

Laborem

Nº 17 / 2016

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

EL CONTRATO DE TRABAJO FRENTE A LAS TRANSFORMACIONES ECONÓMICAS, SOCIALES Y PRODUCTIVAS

(Actas del III Curso Internacional
de Estudios Avanzados
en Derecho Social)

Número monográfico coordinado por:
Guillermo Boza Pró
Wilfredo Sanguineti Raymond

Laborem 17
PRIMERA EDICIÓN Mayo 2016 300 ejemplares
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N° 822
HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ 2016-05150 LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
DISEÑO DE CARÁTULA Y DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES Martha Hidalgo Rivero
SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL RUC N° 20108098512 José del Llano Zapata N° 331 Ofc. 906 Miraflores - Lima 18

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

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

Adolfo Ciudad Reynaud - Presidente de la SPDTSS.....	9
--	---

PRÓLOGO

Guillermo Boza Pró y Wilfredo Sanguinetti Raymond	
Directores del III Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social	11

CAMBIO ECONÓMICO, SOCIAL Y PRODUCTIVO Y RELACIONES DE TRABAJO

Manuel Carlos Palomeque López

La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante a través de treinta y una proposiciones	17
---	----

Miguel Jaramillo

La perspectiva económica de la regulación laboral y la legislación laboral peruana.....	29
--	----

Fernando Cuadros Luque

Situación del mercado de trabajo y costos laborales en el Perú	45
--	----

ESTABILIDAD, FLEXIBILIDAD Y ADAPTACIÓN EN LA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Wilfredo Sanguinetti Raymond

Flexibilidad laboral y estabilidad en el empleo: ¿es posible su compatibili- zación?	93
---	----

Jorge Toyama Miyagusuku

Adaptaciones de las condiciones de trabajo y necesidades de la empresa .. 105

David Campana

Narrativas jurídicas (hegemónicas y subalternas) en torno a la terminación del trabajo: el caso del despido en el Derecho norteamericano..... 125

**LA PROTECCIÓN DE LA ESFERA
PERSONAL DEL TRABAJADOR**

César González Hunt

Derechos de la persona, del trabajador y poderes empresariales en la praxis administrativa y judicial..... 143

Margarita Isabel Ramos Quintana

Igualdad efectiva por razón de género y políticas de conciliación de la vida laboral y familiar..... 155

Gabriela Lanata Fuenzalida

Procedencia de la indemnización del daño moral en la contratación laboral 193

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

Consejo Directivo 2015-2017

Presidente	: Adolfo Ciudad Reynaud
Vice-Presidente	: Víctor Ferro Delgado
Secretaria	: Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger
Pro-Secretario	: Luis Mendoza Leguas
Tesorera	: Beatriz Alva Hart
Pro-Tesoreria	: María Katia García Landaburu
Secretario de Biblioteca y Publicaciones	: José Balta Varillas
Secretaria de Eventos y Reuniones Científicas	: Estela Ospina Salinas
Secretario de Relaciones Internacionales	: Leopoldo Gamarra Vilchez

**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	Arévalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo Sergio	Balta Varillas, José
Barrenechea Calderón, Julio César	Beltrán Quiroga, Jaime Eduardo
Boza Pró, Guillermo	Butrón Fuentes, José Andrés (†)
Canessa Montejó, Miguel Francisco	Carrillo Calle, Martín Alberto
Castillo Montoya, Nixon Javier	Castro Otero, José Ignacio
Cavalié Cabrera, Paúl	Ciudad Reynaud, Adolfo
Cornejo Vargas, Carlos	Cortés Carcelén, Juan Carlos
Crisanto Castañeda, Ana Cecilia	Cuzquén Carnero, Jaime
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando	De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Espinoza Escobar, Javier	Ferro Delgado, Víctor
Franco Pérez, Julio	Gamarra Vilchez, Leopoldo
García Granara, Fernando	García Landaburu, María Katia
Gonzáles Hunt, César José	Gonzáles Nieves, Orlando
Guzmán-Barrón Leidinger, Cecilia	Herrera Gonzáles-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo	Lengua Apolaya, César

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Marcenaro Freís, Ricardo Arturo	Matallana Ruiz, Roberto
Matos Zegarra, Mauricio	Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato	Mendoza Legoas, Luis
Morales Corrales, Pedro Gonzalo	Morales Gonzalez, Néstor
Morales Morante, Carlos Guillermo	Mortola Flores, Italo Román
Neves Mujica, Javier	Nuñez Paz, Sandro
Ospina Salas, Estela	Pacheco Zerga, Luz
Paredes Palacios, Paúl	Pasco Cosmópolis Mario Martín (†)
Pasco Lizárraga, Mario	Pilotto Carreño, Luigino
Pizarro Díaz, Mónica	Prelle Mayuri, Herbert
Puntriano Rosas, César Alfredo	Quiñones Infante, Sergio Arturo
Quispe Montesinos, Carlos Alberto	Ramirez-Gastón Ballón, José Luis Germán
Saco Barrios, Raúl Guillermo	Sanguinetti Raymond, Wilfredo
Servat Pereira de Sousa, Roberto Juan	Toyama Miyagusuku, Jorge Luis
Tsuboyama Shiohama, Liliana	Toledo Toribio, Omar
Ugaz Olivares, Mauro	Ulloa Millares, Daniel Augusto
Vidal Bermudez, Alvaro	Vidal Salazar, Michael
Vilchez Garcés, Lidia	Vilela Espinosa, Anna
Villacorta Ramírez, Edmundo	Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo
Vinatea Recoba, Luis	Zavala Costa, Jaime
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	Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano (†)	Oscar Ermida Uriarte (†)
Jean Claude Javillier	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	Manuel Carlos Palomeque López

PRESENTACIÓN

La presente publicación contiene nueve de las ponencias presentadas durante la tercera edición del Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social. Este curso fue realizado en Lima entre el 11 y el 22 de mayo de 2015 por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Salamanca, con el título “El contrato de trabajo frente a las transformaciones económicas, sociales y productivas”.

Las ponencias incluidas en la revista se han agrupado en tres grandes ejes temáticos (cada uno de los cuales contiene tres estudios): el cambio económico, social y productivo, y las relaciones de trabajo; estabilidad, flexibilidad y adaptación en la regulación del contrato de trabajo; y la protección de la esfera personal del trabajador. Han sido presentadas por Manuel Carlos Palomeque, Miguel Jaramillo, Fernando Cuadros, Wilfredo Sanguinetti, Jorge Toyama, David Campana, César González, Margarita Ramos y Gabriela Lanata, especialistas en la materia de Chile, España y Perú.

Agradecemos a los directores del curso, Guillermo Boza y Wilfredo Sanguinetti, por permitir que las ponencias del curso puedan ser publicadas por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tal como ocurrió con ponencias de las dos versiones previas del curso, que fueron publicadas en *Laborem* 13 y 14.

La publicación de estas ponencias contribuye al objeto científico de la SPDTSS, que persigue promover en el país el estudio, conocimiento, difusión e investigación del Derecho del Trabajo y de la seguridad social, así como su entorno social, económico y político.

Esperamos que esta revista, al igual que las anteriores, pueda servir a los investigadores, abogados, estudiantes, empleadores y trabajadores interesados en nuestra disciplina, para profundizar sus estudios y conocimientos en la materia.

Lima, abril de 2016

ADOLFO CIUDAD REYNAUD
Presidente de la SPDTSS

PRÓLOGO

A diferencia de lo que ocurre con la mayor parte de las disciplinas jurídicas, que parten de una relativa estabilidad en cuanto a la definición de su objeto, en el caso del Derecho del Trabajo la figura del contrato de trabajo, a través de la cual se busca tipificar el conjunto de relaciones jurídicas a las que resulta de aplicación su ordenación tutelar, se ha visto sometida a lo largo de ya más que centenaria historia a un proceso constante de definición, redefinición y cuestionamiento, motivado en buena medida por la necesidad de adaptar su configuración y forma de operar a los cambios experimentados por las formas de trabajar a lo largo de tan extenso periodo. Unos cambios de los que emergen problemas y situaciones inéditos en etapas anteriores, frente a los cuales se ha considerado preciso que el mismo ofrezca igualmente una respuesta en términos de protección.

Dicho proceso ha servido para poner de manifiesto, no obstante, tanto la extraordinaria resistencia de los elementos tradicionalmente empleados para tipificar el trabajo asalariado, subordinado o dependiente, como su indudable capacidad de adaptación a la multiplicidad de configuraciones que el mismo ha ido asumiendo.

Algo lejos parece estar ya el debate, especialmente intenso a lo largo de los años noventa del pasado siglo, sobre la aptitud de la subordinación, en tanto elemento distintivo del contrato de trabajo, tanto para “atrapar” las nuevas formas de trabajar generadas por el cambio tecnológico, y en particular el teletrabajo, como para responder a las demandas de tutela de nuevos sectores de trabajadores autónomos sujetos a unas condiciones materiales de ejecución de sus prestaciones y de dependencia económica muy próximas a la de los trabajadores dependientes como resultado del auge de los procesos de externalización de actividades productivas. Frente a quienes consideraron entonces que estos fenómenos marcaban el fin de la era del contrato de trabajo y la subordinación y su sustitución por otra clase de figuras y elementos calificadores más amplios, ha terminado por admitirse que lo que la atención de los mismos postulaba no era en realidad más que

una recomposición del sistema tradicional de indicios utilizados para detectar la presencia de la subordinación, que se adapte a la particular morfología del trabajo generado por las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, en el caso del primero; y la creación desde fuera del Derecho del Trabajo de instrumentos que contribuyan a una adecuada protección de los intereses de esa nueva clase de trabajadores, autónomos en lo jurídico pero dependientes en lo económico, en el segundo. Además de un reforzamiento de los instrumentos de control de la simulación y el fraude contractual en este último caso, claro está.

Frente a este panorama, los desafíos que el nuevo siglo ha traído al contrato de trabajo han sido otros, de distinta naturaleza. Estos han tenido que ver con dos órdenes de cambios, que venían perfilándose en la etapa precedente, pero que adquirirían en esta carta plena de naturaleza. El primero de ellos se vincula con mutaciones de gran importancia, no tanto en la forma tipo de trabajo subordinado o dependiente, que no parece haberse visto alterada, sino en el contexto en el que esta ha de desenvolverse. Pueden contarse aquí fenómenos de gran trascendencia, cuyo origen último se encuentra en la imparable expansión del proceso de globalización puesto en marcha en la década precedente, y su impacto sobre las formas tradicionales de desarrollar las actividades económicas, competir dentro de los mercados, organizar la producción y gobernar la empresa, todo lo cual presiona en favor de una mayor consideración de los factores de orden económico y productivo a la hora de construir su régimen regulador. A este ya de por sí complejo panorama se suma, no obstante, un segundo orden de cambios, operados de forma paralela esta vez al interior del ordenamiento jurídico, los cuales apuntan en una dirección no necesariamente coincidente con las exigencias derivadas de los anteriores. Entre ellos, particularmente, la cada vez más intensa preocupación por la vigencia de los derechos fundamentales garantizados por las normas constitucionales al interior de la empresa, en consonancia con la eficacia horizontal que de ellos se predica, así como por la garantía del respeto de la esfera personal del trabajador, en sus muy distintas dimensiones, en el seno de la misma.

Los anteriores son movimientos contradictorios en cuanto a sus motivaciones últimas, que reflejan a la perfección la riqueza y complejidad de las sociedades modernas y la diversidad de los valores sobre los que estas se asientan. Los imperativos que plantean al Derecho del Trabajo y, en particular, a la regulación del contrato de trabajo no son por ello similares, sino, al menos en algunos casos, incluso de signo opuesto. Dicho de forma simple, una mayor adaptación de sus condiciones a las exigencias del ciclo económico, de un lado, frente a una más intensa consideración de los derechos, intereses y aspiraciones de las personas que trabajan, del otro.

¿Cómo vienen respondiendo los ordenamientos laborales a estos imperativos? ¿Qué exigencias se desprenden de cada uno de ellos? ¿Es posible llevar a cabo una regulación de las relaciones de trabajo que, sin descuidar el primero, sea capaz empero de atender razonablemente también al segundo? ¿Cómo se refleja todo este rico panorama no solo a nivel normativo, sino de la praxis administrativa y judicial? Todas estas son, sin duda, preguntas de la más rabiosa actualidad en relación con las cuales nos propusimos ofrecer un espacio para la reflexión y el debate mediante la organización de la tercera edición del Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social, que bajo el título de *El contrato de trabajo frente a las transformaciones económicas, sociales y productivas*, se celebró en Lima entre el 11 y el 22 de mayo de 2015, contando con participación de destacados especialistas procedentes tanto de nuestras dos casas de estudios como de otras instituciones.

El presente volumen, que aparece una vez más bajo el formato de número monográfico de la revista *Laborem*, recoge de forma ordenada la mayor parte de las ponencias desarrolladas a lo largo de las distintas sesiones del curso. Su preparación no hubiera sido posible, naturalmente, sin el generoso esfuerzo de los profesores que intervinieron en sus distintas sesiones, que asumieron el reto de transformar sus intervenciones orales en textos del rigor y la calidad que podrán apreciar quienes se acerquen a su lectura. A todos ellos nuestra gratitud. Lo mismo que a la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por hacer posible su publicación. El resultado son las páginas que siguen, que nos enorgullecemos en poner a disposición de la comunidad académica y profesional interesada en tomar el pulso al devenir del ordenamiento jurídico-laboral.

Lima y Salamanca, 16 de noviembre de 2015

Guillermo Boza Pró y Wilfredo Sanguinetti Raymond

Directores del III Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social

I.

Cambio económico, social y productivo
y relaciones de trabajo

LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO LABORAL ALA REALIDAD ECONÓMICA CAMBIANTE A TRAVÉS DE TREINTA Y UNA PROPOSICIONES

MANUEL CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Salamanca

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 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 de las relaciones sociales que legitima a través del contrato, el ordenamiento laboral limita la explotación de la fuerza de trabajo y garantiza importantes medios de acción a los trabajadores. Por 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 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.

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 bicentenaria 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 su contenido institucional o 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. 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, al menos de forma intermitente, a lo largo de toda su andadura histórica, para convertirse, por cierto —ya lo he apuntado desde hace tiempo—, en un *compañero de viaje histórico* de la misma. 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. 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 sobre las que descansa el sistema normativo laboral, cuyas expresiones más visibles y relevantes se sitúan en los profundos cambios advertidos en el propio proceso de producción de bienes y servicios, en la actividad económica y su globalización, en la estrategia empresarial, en la estructura y composición, así como en el comportamiento y actitud de las clases trabajadoras o, en fin, en la función y actividad de las organizaciones sindicales.

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.

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.

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: la delimitación 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—; 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—; el contenido del ordenamiento laboral y sus soluciones normativas —el debate sobre la *flexibilización* de los contenidos normativos—; y el terreno de las actitudes de los sujetos de las relaciones laborales —el debate sobre la *participación* y *cooperación* en las relaciones de trabajo.

Las propuestas de reforma han comenzado, desde luego, por la interrogación acerca de la configuración institucional de la propia disciplina jurídica del trabajo asalariado. 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 (*Libro verde. Modernizar el Derecho Laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, Bruselas, 2006). El documento se planteaba, 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 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 y como punto de convergencia de diversos objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social (*Memoria del director general. Trabajo decente*, Ginebra, 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.

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.

Esta tendencia de reforma normativa, visible ya desde hace años en los diferentes ordenamientos positivos, 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 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: la desregulación de la relación de trabajo, es decir, propiamente, la desaparición o retirada de la regulación imperativa que hasta el momento del repliegue normativo contenía la disciplina de un determinado supuesto; la autonomización de la relación de trabajo, o reforzamiento de la función normativa de la autonomía y de la negociación colectivas 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 —dispositivización de la norma legal, transferencia de materias reguladas por una norma estatal al ámbito de la negociación colectiva, ampliación de las materias que integran el contenido mínimo del convenio colectivo, etc—.

La revisión de la función uniformizadora de la negociación colectiva, a través de propuestas institucionales diversas: la contractualización de la regulación producto de la autonomía colectiva, o revisión de la eficacia normativa del convenio en beneficio de su consideración como un contrato, de carácter colectivo pero provisto tan solo de eficacia contractual; la limitación de la eficacia personal del convenio colectivo; 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; o, en fin, la remoción de determinados ingredientes definidores del sistema de negociación colectiva tradicional, la ultraactividad del convenio, de modo señalado.

Los profundos cambios imputables a factores económicos 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.

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—.

Las operaciones de adaptación institucional del ordenamiento laboral a los nuevos ámbitos económicos y sociales se completan 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. 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.

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 continuas en el ejercicio de la función social que tiene atribuida 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 actividad económica del modelo de referencia sigue descansando 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 proletarianización –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.

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.

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 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, 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.
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 y democrático 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 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, 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.

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 ha sucedido, por ejemplo, en el ordenamiento español, básicamente a partir de las reformas legislativas impulsadas desde 2012 en adelante. Estas normas han llevado a cabo, a través de instrumentos técnicos 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, 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.

LA PERSPECTIVA ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN LABORAL Y LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

DR. MIGUEL JARAMILLO⁽¹⁾

Investigador principal del Grupo de Análisis para el Desarrollo - GRADE

En esta presentación quisiera transmitirles la visión de la regulación del mercado laboral desde la perspectiva de la economía. En otras palabras, cómo vemos los economistas las normas del Derecho Laboral, sus motivaciones y objetivos. A partir de esta reflexión y la discusión de evidencia internacional presentó algunas reflexiones sobre la regulación del mercado laboral peruano.

I. PERSPECTIVA LEGAL Y PERSPECTIVA ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

Hay varios puntos de contraste entre la perspectiva de la economía y la perspectiva legal sobre el rol de la regulación del mercado laboral. Desde la perspectiva legal, la motivación y el objetivo de la regulación laboral es balancear una relación entre desiguales. Así, el Derecho Laboral se orienta a proteger al lado más débil de la relación, que entiende es el trabajador, y para esto apela a un conjunto de instrumentos: jornadas máximas, salarios mínimos, condiciones decentes de trabajo, etc., que, en general, buscan proteger algunas características socialmente deseables del empleo. Para nosotros los economistas, la justificación de la regulación laboral es la existencia de imperfecciones en el mercado. Si los mercados laborales funcionasen de manera competitiva, como los libros de texto sugieren que

(1) Director ejecutivo - Grupo de Análisis para el Desarrollo - GRADE.

funcionan, la intervención pública solamente haría daño. Sin embargo, entendemos que los mercados, como funcionan en la práctica, distan de lo que los libros de texto tratan de ilustrarnos sobre su funcionamiento.

Entonces, ¿cuáles son estas imperfecciones del mercado que el Derecho Laboral trata de corregir? En primer lugar, puede haber problemas de discriminación irracional: la gente tiene prejuicios y al usarlos en sus relaciones laborales atentan contra el bienestar social, reduciendo la oferta potencial de trabajadores o restringiéndola a ciertas ocupaciones/sectores de actividad. Segundo, falta de información: la información nunca es muy completa en el mercado laboral. Cuando un empleador va a contratar a una persona no conoce todas sus características, por más que trate de documentarse lo más posible. Incluso las consultoras de recursos humanos, que usan pruebas relativamente sofisticadas para identificar actitudes y aptitudes, tienen bastantes limitaciones para identificar el potencial o la productividad de los trabajadores, que es, a fin de cuentas, lo que le interesa a la empresa.

En tercer lugar, hay problemas de distribución desigual del poder que pueden derivarse de ventajas informativas o, en un caso más claro, cuando, por ejemplo, hay una sola empresa en una localidad, que es la que contrata a todos los trabajadores y, por lo tanto, puede abusar de su posición de dominio sobre ese mercado. Finalmente, la gente tiene preferencia por el presente; en lenguaje de economista, descuenta fuertemente el valor de un ingreso futuro con relación al presente. Esto hace que se tienda a subinvertir en el futuro y, por lo tanto, se requiere una intervención pública para proveer seguros apropiados contra eventualidades de salud, desempleo, e incluso frente a una eventualidad cierta como es la de jubilación. Estudios científicos muestran que la gente no incorpora bien ese futuro en sus decisiones presentes.

Entre estas dos perspectivas yo creo que debe haber un balance entre la necesidad de que el mercado haga su trabajo de asignar recursos eficientemente y al mismo tiempo haya cierta protección a derechos que consideramos fundamentales en las personas, en este caso, los trabajadores. En la práctica, sin embargo, la normativa laboral peruana o latinoamericana ha considerado muy poco la perspectiva de la economía, en contraste, por ejemplo, con la perspectiva sajona. En el caso del Perú, que sigue la vertiente latina del Derecho, son los abogados los que hacen las normas; la perspectiva económica típicamente no ha sido considerada. Los ejemplos más recientes de esto son las comisiones de elaboración del proyecto de Ley General del Trabajo, donde no ha participado un solo economista.

Es también importante notar, por otro lado, que la relación entre eficiencia y derechos laborales no siempre es armoniosa. Esa no es una característica peruana o latinoamericana, eso es así en cualquier parte del mundo: el tema laboral

siempre es un tema que suscita mucho debate, mucha discusión y posiciones muy polares. Una consecuencia de esto es que las normativas laborales en el mundo han tendido a ser bastante estables. Pocos gobiernos tienen el capital político y la convicción como para emprender reformas laborales profundas, y en muchos casos esas reformas laborales se han dado en países al borde de la cornisa, porque la situación no daba para mas, mas no porque se buscase un óptimo en esta relación.

II. CONSIDERACIONES SOBRE EL ROL DE LA REGULACIÓN EN EL MERCADO LABORAL

Algunas consideraciones son importantes para entender la perspectiva económica sobre las relaciones laborales. En primer lugar, la legislación solo ofrece el marco general en que se desarrollan las relaciones laborales. Los actores en el mercado de trabajo no leen sus normas laborales y después salen y hacen lo que dice el libro. Ellos buscan hacer lo mejor que pueden con la información que tienen, los trabajadores buscan el mejor trabajo que pueden encontrar para sus capacidades, los empleadores tienen que elegir el personal más adecuado para el funcionamiento de sus empresas y proveerles de los incentivos adecuados para maximizar su productividad.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, es en el mercado donde los agentes deciden qué, cómo y para quién se hace efectiva la regulación laboral. Un tema que separa aquí bastante a economistas y abogados es quién asume los costos de la regulación laboral. Un ejemplo característico es cuando uno le pregunta a un abogado ¿a quién le toca pagar la contribución a EsSalud? La respuesta no admite duda, es unánime: al empleador. ¿Por qué al empleador? Porque eso es lo que manda la ley: lea usted la ley y allí dice quién paga. Para un economista esto no es nada obvio: frente a la norma el empleador tiene opciones, una de ellas es no contratar trabajadores, sino contratar una tecnología que los sustituya. En este caso, esos empleos que no se demandan son parte del costo de la legislación.

Entonces, ¿qué pasa realmente en el mercado de trabajo cuando uno introduce normas que afectan la relación laboral, que afectan el costo de la contratación? Ese es un tema empírico que se observa en el mercado laboral y sobre lo que el análisis de las normas solo nos provee orientaciones conceptuales. Las normas, en este sentido, son orientadoras, pero no pueden eliminar las respuestas del comportamiento humano. Entonces, para nosotros los economistas es muy importante modelar las respuestas de los agentes frente a los incentivos y desincentivos que generan las normas. Así, si a mí me preguntan ¿quién paga la contribución a EsSalud? Yo contestaría: la norma dice que lo paga el empleador; si efectivamente lo paga el empleador, no lo sé, eso hay que averiguarlo y se necesita

recoger cierto tipo de datos para saber si efectivamente lo está pagando el empleador. Lo que dicen los estudios a nivel de América Latina es que, independientemente de lo que diga la ley, típicamente las contribuciones sociales son compartidas: las pagan en parte el empleador y en parte el trabajador.

Un tercer punto que es importante considerar es que, a pesar de que la ley puede orientarse a ciertos objetivos bien definidos, nunca se puede descontar que pueda tener efectos indirectos sobre algunos aspectos o grupos del mercado laboral que no son parte del objetivo de la norma. E, incluso, puede llegar a tener resultados opuestos a los esperados. Un caso típico de esto son, por ejemplo, las normas que dio el Congreso norteamericano en los años ochenta para promover el empleo de personas con discapacidad (*American Disabilities Act*). Esta norma obligaba a las empresas a proveer infraestructura que eliminara desventajas para la realización del trabajo por discapacitados y prohibía todo tipo de discriminación en la contratación, paga y terminación de contratos. Lo que mostraron los análisis de los efectos de esa norma es que, lejos de favorecerlo, esas normas redujeron el empleo de personas con discapacidad (Acemoglu y Angrist, 2001). Así, si el Congreso no hubiese dado ninguna norma, los empleadores hubiesen contratado más trabajadores con discapacidad de lo que contrataron luego de implementada la norma. Dos razones pueden estar detrás de este resultado. Por un lado, la inversión adicional para la contratación de un trabajador discapacitado y, por otro lado, el temor a juicios asociados a la implementación de estas normas.

Finalmente, cuarto, un tema muy relevante para nuestra realidad peruana es que, mientras más costoso sea cumplir con la ley, son mayores los incentivos para actuar fuera de la ley, esto es, actuar en la informalidad. Más adelante vamos a ver qué significa esto y cómo afecta al Perú.

