un retorno en el mediano o largo plazo va a cerrar. Entonces, la tarea de la empresa hoy día es buscar eficiencia. Eficiencia significa tener una buena tecnología, el reemplazo de trabajadores con sistemas automatizados, procesos eficientes, la tercerización, reasignación de funciones, reducción de puestos y concentración de funciones en menos trabajadores (donde habían 4 trabajadores ahora hay 3, luego se retiran 3, se retiran 2 y ya entre los que quedan se redistribuyen las funciones).

Actualmente se observa en las grandes empresas en el Perú, transnacionales y nacionales, la reducción de perfiles, el reperfilamiento del puesto. Por ejemplo, había un gerente y a ese gerente le dicen, como eres empleado de dirección no tienes reposición, le ofrecen un paquete económico y se retira, luego contratan a un jefe joven de 28 años que gana la mitad de sueldo, es un joven con muchas ganas de crecimiento, a quien le exigen mucho más trabajo y recibe la mitad del sueldo. Además, varias empresas están reperfilando, donde había 7 gerentes ahora solo hay 3. Entonces, a nivel de puestos de dirección también se está apreciando una reducción.

Existen empresas que se dedican a recolocar personas en nuevos centros de trabajo, tienen sus promociones, así cada quincena hay una promoción de una

empresa y antes había 15 o 30 personas por promoción, ahora hay 3 o 4 personas por promoción desde fines del año pasado más o menos. No es porque no existan personas que postulan, ahora hay más personas en los procesos de búsqueda de empleo, pero las posibilidades de recolocarse se vuelven un poco más lentas, se está demorando, el mercado está un “poco frío” en materia de contrataciones.

Adicionalmente, observamos congelamiento de aumentos, el número de huelgas se está incrementando porque las empresas están frenando los aumentos, algunas huelgas son largas y en otros casos optan por el arbitraje, figura que ha renacido desde la mitad del 2015. La situación también afecta las capacitaciones, pues lo primero que se ajusta en una empresa son las capacitaciones.

De otra parte, aumenta la contratación a plazo fijo, la mayoría de las veces nos son legales porque no existe legalmente el plazo fijo para afrontar la crisis, pero son algunas acciones que están empleando las empresas en la actual situación económica.

4. ¿Qué hacer?: diálogo social

Parte del trabajo decente, esencial para el desarrollo social



Ante la situación descrita, el Estado debería optar por implementar un diálogo social. Sin embargo, no hemos visto este impulso durante la actual gestión de gobierno. Las principales leyes aprobadas no han pasado por el Consejo Nacional del Trabajo; históricamente, la ley de tercerización y la ley de intermediación no han sido discutidas ni revisadas por el Consejo Nacional del Trabajo, la norma de promoción de contratación de jóvenes del año pasado tampoco fue discutida en el Consejo.

En este sentido, es fundamental que el Estado promueva el diálogo entre los trabajadores y empresarios, que los sindicatos y empresas debatan a nivel técnico para poderle informar al nuevo presidente lo que desean realmente tanto trabajadores como empresarios.

El diálogo social debería disminuir la conflictividad laboral que se está incrementando cada vez más, a nivel macro y a nivel micro también. Las empresas y los trabajadores también deberían descentralizar más el diálogo, en algunas empresas, por ejemplo, existe una suerte de tribunal de honor (comité paritario) y todos los problemas laborales se someten primero a ese comité formado por trabajadores y empresarios. En estos casos, si el comité resuelve unánimemente el conflicto, se termina el mismo y se cumple con la decisión, nadie lleva el asunto a juicio ni se procura una inspección. Si no hay unanimidad en el comité, el trabajador, el sindicato o quien fuera puede acudir a una vía externa.

Entonces, hay unos ejemplos, aunque muy pocos en el Perú, de empresas que tienen un diálogo social y además un sistema interno de solución de conflictos. Aunque parece un medio etéreo, es la solución a largo plazo. A corto plazo lo único que podemos lograr es más conflictos laborales que no conducen a soluciones sostenibles en el tiempo.