Más generalmente, hay un conjunto de atributos que debería tener la legislación laboral, y su deseabilidad creo que puede ser ampliamente compartida entre economistas y profesionales del Derecho:

Claridad
Estabilidad
Universalidad
Flexibilidad
Ser susceptible de monitoreo
Generar bajos costos administrativos
Prever los costos asociados a su aplicación

Algunos de estos puntos, a pesar de parecer obvios, no necesariamente se siguen con facilidad. Por ejemplo, la deseabilidad de tener normas universales choca con la realidad del desarrollo del Derecho Laboral en el Perú de la última década, donde el énfasis ha estado en legislar para grupos específicos. Otros puntos quizá requieren aclaración. Por ejemplo, que una legislación sea susceptible de monitoreo significa que deberíamos tener la capacidad de saber qué efectos están teniendo esas normas y evaluar si están cumpliendo sus fines. Idealmente, cómo vamos a saber esto debería estar en las mismas normas. Un buen ejemplo de esto es la exitosa reforma laboral alemana de la década pasada, cuya aprobación incluyó la de la metodología para medir sus efectos. En la práctica nacional esto no se da.

III. LOS INSTRUMENTOS DE LA REGULACIÓN LABORAL

¿Cuáles son los instrumentos de la regulación laboral? Fundamentalmente, hay dos tipos de instrumentos: normas de protección del empleo y beneficios sociales obligatorios⁽²⁾.

Las normas de protección del empleo son normas que regulan cómo se debe contratar a un trabajador, cuál debería ser el contenido de estos contratos y cuáles son las reglas para resolverlos, reglas de compensación, procedimientos de despido y modalidades contractuales. Particularmente relevante en el Perú son las reglas de compensación en caso de despido, que el Tribunal Constitucional ha reescrito en la última década, interpretando que la “adecuada protección contra el despido arbitrario” del artículo 27 de la Constitución incluye la reposición en el puesto de trabajo. Así, todos los que participamos en el debate de la reforma laboral de los noventa estábamos equivocados al juzgar que la estabilidad laboral absoluta se había eliminado, tanto los que aborrecían la medida como los que la veíamos como positiva. El segundo grupo de instrumentos tiene que ver con los beneficios sociales de los trabajadores asalariados, algunos de los cuales son costos laborales no salariales mientras que otros no son más que salarios diferidos, como, por ejemplo, las gratificaciones. Esto incluye seguros obligatorios, aportaciones a EsSalud, aportes al sistema previsional y asignaciones familiares.

En cuanto a la protección del empleo, conceptualmente es un impuesto a la reasignación de la mano de obra. Si un empleador tiene producción que no es rentable y para eliminar esa producción tiene que despedir a algún trabajador, debe pagar una indemnización y eso es un costo adicional para hacer ese cambio. Si la

(2) Una discusión más amplia de estos temas se puede encontrar en Jaramillo, 2004.

reassignación de la mano de obra es entendida como parte de la búsqueda de productividad, la protección del empleo resulta un impuesto a la productividad. Hay otras discusiones asociadas a esto, sobre si se debe proteger empleos o a los trabajadores, que son dos cosas que pueden ser muy diferentes. Más adelante volveré sobre este punto.

¿Cuáles son los efectos de la protección del empleo? Se han identificado tres tipos de efectos. Un primer efecto es que en periodos de recesión, cuando las empresas tienden a despedir trabajadores porque la actividad económica se ha reducido, si hay normas que protegen el empleo a través de indemnizaciones al trabajador, las empresas van a despedir menos de lo que despedirían en ausencia de estas normas. Este es el mecanismo en que se enfoca típicamente el rol proteccionista de la legislación laboral: hay que limitar los despidos, son situaciones indeseables, los despidos causan mucho dolor, entonces hay que pararlos. ¿Cómo se hace esto? Con altos impuestos a la resolución de los contratos laborales. Este, sin embargo, no es el único efecto.

Un segundo efecto de la protección del empleo es desalentar la contratación en periodos de expansión. Los empleadores, cuando contratan a un trabajador, observan los costos de la eventualidad de tener que despedirlo si en algún momento se ven en la necesidad de reducir su producción. Así, la protección de empleo implica un costo potencial para el empleador. Por tanto, van a contratar menos de lo que contratarían en ausencia de costos de terminación de la relación laboral, a menos que puedan trasladar ese costo al trabajador, por ejemplo, vía un salario menor. Para ver este efecto, consideren una pena muy extrema por despedir a un trabajador, digamos, la pena de muerte. ¿Alguien se animaría a contratar a un trabajador bajo esta regla?

El tercer efecto es el desaliento a la creación de nuevas empresas. El argumento en este caso es similar al anterior. Si un empresario está tratando de fundar una nueva empresa, uno de los factores en los que se va a fijar es en con qué tanta facilidad puede contratar y descontratar trabajadores. Particularmente, cuando un empresario inicia un nuevo emprendimiento no puede estar seguro de si le va a ir bien o mal, por lo tanto, va a tener que considerar, en el evento de que no le vaya bien, cuánto le va a costar tener que despedir a sus trabajadores o en el caso extremo deshacer su empresa.

El efecto neto de la protección del empleo va a ser función del tamaño de cada uno de estos tres efectos.

Hay un conjunto de literatura sobre efectos empíricos de la protección del empleo sobre variables del mercado laboral, que la Tabla 1 (siguiente página) trata

de resumir. En cuanto a empleo, algunos estudios identifican efectos negativos (v.g., a más protección, menor empleo), otros no logran identificar efectos (efectos no significativos), pero ninguno encuentra efectos positivos sobre el empleo. Hay menos estudios que hayan investigado la relación entre protección y desempleo. Algunos no encuentran asociación mientras que otros encuentran que a mayor protección, mayores tasas de desempleo. Desagregando la tasa de desempleo, tres efectos preocupantes de una protección del empleo más estricta aparecen claros: eleva el desempleo estructural, el desempleo de largo plazo y el desempleo juvenil (Addison y Texeira, 2001).

Tabla 1. Efectos de la protección del empleo: evidencia internacional

Variable	Efectos negativos	Efecto no significativo	Efectos positivos
Empleo	Lazear (1990); Grubb y Wells (1993); Addison y Grosso (1996); Nickell (1997); Nicoleta y Scarpetta (2001); Addison y Texeira (2003); Mondino y Montoya (2000); Saavedra y Torero (2002)	Addison, Teixeira y Grosso (2000), Garibaldi y Mauro (1999), y Freeman (2001); Pagés y Montenegro (1999); Paes de Barros y Corseuil (2000)	
Desempleo		Blanchard (1998); Nickell (1997); Addison y Grosso (2000)	Elmeskov, Scarpetta y Martin (1998); Lazear (1990); Addison y Grosso (1996); Kugler (2000)
Rotación laboral		Paes de Barros y Corseuil (2001)	Blanchard y Portugal (2001); Kugler (2000); Saavedra y Torero (2002); Gonzaga (2003)
Distribución del empleo	Nickell (1997); Montenegro y Pagés (2003); Addison y Texeira (2001)		
Informalidad			Saavedra y Chong (2003), Saavedra y Maruyama (2000)

En relación a la rotación laboral, una primera evidencia sobre la que existe mayor unanimidad es que esta es alta, independientemente de cuán proteccionista es la legislación (BID, 2004). Así, el proceso de creación y destrucción de empleos es muy dinámico y parece ser una característica de la economía contemporánea, asociada al rápido cambio tecnológico y el más corto ciclo de vida de los productos. La diferencia entre países más y menos proteccionistas está en que en los primeros las pérdidas de empleo tienden a darse más a través del cierre de empresas, mientras que en los segundos las empresas pueden adaptarse mejor a los cambios en los mercados en que compiten. Consistente con esta característica, Blanchard y Portugal (2001) sugieren, a partir de evidencia para países de la OCDE, que las medidas de protección del empleo reducirían los flujos de empleo de corto plazo (entre trimestres), aunque no tendrían relación con la rotación de largo plazo (más de un año). En América Latina, Kugler (2000) encuentra una relación positiva entre menor protección del empleo en Colombia y mayor rotación laboral, esto es, periodos más cortos de empleo, pero también de desempleo. De manera similar, Saavedra y Torero (2000) encuentran, luego de la reforma laboral de 1991 que redujo los costos de despido, una disminución significativa en la duración promedio del empleo en Perú. En el caso de Brasil, se sostiene que los incrementos en la protección del empleo, impulsados por la reforma constitucional de 1988, redujeron el efecto de los *shocks* macroeconómicos sobre la volatilidad del empleo, aunque dicho efecto sería pequeño. Sin embargo, durante el mismo episodio, Paes de Barros y Corseuil (2001) no encuentran relación significativa entre el incremento de la protección del empleo y el número de personas despedidas o que renuncian a su empleo, aunque admiten que otros cambios en la legislación pueden estar detrás de este resultado⁽³⁾.

Los estudios sobre los efectos distributivos de la protección del empleo también aportan evidencia más concluyente. En general, los estudios sobre el tema encuentran efectos adversos de la legislación protectora sobre el empleo de las mujeres, los jóvenes y los menos educados⁽⁴⁾. Finalmente, una protección del empleo alta estaría asociada con una mayor informalidad en el mercado laboral.

(3) En efecto, en el caso brasileño existe otro tipo de regulaciones que pueden interferir con estos resultados. La legislación en dicho país establece que el empleador debe depositar mensualmente 8 % de la remuneración del trabajador en una cuenta individual, el Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Si un trabajador renuncia voluntariamente al empleo, no tiene derecho a reclamar dichos fondos. En contraposición, cuando un trabajador es despedido, recibe el FGTS más los intereses acumulados. Adicionalmente, el trabajador despedido tiene derecho a recibir una indemnización equivalente a un porcentaje del monto acumulado en el FGTS. La reforma laboral de 1988 incrementó el porcentaje de la indemnización del 10 % al 40 % del FGTS. En tal sentido, este hecho puede haber inducido a un considerable número de trabajadores a buscar su despido para poder acceder al FGTS y la indemnización, ya que, de haber renunciado voluntariamente, no habrían recibido ningún tipo de compensación. Para mayores detalles, ver: Paes de Barros y Corseuil (2002) y Amadeo, Gill y Nerí (2000).

(4) Véase Nickel (1997) para países de la OCDE y Pagés (2003) para América Latina.

En cuanto a los beneficios sociales, o costos laborales no salariales, hay también ciertas evidencias empíricas que el análisis de los mercados laborales revela. Un resumen muy apretado indica que, en primer lugar, independientemente de lo que mande la ley, los costos no salariales son compartidos entre empleados y empleadores. En segundo lugar, ante la existencia de estos costos, las firmas pueden reducir sus niveles de empleo. Más allá de reducir los niveles de empleo, la regulación puede estar induciendo a las firmas a operar en el sector informal de la economía como manera de evadir las regulaciones (Saavedra, 2003; Freije, 2001). En tercer lugar, los trabajadores no valorarían en su integridad los beneficios sociales que, en teoría, buscan protegerlos. Al menos, muchos de ellos no estarían dispuestos a pagar por ellos y, por ello, buscarían emplearse en el sector informal. Finalmente, hay evidencia abundante de que la elasticidad de la demanda es negativa, es a mayor costo laboral, el empleo tiende a ser menor.

IV. SOBRE LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA Y LAS REFORMAS DE LOS NOVENTA

Al inicio de la década de los noventa, las políticas económicas de aislamiento internacional y fuerte rol del Estado en la economía habían llevado a un escenario de dramático declive de la capacidad productiva: el PBI per cápita cayó un tercio entre 1988 y 1990 (solo comparable a experiencias de otros países en contextos de guerra), los precios se duplicaban semanalmente y la insanía terrorista amenazaba la existencia misma del Estado. Consistente con el nivel de protección de la producción nacional, el derecho laboral tenía un fuerte énfasis en la protección del empleo. Por esta se entendía la protección de los empleos existentes. La Organización Internacional del Trabajo (OIT), que suscribe un rol activo de los gobiernos en la protección del trabajador, describía la normativa laboral peruana vigente entonces como “la más rígida, proteccionista, intervencionista y confusa de América Latina” (OIT, 1994). En ese contexto, se inició un conjunto de reformas para recuperar la estabilidad macroeconómica, buscar la integración de la economía al mundo y reducir el rol del Estado. Estas reformas implicaban pasar de una economía altamente protegida a otra que aspiraba a competir en el mundo. Este es el contexto en el que se dan las reformas laborales de los noventa.

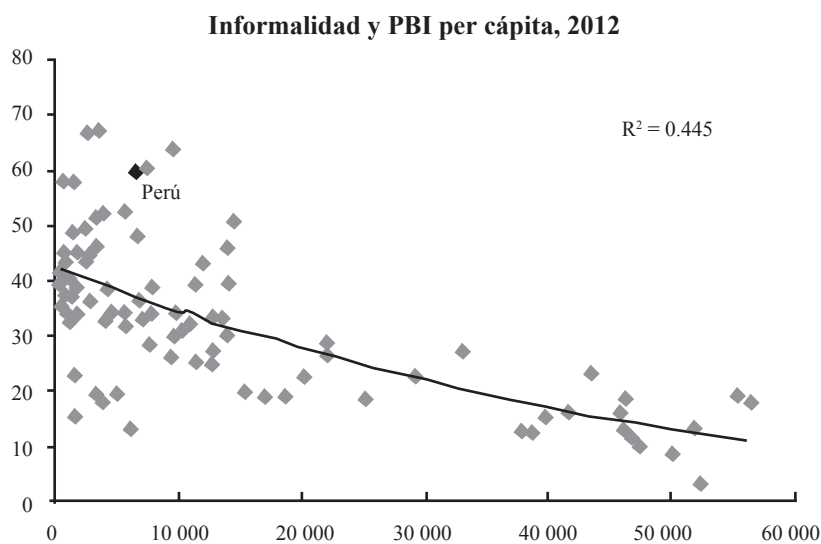
¿Qué hicieron las reformas de los noventa? Fundamentalmente, flexibilizar los márgenes de acción dentro del marco normativo. No se cambió el principio tradicional de la prohibición de despedir salvo por causa grave. Sin embargo, se quiso eliminar la estabilidad laboral absoluta, sustituyéndose en la Constitución por el principio de protección adecuada contra el despido. Ahora el Tribunal

Constitucional ha interpretado que nada de esto es cierto y que la reposición en el puesto de trabajo sigue siendo la vía preferida de resarcimiento contra el despido arbitrario. Por otro lado, se facilitó el uso de los contratos temporales y se cambió la estructura de la CTS. El conjunto es lo que un libro de la OIT describe acertadamente como “flexibilización en el margen” (Tokman y Martínez, 1999).

Es importante señalar que las reformas preservaron un concepto culposo del despido. Esto es, la terminación del contrato laboral indefinido no es vista como un evento producto de cambios en las condiciones económicas, tecnológicas o de gestión de las empresas, sino, más bien, es un hecho culposo. En el caso de haber ocurrido una falta grave, la culpa es del trabajador y, documentado el hecho, procede el despido. En todos los otros casos el culpable es el empleador, quien debe indemnizar al trabajador. Una conceptualización alternativa implicaría aceptar la rotación laboral, independientemente de si su origen es el empleador o el empleado, como parte de la dinámica natural del sistema económico y proveer que el trabajador esté adecuadamente protegido en estas circunstancias. Esto es, que tenga un ingreso temporal de reemplazo, acceso a servicios para la reinserción laboral y, de ser pertinente, reentrenamiento. En este esquema, la protección se orienta al trabajador y no al puesto de trabajo.

En cuanto a los contratos temporales, las principales reformas en los noventa fueron eliminar el requisito de aprobación por parte del Ministerio de Trabajo, sustituyéndose por el registro, la introducción de nuevas modalidades y la ampliación de su duración, primero de dos a tres años y luego, en el año 1995, hasta 5 años.

Tener una legislación progresista, que busca proteger al trabajador y que garantiza beneficios sociales para este, puede ser consistente con niveles más altos de bienestar social, siempre y cuando las normas se cumplan. Sin embargo, lo que uno observa es un bajo cumplimiento de las normas laborales o una alta informalidad laboral. ¿Cómo se compara Perú con otros países a este respecto? El siguiente gráfico asocia niveles de ingreso per cápita anual con tasas de informalidad, cada punto es un país y el punto más claro es Perú. La recta es la curva muestra el promedio en la relación entre nivel de informalidad e ingreso per cápita. Como se puede observar, Perú tiene un nivel de informalidad bastante elevado, incluso si nos comparamos solamente con países con nuestro nivel de ingreso; esto es, si miramos países de alrededor de US\$ 10,000 de ingreso per cápita, la tasa de informalidad está alrededor del 40 por ciento, mientras que en el caso del Perú pasa del 60 por ciento. Entonces, lo que sugiere este gráfico es que hay un exceso de informalidad en el Perú. Para un economista esto es evidencia de regulación inadecuada.



Fuente: Banco Mundial

Los siguientes dos gráficos comparan los costos de terminación de un contrato laboral con otros países de América Latina y con otras regiones del mundo. Ambos sugieren que los costos de terminación de la relación laboral tienden a ser más altos en Perú. Acaso más interesante es que los costos de terminación de la relación laboral son mucho más altos en América Latina que en otras regiones, particularmente que en países desarrollados. Esto tiene que ver con las diferentes concepciones de la terminación de la relación laboral: en países del norte de Europa (Inglaterra, Noruega, Dinamarca, Alemania, entre otros) es la seguridad social la que se encarga de que el bienestar del trabajador no se vea afectado sustancialmente por la pérdida del empleo y se entiende la pérdida del empleo como una eventualidad que ocurre en mercados laborales dinámicos.

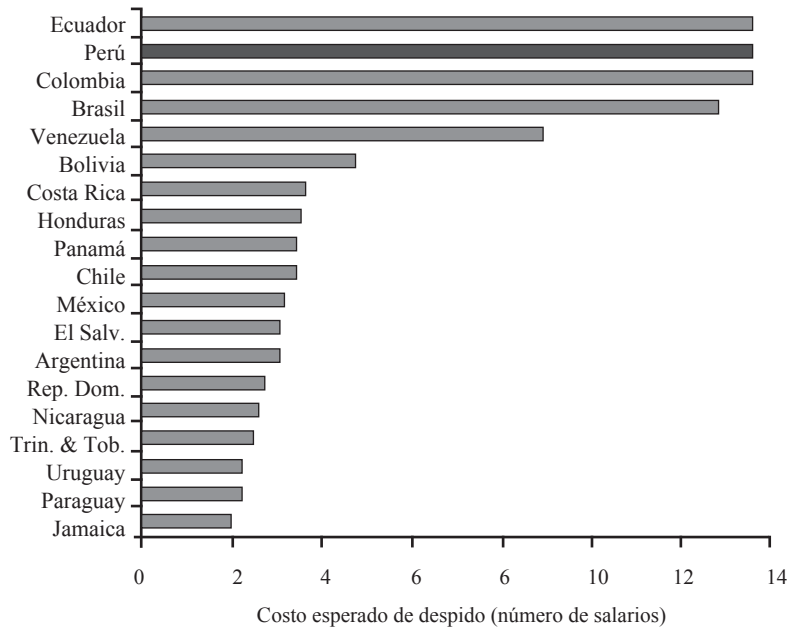
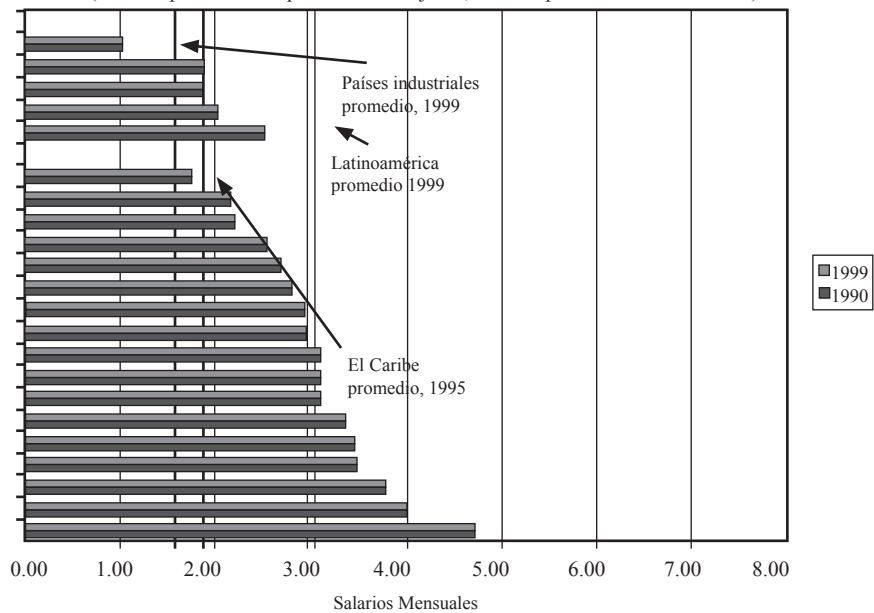


Gráfico 1: Índice de seguridad de empleo
(Costo esperado de despedir a un trabajador, en múltiplos del salario mensual)



Fuente: National Bureau of Economic Research - Law and Employment, 2004.

En este contexto, los beneficios de una legislación protectora y que busca asegurar ciertos derechos a los trabajadores asalariados solamente llegan a una pequeña porción de la fuerza laboral. Hay, pues, un déficit y una tarea pendiente en términos de generar una regulación que permita un mayor acceso efectivo a lo que la sociedad considera derechos básicos.

V. REFERENCIAS

Acemoglu, D. y Angrist, J. (2001) Consequences of Employment Protection? The Case of the Americans with Disabilities Act. *Journal of Political Economy*, vol. 109, n. 5.

Addison, J. y J. Grosso (1996). Job Security Provisions and Employment: Revised Estimates. *Industrial Relations* (35): 585-603.

Addison, J. y P. Teixeira (2001). *The Economics of Employment Protection*. Documento de Trabajo, N° 381. Bonn: Institute for the Study of Labor (IZA).

Addison, J., P. Teixeira y J. Grosso (2000). The Effect of Dismissals Protection on Employment: More on a Vexed Theme. *Southern Economic Journal* (67): 105-22.

Amadeo, E., I. Gill y M. Neri (2000). Brazil: The Pressure Points in Labor Legislation. *Ensaaios Econômicos da EPGE* 395. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas.

Banco Interamericano de Desarrollo (2004). Informe sobre el Progreso Económico y Social: “Se buscan buenos empleos: los mercados laborales en América Latina”. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Blanchard, O. (1998). *Employment protection and unemployment*. Draft. Harvard University, Cambridge, MA.

Blanchard, O. y P. Portugal (2001). What Hides Behind an Unemployment Rate: Comparing Portuguese and U.S. Labor Markets. *American Economic Review* (91): 187-207.

Elmeskov, J., J. Martin y S. Scarpetta (1998). Key Lessons for Labor Market Reforms: Evidence from OECD Countries’ Experiences. *Swedish Economic Policy Review* 5 (2): 207-252.

Freeman, R. (2001). Institutional Differences and Economic Performance among OECD Countries. CEP Discussion Papers N° 557. Londres: Centre for Economic Performance, London School of Economics.

Freije, S. (2001). El empleo informal en América Latina y el Caribe: causas, consecuencias y recomendaciones de política. Documento preparado para el “Primer Seminario Técnico de Consulta Regional sobre Temas Laborales”, organizado por el Banco Interamericano de Desarrollo. Ciudad de Panamá (noviembre).

Garibaldi, P. y P. Mauro (1999). Deconstructing Job Creation. Documento de Trabajo 99/109. Washington D.C.: Fondo Monetario Internacional.

Gonzaga, G. (2003). *Labor Adjustment Dynamics in Brazilian Manufacturing*. Rio de Janeiro: Pontificia Universidad Católica (mimeo).

Grubb, D. y W. Wells (1993). Employment Regulation and Patterns of Work in EC Countries. *OECD Economic Studies* (21): 7-58.

Heckman, J. y C. Pagés, editores (2002). *Law and Employment: Lessons from Latin America and the Caribbean*. Chicago: National Bureau of Economic Research y University of Chicago Press.

Jaramillo, M. (2004) *La Regulación del Mercado Laboral en Perú*. Proyecto CRECER.

Kugler, A. (2000). The Incidence of Job Security Regulations on Labor Market Flexibility and Compliance in Colombia: Evidence from the 1990 Reform. Documento de trabajo # R-393. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Lazear, E. (1990). Job Security Provisions and Employment. *Quarterly Journal of Economics*, 105 (Octubre): 699-726.

Mondino, G. y S. Montoya (2000). The Effects of Labor Market Regulations on Employment Decisions by Firms: Empirical Evidence for Argentina. Documento de trabajo # R-391. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Montenegro, C y C. Pagés (2003). Who benefits from Labor Market Regulations? Chile 1960-1998. Documento de Trabajo N° 9850. Cambridge: National Bureau of Economic Research.

Nickell, S. (1997). Unemployment and Labor Market Rigidities: Europe versus North America". *Journal of Economic Perspectives* (11): 55-74.

Nicoletti, G. y S. Scarpetta (2001). Interactions between Product and Labor Market Regulations: Do They Affect Unemployment? Evidence from OECD Countries. Documento presentado en la Conferencia "Labor Market Institutions and Economic Outcomes", organizada por el Banco de Portugal. Cascais, (junio).

Oficina Internacional del Trabajo (1994). El desafío del empleo en América Latina y el Caribe. Lima: Oficina Internacional de Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, documento de trabajo N° 7.

Paes de Barros, R. y C. Corseuil (2001). The Impact of Regulations on Brazilian Labor Market Performance. Documento de Trabajo # R-427. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Pagés, C., y Montenegro, C. (1999). Job security and the age composition of employment: Evidence from Chile. IADB Working Paper N° 398. Washington, D.C.: Inter-American Development Bank.

Saavedra, J. (2003). Labor Markets during the 1990s. En: Kuczynski P. y J. Williamson (editores), *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*. Washington D.C.: Institute of International Economics.

Saavedra, J. y A. Chong (2003). Explaining increases in informality during the nineties in Latin America: the case of Peru. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo (versión preliminar - marzo).

Saavedra, J. y E. Maruyama (2000). Estabilidad laboral e indemnización: efectos de los costos de Despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano. Documento de Trabajo N° 28. Lima: Grupo de Análisis para el Desarrollo - GRADE.

Saavedra, J. y M. Torero (2000). Labor Market Reforms and Their Impact on Formal Labor Demand and Job Market Turnover: The Case of Peru. Documento de Trabajo # R-394. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo.

Saavedra, J., y Torero, M. (2002). Union density changes and union effects on firm performance in Peru.

Tokman, V. y D. Martínez (1999). Costo laboral y competitividad en el sector manufacturero en América Latina. Revista de la CEPAL N° 69. Santiago: Comisión Económica para América Latina.

SITUACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO Y COSTOS LABORALES EN EL PERÚ

FERNANDO CUADROS LUQUE⁽¹⁾

Especialista en Economía Laboral

I. DIAGNÓSTICO DEL MERCADO LABORAL

1. Contexto económico

En el periodo 2002-2013 se registró una significativa fase de expansión de la economía nacional, la cual solo se vio interrumpida temporalmente en el año 2009, como resultado de la desaceleración de la economía internacional, derivada de la crisis financiera acaecida en Estados Unidos y Europa, dos de nuestros principales mercados de exportación.

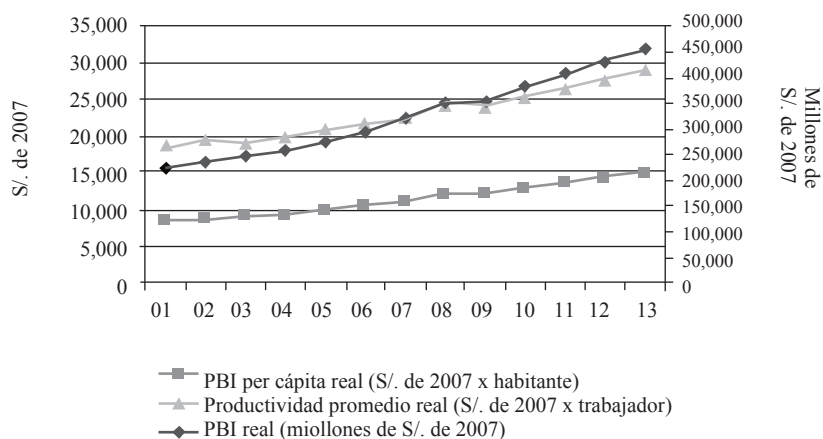
Dicha situación se ve reflejada en el importante crecimiento observado en el producto bruto Interno (PBI), PBI per cápita y productividad promedio reales en el referido periodo, los cuales se incrementaron anualmente en 6,1 %, 4,9 % y 3,7 % en promedio, respectivamente, como se desprende de los gráficos N° 1 y N° 2.

(1) Licenciado en Economía por la Universidad del Pacífico. Especialista en Economía Laboral. Profesor del curso Políticas Públicas Laborales y Responsabilidad Social Empresarial de la maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se ha desempeñado como asesor en el Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y como asesor del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo. Actualmente se desempeña como especialista de la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil.

Los puntos de vista expresados en este documento de trabajo corresponden a los del autor y no reflejan necesariamente la posición de la entidad donde actualmente labora.

Gráfico N° 1

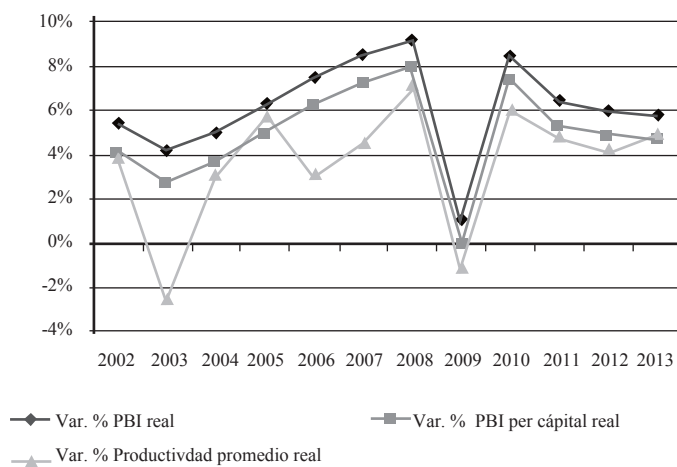
Perú: Evolución del PBI, PBI per cápita y Productividad real 2001 - 2013



Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).
Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

Gráfico N° 2

Perú: Variación porcentual anual del PBI, PBI per cápita y productividad real 2002 - 2013

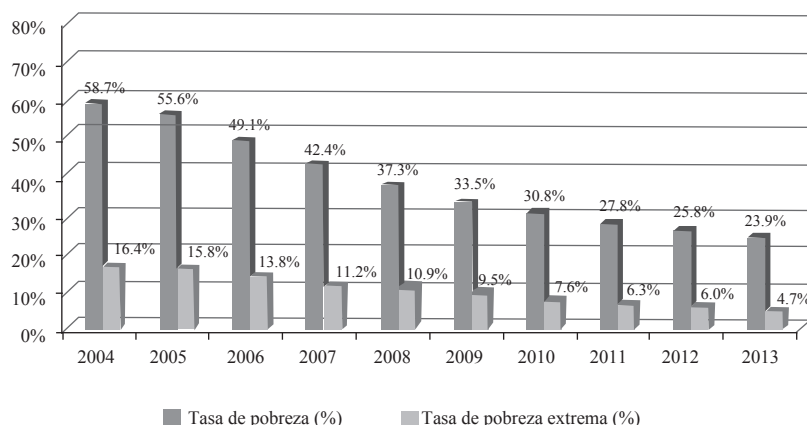


Fuente: INEI y BCRP.
Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

Ello implicó la reducción de las tasas de pobreza⁽²⁾ y pobreza extrema⁽³⁾, que pasaron de 58,7 % y 16,4 % en el 2004 a 23,9 % y 4,7 % en el 2013, respectivamente; es decir, disminuyeron en 34,8 y 11,7 puntos porcentuales (ver gráfico N° 3).

Gráfico N° 3

**Perú: Evolución de las tasas de pobreza y pobreza extrema*
2004 - 2013**



* Pobreza monetaria

Fuente: Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (ENAH), INEI.

Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

2. Evolución del mercado de trabajo

2.1. Características generales

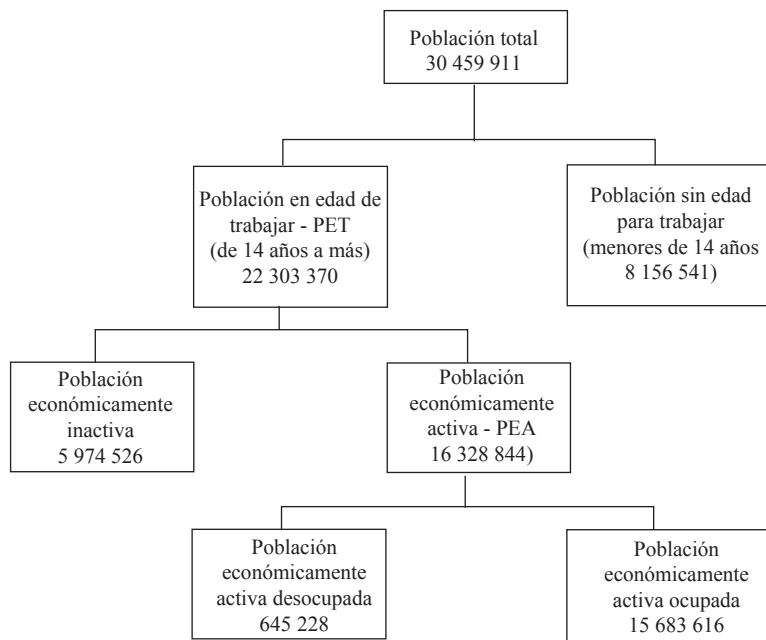
La población en edad de trabajar⁽⁴⁾ (PET) en nuestro país está conformada por 22,3 millones de personas (73,2 % de la población total), de las cuales 16,3 millones se encuentran trabajando o buscando trabajo (población económicamente activa - PEA) y 6,0 millones están inactivas, es decir, no trabajan ni buscan trabajo (estudiantes, amas de casa, etc.), como figura en el gráfico N° 4.

- (2) Porcentaje de la población cuyo gasto es inferior al valor de la canasta básica de consumo familiar per cápita (línea de pobreza).
- (3) Porcentaje de la población cuyo gasto es inferior al valor del componente alimentario de la canasta básica de consumo familiar per cápita (línea de pobreza extrema).
- (4) Constituida por las personas de 14 años a más.

Del total de la PEA, 15,7 millones de personas (96,0 %) están trabajando –PEA ocupada– y poco más de 600 mil (4,0 %) están desempleadas.

Gráfico N° 4

Perú: Distribución según condición de actividad
2013



Fuente: ENAHO, INEI / Dirección de Inversión Socio Económica Laboral (DISEL), MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

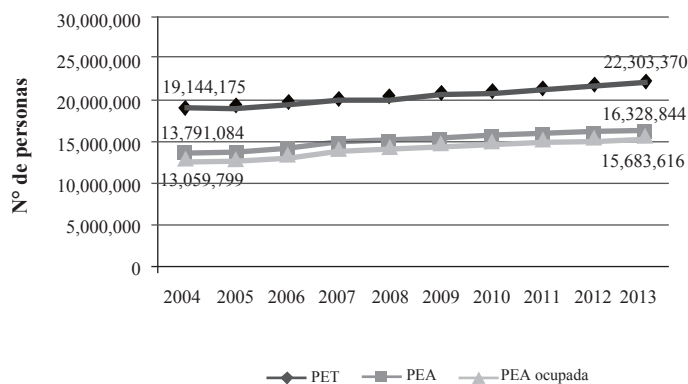
En el periodo 2004-2013, la PET, PEA y PEA ocupada crecieron a una tasa promedio anual de 1,7 %, 1,9 % y 2,0 %, respectivamente, lo cual redundó en el incremento de las tasas de actividad⁽⁵⁾ (de 72,0 % a 73,2 %) y ocupación⁽⁶⁾ (de 68,2 % a 70,3 %), como se aprecia en los gráficos N° 5 y N°6.

(5) Porcentaje de la PET que está trabajando o buscando activamente trabajo.

(6) Porcentaje de la PET que está trabajando.

Gráfico N° 5

Perú: Evolución de las PET*, PEA** y PEA ocupada***
2004 - 2013



* Población en edad de trabajar (de 14 años a más).

** Población económicamente activa (población de 14 años a más que se encuentra trabajando o buscando activamente trabajo).

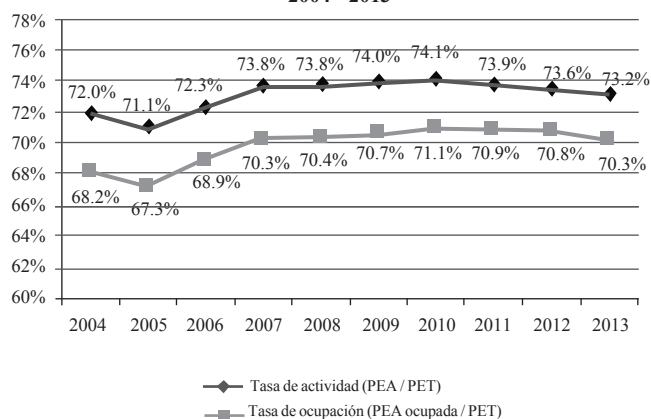
*** Población económicamente activa ocupada (población de 14 años a más que se encuentra trabajando).

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

Gráfico N° 6

Perú: Evolución de las tasas de actividad y
ocupación
2004 - 2013



Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

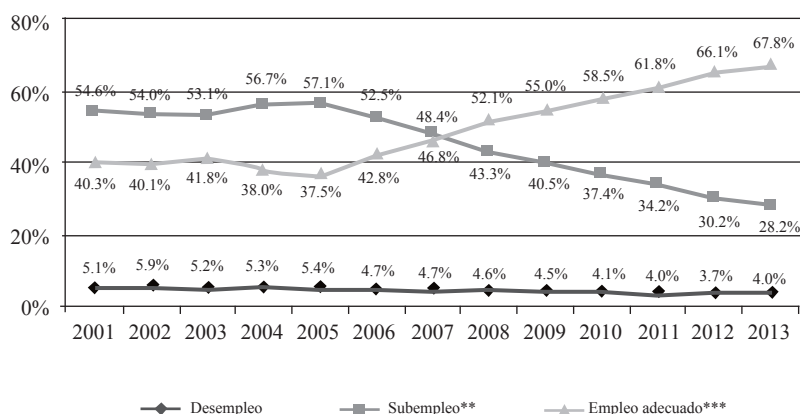
Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

De otro lado, como consecuencia del crecimiento económico descrito en la sección anterior, las tasas de desempleo y subempleo mostraron una clara tendencia decreciente. En el caso de la primera, se redujo de 5,3 % a 4,0 % entre los años 2004 y 2013, mientras que la segunda lo hizo de 56,7 % a 28,2 % (ver gráfico N° 7).

En cuanto a la tasa de empleo adecuado, mostró una importante tendencia creciente, pasando de 38,0 % a 67,8 % en el mismo periodo; sin embargo, no debemos perder de vista que se trata de un indicador basado en criterios estrictamente económicos (principalmente nivel de ingresos laborales respecto a la canasta básica de consumo familiar), lo cual implica que no necesariamente es sinónimo de empleo formal o trabajo decente (en términos de la Organización Internacional del Trabajo), ya que no considera el acceso pleno a los beneficios laborales ni a la protección social en salud y pensiones, entre otros.

Gráfico N° 7

Perú: Evolución de las tasas de desempleo, subempleo y empleo adecuado 2001 - 2013



* Porcentaje de la PEA que no está trabajando pero busca activamente insertarse en un puesto de trabajo.

** Porcentaje de la PEA que trabaja menos de 35 horas semanales y desea trabajar más horas o trabaja 35 horas o más, pero percibe un ingreso laboral inferior a la mitad del valor de la canasta básica de consumo familiar.

*** Porcentaje de la PEA que trabaja menos de 35 horas semanales y no desea trabajar más horas o trabaja 35 horas o más y percibe un ingreso laboral igual o mayor a la mitad del valor de la canasta básica de consumo familiar.

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

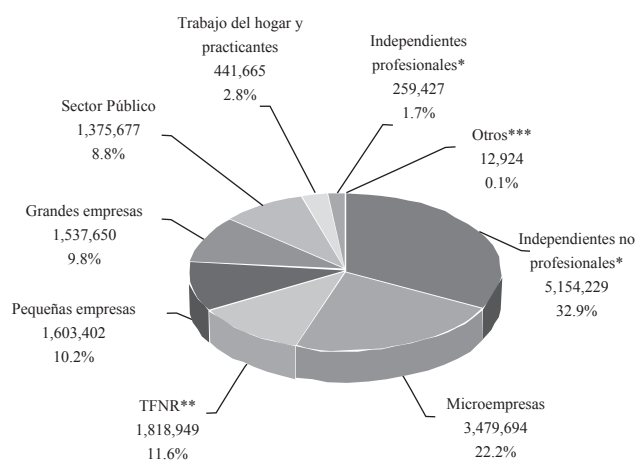
Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

Por otro lado, respecto a la composición de la PEA ocupada según estructura de mercado, debemos señalar que está concentrada en el segmento de independientes que realizan actividades no profesionales ni técnicas (32,9 %), seguido de

la microempresa (22,2 %), los trabajadores familiares no remunerados (11,6 %), la pequeña empresa (10,2 %), la gran empresa (9,8 %), el sector público (8,8 %), los trabajadores del hogar y practicantes (2,8 %)⁽⁷⁾ y los independientes que realizan actividades profesionales o técnicas (1,7 %), como figura en el gráfico N° 8.

Gráfico N° 8

**Perú: Distribución de la PEA ocupada según estructura de mercado
2013**



* Se refiere al tipo de actividad realizada.

** Trabajadores familiares no remunerados.

*** Asalariados privados y empleadores sin tamaño de empresas especificado.

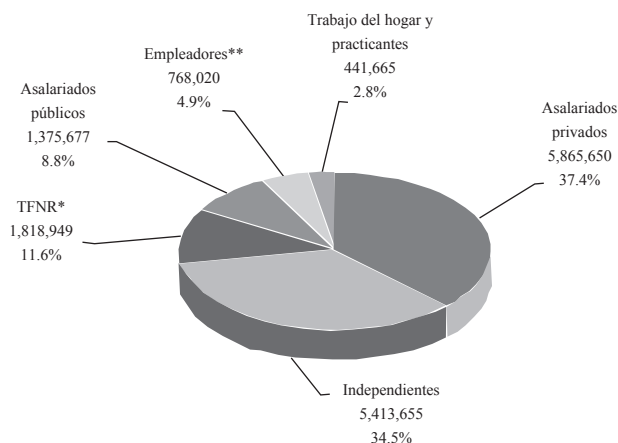
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

Según categoría ocupacional, la PEA ocupada está compuesta principalmente por asalariados privados (37,4 %) –la Ley General del Trabajo cubriría básicamente a este segmento– e independientes (34,5 %), seguidos de los trabajadores familiares no remunerados (11,6 %), los asalariados públicos (8,8 %), los empleadores (4,9 %) y los trabajadores del hogar y practicantes (2,8 %), como se aprecia en el gráfico N° 9.

(7) 2,6 % (405 929 trabajadores) en el caso de los trabajadores del hogar y 0,2 % (35 736 personas) en el de los practicantes (modalidades formativas laborales).

Gráfico N° 9
Perú: Distribución de la PEA ocupada según categoría ocupacional
2013



* Trabajadores familiares no remunerados.

** Del Sector Privado,

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

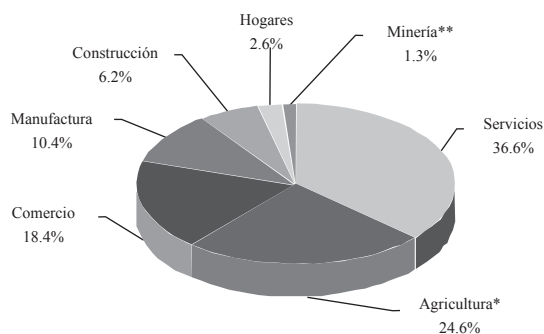
Es relevante destacar que entre los años 2004 y 2013 se registró un importante incremento de la participación de los asalariados privados en el total de la PEA ocupada, pasando de 29,7 % a 37,4 %, como resultado del significativo crecimiento económico observado en dicho periodo.

El mayor incremento se dio en el sector empresarial moderno (gran empresa), seguido de la pequeña y micro empresa, lo cual es indicio de una mayor formalización laboral en el segmento asalariado privado del mercado de trabajo, como veremos más adelante.

En cuanto al tipo de actividad económica realizada por los trabajadores, en el gráfico N° 10 podemos apreciar que el 79,6 % de la PEA ocupada se desempeña en los sectores servicios (36,6 %), agricultura (24,6 %) y comercio (18,4 %) –actividades donde predominan los bajos niveles de productividad–, seguidos de manufactura (10,4 %), construcción (6,2 %), hogares (2,6 %) y minería (1,3 %).

Gráfico N° 10

Perú: Distribución de la PEA ocupada según actividad económica 2013



* Incluye además ganadería, silvicultura.

** Incluye además hidrocarburos.

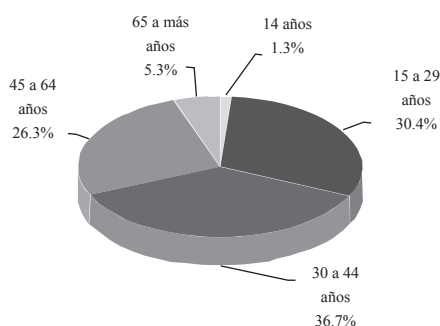
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

Respecto a la distribución de los trabajadores según rango de edad, debemos señalar que el 31,7 % son jóvenes (14 a 29 años) y 5,3 % adultos mayores (de 65 a más años); 36,7 % están en el rango de 30 a 44 años y 26,3 % en el de 45 a 64 años, como figura en el gráfico N° 11.

Gráfico N° 11

Perú: Distribución de la PEA ocupada según rango de edad 2013



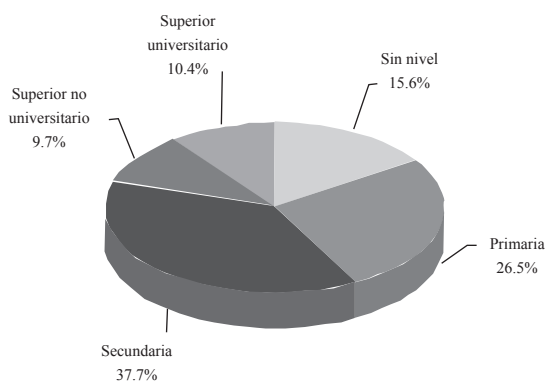
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

Es importante resaltar que solo la quinta parte (20,1 %) de la PEA ocupada cuenta con educación superior completa, ya sea universitaria (10,4 %) o técnica (9,7 %); mientras que el 37,7 % únicamente ha logrado concluir la educación secundaria y el 26,5 % la primaria. Incluso poco menos de la quinta parte (15,6 %) no ha logrado alcanzar nivel alguno (ver gráfico N° 12).

Ello nos muestra que en nuestro país predomina la mano de obra poco calificada, situación que se ve agravada por la escasa calidad observada en la educación pública básica e incluso en muchas entidades privadas y públicas que brindan servicios de educación superior (además de los problemas de pertinencia en la educación brindada con relación a la demanda de trabajo).

Gráfico N° 12
Perú: Distribución de la PEA ocupada según nivel educativo culminado 2013



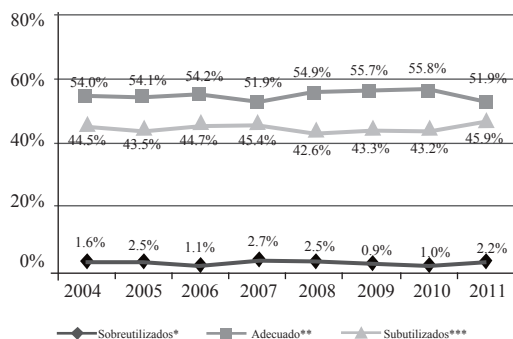
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Lupe

Dicha situación se ve reflejada en los niveles de adecuación laboral observados en la PEA ocupada con educación superior completa en el periodo 2004-2011, donde, en promedio, el 44,1 % de trabajadores estuvo subutilizado, es decir, se desempeñó en una ocupación que requería un nivel de formación inferior al adquirido (ver gráfico N° 13)⁽⁸⁾.

(8) Lamentablemente, dicha información está disponible solo para Lima metropolitana y hasta el año 2011.

Gráfico N° 13

Lima metropolitana: evolución de la PEA ocupada con educación superior completa según educación del tiempo 2004 - 2011

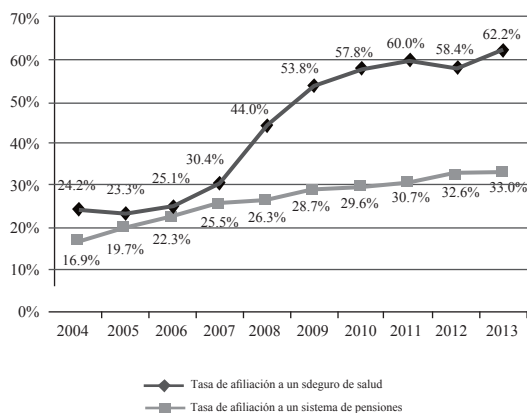


* Profesionales que se desempeñan en una ocupación que requiere un mayor nivel de formación que el adquirido.
 * Profesionales que se empuen en una ocupación donde los niveles de formación adquirido y requerido son compatibles.
 ** Profesionales que se desempeñan en una ocupación que requiere un nivel menor de formación que el adquirido.
 Fuente: Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo, MTPE / DISEL, MTPE.
 Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

De otro lado, el nivel de protección social en salud y pensiones de la PEA ocupada se incrementó de manera significativa en el periodo 2004-2013, pasando de 24,2 % a 62,2 % en el primer caso y de 16,9 % a 33,0 % en el segundo (ver gráfico N° 14).

Gráfico N° 14

Perú: Evolución de la protección social en salud y pensiones de la PEA ocupada 2004 - 2013

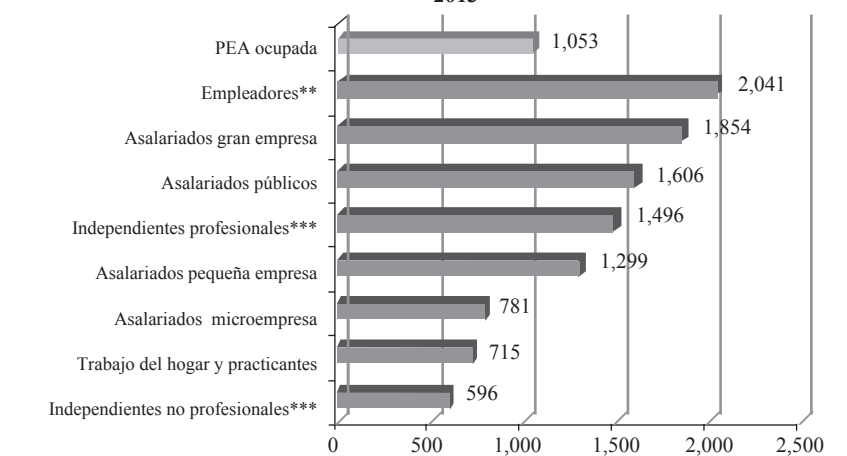


Fuente: ENAHO, INEI / SISEL, MTPE.
 Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

No obstante, es importante precisar que el incremento de la protección social en salud se explica fundamentalmente por la afiliación al Seguro Integral de Salud (SIS), que ofrece un nivel de prestaciones inferior –en cuanto a la complejidad de las enfermedades atendidas– al establecido para los trabajadores asalariados o dependientes a través del Seguro Social de Salud (EsSalud). Asimismo, solo entre el 40,0 % y 50,0 % de los afiliados al sistema privado de pensiones cotiza regularmente⁽⁹⁾, lo cual implica que entre el 50,0 % y 60,0 % de ellos difícilmente accederá a una pensión decorosa o adecuada en el futuro, dada la poca continuidad de sus aportaciones.