IV. MODIFICACIÓN DE CONDICIONES DE TRABAJO: ¿RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD?

1. El contrato de trabajo como fuente de derechos y obligaciones

Durante la relación laboral surgen intereses contrapuestos, en este sentido, el trabajador quiere continuidad, asegurar su estabilidad, mientras que el empresario quiere continuidad también, pero de la empresa, sostenibilidad, ambos quieren continuidad, nuevamente, pero con distinto contenido. En esos intereses naturales contrapuestos surge el poder de dirección del empleador para contratar, organizar, dirigir, fiscalizar, sancionar y modificar las condiciones de trabajo. A continuación veremos un cuadro que incluye las manifestaciones del poder de dirección del empleador:

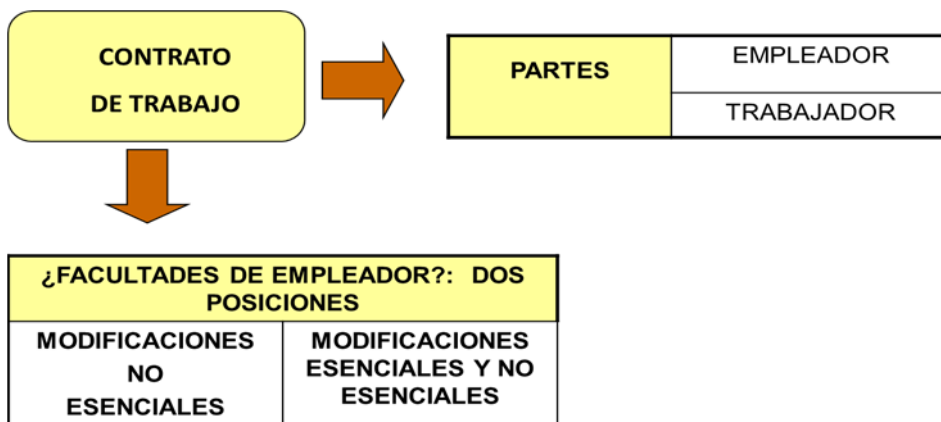
CONTRATAR	Contratar el personal que se quiera, fijar estructuras, categorías, etc.
ORGANIZAR	Regular y organizar la forma, el modo y el lugar (por ejemplo, directivas, reglamento interno de trabajo, memos, etc.)

DIRIGIR	Impartir órdenes que deben ser cumplidas (deber de obediencia del trabajador).
FISCALIZAR	Establecer registros de control (correo electrónico, cámaras, tarjetas, etc).
SANCIONAR	Amonestar (forma verbal o escrita), suspender, despedir.
MODIFICAR	Sustanciales y no sustanciales (<i>ius variandi</i>)

Podría decirse que uno de los pocos casos donde el Derecho Laboral es más flexible que el Derecho Civil es precisamente en el campo de la modificación de las condiciones de trabajo. Mientras que en el Derecho Civil existe la intangibilidad de contrato, según la cual las condiciones pactadas no pueden ser modificadas unilateralmente, salvo acuerdo entre las partes, en el Derecho Laboral se permite que una de las partes (el empleador) pueda introducir cambios como una herramienta para garantizar la sostenibilidad de la empresa.