Finalmente, en lo referente al nivel de ingresos laborales, debemos señalar que un trabajador, en promedio, percibe un ingreso de S/. 1 053 mensuales. Los mayores ingresos corresponden a los conductores de empresas (S/. 2 041), seguidos de los asalariados de empresas grandes (S/. 1 854), asalariados del Sector Público (S/. 1 606), independientes que realizan actividades profesionales (S/. 1 496), asalariados de pequeñas empresas (S/. 1 299), asalariados de microempresas (S/. 781), trabajadores del hogar⁽¹⁰⁾ y practicantes (S/. 715) e independientes que realizan actividades no profesionales ni técnicas (S/. 596), como se observa en el gráfico N° 15.

Gráfico N° 15
Perú: Ingreso laboral mensual promedio* según categoría ocupacional (S/.)
2013



* En la ocupación principal.

** Conductores de empresas.

*** Se refiere al tipo de actividad realizada.

Fuente: ENAHO, INEI / SISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

(9) Fuente: Superintendencia de Banca, Seguros y AFP.

(10) En el caso de los trabajadores del hogar, el ingreso laboral mensual promedio equivale a S/. 716 si se incluyen los pagos en especie por trabajo dependiente (alimentos, vestido y calzado, transporte, vivienda y salud); y se reduce a S/. 502 si solo se consideran los pagos monetarios.

Cabe agregar que en el periodo 2004-2013 el ingreso laboral mensual promedio mejoró a un ritmo bastante moderado en términos reales⁽¹¹⁾ (2,0 % en promedio al año), aunque en el segmento asalariado privado se mantuvo prácticamente estancado como veremos más adelante.

2. Sector asalariado privado

2.1. Empleo y condiciones laborales

En el Perú existen más de 5,8 millones de trabajadores asalariados o dependientes en el Sector Privado. De dicho total, el 46,9 % se concentran en microempresas (1 a 10 trabajadores), el 26,7 % se desempeñan en pequeñas empresas (11 a 100 trabajadores) y el 26,2 % en empresas grandes (101 a más trabajadores), como se puede apreciar en el gráfico N° 16.

Gráfico N° 16

Perú: Distribución de los asalariados privados según tamaño de empresas 2013



* Asalariados privados sin tamaño de empresa especificado.

Fuente: ENAHO, INEI / SISEL, MTPE.

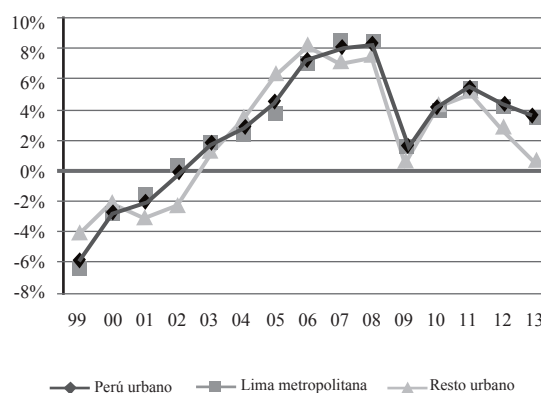
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

(11) Se refiere al poder adquisitivo o poder de compra de los ingresos nominales o en soles corrientes.

Como resultado del crecimiento económico descrito anteriormente, en el periodo 2003-2013 se registró una importante tendencia creciente del empleo en empresas formales de 10 a más trabajadores del Sector Privado urbano, la cual se vio afectada en el año 2009 como consecuencia de la crisis económica internacional, pero comenzó a recuperarse al año siguiente, aunque parece haber vuelto a decaer a partir del año 2012 (ver gráfico N° 17).

Gráfico N° 17

Perú urbano: Variación porcentual anual del empleo en empresas privadas formales de 10 a más trabajadores 1999 - 2013



Fuente: Encuesta Nacional de Variación Mensual del empleo en empresas privadas de 10 a más trabajadores, DISSEL - MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Lupe.

De esta manera, el empleo en empresas privadas formales creció a una tasa promedio anual de 4,6 % (4,6 % en Lima metropolitana y 4,4 % en el resto del ámbito urbano). Dicho crecimiento estuvo dinámicamente liderado por los sectores comercio (5,6 %) y extractivo⁽¹²⁾ (5,3 %), seguidos de las actividades de servicios (5,2 %), transporte, almacenamiento y comunicaciones (3,6 %), y manufactura (3,0 %).

En el caso de las empresas formales con sede en Lima metropolitana, es de destacar el incremento del empleo en el sector construcción, que creció a una tasa promedio anual de 7,0 % en el periodo 2004-2013⁽¹³⁾.

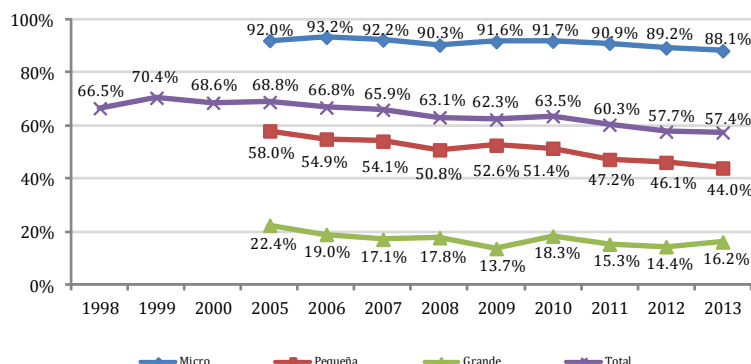
(12) Incluye las actividades agropecuarias, pesqueras y mineras.

(13) Fuente: Encuesta Mensual de Empleo del Sector Construcción del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).

Dicha situación contribuyó a la reducción de la tasa de informalidad laboral de 68,8 % a 57,4 % registrada entre los años 2005 y 2013. En la pequeña empresa se redujo en 14 puntos porcentuales, mientras que en la gran empresa lo hizo en 6,2 puntos porcentuales (ver gráfico N° 18).

Gráfico N° 18

Perú: Evolución de la tasa de informalidad laboral* según tamaño de empresa en el sector privado 1998-2013



* Porcentaje de asalariados privados no registrados en planilla (sin contrato o locadores).

Fuente: Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (ENAHOG), INEI.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

No obstante, la tasa de informalidad laboral –que mide la falta de acceso a beneficios laborales por parte de los asalariados– sigue ostentando niveles elevados, especialmente en los estratos empresariales de menor tamaño, como las microempresas, donde se ha mantenido alrededor del 90,0 %, a pesar del régimen laboral especial vigente para este sector desde el año 2003⁽¹⁴⁾, que reduce significativamente los beneficios laborales de los trabajadores (a cargo del empleador).

Así, los beneficios laborales (o costos laborales “no salariales” desde el punto de vista económico) se redujeron de 54,0 % a 5,0 % de la remuneración promedio en relación a los establecidos en la regulación laboral general⁽¹⁵⁾.

(14) Primero mediante la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa; y luego a través del Decreto Legislativo N° 1086, que aprueba la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente. Cabe precisar que dicha norma fue modificada por la Ley N° 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial.

(15) El régimen laboral general de la actividad privada que rige en nuestro país es el previsto en el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y en las demás normas que –con carácter general– regulan los beneficios laborales.

Ello deja en evidencia que la reducción indiscriminada de beneficios laborales no es el mejor instrumento para fomentar la formalización laboral de las empresas de menor tamaño, sino el desarrollo de políticas que fomenten su productividad, traducidas en mecanismos que faciliten su acceso al financiamiento, capacitación, innovaciones, nuevas tecnologías, asistencia técnica, nuevos mercados, entre otros.

En este punto, es importante precisar que la variable más relevante para determinar la competitividad laboral de una empresa no es el costo laboral (salarial y no salarial) promedio por trabajador, sino el costo laboral promedio por unidad de bien o servicio producida (o costo laboral unitario)⁽¹⁶⁾.

Dicho costo laboral unitario puede ser reducido por dos vías: disminuyendo los costos laborales promedio por trabajador (que implica reducir los beneficios laborales) o incrementando la productividad promedio por trabajador. Como se desprende de las cifras analizadas, la primera de esas vías ha sido poco exitosa en su aplicación; en tanto la segunda, potencialmente más poderosa, requiere del diseño e implementación de las políticas de fomento empresarial señaladas líneas arriba, las cuales no se han enfatizado en nuestro país.

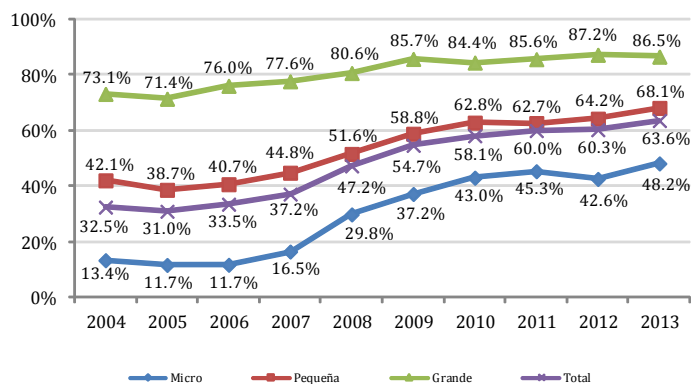
No obstante, ello no implica eliminar la posibilidad de establecer un régimen laboral promocional para las empresas de menor tamaño que acompañe las políticas de fomento de la productividad, siempre que esté correctamente focalizado, sea de acogimiento temporal y esté sometido a un monitoreo y evaluación constante; claro está, además de establecer beneficios laborales más equilibrados respecto a los actuales.

De otro lado, en los gráficos N° 19 y N° 20 podemos apreciar que la protección social en salud y pensiones de los asalariados privados se ha incrementado de manera significativa en el periodo 2004-2013. En el primer caso pasó de 32,5 % a 63,6 %; mientras que en el segundo, lo hizo de 27,9 % a 47,6 %.

(16) Gasto promedio en mano de obra en el que debe incurrir una empresa para producir cada unidad de los bienes o servicios que oferta en el mercado.

Gráfico N° 19

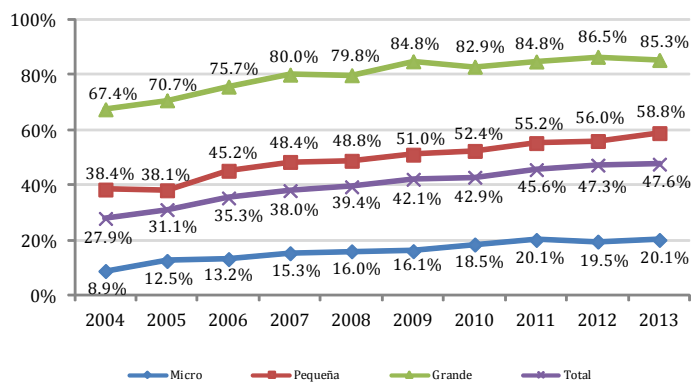
Perú: Evolución de la tasa de afiliación a un seguro de salud según tamaño de empresa en el sector asalariado privado 2004-2013



Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Gráfico N° 20

Perú: Evolución de la tasa de afiliación a un sistema de pensiones según tamaño de empresa en el sector asalariado privado 2004-2013



Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

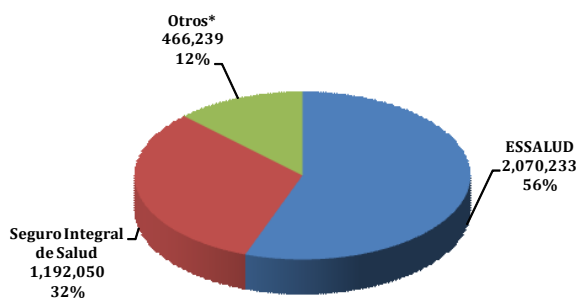
Sin embargo, es relevante precisar que la mayor cobertura de la protección social en salud se explica en buena parte por la creación del SIS, que es un sistema

con componentes subsidiados total o parcialmente por el Estado que incluyen prestaciones de salud inferiores –en cuanto a la complejidad de las enfermedades atendidas– a las ofrecidas por EsSalud a los asalariados (tampoco incluyen prestaciones económicas por maternidad, incapacidad temporal, etc.).

Ello se refleja en el hecho de que casi la tercera parte (32,0 %) de los asalariados privados con protección social en salud, estén afiliados al SIS, aún cuando les correspondería contar con la cobertura que brinda EsSalud⁽¹⁷⁾ (ver gráfico N° 21).

Gráfico N° 21

Perú: Distribución de los asalariados privados afiliados a un seguro de salud según tipo 2013



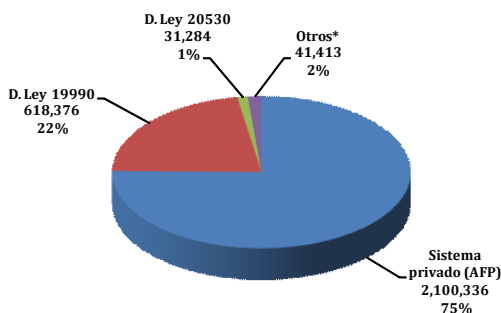
* Seguro privado, Seguro FFAA - PNP, entre otros.
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

En cuanto a la protección social en pensiones, debemos señalar que, según la SBS, solo entre el 40,0 y 50,0 % de afiliados al sistema privado de pensiones (donde se encuentra el 75,0 % de asalariados privados con cobertura de pensiones) cotiza de manera regular, lo que implica que entre el 50,0 % y 60,0 % de ellos difícilmente podrá acceder a una pensión decorosa o adecuada, dada la escasa continuidad de sus aportes⁽¹⁸⁾ (ver gráfico N° 22).

- (17) Cabe precisar que, si bien la Ley MYPE vigente (Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2008-TR y modificado por la Ley N° 30056) permite que los trabajadores de microempresas acogidas al régimen laboral especial puedan afiliarse al SIS, existen trabajadores afiliados a dicho seguro que laboran en empresas de mayor tamaño.
- (18) Esto último sería causado, en parte, por el uso intensivo de la contratación temporal que describimos posteriormente.

Gráfico N° 22

Perú: Distribución de los asalariados privados afiliados a un sistema de pensiones según tipo 2013

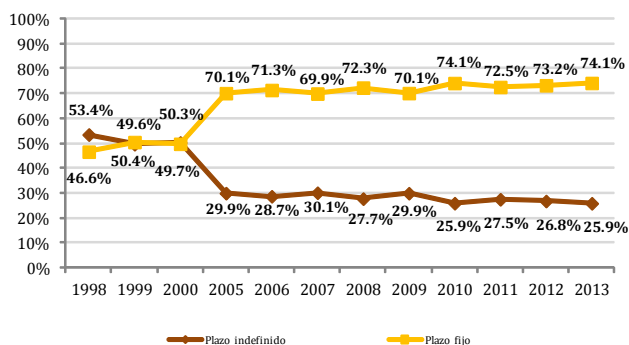


* Caja de Pensiones FFAA - PNP, entre otros.
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

De otro lado, si bien —como ya vimos en párrafos precedentes— en el periodo 2003-2013 se registró un significativo crecimiento del empleo formal, la mayoría de puestos de trabajo se generaron bajo modalidades de contratación a plazo fijo, de tal forma que actualmente el 74,1 % de trabajadores formales están contratados temporalmente, y solo el 25,9 % tiene un contrato a plazo indefinido según la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (Enaho) del Instituto Nacional de Estadística e Informática (ver gráfico N° 23).

Gráfico N° 23

Perú: Evolución de la distribución de asalariados privados registrados en planilla según tipo de contrato 1998-2013



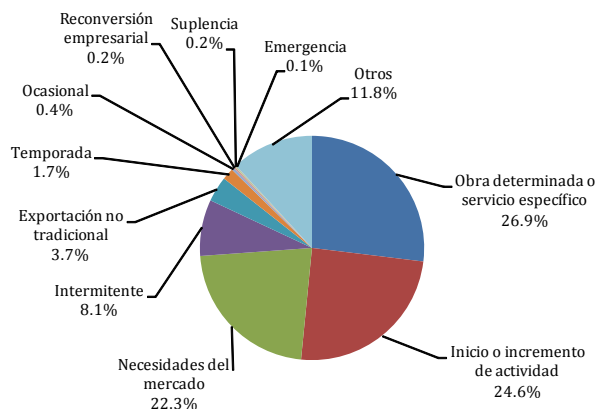
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Cabe señalar que si tomamos como fuente la Planilla Electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), también se observa este sesgo a favor de la contratación temporal en el sector formal, pero con una menor brecha respecto a la contratación a plazo indefinido (37,9 % de los trabajadores están contratados a plazo indefinido y 62,1 % a plazo fijo)⁽¹⁹⁾.

Sobre la base de la misma fuente, podemos observar que los contratos de obra determinada o servicio específico (26,9 %), inicio o incremento de actividad (24,6 %), necesidades del mercado (22,3 %), intermitente (8,1 %) y exportación no tradicional (3,7 %) concentran el 85,6 % del total de trabajadores con contrato a plazo fijo (ver gráfico N° 24).

Gráfico N° 24

Perú: Distribución de trabajadores formales contratados a plazo fijo en el sector privado según tipo de contrato 2013*



* Promedio mensual.

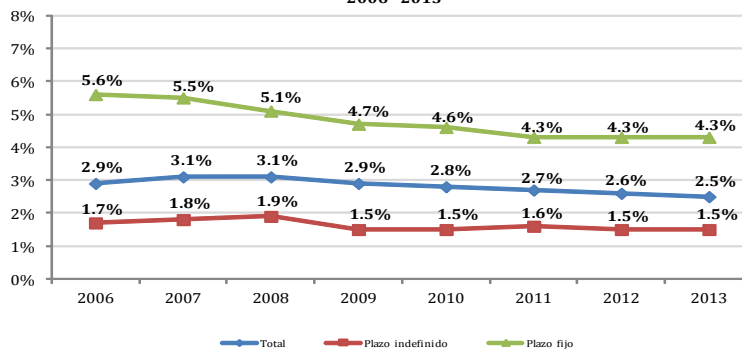
Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

El uso intensivo de la contratación temporal ha generado, entre otros efectos, mayores niveles de rotación laboral en el mercado de trabajo, de tal forma que una empresa privada formal en promedio puede llegar a cambiar al 30,0 % de su personal en un año. En el caso de los trabajadores contratados a plazo fijo, la rotación laboral puede alcanzar al 51,6 %, a pesar de la ligera tendencia decreciente observada en los últimos años (ver gráfico N° 25).

(19) Información correspondiente al año 2013 (promedio mensual).

Gráfico N° 25

Perú Urbano: Evolución de la tasa de rotación laboral mensual promedio según tipo de contrato en empresas privadas formales de 10 a más trabajadores 2006 - 2013

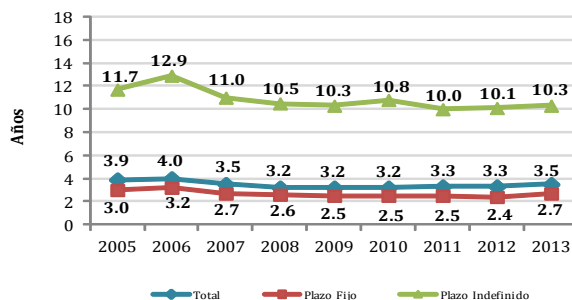


Fuente: Encuesta Nacional de Variación Mensual del Empleo en empresas privadas de 10 a más trabajadores, DISEL - MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Como resultado de ello, la duración promedio del empleo⁽²⁰⁾ asalariado privado continúa reduciéndose; así, en el periodo 2005-2013 disminuyó de 3,9 a 3,5 años. En el caso de los trabajadores contratados a plazo fijo se redujo de 3,0 a 2,7 años (ver gráfico N° 26).

Gráfico N° 26

Perú: Evolución de la duración promedio del empleo asalariado privado según tipo de contrato* 2005 - 2013



* En la ocupación principal.
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

(20) Denominada “duración incompleta” porque corresponde al valor recogido en determinado momento a través de la Enaho del INEI, lo cual no implica que luego de él se extinga necesariamente el vínculo laboral.

Este mayor flujo de entradas y salidas del mercado de trabajo se tradujo en un desincentivo para la inversión en capacitación laboral por parte de las empresas, ya que redujo tanto los plazos en que debían recuperar dicha inversión que la convirtió en poco viable⁽²¹⁾.

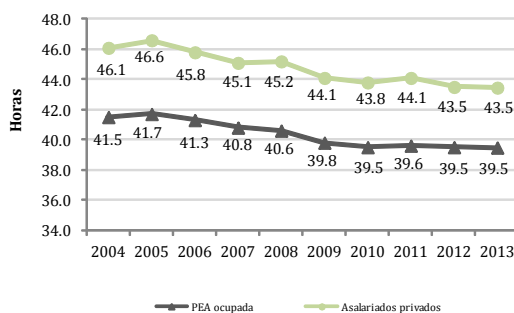
Los menores niveles de inversión en capacitación laboral constituyen a la larga un factor limitante para el crecimiento de la productividad del trabajo, que termina perjudicando el potencial de desarrollo de las propias empresas.

Por otra parte, la duración promedio de la jornada laboral semanal de los trabajadores asalariados privados en su ocupación principal ha seguido una ligera tendencia decreciente entre los años 2004 y 2013, pasando de 46,1 a 43,5 horas (ver gráfico N° 27); lo cual podría ser explicado por el significativo incremento de la productividad media del trabajo registrado en los últimos años (descrito en párrafos precedentes).

Sin perjuicio de ello, no debe perderse de vista que casi la tercera parte de los asalariados privados (32,6 %) labora jornadas superiores a la máxima (48 horas semanales), muchos de ellos probablemente sin recibir su correspondiente pago de horas extras, considerando los elevados niveles de informalidad laboral que existen en el país (ver gráfico N° 28).

Gráfico N° 27

Perú: Evolución de las horas trabajadas semanales promedio* 2004 - 2013

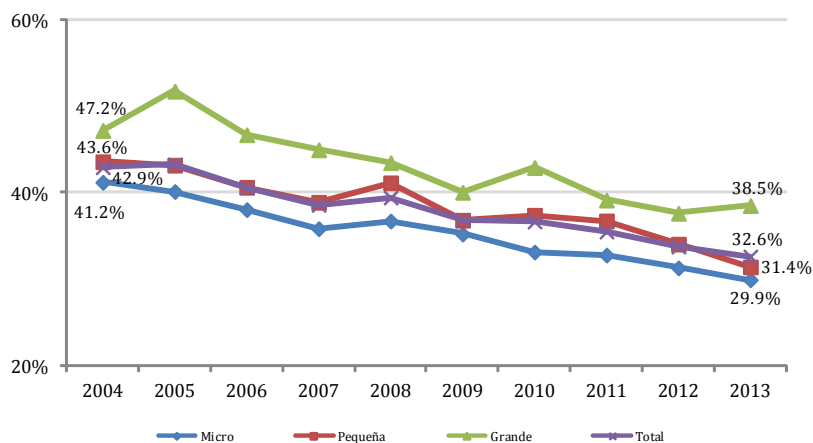


* En la ocupación principal.
Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

(21) Chacaltana, Juan y García, Norberto (2003). Reforma laboral, capacitación y productividad: la experiencia peruana. En: Estudios de economía laboral en países andinos núm. 1, publicación de la Organización Internacional del Trabajo. Pág. 38.

Gráfico N° 28

Perú: Evolución de la proporción de asalariados privados con jornadas laborales superiores a las 48 horas semanales* según tamaño de empresa 2004- 2013



* En la ocupación principal.

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

2.2. Remuneraciones y derechos colectivos

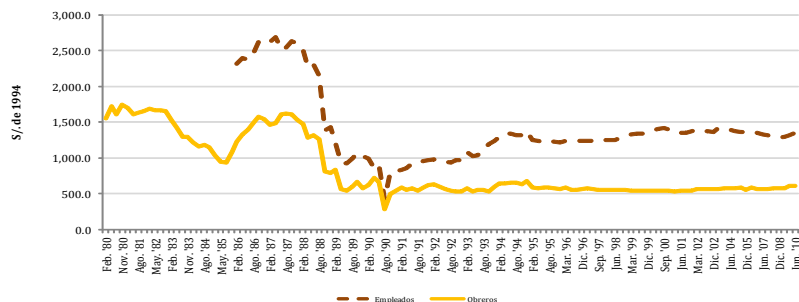
A pesar del importante crecimiento de la economía nacional observado en los últimos años, traducido en el incremento del PBI, PBI per cápita, productividad media del trabajo y el empleo formal descrito previamente, las remuneraciones reales⁽²²⁾ promedio se han mantenido prácticamente estancadas en el Sector Privado formal y muy por debajo de los niveles alcanzados a mediados de los años ochenta.

Así, se puede apreciar que entre los años 1994 y 2010, en Lima metropolitana las remuneraciones mensuales reales promedio de los empleados crecieron apenas a una tasa promedio anual de 0,03 %, mientras que las de los obreros se redujeron en -0,4 % al año, en promedio (ver gráfico N° 29).

(22) Miden el poder adquisitivo o poder de compra de las remuneraciones nominales o en soles corrientes.