2. Las reglas de juego ¿flexibles?

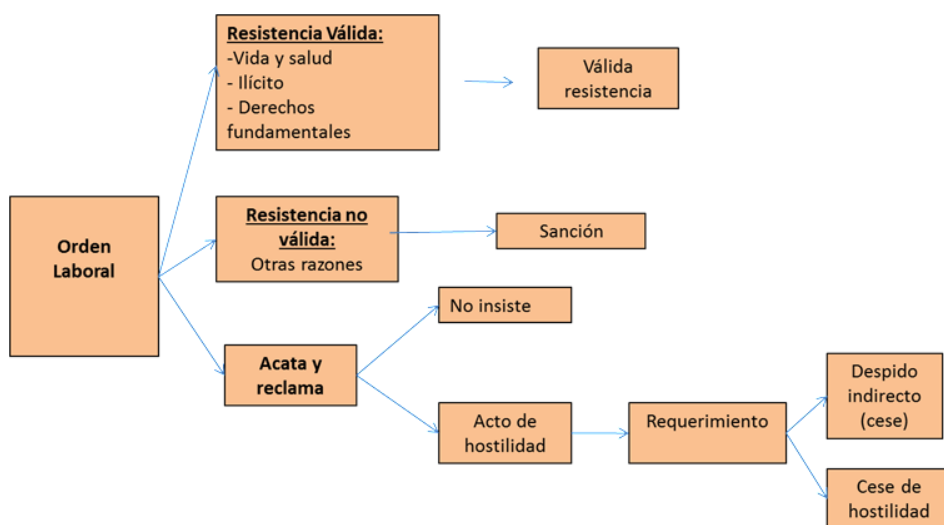
Ahora bien, nadie discute la facultad del empleador para introducir cambios en la relación laboral. La gran discusión o debate es ¿qué tipo de cambios?, ¿qué intensidad tiene ese cambio?, porque las normas solamente indican que el empleador puede inducir cambios que se originen en la razonabilidad de la empresa. Pero la pregunta sería ¿cuáles son estas reglas de juego que prevé el ordenamiento legal?



Hay quienes consideran que el empleador solo puede hacer cambios no esenciales en la relación laboral y hay otros quienes sostienen que también pueden efectuarse cambios esenciales. Por ejemplo, un empleador que indica al trabajador que el centro de trabajo se mudará de un distrito a otro distrito vecino en las mismas condiciones (Miraflores a Lince, por ejemplo) es un cambio no sustancial probablemente.

Sin embargo, puede que el cambio sea más sustancial. Por ejemplo, supongamos que el centro de trabajo se encuentra en el centro de Lima, y el empleador lo traslada a Lurín. En este caso no hay un acto de hostilidad, pues una empresa no muda todo un centro de trabajo para hostilizar al trabajador, pero evidentemente se trata de un cambio esencial en la relación laboral. Si indicamos que este tipo de cambios no está permitido ¿qué tendría que hacer la empresa? ¿cese colectivo? ¿liquidar la empresa? No existe un procedimiento de autorización de cierre de planta o de autorización para trasladar una planta. En este ejemplo, la empresa les otorga movilidad, claro está, si antes un trabajador salía a las 6 de la mañana de su casa, ahora tiene que salir a las 4:30, por lo que algunos trabajadores podrían no estar dispuestos a ello. Para estos casos donde se debe reconocer la facultad de la empresa de trasladar el centro de trabajo, pero se ocasiona un perjuicio al trabajador por la introducción de cambios radicales, la legislación peruana no prevé alguna solución adecuada (nótese que los actos de hostilidad se materializan cuando hay una intención de causar un perjuicio al trabajador). La solución que parece más convincente es reconocer la facultad del trabajador de optar por la indemnización por despido.

La jurisprudencia y la doctrina han señalado que la resistencia cabe cuando afecta la vida y la salud de las personas, pues se trataría de un derecho fundamental relevante, pero en este caso no podrían resistirse; en todo caso, podrían acatar el orden y reclamar alegando que se trata de un acto de hostilidad. Pero realmente, en nuestra opinión, no existe acto de hostilidad en el caso planteado, pues no existe una intención de causar un perjuicio a los trabajadores. Veamos a través de la siguiente representación cómo se debe actuar frente a las órdenes y a los incumplimientos:



El acto de hostilidad conforme con la legislación peruana requiere de la existencia de una intención negativa del empleador, que no se perfecciona en el caso planteado. Entonces, una alternativa sería ofrecer un paquete de incentivos extraordinarios, pero la empresa no está obligada a ello.

La ley peruana reconoce la flexibilidad que tiene el empleador en la modificación de las condiciones de trabajo. En el Derecho comparado, en casos como estos, el trabajador tiene la posibilidad de rechazar la orden, se trata de un cambio radical que lo afecta y se termina la relación de trabajo con una indemnización. Probablemente, ese sea el cambio que deba tener la ley nacional. Pero actualmente, un trabajador que se enfrenta a una modificación esencial de la relación laboral que tiene una justificación objetiva, razonable del empleador, no tiene otra opción más que acatar o renunciar, o demandar daños y perjuicios. Entonces, en este tema de la flexibilidad, la ley peruana es flexible, a favor del empleador.

En la jurisprudencia laboral se distingue entre si la modificación es esencial o no esencial. La jurisprudencia, cuando ha analizado los casos de cambios de funciones, horarios, nuevas funciones, variación de lugar de trabajo, etc., normalmente reconoce los cambios esenciales del empleador que tienen una causa objetiva y razonable, lo cual corresponde con la regulación peruana.

El problema realmente es que el trabajador no tiene opción de resistirse. El trabajador solo tiene la opción de terminar la relación laboral cuando hay un cambio esencial. Por ejemplo, supongamos una empresa que consume mucha energía eléctrica y decide modificar el día de descanso que antes era los domingos para otro día de la semana a elección del trabajador. Lo hace, por cuanto los domingos el consumo de energía eléctrica es menor.

Se discute, en este sentido, si hay justificación, si hay razonabilidad, existen necesidades de la empresa para efectuar la modificación. El empleador demuestra que no está bien económicamente y que esta acción le permite un ahorro significativo de costos al año. En este caso, difícilmente pueda un juez considerar que el cambio no debió realizarse. En este sentido, surge la pregunta ¿qué derecho tiene el trabajador? Ninguno, por lo menos positivamente, lo único sería la eventual responsabilidad por daños y perjuicios.

En resumen, a diferencia del tema de la contratación y despido, que en nuestra opinión forma parte de un sistema rígido, más bien en la dinámica de las relaciones laborales se reconoce al empleador facultades que caracterizan a la regulación como flexible.

V. TIEMPO DE TRABAJO: ¿RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD?

Si nos preguntamos si la regulación sobre el tiempo del trabajo es rígida o flexible, habría que decir que es flexible con algunos matices de rigidez. De hecho, el tiempo de trabajo es un apéndice de la modificación de condiciones laborales, aun cuando en el tema se ha avanzado un poco más hacia la rigidez en algunos casos.

En los sectores minero e hidrocarburos, se aplicaban jornadas de 60 x 20 (60 días de trabajo y 20 días de descanso). No obstante, en la reconocida sentencia de Southern el Tribunal Constitucional estableció que se trataba de jornadas atípicas, pero que, de acuerdo con el Convenio de la OIT N° 01, los ciclos de trabajo, incluyendo el periodo de labores y el de descanso, no puede exceder de tres (3) semanas.

Aunado a lo anterior, en el mercado, los propios trabajadores están generando que ya no sea tan flexible el tema del tiempo de trabajo, está aumentando la presión de los trabajadores, cada vez es más difícil que un trabajador labore en feriado, aun cuando se le pague un adicional, existe una mayor valoración del tiempo libre.

Hoy día, inclusive no se trata solo de los profesionales, sino de los trabajadores en general, cada vez es más complicado encontrar personal para trabajar en feriados, para trabajar días como el 1 de enero, 25 de diciembre. Los centros comerciales, los cines que trabajan todos los días ya tienen dentro de sus esquemas que al menos un domingo se descansa al mes, antes se preveía que el descanso era un día a la semana distinto al domingo, pero ahora existe más presión laboral, pero también políticas de la empresa que buscan reconocer el tiempo de descanso de los trabajadores.

Los trabajadores a tiempo parcial todavía son pocos en el Perú (no llegan ni a cincuenta mil al año), pero hay empresas como los supermercados que están utilizando muy bien este esquema. Contratan a los jóvenes, sobre todo a los universitarios, con jornadas de trabajo flexibles, establecen diez jornadas posibles, por ejemplo, y el trabajador escoge la que mejor se adecúe a sus necesidades, pues las empresas se están dando cuenta de que si no ofrecen un portafolio un poco libre, no hay mucho interés de los jóvenes para aceptar las ofertas de trabajo.