Gráfico N° 29

Lima Metropolitana: Evolución de las remuneraciones brutas reales promedio en empresas privadas formales de 10 a más trabajadores 1980 - 2010

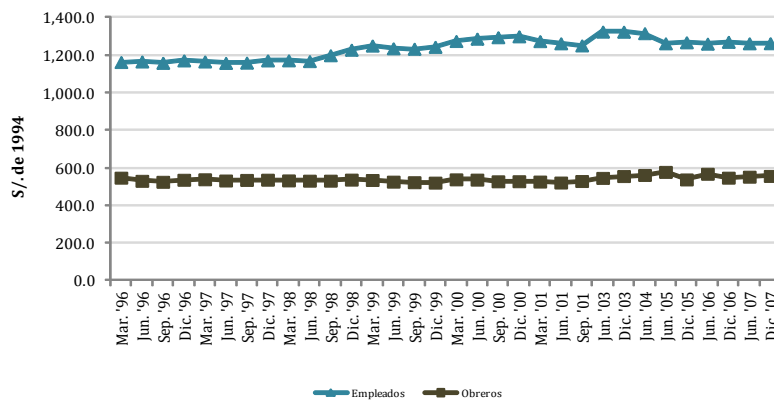


Fuente: Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios en empresas privadas de 10 a más trabajadores, DISEL - MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

En las empresas privadas formales de 10 a más trabajadores del ámbito urbano del país, se registró la misma tendencia observada en Lima metropolitana respecto a las remuneraciones reales promedio de los trabajadores, como se desprende del gráfico N° 30. En ese sentido, en el periodo 1996-2007, las remuneraciones reales mensuales promedio de los empleados se incrementaron en solo 0,7 % al año, en promedio; mientras que las de los obreros lo hicieron en 0,3 %⁽²³⁾.

Gráfico N° 30

Perú Urbano: Evolución de las remuneraciones brutas reales promedio en empresas privadas formales de 10 a más trabajadores 1996 - 2007

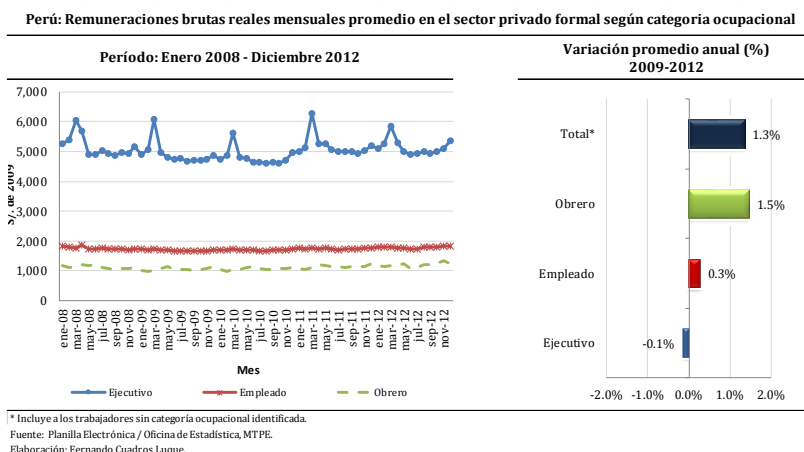


Fuente: Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios en empresas privadas de 10 a más trabajadores, DISEL - MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

(23) Lamentablemente, no existe información disponible a nivel urbano para el periodo 2008-2013 ni para Lima metropolitana en los años 2011, 2012 y 2013.

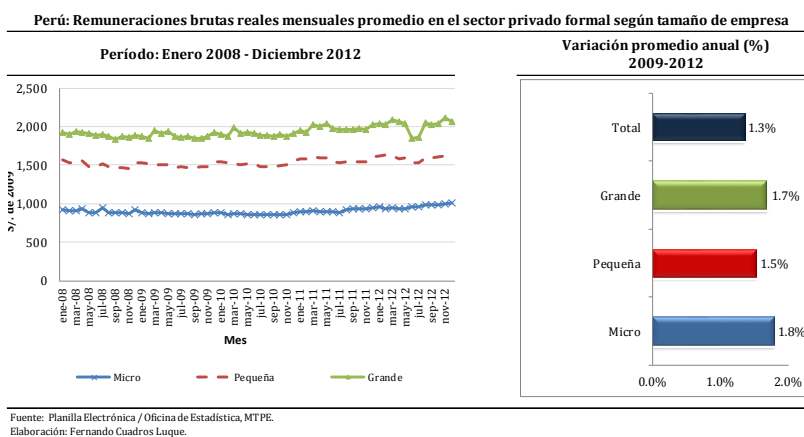
Similar tendencia se mantuvo en el Sector Privado formal a nivel nacional entre los años 2008 y 2012, considerando que en dicho periodo la remuneración real mensual promedio de los empleados creció a una tasa promedio anual de 0,3 %, mientras que la de los obreros lo hizo en 1,5 % en promedio al año (ver gráfico N° 31).

Gráfico N° 31



Si analizamos la evolución de las remuneraciones reales según tamaño de empresa en el Sector Privado formal nacional, podemos apreciar que a mayor tamaño de empresa mejor es el nivel de dichas remuneraciones, pero no necesariamente el desempeño de las mismas. Así, en el periodo 2008-2012, las remuneraciones reales mensuales promedio se incrementaron a una tasa promedio anual de 1,7 % en la gran empresa, 1,5 % en la pequeña y 1,8 % en la microempresa (ver gráfico N° 32).

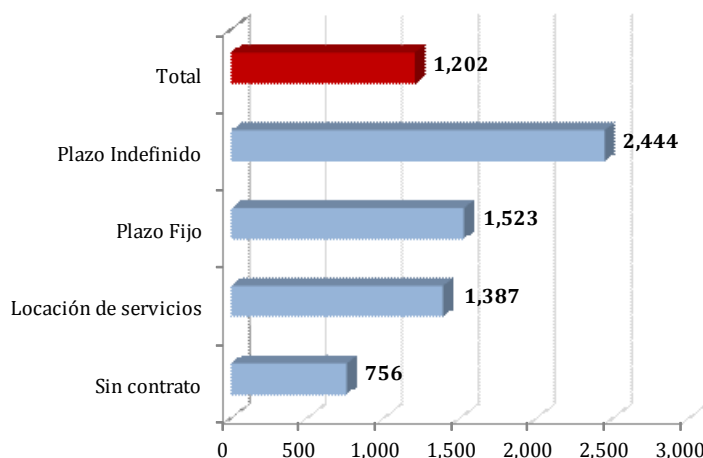
Gráfico N° 32



De otro lado, si examinamos el nivel de ingresos laborales nominales según “tipo de contrato”, queda en evidenciado que los trabajadores (asalariados) mejor remunerados en promedio son aquellos con contratos a plazo indefinido (S/. 2 444), seguidos de los contratados a plazo fijo (S/. 1 523)⁽²⁴⁾, los locadores de servicios (S/. 1 387) y los “sin contrato” (S/. 756); estas dos últimas, categorías que albergan a los asalariados no registrados en planilla o informales (ver gráfico N° 33).

Gráfico N° 33

Perú: Ingreso laboral mensual promedio* de asalariados privados según tipo de contrato (S/.) 2013



* En la ocupación principal.

Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

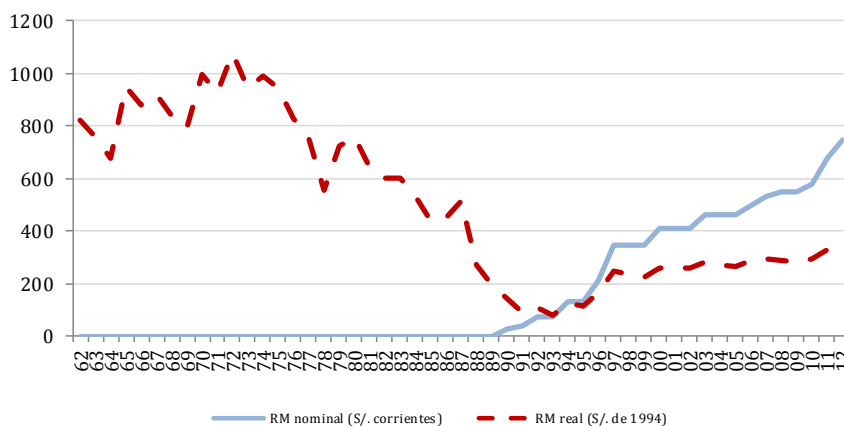
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

En cuanto al valor de la remuneración mínima real, en el gráfico N° 34 se observa que se redujo significativamente desde 1972 hasta 1993 (-11,7 % en promedio al año), revirtiéndose dicha tendencia en el periodo 1994-2012 (creció 5,9 % al año en promedio), aunque todavía se encuentra muy por debajo del nivel registrado a inicios de la década del setenta.

(24) Cabe precisar que, según la Planilla Electrónica del MTPE, la remuneración bruta mensual promedio de los trabajadores asalariados del Sector Privado formal ascendió a S/. 1 994 en el año 2013.

Gráfico N° 34

**Perú: Evolución de la remuneración mínima
1962 - 2012***



* Corresponde a la remuneración mínima vigente en diciembre de cada año.

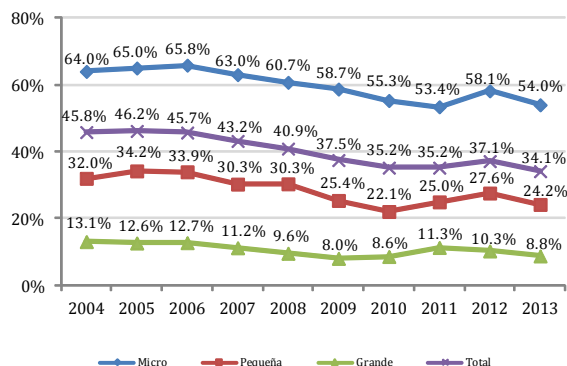
Fuente: MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Cabe agregar que en el periodo 2004-2013 se registró una clara tendencia decreciente en el porcentaje de asalariados privados con ingresos laborales inferiores a la remuneración mínima, pasando de 45,8 % a 34,1 % a nivel nacional; aunque en el segmento de la microempresa el 54 % continúa en dicha situación (ver gráfico N° 35).

Gráfico N° 35

**Perú: Evolución de la proporción de asalariados privados con
ingresos inferiores al mínimo según tamaño de empresa
2004-2013**



Fuente: ENAHO, INEI / DISEL, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Es importante señalar que el estancamiento de las remuneraciones reales en el Sector Privado formal, a pesar del significativo crecimiento de la demanda laboral y de la productividad media del trabajo (casi 4,0 % en promedio al año)⁽²⁵⁾ registrado en los últimos 12 años (excepto el 2009), es explicado fundamentalmente por tres razones:

La primera está vinculada al exceso de oferta de mano de obra –sobre todo no calificada– que existe en el país, el cual “presiona” las remuneraciones de la mayoría hacia niveles bajos.

La segunda guarda relación con el tipo de empleo formal que se generó mayoritariamente en los últimos años y que actualmente predomina en nuestro país: empleo de duración determinada o a plazo fijo, que absorbe al 74,1 % del total de asalariados del sector empresarial privado registrados en planilla, de acuerdo a la Enaho del INEI.

Esta modalidad de contratación vuelve prácticamente nulo el costo del cese (basta con esperar la finalización de la duración del contrato) y es utilizada por las empresas como un elemento disuasorio contra la afiliación sindical, toda vez que la prerrogativa de renovación de contratos recae en los empleadores. En tal sentido, restringe el acceso a las principales herramientas con que cuentan los trabajadores –sobre todo los menos calificados, que son la mayoría⁽²⁶⁾– para incrementar su poder de negociación y acceder a mejoras en sus remuneraciones: la sindicación y la negociación colectiva⁽²⁷⁾.

En ese sentido, cabe precisar que las remuneraciones reales promedio de los trabajadores sindicalizados (que en el Perú son casi la totalidad de trabajadores que acceden a un convenio colectivo) superan significativamente a las de los no sindicalizados. Así, como se desprende del gráfico N° 36, en el periodo 2008 - 2012, las remuneraciones promedio de los no sindicalizados representaron –en promedio– poco más de las dos terceras partes (68,3 %) de las de los sindicalizados.

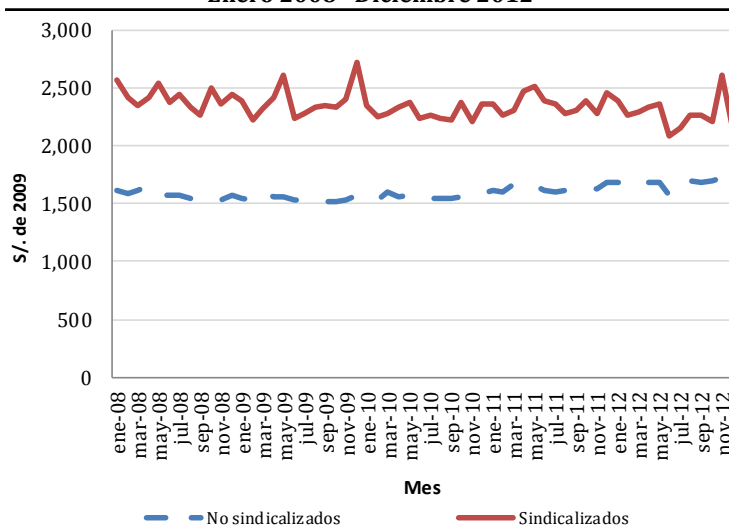
(25) Dicho crecimiento de la productividad incluye a toda la economía y no solo al sector formal, donde habría sido aún mayor. Fuente: INEI.

(26) Solo el 20,1 % de la población económicamente activa ocupada a nivel nacional cuenta con educación superior técnica o universitaria completa. Fuente: Enaho 2013, INEI.

(27) En ese aspecto, vale la pena señalar que en el periodo 2005-2007, las remuneraciones mensuales reales promedio de los empleados y obreros cubiertos por convenios colectivos crecieron en 11,1 % y 4,7 % respectivamente, mientras que las de aquellos no sujetos a convenios colectivos cayeron en -7,0 % y -4,7 %, respectivamente. Fuente: Encuesta Nacional de Sueldos y Salarios en empresas privadas formales urbanas de 10 a más trabajadores, MTPE.

Gráfico N° 36

Perú: Remuneraciones brutas reales mensuales promedio en el sector privado formal según sindicalización
Enero 2008 - Diciembre 2012



Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Finalmente, la tercera razón se refiere a otros factores estructurales que han contribuido a debilitar la sindicación y la negociación colectiva y, por ende, las probabilidades de conseguir incrementos remunerativos para la mayoría de trabajadores, como son el elevado requisito mínimo de afiliados impuesto para constituir un sindicato de empresa (20 trabajadores)⁽²⁸⁾, considerando las características del mercado de trabajo peruano; el crecimiento de la participación en el empleo de los trabajadores ocupados en el segmento de la microempresa (empresas con no más de 10 trabajadores); el incremento de la informalidad laboral; el debilitamiento de la capacidad fiscalizadora de la Autoridad Administrativa de Trabajo en los últimos 20 años; así como la determinación legal del nivel de negociación de empresa como el aplicable a falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores, a pesar de que la mayoría de unidades productivas no tienen el número suficiente

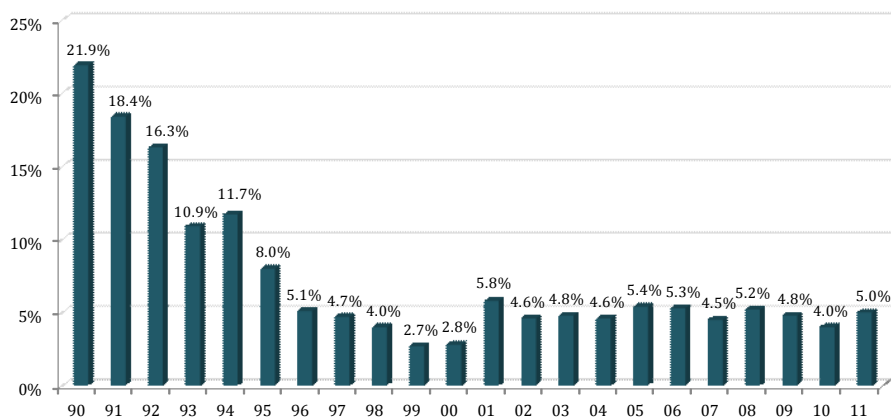
(28) De acuerdo al artículo 14 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR.

de trabajadores para poder constituir una organización sindical a dicho nivel⁽²⁹⁾ (el 97,6 % de empresas privadas registra menos de 20 trabajadores y el 57,1 % de asalariados privados se encuentra ocupado en dichas empresas)⁽³⁰⁾.

En ese sentido, debemos agregar que en el periodo 1990-2011 se registró una clara tendencia decreciente de la tasa de afiliación sindical de los trabajadores asalariados en Lima metropolitana, la cual se redujo en 16,9 puntos porcentuales, pasando de 21,9 % a 5 %; aunque parece haberse estabilizado luego de una ligera recuperación a partir del 2001 (ver gráfico N° 37).

Gráfico N° 37

**Lima Metropolitana: Evolución de la tasa de afiliación sindical
1990 - 2011**



Fuente: Encuesta de Nivel de Empleo 1990-1995 (MTPE), Encuesta Nacional de Hogares 1996-2001 (MTPE/INEI) y Encuesta de Hogares Especializada en Niveles de Empleo 2002-2011 (MTPE). No existe información disponible para los años posteriores.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

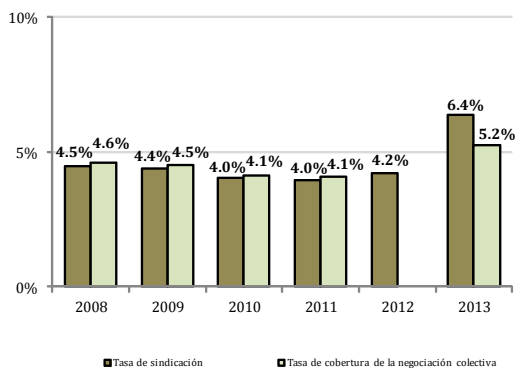
A nivel nacional, también existen bajos niveles de sindicación y de cobertura de la negociación colectiva. Entre los años 2008 y 2012 –en el Sector Privado formal– se han mantenido alrededor de 4,2 % y 4,3 % en promedio, respectivamente, con una ligera mejora en el año 2013 (ver gráfico N° 38).

(29) Según el Decreto Ley N° 25593, si no existe previamente una convención colectiva y las partes no acuerdan el nivel de negociación, esta se llevará a nivel de empresa. Sin embargo, mediante sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 3561-2009-PA/TC) se estableció que cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinado por vía heterónoma (arbitraje) en caso se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales. Recientemente, mediante Decreto Supremo N° 014-2011-TR, se dispuso que las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo cuando no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y cuando durante la negociación se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.

(30) Fuente: Enaho 2013, INEI.

Gráfico N° 38

Perú: Evolución de las tasas de sindicación y cobertura de la negociación colectiva en el sector privado formal 2008 - 2013*



* Promedio mensual. No está disponible la información de negociación colectiva del año 2012.

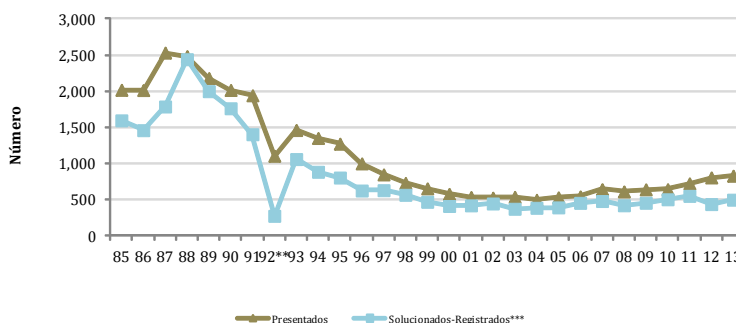
Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

La caída en la tasa de sindicación se encuentra directamente correlacionada con la disminución del número de pliegos de reclamos presentados y de la cantidad de convenios colectivos registrados durante los últimos 23 años, así como del número de huelgas y de trabajadores comprendidos en ellas. Al respecto, se puede apreciar que los convenios colectivos registrados en el 2013 constituyen poco más de la cuarta parte (28,2 %) de los registrados en 1990, mientras que las huelgas producidas en el 2013 y los trabajadores que participaron en ellas representan el 15,3 % y 10,4 %, respectivamente, de los valores observados en 1990 (ver gráficos N° 39 y N° 40).

Gráfico N° 39

Perú: Evolución de los pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados 1985 - 2013*



* La información de 2013 incluye pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados de carácter supra regional (D.S. N° 017-2012-TR)

** La información de 1992 corresponde a Lima Metropolitana.

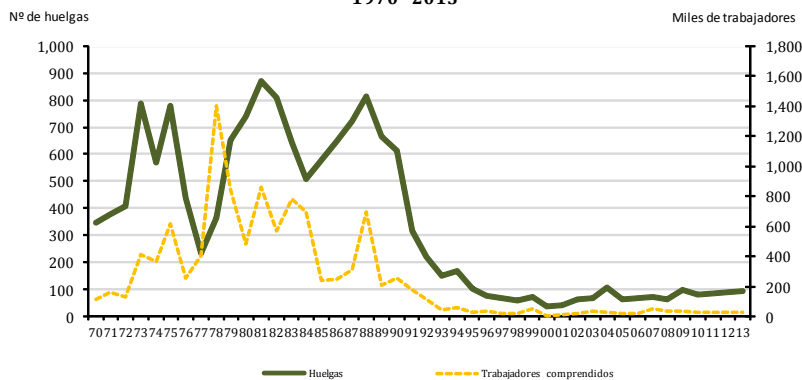
*** Incluye pliegos de reclamos presentados en años anteriores y solucionados a la fecha.

Fuente: Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Gráfico N° 40

Perú: Evolución del número de huelgas y trabajadores comprendidos en ellas en el sector privado 1970 - 2013



Fuente: Oficina de Estadística, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

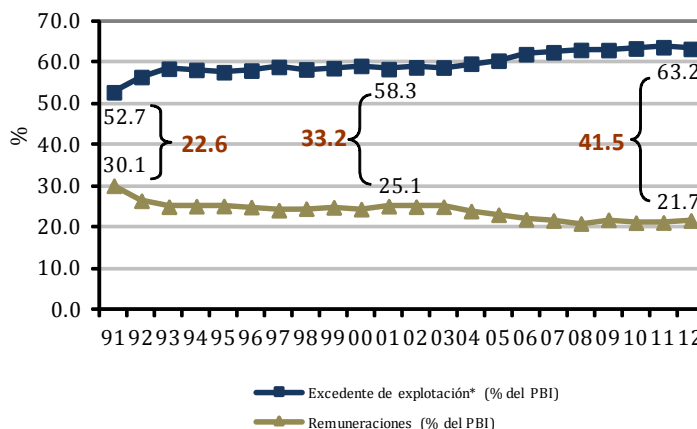
De otro lado, es importante resaltar que el estancamiento de las remuneraciones reales de empleados y obreros descrito en los párrafos precedentes se ve reflejado en la evolución de la distribución del PBI por tipo de ingreso, que permite analizar el grado de equidad en la distribución de la riqueza generada anualmente entre los principales agentes de la economía: el Estado, las empresas privadas y los trabajadores (a través de los impuestos, utilidades y remuneraciones, respectivamente).

De esta manera, sobre la base de información oficial generada por el INEI, podemos observar que en el periodo 1991-2012, el excedente de explotación⁽³¹⁾, compuesto casi en su totalidad por las utilidades empresariales⁽³²⁾, incrementó su participación en el PBI por tipo de ingreso⁽³³⁾ desde 52,7 % hasta 63,2 %, mientras que la participación de las remuneraciones se redujo de 30,1% a 21,7 %⁽³⁴⁾. Ello implicó una ampliación de la brecha entre ambos componentes equivalente a 18,9 puntos porcentuales del PBI en favor de las utilidades empresariales, es decir, se incrementó la desigualdad en la distribución de la riqueza a favor de un segmento minoritario de la población (ver gráfico N° 41).

- (31) Componente del PBI por tipo de ingreso integrado por las utilidades empresariales y los ingresos de los trabajadores independientes.
- (32) Cerca del 90,0 % del excedente de explotación está compuesto por las utilidades empresariales. Fuente: INEI.
- (33) El cual está conformado por las rentas generadas por los factores de producción y los ingresos del Estado.
- (34) Fuente: INEI.

Gráfico N° 41

Perú: Evolución de la participación en el PBI según tipo de ingreso 1991 - 2012



* Incluye utilidades empresariales (90% aprox.) e ingresos de independientes (10% aprox.).

Fuente: INEI.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Cabe precisar que la participación del resto de componentes del PBI por tipo de ingreso (impuestos y reposición de capital fijo) se mantuvo prácticamente constante en el referido periodo, lo cual nos permite concluir que se dio un claro traslado de renta del factor trabajo al capital.

Finalmente, vale la pena señalar, a modo de referencia, que las remuneraciones representan en promedio el 65,0 % del PBI por tipo de ingreso en los países desarrollados, 58,0 % en los países en desarrollo y 46,0 % en China, claramente por encima de los niveles observados en el Perú⁽³⁵⁾.

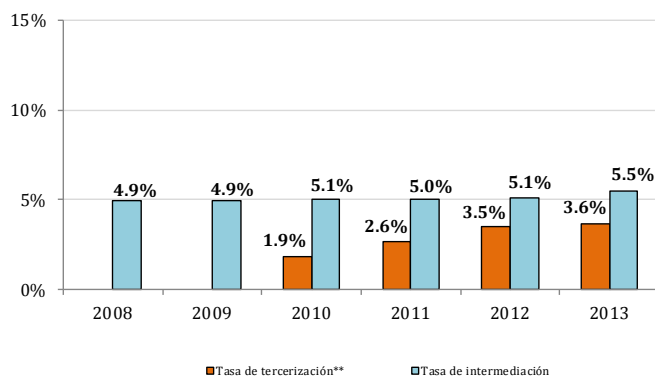
2.3. Tercerización, intermediación, principales regímenes especiales y modalidades formativas laborales

La tercerización laboral (con desplazamiento de personal) y la intermediación laboral concentran al 9,1% de los trabajadores del Sector Privado registrados en planilla a nivel nacional, como se desprende del gráfico N° 42.