La ley peruana es flexible en este tema, pero por jurisprudencia o por cambio de estilos de vida, los trabajadores están empujando en la realidad a que, cada vez más, el tiempo de trabajo sea negociado individual o colectivamente. Por ejemplo, en muchas empresas (a nivel de administrativos) los viernes de verano se trabaja hasta las 2 de la tarde, algunos hasta la 1.

Nos parece que este conflicto natural entre empleador que quiere que se trabaje más y el trabajador que desea laborar menos, hoy día más que en lo individual se aprecia en el plano macro que responde a las nuevas generaciones de jóvenes que están imprimiendo un nuevo esquema al empleador por la valoración del tiempo libre y de ocio. Entonces, este conflicto interesante que se aprecia en el mercado hoy día está cambiando la realidad del tiempo de trabajo.

Hoy día un joven que se queda hasta las diez de la noche es raro, normalmente es porque existe una obligación interna. Hay empresas que estimulan el trabajo en domingos: asumen movilidad, alimentación completa, pagan un bono adicional, etc. Entonces ya se aprecian mecanismos distintos del pago de las normas legales. Las empresas deben generar mecanismos ingeniosos cada vez más para que los jóvenes acepten laborar un feriado o dominical.

1. ¿Qué tomar en cuenta al diseñar la jornada?

Para diseñar la jornada laboral deben tomarse en cuenta las actividades de la empresa, la normativa legal laboral y la gestión humana. Por ejemplo, tenemos en el caso de una jornada atípica lo siguiente:

- **Definir la extensión o duración del ciclo**

Días de trabajo + días de descanso 21

- **Identificar el promedio semanal de horas de trabajo en el ciclo**

Horas de trabajo en el ciclo: duración del ciclo expresada en semanas 48

- **Cumplir un “test de protección”**

Naturaleza de actividades + informe técnico + acreditación de beneficios especiales

2. Facultades del empleador

Hoy día el empleador organiza el módulo de tiempo de trabajo no solamente con base en la legislación laboral, así como la operatividad, sino desde un punto de vista de gestión humana. Hoy día no hay posibilidad de que una empresa que tenga sostenibilidad en su esquema de trabajo de horario omita la gestión humana óptima para contar con la participación de trabajadores, especialmente para laborar horas extras, domingos y feriados.

El empleador sí puede:

- ✓ Fijar la jornada de trabajo, respetando el límite de 8 horas diarias o 48 horas por semana.
- ✓ Establecer jornadas compensatorias.
- ✓ Reducir o ampliar el número de días de la jornada, sin exceder el límite legal.
- ✓ Establecer turnos de trabajo fijos o rotativos, típicos o atípicos.
- ✓ Fijar y modificar horarios de trabajo.

El empleador no puede:

Implementar sistemas de trabajo que no respeten los límites y procedimientos legales.

- Inspecciones del Ministerio de Trabajo: infracciones y multas administrativas.
- Demandas de pago de horas extras o procesos amparos.
- Problemas sindicales y operativos.

Tal como se observa, el empleador puede implementar y modificar muchos aspectos del tiempo de trabajo, puede hasta elevar la jornada de trabajo de 6 a 8 horas, lo que denota flexibilidad en la materia. Sin embargo, esto es lo que establece la ley, que es distinto a la práctica según lo explicado con anterioridad.

3. Vacaciones y autonomía privada

En el tema de las vacaciones, por ejemplo, la ley peruana establece que el empleador tiene la facultad de fijar la oportunidad de las vacaciones, salvo a la trabajadora gestante o los padres que adoptan hijos, pero en los demás casos los trabajadores no pueden negociar sus vacaciones. Sin embargo, nuevamente, en la práctica, la regla es que se suele reconocer al trabajador la disponibilidad de vacaciones para atender a las opciones de vida de los trabajadores que buscan flexibilidad también para escoger los días de vacaciones.