(35) Fuente: *Informe mundial sobre salarios 2012-2013* de la Organización Internacional del Trabajo.

Gráfico N° 42

Perú: Evolución de las tasas de trabajadores en intermediación y tercerización laboral 2008 - 2013*



* Promedio mensual.

** Información disponible desde el año 2010.

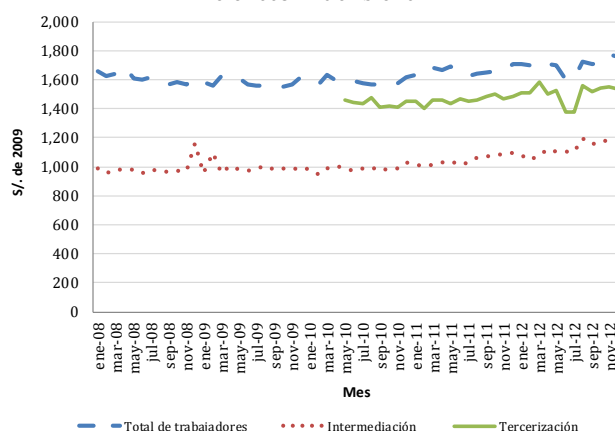
Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Es importante destacar que las remuneraciones reales mensuales promedio de los trabajadores de empresas de tercerización e intermediación laboral se encuentran por debajo de las del total de trabajadores del Sector Privado formal, representando en promedio 88,9 % y 63,1 %, respectivamente, como se colige del gráfico N° 43.

Gráfico N° 43

Perú: Remuneraciones brutas reales mensuales promedio en el sector privado formal Enero 2008 - Diciembre 2012



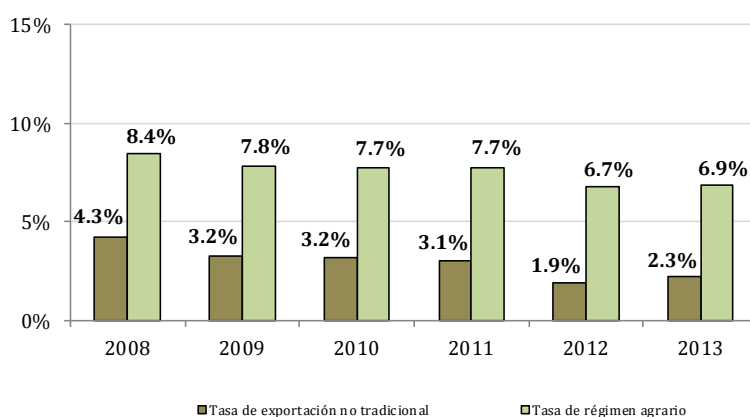
Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Por otra parte, entre los años 2008 y 2013, se observa cierta disminución del porcentaje de asalariados privados formales sujetos a los regímenes laborales de exportación no tradicional (Decreto Ley N° 22342, Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales) y agrario (Ley N° 27360, Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario), los cuales pasaron de 4,3 % a 2,3 % y de 8,4 % a 6,9 %, respectivamente (ver gráfico N° 44).

Gráfico N° 44

Perú: Evolución de las tasas de trabajadores en los regímenes de exportación no tradicional y agrario 2008 - 2013*



* Promedio mensual.

Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.

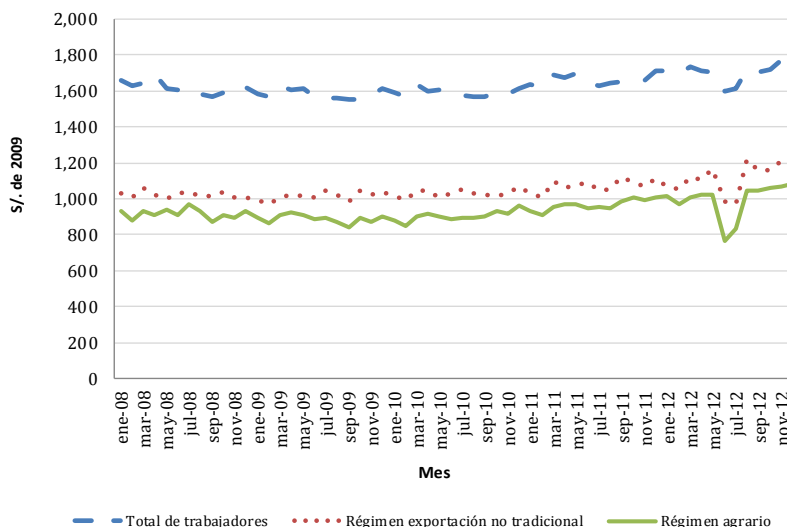
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Cabe precisar que las remuneraciones reales mensuales promedio de los trabajadores sujetos a los regímenes laborales de exportación no tradicional y agrario son inferiores a las del total de trabajadores del Sector Privado formal, representando en promedio 64,5 % y 57,3 %, respectivamente (ver gráfico N° 45).

Gráfico N° 45

Perú: Remuneraciones brutas reales mensuales promedio en el sector privado formal

Enero 2008 - Diciembre 2012



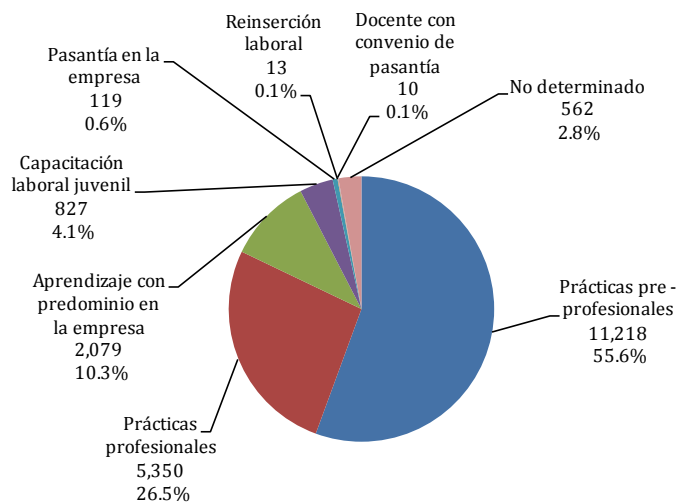
Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Finalmente, es importante señalar que los beneficiarios de modalidades formativas laborales⁽³⁶⁾ representan el 0,7 % de la planilla total del Sector Privado formal a nivel nacional, y se distribuyen de la siguiente manera según tipo de convenio: prácticas preprofesionales (55,6 %), prácticas profesionales (26,5 %), aprendizaje con predominio en la empresa (10,3 %), capacitación laboral juvenil (4,1 %), pasantía en la empresa (0,6 %), reinserción laboral (0,1 %) y docente con convenio de pasantía (0,1 %), como figura en el gráfico N° 46.

(36) Reguladas por la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales.

Gráfico N° 46

Perú: Distribución de beneficiarios de modalidades formativas laborales en el sector privado formal según tipo de convenio 2013*



* Promedio mensual.

Fuente: Planilla Electrónica / Oficina de Estadística, MTPE.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

II. COSTOS LABORALES EN EL PERÚ

1. Costos laborales salariales y no salariales

Desde el punto de vista económico, los costos laborales por trabajador —a cargo del empleador— se encuentran conformados por los costos “salariales”, que incluyen la remuneración mensual percibida por los trabajadores como contraprestación a su labor; y por los costos “no salariales”, integrados por los beneficios laborales de obligatorio cumplimiento establecidos por la regulación laboral general, como son la compensación por tiempo de servicios (CTS), gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, vacaciones, seguro de salud, asignación familiar, seguro de vida, seguro complementario de trabajo de riesgo y contribución al Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (Senati).

Como se puede apreciar en el cuadro N° 1, los costos laborales “no salariales” (o beneficios laborales) representan un pago de 54 % adicional a la remuneración en el caso de la regulación laboral general.

Cuadro N° 1
Costos laborales “no salariales” según régimen

Régimen laboral	General	Pequeña empresa	Microempresa
Remuneración mensual referencial (S/.)*	1,851		
Costos laborales “no salariales” a cargo del empleador (% adicional de la remuneración)	54.0%	29.1%	5.0%
CTS	10.1%	4.9%	-
Gratificaciones	17.3%	8.3%	-
Vacaciones	8.7%	4.2%	4.2%
Seguro de salud	10.9%	9.8%	0.8%
Asignación familiar	4.1%	-	-
Seguro de vida	0.6%	0.6%	-
Seguro complementario de trabajo de riesgo	1.5%	1.3%	-
SENATI	0.9%	-	-

* Remuneración promedio de los asalariados en el sector privado formal (Fuente: Planilla Electrónica 2012, Oficina de Estadística - MTPE).
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Ello implica que por cada S/. 1 de remuneración que una empresa le paga a sus trabajadores, debe desembolsar S/. 0,54 adicionales por concepto de beneficios laborales, en extremo.

Cabe precisar que algunos de los beneficios laborales mencionados líneas arriba se aplican únicamente a determinados trabajadores y actividades, como es el caso de la asignación familiar, el seguro de vida, el seguro complementario de trabajo de riesgo y la contribución al Senati.

Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que el costo generado por los aportes al sistema de pensiones –que representa alrededor del 13,0 % de la remuneración mensual– es asumido íntegramente por cada trabajador, por lo cual no constituye un costo laboral “no salarial” para los empleadores.

En cuanto a la indemnización por despido injustificado, no se trata de un costo fijo ni permanente, sino de un costo potencial en el que se podría incurrir en situaciones extremadamente excepcionales.

Finalmente, debemos señalar que en el Perú existen regímenes laborales especiales como los de la micro y pequeña empresa, que reducen significativamente

los costos “no salariales” de las empresas a 5 % y 29,1 % de la remuneración, respectivamente; así, por cada S/. 1 de remuneración que una empresa le paga a sus trabajadores, debe desembolsar S/. 0,05 y S/. 0,29 adicionales por concepto de beneficios laborales, respectivamente.

En tal sentido, si ponderamos los costos “no salariales” derivados del régimen laboral general (54 %) y los regímenes laborales especiales de la micro (5 %) y pequeña empresa (29,1 %), obtenemos un costo laboral “*no salarial*” promedio de 24,3 %, el cual resulta más ajustado a la realidad de la regulación laboral nacional.

2. Enfoque de costos laborales por trabajador vs. costos laborales por bien producido

Como señalamos en el capítulo “Diagnóstico del mercado laboral”, es importante tener en cuenta que en nuestro país predomina el enfoque que plantea la reducción de los beneficios laborales de los trabajadores sujetos a la legislación laboral general como uno de los principales mecanismos para mejorar la competitividad de las empresas e incrementar los niveles de formalidad laboral en el mercado de trabajo. Ello, desde el punto de vista económico, implica la reducción de los denominados costos laborales “no salariales”.

En nuestra opinión, la reducción de costos laborales “no salariales” no constituye el instrumento más idóneo para promover la competitividad y la formalización de las empresas en nuestro país. Las razones que fundamentan nuestra posición se exponen a continuación.

En lo que respecta a temas de competitividad y, de manera particular, en lo referido a la competitividad en materia laboral, la variable más relevante es el costo laboral por bien producido⁽³⁷⁾ (o costo laboral unitario) y no los costos laborales no salariales, como se explica en los párrafos que siguen.

En efecto, el costo laboral unitario depende de dos variables: (i) el costo laboral por trabajador (que incluye los costos salariales y no salariales); y (ii) el producto por trabajador (productividad del trabajo); tal como se muestra a continuación:

(37) Se refiere al gasto promedio en mano de obra que debe realizar una empresa para producir una unidad de los bienes que oferta.

Cuadro N° 2
Costos laborales unitarios

$$CLU = \frac{CLT / E}{Q / E}$$

Donde:

CLU	=	costo laboral unitario (o costo laboral medio por bien producido).
CLT	=	costo laboral total (incluye costos salariales y no salariales).
E	=	número de trabajadores.
Q	=	valor de la producción total.
CLT/E	=	costo laboral medio por trabajador (o costo laboral por unidad de trabajo).
Q/E	=	producto medio por trabajador (variable <i>proxy</i> de la productividad del trabajo).

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Por tanto, existen dos vías para reducir los costos laborales unitarios (es decir, incrementar la competitividad laboral): disminuyendo los costos laborales por trabajador (que implica reducir las remuneraciones⁽³⁸⁾ o los beneficios laborales) o incrementando la productividad (a través de políticas de desarrollo empresarial).

La primera de ellas es la menos conveniente por los efectos perjudiciales que generaría en la sociedad el cargarle todo el costo del crecimiento a los trabajadores⁽³⁹⁾ (lo cual sería un catalizador de conflictos sociales) y porque posee un margen reducido de acción (no se puede aplicar todos los años).

También se debe tener en consideración que una política enfocada únicamente en la disminución de costos laborales por trabajador reduciría el poder

(38) O mantenerlas en niveles muy bajos.

(39) Ello al reducir su poder adquisitivo en el presente (y, por tanto, su nivel de consumo de bienes y servicios), restringir su acceso a mecanismos de protección social y limitar sus posibilidades de capacitarse, lo cual implica disminuir su “empleabilidad” y calidad de vida futuras.

adquisitivo de la masa asalariada, lo cual implicaría una disminución o estancamiento del consumo y la demanda interna, y, por ende, una desaceleración de la inversión y el crecimiento de los sectores enfocados en el mercado interno, como las micro y pequeñas empresas.

En última instancia, de acuerdo a la evidencia empírica internacional, la reducción de costos laborales (salariales o no salariales) por trabajador tampoco tendría un efecto significativo en la generación de empleo formal⁽⁴⁰⁾, la que está determinada fundamentalmente por el crecimiento económico, como se desprende del análisis realizado en el capítulo “Diagnóstico del mercado laboral”.

En cambio, una política de promoción de la productividad generaría beneficios a las dos partes involucradas en la relación laboral, al permitir mejorar la competitividad de las empresas y las remuneraciones de los trabajadores (considerando que se incrementaría su eficiencia). Asimismo, implicaría una reducción mayor y sostenida de los costos laborales unitarios.

Prueba de ello es que los países más desarrollados son más competitivos que países como Argentina, Chile, Colombia, Perú y China, aun cuando tienen mayores costos laborales por trabajador (estos últimos registran costos laborales promedio por hora en la industria manufacturera de US\$ 4,01, US\$ 3,64, US\$ 2,68, US\$ 2,53 y US\$ 0,71, respectivamente, mientras que Estados Unidos y Japón presentan costos de US\$ 23,65 y US\$ 21,76, respectivamente)⁽⁴¹⁾, debido a que poseen niveles muy altos de productividad que conllevan menores costos laborales unitarios (ver cuadros N° 3 y N° 4).

(40) Ver: “Propuesta de acceso a derechos y recursos”, Norberto García (2007).

(41) Fuente: estimaciones efectuadas en el documento “Propuesta de acceso a derechos y recursos”, Norberto García (2007).

Cuadro N° 3
Costos laborales promedio por hora en la manufactura

País	US\$	País	US\$	País	US\$
Noruega	39.14	USA	23.65	Hong Kong	5.65
Dinamarca	35.47	Irlanda	22.76	Polonia	4.54
Alemania	33.07	Japón	21.76	Brasil	4.10
Finlandia	31.93	Italia	21.05	Argentina	4.01
Holanda	31.81	España	17.78	Chile	3.64
Bélgica	30.79	N. Zelanda	14.97	Colombia	2.68
Suiza	30.51	R. Corea	13.56	México	2.63
Austria	29.42	Israel	12.42	Perú	2.53
Suecia	28.73	Singapur	7.66	Ecuador	2.37
Reino Unido	25.66	Portugal	7.33	Honduras	1.71
Australia	24.91	Taiwán	6.38	China	0.71
Francia	24.63	R. Checa	6.11		
Canadá	23.82	Hungría	6.07		

Fuente: Bureau of Labor Statistics, Department of Labor, USA.

Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Cuadro N° 4
Ranking de Competitividad Global⁽⁴²⁾

País	Posición	País	Posición	País	Posición	País	Posición
Suiza	1	Kuwait	37	Ucrania	73	Guyana	109
Singapur	2	Tailandia	38	Uruguay	74	Argelia	110
Finlandia	3	R. Checa	39	Vietnam	75	Liberia	111
Suecia	4	Panamá	40	Seychelles	76	Camerún	112
Holanda	5	Polonia	41	Georgia	77	Libia	113
Alemania	6	Italia	42	Rumania	78	Surinam	114
USA	7	Turquía	43	Botsuana	79	Nigeria	115
Reino Unido	8	Barbados	44	Macedonia	80	Paraguay	116
Hong Kong	9	Lituania	45	Croacia	81	Senegal	117
Japón	10	Azerbaiyán	46	Armenia	82	Bangladesh	118
Qatar	11	Malta	47	Guatemala	83	Benín	119

(42) Basado en el índice de competitividad global del World Economic Forum 2012-2013, conformado por los siguientes factores: instituciones, infraestructura, estabilidad macroeconómica, salud y educación primaria, educación superior y capacitación, eficiencia del mercado de bienes y servicios, *eficiencia del mercado laboral*, sofisticación del mercado financiero, preparación tecnológica, tamaño del mercado, sofisticación empresarial e innovación.

Dinamarca	12	Brasil	48	Trinidad y Tobago	84	Tanzania	120
Taiwán	13	Portugal	49	Camboya	85	Etiopía	121
Canadá	14	Indonesia	50	Ecuador	86	Cabo Verde	122
Noruega	15	Kazajistán	51	Moldavia	87	Uganda	123
Austria	16	Sudáfrica	52	Bosnia	88	Pakistán	124
Bélgica	17	México	53	Albania	89	Nepal	125
Arabia Saudita	18	Mauricio	54	Honduras	90	Venezuela	126
R. Corea	19	Letonia	55	Líbano	91	Kirguistán	127
Australia	20	Eslovenia	56	Namibia	92	Mali	128
Francia	21	Costa Rica	57	Mongolia	93	Malawi	129
Luxemburgo	22	Chipre	58	Argentina	94	Madagascar	130
N. Zelandia	23	India	59	Serbia	95	Costa de Marfil	131
Emiratos Árabes Unidos	24	Hungría	60	Grecia	96	Zimbabue	132
Malasia	25	Perú	61	Jamaica	97	Burkina Faso	133
Israel	26	Bulgaria	62	Gambia	98	Mauritania	134
Irlanda	27	Ruanda	63	Gabón	99	Suazilandia	135
Brunéi	28	Jordania	64	Tayikistán	100	Timor Oriental	136
China	29	Filipinas	65	El Salvador	101	Lesoto	137
Islandia	30	Irán	66	Zambia	102	Mozambique	138
Puerto Rico	31	Rusia	67	Ghana	103	Chad	139
Omán	32	Sri Lanka	68	Bolivia	104	Yemen	140
Chile	33	Colombia	69	R. Dominicana	105	Guinea	141
Estonia	34	Marruecos	70	Kenia	106	Haití	142
Bahréin	35	Eslovaquia	71	Egipto	107	Sierra Leona	143
España	36	Montenegro	72	Nicaragua	108	Burundi	144

Fuente: Índice de competitividad global del *World Economic Forum* 2012-2013.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

Por tanto, lo que realmente se necesita en materia de mejora de la competitividad laboral para promover el desarrollo económico y la formalización de empresas es una política de promoción empresarial que apunte principalmente al fomento de la inversión en capital físico, innovaciones, tecnología, capital humano y mejora de la organización del trabajo, de tal forma que se logre una mayor generación de valor agregado y un incremento sostenido de la productividad que conlleven una mayor competitividad, el crecimiento

económico de largo plazo y mayores niveles de remuneraciones reales⁽⁴³⁾ y de empleo de calidad.

Consideramos que este enfoque de búsqueda de mayor competitividad y promoción de la formalización es el que se debe priorizar y no simples reducciones de costos laborales por trabajador, que fundamentalmente contribuyen a elevar la desigualdad en la distribución del ingreso que existe en el país, más aún en un escenario de escaso desarrollo de la sindicación y la negociación colectiva, como vimos en el capítulo “Diagnóstico del mercado laboral”. Se debe buscar competir por productividad y calidad (diferenciación de productos) y no por menores costos laborales por trabajador, ya que de otra manera sería imposible superar a países como China o India, cuyo crecimiento se sustenta –en buena parte– en la disposición de mano de obra significativamente más barata que la peruana.

En ese sentido, es importante precisar un tema que quizá no termina de quedar claro en algunos ámbitos académicos. La informalidad laboral es generada fundamentalmente por los paupérrimos niveles de productividad observados en el segmento de la microempresa y parte de la pequeña empresa (que, a su vez, se reflejan en las altas tasas de subempleo por ingresos que muestran), lo cual les dificulta cumplir con los costos laborales derivados del régimen general, y no por el hecho de que los beneficios laborales sean (supuestamente) demasiado onerosos. De esta manera, se observa que el producto por trabajador en las microempresas representa solo el 12,0 % del registrado en las empresas con más de 20 trabajadores⁽⁴⁴⁾.

Dicha afirmación se ve reforzada si tomamos en cuenta que desde el establecimiento de regímenes laborales especiales para las microempresas en el año 2003 –sin mayores incentivos para el fomento del incremento de su productividad–, que redujeron significativamente los beneficios laborales de sus trabajadores (de 54,0 % a 5 % de las remuneraciones en el caso del régimen vigente a la fecha) como incentivo para su formalización, en más de diez años de vigencia únicamente se formalizaron alrededor de 73 000 microempresas⁽⁴⁵⁾, que representan apenas el 8,4 % del total de microempresas a nivel nacional⁽⁴⁶⁾.

(43) Miden el poder adquisitivo de las remuneraciones nominales o en soles corrientes.

(44) Estimaciones efectuadas en el documento “Remuneración mínima, MYPE y canasta básica”, Norberto García (2007).

(45) Información a octubre del 2013.

(46) Fuente: Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE) y Planilla Electrónica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; y Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza del Instituto Nacional de Estadística e Informática.

Sin perjuicio de lo señalado en los párrafos precedentes, cabe precisar que la creación de un régimen laboral especial –con menores costos “no salariales”– que permita mejorar la rentabilidad de los segmentos empresariales menos desarrollados, que actúe como un incentivo a la inversión en capital físico y humano, en innovaciones y nueva tecnología, y que complemente las políticas de fomento de la productividad resultaría conveniente siempre y cuando el ámbito de aplicación de dicho régimen se encuentre correctamente focalizado, sea de acogimiento temporal y esté sujeto a un monitoreo y evaluación constante de sus resultados.

3. Competitividad internacional

En lo concerniente al tema de la competitividad laboral de nuestro país a nivel internacional, es importante resaltar que con los niveles actuales de costos laborales “no salariales” y de indemnización por despido injustificado, según el índice de competitividad global del *World Economic Forum* 2013-2014 (conformado por 12 pilares⁽⁴⁷⁾), el Perú se ubica en el puesto 48 de 148 países en el *ranking* del pilar “eficiencia del mercado de trabajo”⁽⁴⁸⁾ (competitividad laboral), es decir, en el segundo quintil superior mundial (solo es superado por Chile a nivel de Latinoamérica).

De los 12 pilares que conforman dicho índice, la “eficiencia del mercado de trabajo” es el cuarto rubro donde mejor se ubica el Perú, luego de los componentes “estabilidad macroeconómica”, “sofisticación del mercado financiero” y “tamaño del mercado”, donde ocupa las posiciones 20, 40 y 43, respectivamente.

Así, el país se encuentra incluso en mejor posición en materia de “eficiencia del mercado de trabajo” que en el *ranking* de competitividad global, donde ocupamos el puesto 61 de 148 países (superados por Chile, Panamá, Costa Rica, México y Brasil a nivel de Latinoamérica).

En tal sentido, podemos concluir que con los niveles de costos laborales “no salariales” y de indemnización por despido injustificado vigentes, no se afecta la competitividad internacional del Perú en materia laboral, que actualmente se ubica en una posición aceptable.

(47) Instituciones, infraestructura, estabilidad macroeconómica, salud y educación primaria, educación superior y capacitación, eficiencia del mercado de bienes y servicios, eficiencia del mercado laboral, sofisticación del mercado financiero, preparación tecnológica, tamaño del mercado, sofisticación empresarial e innovación.

(48) Que toma como referencia los siguientes factores: cooperación en las relaciones de trabajo, flexibilidad para la determinación de las remuneraciones, prácticas de contratación y despido, costos de despido, pagos y productividad, confianza en el manejo profesional, “fuga de talentos” y participación de las mujeres en la fuerza laboral.

II.

Estabilidad, flexibilidad y adaptación
en la regulación del contrato de trabajo

FLEXIBILIDAD LABORAL Y ESTABILIDAD EN EL EMPLEO: ¿ES POSIBLE SU COMPATIBILIZACIÓN?

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Salamanca⁽¹⁾

I. PROPÓSITO

Las reflexiones que siguen buscan poner en contacto dos necesidades que son presentadas muchas veces dentro del discurso crítico sobre la funcionalidad de las instituciones jurídico-laborales como contradictorias. De un lado, la de que los ordenamientos laborales incluyan herramientas que hagan posible que los

(1) Este artículo constituye la versión escrita de la intervención titulada “Adaptación de las modalidades de contratación a las necesidades empresariales y estabilidad en el empleo”, desarrollada por el autor el 15 de mayo de 2015 en el marco del *III Curso de Estudios Avanzados en Derecho Social*, organizado de manera conjunta por la maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Fundación General de la Universidad de Salamanca. El punto de partida de la reflexión aquí desarrollada se encuentra en dos textos previos, que esta intervención me ha permitido relacionar a la vez que actualizar las ideas en ellos contenidas. El primero es de vieja data, ya que se trata del estudio titulado “El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana”, contenido en la obra colectiva *Trabajo y Constitución*, dirigida por Javier Neves Mujica y aparecida en Lima en 1989 bajo el sello editorial de Cultural Cuzco Editores. El segundo está representado por el artículo “El discurso de la crisis y las transformaciones del Derecho del Trabajo. Un balance tras la reforma de 1994”, publicado en el N° 165 de la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, correspondiente a diciembre de 1996. A las ideas básicas contenidas en ambos trabajos, en los que se encontrarán las referencias bibliográficas a los diversos autores citados o cuyas ideas se recogen en este estudio, hay que añadir la reflexión permanente sobre estos temas mantenida con ocasión de mis clases del *Curso de Contratación Laboral* en la antes referida maestría, una experiencia particularmente enriquecedora para mí, de la que me siento muy orgulloso. La referencia final al estudio de mi recordado amigo de Óscar Ermida se corresponde con su artículo “Caracteres y tendencias del Derecho del Trabajo en América Latina y Europa”, publicado en el N° 1 de la *Revista de Derecho Social Latinoamérica*, correspondiente al año 2006.

empresarios adapten de manera flexible el número de trabajadores a su servicio a las variables necesidades del desarrollo de su actividad productiva; y, del otro, la de garantizar a quienes trabajan un grado razonable de estabilidad en los puestos de trabajo que ocupan, que les permita atender de forma satisfactoria sus necesidades y construir sus proyectos vitales. Todo ello con el propósito de establecer la medida en que resulta posible construir soluciones normativas que tengan razonablemente en cuenta ambas, en contra de lo que muchas veces se sostiene.

Para llevar a cabo este análisis es preciso empezar por aproximarnos al discurso sobre la flexibilidad de las normas e instituciones jurídico-laborales, a través del cual se trata de atender la primera de dichas necesidades, para poner luego en contacto las exigencias que de él se derivan con la construcción jurídica del principio de estabilidad en el empleo, por medio del que se busca satisfacer la segunda. Esta doble aproximación será objeto de los siguientes apartados.

II. EL DISCURSO DE LA FLEXIBILIDAD Y LA ADAPTACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO A LAS NECESIDADES EMPRESARIALES

Si en algo coinciden la mayor parte de los laboristas es en que el Derecho del Trabajo debe adaptar su configuración institucional a las exigencias del funcionamiento del sistema económico. Frente a la idea predominante a lo largo de los años sesenta y setenta del pasado siglo, de acuerdo con la cual las normas laborales habían surgido para hacer frente a los condicionamientos impuestos por el mercado y no para adecuarse a ellos, en la actualidad se acepta de manera más o menos pacífica que estas no pueden operar de espaldas al mismo. Las normas laborales deben cumplir, de este modo, no solamente un test de eficacia social, como ocurría en el pasado, sino también un test de eficiencia económica, como se encargaría de apostillar hace ya bastante tiempo Miguel Rodríguez-Piñero.

Este cambio de perspectiva tiene su origen, como pondría de manifiesto entre otros muchos autores Andrés Bilbao, en la conciencia de la emergencia, a partir de la década de los ochenta, de un nuevo modelo de organización de las relaciones económicas y de la producción, basado no ya en el “relanzamiento de la demanda”, como ocurría con el modelo keynesiano predominante hasta entonces, sino más bien con lo que se ha venido en llamar el “relanzamiento de la oferta”.

En la base de la emergencia de este nuevo modelo se encuentra, como es de sobra conocido, el asentamiento al interior de los centros más relevantes de decisión política y económica de la idea de que la situación de estancamiento, incertidumbre e inestabilidad económica que empezaron a vivir las economías capitalistas

a partir de la segunda mitad de la década precedente tuvo su origen en el sofocamiento de los mecanismos de libre mercado generado por la intervención estatal en la economía. Y de que para superar esa crisis era preciso recuperar el libre funcionamiento del mercado y relanzar la competencia económica a nivel global.

La progresiva puesta en marcha de estas ideas a lo largo de la década siguiente, bajo el impulso de los organismos financieros internacionales y los gobiernos de los países de mayor peso económico e influencia política, terminaría por dar lugar a un cambio radical en el contexto en el que deben desarrollar su actividad económica las empresas. Este se caracteriza por añadir a la incertidumbre e inestabilidad de la demanda, que se iniciaron con la crisis, el hecho de que la competencia haya dejado de estar circunscrita a los mercados nacionales, como ocurría hasta entonces, para convertirse en global.

Es en este contexto que empieza a imponerse la idea de que la capacidad de las empresas de subsistir, compitiendo dentro de este nuevo mercado sujeto a unas fronteras cada vez más dúctiles, dependía esencialmente de su capacidad de adaptar la organización de la producción a las condiciones cambiantes del mercado, es decir, de su flexibilidad.

El nuevo contexto económico surgido de la crisis económica que sacudió las economías de la mayor parte de países al iniciarse el último cuarto del siglo XX es, así pues, el que conduce a situar a la flexibilidad en el centro de los programas de reorganización de la producción y, por tanto, como seguramente no podía ser de otro modo, también de reforma de la regulación del mercado de trabajo.

En relación con el Derecho del Trabajo se afirma que las normas laborales heredadas de los “treinta años gloriosos” que sucedieron al final de la Segunda Guerra Mundial fueron diseñadas para ser aplicadas en un contexto de expansión constante de la demanda, incentivada desde los poderes públicos en aplicación de los postulados keynesianos; y que la nueva situación requiere un nuevo tipo de normas laborales, que concedan al empleador una capacidad de respuesta mucho más amplia a las fluctuaciones del ciclo económico.

He aquí el origen del consenso, no solo de los economistas, sino de la mayor parte de los laboristas, en torno al denominado “discurso de la flexibilidad”. Pocos son, en este sentido, los que discuten que la situación descrita es radicalmente distinta de la precedente y que el Derecho del Trabajo debe adaptar sus estructuras y soluciones a ella. Pero estos son también sus límites. Ya que, en lo que no se coincide, como se podrá comprobar inmediatamente, es en la manera como debe actuarse para dotar a las empresas de la flexibilidad demandada por la nueva situación.

En realidad, no existe un discurso único sobre la flexibilidad, sino varios discursos sobre ella o maneras de concebirla, todos los cuales reclaman por igual, sin embargo, su aptitud para responder de manera satisfactoria a los desafíos impuestos al desarrollo de las actividades productivas por el nuevo contexto. Como pondría de manifiesto en su momento Antonio Martín Valverde, lo que distingue a estas distintas maneras de concebir la flexibilidad es esencialmente la forma como entienden que deben articularse los distintos poderes normativos que intervienen en la regulación de las relaciones laborales para conseguir sus objetivos. Veamos:

- Un primer tipo de flexibilidad es el que podríamos calificar como de inspiración neoliberal. En este caso, lo que se postula es que las relaciones de trabajo deben regirse, lo mismo que los demás acuerdos entre sujetos privados, por la voluntad de las partes y no por reglas impuestas por el Estado. En función de ello se postula una sustitución radical de los métodos tradicionales de regulación, que restablezca el primado de la autonomía de la voluntad sobre las demás fuentes reguladoras. La vía para ello está constituida por la imposición de una desregulación profunda del mercado de trabajo, que suprima la legislación protectora y recorte el poder sindical, con el fin de devolver al mismo la transparencia perdida.
- Un segundo modelo de flexibilización, de inspiración igualmente liberal, está representado por el denominado de “liberalismo colectivo”. Este modelo se distingue del anterior por poner el acento en la necesidad de compensar la supresión de los espacios de protección legal garantizados a los trabajadores, que en cualquier caso se entiende que es necesario llevar a cabo, con el refuerzo de sus espacios de regulación y actuación colectiva. Más que una supresión radical del intervencionismo, lo que se postula aquí es, en consecuencia, un reequilibrio entre las fuentes reguladoras de las relaciones laborales que incremente el protagonismo de la negociación colectiva frente a la legislación estatal.
- Finalmente, un tercer paradigma, que podríamos calificar como de “flexibilización del contenido de las normas laborales”, es el que sustenta la conveniencia no de suprimir las normas laborales o reducir su protagonismo a favor del incremento del papel de las representaciones colectivas, sino, más bien, de adaptar su contenido con el fin de que estas concedan al empresario los instrumentos que necesita para adaptar la gestión de personal a las fluctuaciones de la

demanda y los requerimientos del cambio tecnológico y productivo, modificando o suprimiendo, naturalmente, todas aquellas disposiciones que impidan o dificulten más allá de lo razonable o sin una razón de ser suficiente dicha adaptación.

Es evidente que cada una de estas tres formas de concebir la flexibilidad parte de concebir de manera muy distinta las relaciones que deben existir entre el sistema laboral y el mercado; a la vez que propugna, en función de ello, una igualmente muy diferente manera de ordenar de los poderes reguladores de las relaciones de trabajo. Así, mientras la primera busca asignar el mayor relieve posible a la autonomía de la voluntad, expresada en términos individuales y las más de las veces manifestación del poder de decisión unilateral del empresario, la segunda intenta que ese protagonismo sea compartido por los grupos sociales representativos de los trabajadores y empresarios, en tanto que la tercera y última no renuncia a reconocer un papel ordenador de importancia al Estado.

Lo anterior supone que, en contra de lo que suele afirmarse, el tantas veces aludido discurso de la flexibilidad es en realidad un discurso sumamente ambiguo, capaz de encubrir opciones de política del Derecho y de ordenación de las fuentes del Derecho del Trabajo –y, por tanto, de las relaciones de poder a ellas subyacentes– muy diferentes entre sí.

En cualquier caso, en países como los nuestros, es preciso tener en cuenta que el debate sobre la flexibilidad es un debate condicionado desde el punto de vista constitucional por presencia de un conjunto de normas que, al máximo nivel, reconocen una serie de derechos básicos de partida a los trabajadores y orientan la acción del Estado hacia la compensación de desigualdades dentro de las relaciones laborales, además de garantizar con ese mismo rango los derechos colectivos de organización, negociación colectiva y conflicto, claro está.

Lo anterior significa que tanto la propuesta de desregulación radical del Derecho del Trabajo a favor de una actuación incondicionada de la autonomía de la voluntad individual como la de promover la sustitución de la intervención estatal por una igualmente irrestricta actuación de los sujetos colectivos, sobre todo en su versión extrema y radical, tienen escasa cabida, por no decir ninguna, entre nosotros. Y que el punto de partida de cualquier respuesta a los desafíos marcados por el contexto cada vez más incierto, cambiante y competitivo en el que deben realizarse en la etapa actual del desarrollo de las economías capitalistas las actividades empresariales ha de estar representado, si se quiere operar dentro de los parámetros generales marcados por las normas fundadoras de nuestros ordenamientos, por el modelo de flexibilización del contenido de las normas laborales.

Un paradigma, este último, a través del cual no se postula la eliminación o el reemplazo de la intervención estatal, sino única y exclusivamente una revisión de sus contenidos o formas de expresión, dirigida a sustituir todas las previsiones que no permitan una razonable adaptación de las condiciones de trabajo a los cambios del entorno por otras más adecuadas y dúctiles. Esta es, como salta a la vista, una solución intermedia entre las opciones extremas de desregulación radical del mercado de trabajo, postulada por los más acérrimos defensores del liberalismo económico, y de mantenimiento a ultranza de las fórmulas tradicionales de protección, a la que se adhirieron durante algún tiempo muchos nostálgicos, que no cuestiona existencia en sí del Derecho del Trabajo ni su función protectora, firmemente asentadas, como se ha dicho, sobre bases constitucionales.

Ahora bien, luego de establecido lo anterior, cabe preguntarse de manera más precisa e incisiva por la manera como concibe este paradigma la flexibilidad aceptada por todos como una necesidad inherente al buen funcionamiento de los procesos productivos.

En principio, no parece que exista inconveniente en convenir en que a través de la noción de flexibilidad se hace alusión a la capacidad de adaptación a contextos y situaciones nuevas, inciertas y cambiantes, y que, como tal, lo que exige es la presencia de instrumentos que permitan al titular de la empresa hacer frente a las fluctuaciones de la demanda, reduciendo los potenciales efectos negativos de estas sobre la estructura de costos de la misma, por utilizar aquí la síntesis de Rodríguez-Piñero.

Si lo anterior es correcto, resulta evidente que el juicio sobre la superior o inferior flexibilidad de cualquier ordenamiento laboral no se relaciona directamente con la existencia o no de normas estatales, ni tampoco necesariamente con la presencia en ellas de soluciones más o menos protectoras del interés de los trabajadores, sino más bien con la superior o inferior capacidad de las mismas para acomodarse con eficiencia a las variaciones y cambios que puedan surgir a lo largo del devenir de las relaciones laborales.

La diferencia con los paradigmas desreguladores es notoria. Dentro de estos últimos, la flexibilidad se identifica con la capacidad de adaptación del régimen normativo y el juego de las instituciones a la voluntad unilateral o bilateral de las partes, por utilizar aquí las conocidas palabras de Federico Durán, de forma que es posible entender que una institución tiene una regulación rígida siempre que la autonomía de las partes se ve limitada por la norma estatal. La intervención estatal es vista *per se*, de tal forma, como un factor de rigidez, sin importar cuáles sean su sentido y efectos.

En ordenamientos laborales como el peruano o el español, asentados sobre sólidas bases constitucionales, el juicio sobre la flexibilidad o no de las normas laborales, y en particular sobre las reguladoras de las modalidades de contratación a las que nos referiremos a continuación, ha de realizarse sobre el primero de dichos paradigmas y no sobre este último, claro está.

III. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y FLEXIBILIDAD: ¿TÉRMINOS COMPATIBLES?

El tradicionalmente denominado principio de estabilidad en el empleo constituye el instrumento técnico a través del cual numerosos ordenamientos laborales protegen el interés del trabajador a la conservación del puesto de trabajo.

La protección que a través de él se dispensa a dicho interés no está basada, naturalmente, en la imposición al empleador de la continuidad a toda costa de la relación laboral. Antes bien, lo que a través de él se trata es, únicamente, de garantizar el mantenimiento de dicha relación en tanto persistan las condiciones que le dieron origen y no surja ninguna circunstancia que lo impida. Este resultado se consigue convirtiendo las decisiones empresariales vinculadas con dicha continuidad, es decir, la determinación inicial de su periodo de duración y el despido, en actos causales. Es decir, no librados a la decisión libre de una o ambas partes, sino condicionados en su adopción por la existencia de los presupuestos causales imperativamente establecidos al efecto por el legislador.

Así, en lo que aquí nos interesa, en virtud del principio de estabilidad en el empleo, las partes del contrato de trabajo no se encuentran facultadas para decidir libremente al celebrarlo cuál deberá ser su duración, ya que sobre su voluntad ha de primar una regla de carácter imperativo que les impone una determinada fórmula o modalidad de determinación de la misma. Dicha regla, sin embargo, no se relaciona de manera directa con la satisfacción del interés del trabajador a la permanencia en el empleo, sino más bien con la atención de las necesidades productivas del empleador, ya que a través de ella lo que se hace es vincular con criterio objetivo el tipo de contrato a celebrar (por tiempo indefinido o de duración determinada) con la naturaleza (permanente o temporal) de las tareas a desarrollar por el trabajador, como acertaría a explicar con particular claridad Rafael Martínez Emperador hace ya algunas décadas. En este sentido, siempre que las labores no tengan un alcance limitado en el tiempo, corresponderá a las partes dar vida a un contrato de trabajo por tiempo indefinido; mientras que, solamente cuando se trate de tareas de carácter meramente temporal, procederá recurrir a uno de duración determinada.

Como salta a la vista, así concebido, este principio tiene una doble alma. De favorecimiento de la duración o permanencia del contrato de trabajo, sin duda. Pero también, aunque esto último se ponga de manifiesto con menos frecuencia, de adecuación de esa duración a los requerimientos objetivos de personal de las empresas. Como tal, en contra de lo que suele sostenerse, no parece que pueda ser considerado *per se* como un principio rígido, incapaz de ofrecer una respuesta eficaz a los mismos. Antes bien, se trata, como he tenido ocasión de señalar más de una vez, de un principio esencialmente flexible, diseñado precisamente en clave de adaptación de la gestión de personal a las exigencias del desenvolvimiento de la actividad productiva de las empresas. Lo que ocurre es que, de acuerdo con el tercero de los modelos de flexibilidad que han sido descritos, recurre para conseguir ese resultado a la introducción de una regulación que contemple de manera objetiva la atención de dichos requerimientos, en lugar de dejar la cuestión enteramente confiada a la mera voluntad unilateral del empleador o bilateral de las partes del contrato de trabajo.

Flexibilidad y estabilidad no son, pues, desde el punto de vista conceptual al menos, términos incompatibles ni mucho menos. Antes bien, el principio de estabilidad en el empleo es enteramente capaz de satisfacer de forma eficiente las necesidades permanentes o temporales de personal de las empresas siembre que se adopte una regulación de sus alcances que sea sensible a esas necesidades.

Dicho esto, cabe preguntarse por la manera como debe articularse desde el punto de vista técnico una regulación de este tipo y, en particular, por la manera como ha de procederse a delimitar qué labores son permanentes y cuáles temporales a efectos de aplicar la regla de carácter imperativo que ha sido antes enunciada.

Naturalmente, la cuestión clave a estos efectos no es otra que la de precisar qué clase de necesidad empresarial va a ser atendida en cada caso por la prestación del trabajador.

Desde este punto de vista es posible distinguir dentro de las actividades de las empresas las necesidades *ordinarias o normales*, que son aquellas requeridas para desarrollar las tareas que constituyen su objeto, sin las que este no podría ser alcanzado, de las *no ordinarias o no habituales*, que, por el contrario, no son precisas para la consecución del mismo, aunque puedan ser requeridas de manera excepcional. Y también las necesidades *permanentes o habituales*, que tienen carácter constante y no meramente coyuntural, de las *no permanentes o transitorias*, que carecen de él.

Pues bien, en aplicación del principio de estabilidad en el empleo, el trabajo destinado a satisfacer necesidades *ordinarias y permanentes* de las empresas

deberá ser realizado, dada la naturaleza no limitada en el tiempo de estas, por trabajadores contratados por tiempo indefinido. Mientras que, en razón de su limitado alcance temporal, el trabajo derivado de un *aumento transitorio de las necesidades ordinarias* de las mismas o de *requerimientos imprevistos de necesidades no ordinarias* podrá, por el contrario, ser atendido por trabajadores vinculados a través de contratos de trabajo de duración determinada.

Estos criterios básicos son suficientes ya para adoptar decisiones fundadas en materia de contratación. No obstante, es posible dar algunos pasos más y elaborar a partir de ellos una tipología de modalidades de trabajo capaces de dar lugar a una vinculación contractual permanente o temporal.

Así, constituyen modalidades típicas de trabajo estable las dos siguientes:

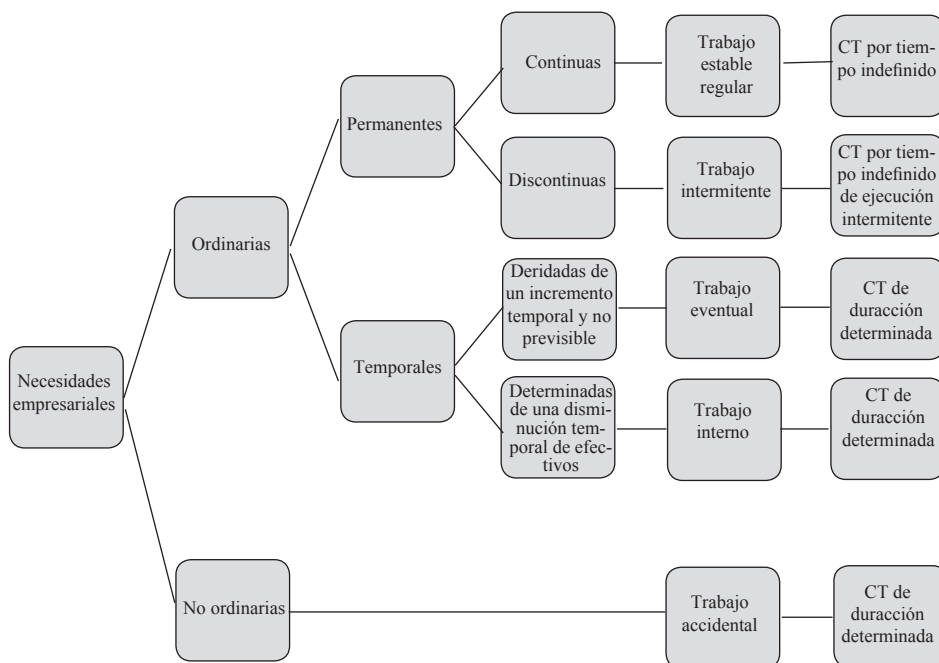
El *trabajo estable de naturaleza regular*, sin duda la especie más común, a través del cual se realizan labores ordinarias y permanentes de la empresa de forma continua.

El *trabajo fijo discontinuo, intermitente, de temporada o estacional*, que atiende también necesidades ordinarias y permanentes, pero que son requeridas de forma intermitente o no continua, por lo general en ciertos periodos del año.

En tanto que, a la inversa, serían modalidades de trabajo temporal:

- El *trabajo eventual en sentido estricto*, por el que se realizan labores ordinarias, es decir, cualitativamente similares a las comunes dentro de la empresa, pero que son requeridas excepcionalmente en mayor volumen, debido a la presencia de factores no duraderos ni susceptibles de repetirse periódicamente (un aumento excepcional de pedidos, un retraso en los suministros, menores plazos de entrega, etc.).
- El *trabajo interino o de suplencia*, que es el dirigido a cubrir necesidades ordinarias y permanentes de la empresa, o incluso necesidades temporales, pero siempre en sustitución del trabajador que ha sido contratado para desarrollarlas, debido a que el contrato de trabajo de este último se encuentra suspendido por alguna causa admitida por el ordenamiento.
- El *trabajo accidental*, destinado a la ejecución de tareas no ordinarias ni permanentes, que son requeridas de forma excepcional y por lo general imprevista.

El ensamblaje de todas las categorías hasta aquí utilizadas en un esquema unitario puede ser apreciado a través del siguiente cuadro:



Para que una regulación de las modalidades de contratación pueda ser considerada, a la vez, causal y flexible, deberá incluir fórmulas que permitan la contratación temporal en los tres últimos supuestos que aparecen en el cuadro impongan la indefinida para los demás, bien que teniendo en cuenta el posible carácter intermitente de la prestación cuando sea preciso. O, en todo caso, servirse de criterios generales de definición de los supuestos válidos de contratación temporal que conduzcan a un resultado semejante. Naturalmente, si lo consigue, difícilmente podrá ser considerada rígida, por más que se inspire en la causalidad.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse, ya para concluir, por qué si lo anterior resulta conceptualmente tan claro, el principio de estabilidad en el empleo ha sido considerado, muy en particular en las décadas de los ochenta y noventa del pasado siglo –aunque esta concepción se sigue manteniendo en muchos ámbitos–, como el paradigma más absoluto de la rigidez, propugnándose en función de ello, bien la necesidad de su desaparición, o bien la creación de numerosas excepciones a su aplicación.

La explicación se encuentra en una conjunción de varios factores. Entre ellos no puede ser descartada, naturalmente, la presencia en algunos ordenamientos de regulaciones inadecuadas, por lo general debido a su rigidez. No expresivas, por tanto, de una plasmación adecuada de sus alcances. Los factores fundamentales

que contribuyen a explicarlo son, sin embargo, en mi opinión al menos, otros dos. De un lado, la crítica ideológica, de raigambre inequívocamente liberal, al intervencionismo legislativo que supone la aplicación con carácter imperativo de este principio para determinar el alcance temporal del contrato de trabajo en sustitución de la libre decisión de las partes del mismo, que ha conducido a muchos a considerarlo sin más como un factor de rigidez. Incluso cuando a través de él se contemplen tipos contractuales dirigidos a atender de manera pormenorizada las distintas clases de necesidad de personal de las empresas. Del otro, también, claro está, la consideración de los límites a través de este principio se imponen a la libre decisión del empleador como barreras o trabas para la creación de nuevos empleos. O, en todo caso, como factores que retraen sus decisiones de contratación.

El efecto de estas críticas no ha sido por lo general, de todas formas, el desmantelamiento dentro de los ordenamientos jurídicos del principio de estabilidad, sino, más sibilina, la creación, en un primer momento temporal pero después incluso definitiva, de excepciones a su aplicación, es decir, de tipos contractuales de duración determinada de naturaleza no causal, inspirados en razones vinculadas con el fomento del empleo o la promoción de una flexibilidad basada en el arbitrio empresarial. Se termina así por asignar a la regulación de la contratación laboral funciones que le son ajenas, como son el fomento del empleo o la flexibilización del sistema laboral.

Esta llamativa tríada (contratación temporal -fomento del empleo- flexibilidad laboral), que se adiciona al papel ordinario que debería en principio jugar dicha regulación (permitir a las empresas satisfacer sus necesidades de personal de forma adecuada), ha determinado una tortuosa evolución normativa en muchos ordenamientos. De resultados nefastos, por cierto, medidos en términos de dualismo, precariedad laboral y degradación de las condiciones laborales y la formación y profesionalidad de los trabajadores. A cambio de una mejora del empleo que nunca llegó ni fue consistente y de una flexibilidad difícilmente distinguible de la arbitrariedad. No hace falta aportar aquí cifras para probarlo, aunque existan en abundancia, ya que todos somos conscientes de la naturaleza y los alcances del fenómeno.

Por lo demás, como destacaría Óscar Ermida, estos efectos condujeron, ya hacia finales de los años noventa, a revalorizar la idea de continuidad de la relación de trabajo, pero no solamente desde la perspectiva de la tutela del interés de los trabajadores, sino también del interés del propio empresario, el sistema económico y la sociedad en su conjunto.