A continuación observamos un cuadro de vacaciones y de autonomía privada:

TEMAS	DISPOSICIÓN LEGAL	AUTONOMÍA PRIVADA
DÍAS DE DISFRUTE	<ul style="list-style-type: none"> • 30 días naturales 	<ul style="list-style-type: none"> • Es posible conceder más días naturales o fijar mayores días laborables proporcionales .
OPORTUNIDAD	<ul style="list-style-type: none"> • Empresa decide, salvo excepciones. 	<ul style="list-style-type: none"> • El trabajador puede decidir la oportunidad.
REDUCCIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Hasta 15 días con compensación salarial de los días reducidos 	<ul style="list-style-type: none"> • Sólo es posible incrementar monto de compensación, pero no incrementar días de compensación.
ACUMULACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Hasta dos períodos consecutivos 	<ul style="list-style-type: none"> • No cabe extender períodos de acumulación.
FRACCIONAMIENTO	<ul style="list-style-type: none"> • Cuando menos un período debe durar 7 días consecutivos 	<ul style="list-style-type: none"> • Es posible el fraccionamiento por diferentes períodos, respetando mínimo período legal.
REMUNERACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Equivalente a una remuneración mensual 	<ul style="list-style-type: none"> • Puede incluirse conceptos no remunerativos o incrementarse el monto de remuneración.
PAGO DE REMUNERACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Antes del goce físico vacacional 	<ul style="list-style-type: none"> • Sólo cabe adelantar la oportunidad de pago de la remuneración.

Actualmente, en el tema del tiempo de trabajo las empresas son más sensibles, las empresas líderes globales y nacionales son conscientes de que los trabajadores valoran más el tiempo de ocio y de descanso, en consecuencia, tienen jornadas flexibles. Hay empresas que tienen jornadas flexibles donde el trabajador escoge tres veces a la semana si trabaja en el centro de trabajo o en su casa, ello se observa sobre todo en algunas empresas globales.

El Estado no es un buen ejemplo de ello, no hay jornadas flexibles, se obliga en varios casos a laborar horas extras cuando está prohibido el pago de horas extras. En caso del tiempo de trabajo, el Estado sigue siendo rígido, por eso probablemente no capte jóvenes con potencial, jóvenes que tengan proyección.

Finalmente, en el tema tiempo de trabajo se aprecia una mayor conciliación con la seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad social. Muchas empresas observan los sistemas de los terceros, es decir, establecen por política que no puede haber horas extras permanentes en su centro y exigen a las empresas tercerizadoras lo mismo. Ello ha generado, por ejemplo, que los vigilantes que tenían de dos turnos de 12 horas diarias, ahora tengan 3 turnos de 8 horas diarias, por la responsabilidad social. En este sentido, existe una certificación internacional, así como el ISO o de seguridad que es la OSHIA, en materia laboral hay una que es la SA8000.

En el Perú no ha sido muy difundido, solo cuatro o cinco empresas tienen la SA 8000, en países de la región las empresas certificadas llegan cuando menos a los tres dígitos.

Además, la seguridad y salud en el trabajo ha incidido en la jornada de trabajo como un limitante a la misma.

VI. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

La rigidez en el Perú se manifiesta al inicio y al final de la relación de trabajo con su sistema de contratación y despido, que nos ubica entre los países más rígidos del mundo. Sin embargo, en el desarrollo del vínculo laboral, el sistema legal peruano laboral se torna flexible como regla para el empleador, pues puede cambiar las condiciones de trabajo radicalmente en tanto exista una razón justificada. De igual forma, en materia de tiempo de trabajo, si bien por la legislación el sistema es flexible, en la práctica existe mayor valoración del tiempo de trabajo en las empresas, lo que, aunado a la presión de los trabajadores, ha generado mayor flexibilidad, sobre todo por la influencia de los jóvenes.

En este sentido, podríamos resumir las conclusiones en lo siguiente:

- Rigidez: al inicio + salida del contrato de trabajo
- Desarrollo del vínculo laboral: flexibilidad normativa y control judicial-administrativo, + nuevas tendencias que reconocen el tiempo y las condiciones flexibles para el trabajador