Como apunta el propio Ermida, la inestabilidad extrema solo es funcional para el empleador en el corto plazo y en determinados sectores que se basan en

mano de obra poco cualificada. Más allá termina siendo disfuncional para todos, incluyendo al empleador, ya que atenta contra dos axiomas básicos de la moderna administración de personal: la capacitación y el involucramiento del trabajador con los objetivos de la empresa. No es realista, en este sentido, que el empleador invierta en formar a un trabajador que considera está de paso, ni tampoco, claro está, que este último “se ponga la camiseta” de una empresa a la que pertenece de manera puramente ocasional. Frente a ello, la tan cuestionada en ciertas etapas continuidad de la relación de trabajo es capaz de alentar la formación y el compromiso del personal, favoreciendo una mejora de su eficiencia y productividad, así como su adaptabilidad al cambio.

Desde este punto de vista, la garantía del principio de estabilidad en el empleo, además de tener las funciones inmediatas que han sido apuntadas, cumple un importante rol de fomento del desarrollo de un modelo de competitividad de gama alta por parte de las empresas, basado en una mayor vinculación y compromiso de los trabajadores con los objetivos de las empresas y una mayor capacitación de estos, cuyas ventajas a medio y largo plazo sobre el modelo que pivota sobre la precariedad laboral y los bajos salarios son evidentes. Por ello, la promoción del respeto de la estabilidad en el empleo constituye, además de una garantía social del mayor relieve, un capítulo importante de las políticas de fomento del desarrollo eficiente, sano y equilibrado de cualquier sistema productivo.

ADAPTACIONES DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO Y NECESIDADES DE LA EMPRESA

JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU^{J(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.

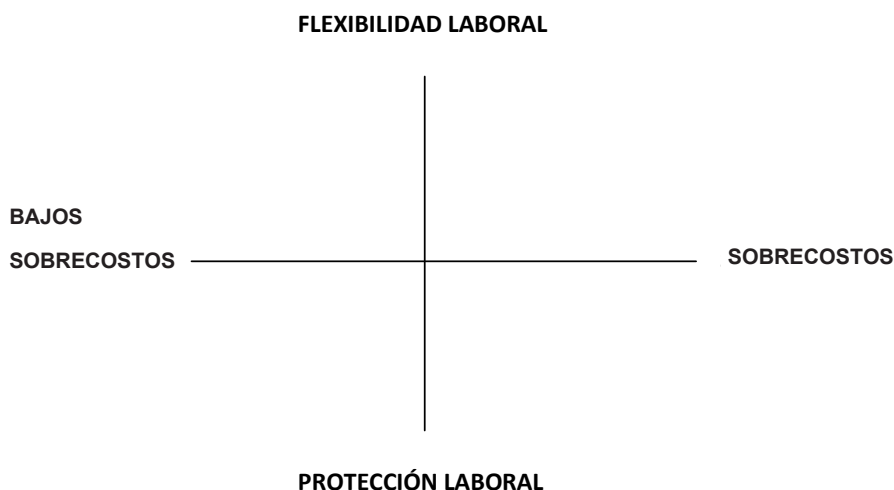
II. MARCO LABORAL: ¿RIGIDEZ O FLEXIBILIDAD?

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 sobre costos.

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 sobre costos 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 sobre costos, 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 anticompetitivo 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.

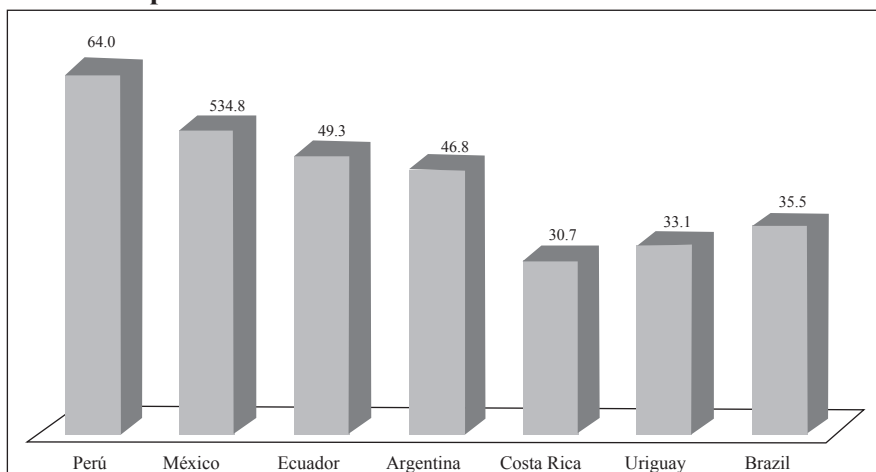
Los únicos ceses colectivos que se han podido aprobar hasta donde tenemos conocimiento fueron cuando ocurrió el lamentable terremoto de Ica y cuando hubo hace 3 o 4 años inundaciones en Cuzco donde varias empresas de turismo solicitaron un cese colectivo. Lo anterior son manifestaciones de rigidez.

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

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

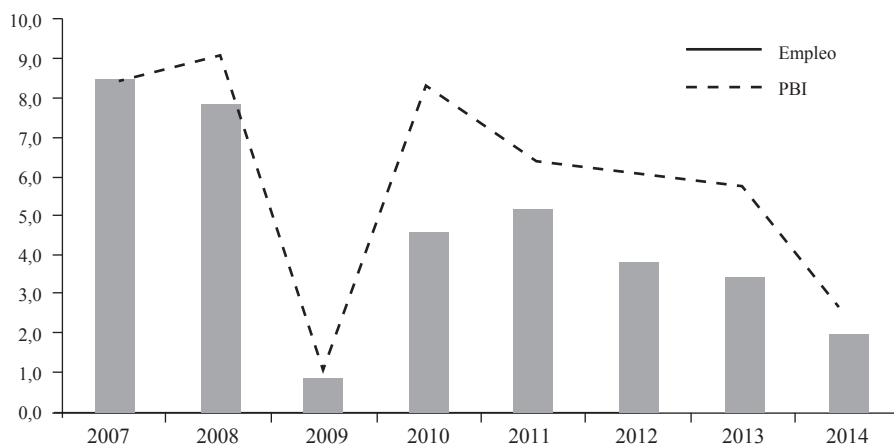
Fuente: Ipsos/abril 2015.

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)



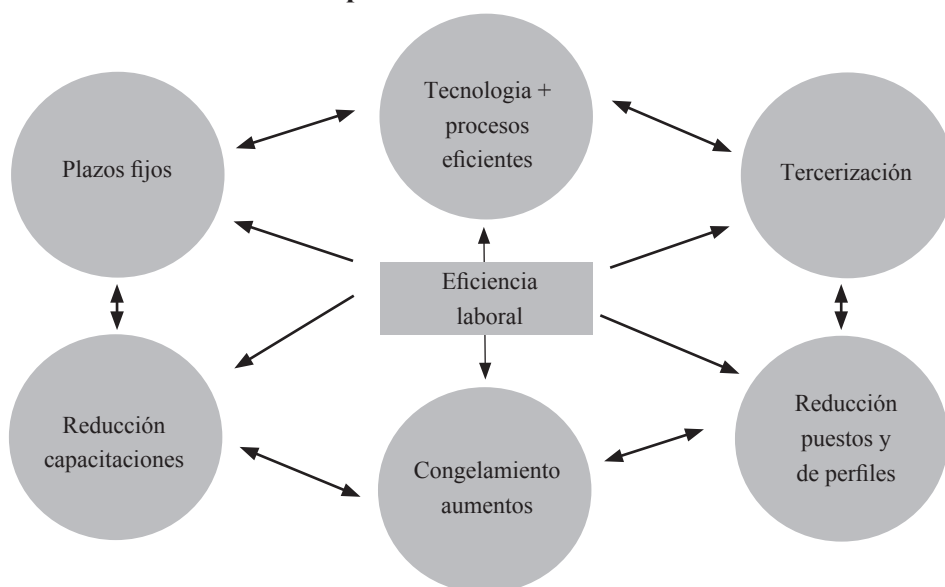
1/ Empleo formal en empresas de 10 o más trabajadores en Perú Urbano

Fuente: Mintra, BCR, APOYO Consultoría

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:

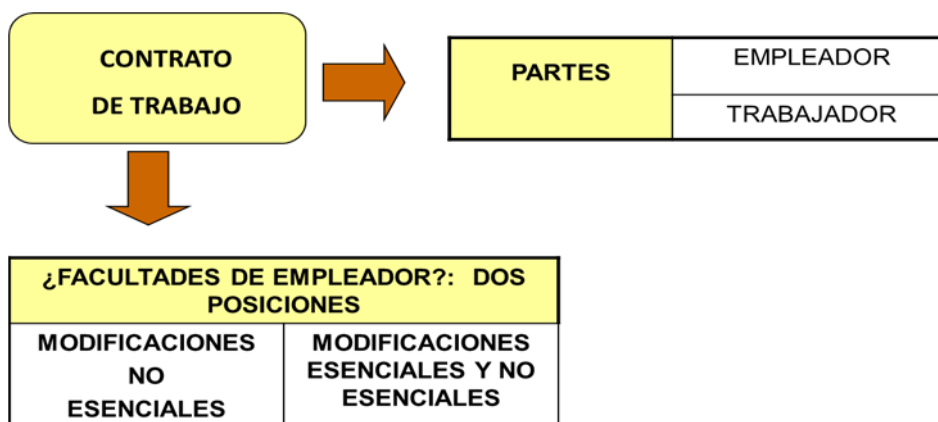
CONTRATAR	Contratar el personal que se quiera, fijar estructuras, categorías, etc.
ORGANIZAR	Regular y organizar la forma, el modo y el lugar (por ejemplo, directivas, reglamento interno de trabajo, memos, etc.)

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?

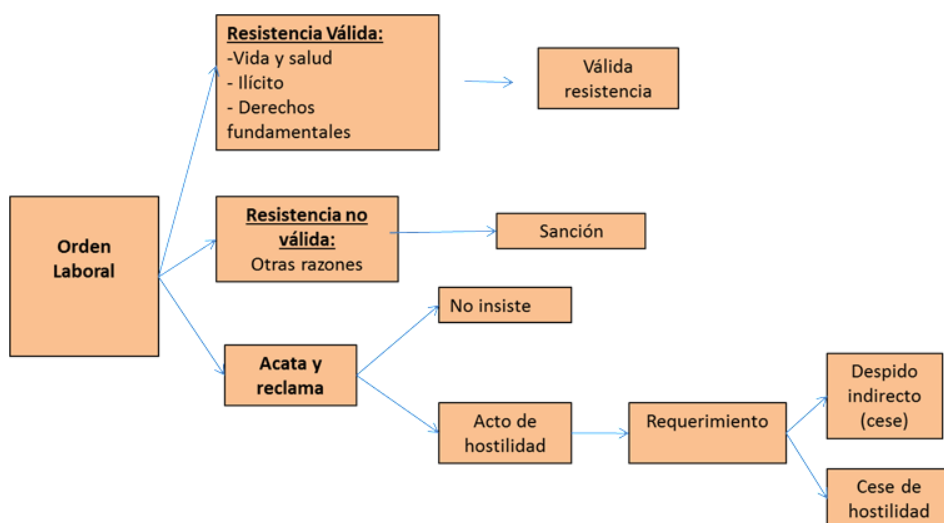
Ahora bien, nadie discute la facultad del empleador para introducir cambios en la relación laboral. La gran discusión o debate es ¿qué tipo de cambios?, ¿qué intensidad tiene ese cambio?, porque las normas solamente indican que el empleador puede inducir cambios que se originen en la razonabilidad de 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 la 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	• 30 días naturales	• Es posible conceder más días naturales o fijar mayores días laborables proporcionales .
OPORTUNIDAD	• Empresa decide, salvo excepciones.	• El trabajador puede decidir la oportunidad.
REDUCCIÓN	• Hasta 15 días con compensación salarial de los días reducidos	• Sólo es posible incrementar monto de compensación, pero no incrementar días de compensación.
ACUMULACIÓN	• Hasta dos períodos consecutivos	• No cabe extender períodos de acumulación.
FRACCIONAMIENTO	• Cuando menos un período debe durar 7 días consecutivos	• Es posible el fraccionamiento por diferentes períodos, respetando mínimo período legal.
REMUNERACIÓN	• Equivalente a una remuneración mensual	• Puede incluirse conceptos no remunerativos o incrementarse el monto de remuneración.
PAGO DE REMUNERACIÓN	• Antes del goce físico vacacional	• 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

NARRATIVAS JURÍDICAS (HEGEMÓNICAS Y SUBALTERNAS) EN TORNO A LA TERMINACIÓN DEL TRABAJO: EL CASO DEL DESPIDO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

DAVID CAMPANA

Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - PUCP⁽¹⁾

Nos convoca el tema del despido. Hemos preparado una presentación que intenta vincular el tema del despido y realizar una mirada más bien crítica que incorpore temas que, sin ser corrientemente propios del análisis jurídico, intentan, sin embargo, enriquecer el mismo. El tema de fondo podría expresarse de la siguiente forma: ¿cuáles son las narrativas jurídicas en torno a la terminación del trabajo? Luego de aproximarnos al tema desde la perspectiva teórica de las narrativas hegemónicas y contranarrativas subalternas en el campo del Derecho (del Trabajo), ilustraremos la respuesta explorando el caso del despido en el Derecho norteamericano, que, siendo sustantivamente diferente a los ordenamientos continentales y de la tradición romano-germánica del cual nuestro Derecho forma parte, y en el cual las protecciones laborales son mínimas, ilustra muy bien, quizá por lo mismo, las narrativas y contranarrativas a las que recurren empleadores y trabajadores.

A propósito de un texto muy sugerente de los profesores Antonio Baylos Grau y Joaquín Pérez Rey, titulado *El despido o la violencia del poder privado*⁽²⁾, vamos a introducir el tema de las narrativas jurídicas en torno a la terminación del trabajo, entre quienes por un lado postulan una visión más acorde con la

(1) Consultor Internacional en estándares laborales, empresas y derechos humanos.

(2) BAYLOS GRAU, Antonio, y Joaquín PÉREZ REY. “El despido o la violencia del poder privado”. Madrid: Editorial Trotta, 2009, 2012.

democracia y la ciudadanía social versus quienes hacen más bien un acento en la economía privada y la empresa en el análisis jurídico y especialmente en el análisis de las relaciones laborales. Luego presentaremos una panorámica del sistema legal norteamericano, para poder ver en ese marco el tema del despido y cómo se encuentran reguladas las dos instituciones principales: los denominados *employment-at will* y *wrongful discharge*. Finalmente, revisaremos algunas experiencias que hemos denominado estrategias subalternas, llevadas a cabo en los Estados Unidos por grupos organizados de trabajadores (en sindicatos y otras formas de organización de trabajadores para hacer frente a las limitaciones legales en términos de protección frente al despido).

I. EL DESPIDO EN LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

Algunas precisiones terminológicas en torno al concepto de despido⁽³⁾ antes de abordar el tema central. Se puede hablar del despido en sentido estricto y en sentido amplio, y esto tiene que ver con el tratamiento que se dé tanto en la doctrina como en la legislación de los diferentes ordenamientos a la terminación de la relación laboral. La idea principal es que cuando se habla del despido en sentido estricto se está hablando de una forma especial de terminación de la relación laboral, aquella que tiene que ver con la terminación de la relación por la iniciativa del empleador por razones disciplinarias, es decir, del despido disciplinario. Sin embargo, si bien es cierto que en sentido estricto, el despido tiene esta caracterización, en términos generales en realidad, cuando se habla de despido, no se hace esta distinción, sino se hace referencia a toda forma de terminación de la relación laboral por iniciativa o voluntad del empleador. Desde esta perspectiva, se entiende como despidos en sentido jurídico amplio, a las múltiples formas de terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, que tienen como consecuencia real la pérdida del empleo, concepto más cercano al uso y entendimiento del término en el lenguaje coloquial y corriente. Es este el sentido con el que los profesores Baylos y Pérez Rey se aproximan al estudio de las narrativas jurídicas alrededor del despido⁽⁴⁾.

Lo dicho puede ser perfectamente ejemplificado por escenas de la película peruana *Paraíso* (2010), en la cual un grupo de jóvenes hijos de migrantes provincianos navegan la carencia de oportunidades en la gran Lima. En la escena central se ve a uno de ellos “trabajando” disfrazado de un pollo gigante, invitando a

(3) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral peruano”. Lima: ARA, 2006.

(4) Ibid. pp. 25-26.

los transeúntes a pasar a un restaurante. En una de las escenas siguientes, en la cocina, al término de la jornada y mientras se ve al joven sudado quitándose el pesado disfraz, el cocinero/propietario/empleador le comunica “hasta aquí nomás va cholito”. El poder de estas imágenes da pie a una animada reflexión sobre el significado del trabajo, las condiciones laborales (o su ausencia) y la naturaleza de la pérdida del empleo, las múltiples prácticas y significados que en la realidad puede adoptar la terminación de la relación laboral, el despido en sentido amplio.

Si bien lo visto ejemplifica una práctica generalizada en el sector informal, el sentido de la pérdida del empleo y el significado amplio que puede adquirir el término despido también se puede constatar en el sector formal regulado del mercado de trabajo, por la relajación de la protección al momento de la contratación mediante la proliferación de múltiples regímenes de contratación temporal, incluso para situaciones de labores ordinarias y permanentes que deberían corresponder a contratos de duración indeterminada⁽⁵⁾. En estas situaciones no será necesario recurrir al despido, en sentido estricto, para dar término a la relación laboral, bastará con no renovar el contrato temporal, aunque el/la trabajador/ra haya sido contratado y recontratado por un periodo largo de tiempo en labores que por su naturaleza deberían ser contratados a tiempo indeterminado.

II. NARRATIVAS JURÍDICAS (HEGEMÓNICAS Y SUBALTERNAS) EN TORNO A LA TERMINACIÓN DEL TRABAJO

Con el sugerente título *El despido o la violencia del poder privado*, los profesores Baylos y Pérez Rey nos introducen a una aproximación diferente del análisis jurídico de lo laboral, específicamente del tema del despido, que no está solamente basada en el análisis de la ley o en los pronunciamientos judiciales, sino que toma prestado o cruza hacia otros campos de las ciencias sociales, en búsqueda de herramientas que nos permitan hacer un análisis más socio-jurídico del fenómeno del trabajo, y en este caso concreto del acto del despido, que es abordado en su sentido amplio, como toda forma de terminación de la relación laboral.

Esta aproximación comparte las preocupaciones de recientes estudios socio-jurídicos que exploran el tema de las narrativas jurídicas hegemónicas y subalternas en el campo del Derecho desde las perspectivas “desde arriba” y “desde abajo”. En apretada síntesis, la perspectiva “desde abajo” busca alterar desde una visión subalterna los discursos hegemónicos contruidos “desde arriba”

(5) SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos”. Lima: ARA, 1997.

por quienes se consideran “expertos” en diferentes campos del saber, y que mayormente reproducen acríticamente (voluntaria o involuntariamente) relaciones de poder y dominación en la sociedad⁽⁶⁾.

Los autores utilizan un enfoque desde dentro y fuera de la técnica jurídica para señalar que el discurso jurídico, de cualquier tipo, no está libre de contaminaciones externas, y que todo tipo de análisis jurídico es ideológico. Desde esta perspectiva, incluso quienes hacen un análisis o una interpretación técnico-jurídica de cuestiones legales, tienen un trasfondo ideológico que no se hace explícito. Esta aparente neutralidad del análisis técnico-jurídico esconde también una opción ideológica, que justamente consiste en quedarse en el análisis frío de la ley para no solo evitar tomar en cuenta y discutir aspectos considerados fuera de la técnica jurídica, sino para además descalificar todo tipo de análisis crítico del Derecho, especialmente en el campo del Derecho del Trabajo y la regulación de la contratación y el despido, como ideológicos.

La deconstrucción de esta paradoja es el principal aporte de los autores al análisis del despido. De esta manera, puede percibirse cómo las críticas de “rigidez”, que se vienen generalizando al Derecho del Trabajo y a la regulación de la relación laboral tanto en la contratación como en el despido, vienen con una enorme carga ideológica, porque se está privilegiando la perspectiva de la economía, del mercado, y del funcionamiento y de las necesidades de las empresas, sobre otros valores que han estimulado desde su origen al Derecho del Trabajo que tienen que ver con los valores de la democracia social, de la igualdad sustantiva, de la protección del trabajo y de los trabajadores.

El hecho de que la regulación del despido se sitúe “entre la dinámica del trabajo y las exigencias de la organización de la empresa”⁽⁷⁾ hace que la materia sea particularmente tan controversial y debatible. Pues no se trata solamente de técnica legal, se trata de establecer regulaciones, que, por un lado, protejan a la parte subordinada de la relación laboral, de los trabajadores, pero, por otro lado, al mismo tiempo, permita un funcionamiento flexible por parte de las organizaciones empresariales. ¿Cómo llegar a ese equilibrio? Esa es la gran interrogante contemporánea en la regulación de las relaciones laborales.

(6) Para una aproximación “desde abajo” al Derecho y la globalización ver: RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. y SANTOS, Boaventura de Sousa. *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*. Cambridge & New York: Cambridge University Press, 2005.

Para una aproximación desde la geografía legal, ver CAMPANA, David. “Derecho, Trabajo, Inmigración y Globalización ‘desde abajo’: Una aproximación crítica desde la geografía legal”. En: VV.AA. *Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Libro Homenaje a Javier Neves Mujica*. Lima, Ed. Grijley, 2009.

(7) BAYLOS GRAU y PEREZ REY, Ob. cit.

Sin embargo, lo que viene ocurriendo no solamente tiene que ver con cambios legislativos, lo que vendría sucediendo sería pretender un cambio radical en la esencia del derecho al trabajo, en dónde esta visión, que Baylos y Pérez Rey denominan como “la gran meta-narrativa” neoliberal, que prioriza el mercado y las empresas por encima de otros espacios sociales, el trabajo y los trabajadores, se comienza a convertir en hegemónica, ocasionando que se levanten voces desde sectores hegemónicos de la sociedad para exigir que el derecho del trabajo no proteja tanto al trabajador, sino facilite el desempeño eficaz de las empresas en economías de libre mercado. En términos concretos, la visión hegemónica neoliberal demanda “la degradación de las garantías derivadas del derecho al trabajo, incluyendo el despido encausado, a través de su consideración negativa en términos económicos”⁽⁸⁾.

Esta es la gran narrativa que comienza a tener predominio en España y en otros países europeos, a contracorriente de lo que en la Europa continental, lo mismo que en América Latina, ha sido siempre la narrativa dominante, donde tradicionalmente se parte del reconocimiento del trabajo en los textos constitucionales como algo indispensable para la promoción de la democracia y la igualdad en la sociedad. No se trata solamente del desempeño de la economía, es algo más, se trata de la consideración sobre el valor social de las regulaciones, especialmente en el derecho al trabajo.

El carácter hegemónico de la meta-narrativa neoliberal, que pone en primer lugar a la empresa y lo económico, tiene así también efectos devastadores en términos ideológicos. Como consecuencia, las visiones alternativas no solo no son tomadas en cuenta, sino incluso son descartadas por “ideológicas”, pues, como decíamos inicialmente, la manera de descalificar las posiciones a favor de la vigencia del derecho del trabajo y de las protecciones del trabajador es descalificarlas diciendo que son construcciones ideológicas, cuando en realidad, y paradójicamente, la narrativa hegemónica que busca colocar en primer plano a la empresa y las necesidades de la economía proyecta también una visión ideológica.

Deconstruyendo la trampa ideológica de la narrativa hegemónica neoliberal, no solo es posible, sino urgentemente necesario generar narrativas alternativas contrahegemónicas. Baylos y Pérez Rey plantean como alternativa la recuperación de la democracia sustantiva material, que reconoce derechos en una orientación progresiva hacia la igualdad material y que se apoya en sujetos y clases sociales subalternas, o, en términos más jurídicos, en términos constitucionales, es

(8) Ibídem.

reconsiderar el trabajo como un elemento esencial de la ciudadanía en el Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, esto que históricamente fue dado por supuesto como fundamento de la propia fundación del Derecho del Trabajo, ahora es algo que viene siendo sometido a debate y, en este debate, la narrativa neoliberal viene imponiéndose.

Vale la pena precisar y recordar que nada de esto es nuevo. Recuerdo que en mis años de estudiante era la época en que se empezaba a hablar de la flexibilidad laboral, estamos hablando de finales de los ochenta. El debate consistía en que, a consecuencia de la crisis económica, era necesario flexibilizar el derecho al trabajo debido a que era demasiado rígido. Flexibilizar significaba desregular, hacer que los derechos de los trabajadores o se redujeran o se eliminaran, para poder superar la crisis económica. Los discursos ahora se renuevan, ya no es la crisis, ahora son las necesidades de funcionamiento y crecimiento de la economía, las economías tienen que seguir creciendo porque es la única manera de seguir dando empleo, hay que eliminar obstáculos al crecimiento económico, para eso hay que modificar el Derecho del Trabajo y hay que modificar la regulación del despido, hay que hacer que el despido sea más fácil, es lo que se alega.

Pongamos un ejemplo, algo extremo, para ilustrar dramáticamente cómo se construyen narrativas en torno al trabajo y su regulación jurídica. En un texto publicado en el diario *El Comercio*⁽⁹⁾, el economista Iván Alonso sostiene que la renuncia del trabajador debería ser causada, es decir, que así como para despedir al trabajador se requiere a la empresa “causa justa”, de la misma forma cuando el trabajador quiere renunciar debería tener una causa justificada para evitar perjuicios a la empresa, de lo contrario esta podría demandar al trabajador por “renuncia injustificada”. Pareciera que el autor más que proponer seriamente un retorno a la servidumbre y el trabajo forzoso, pues esta sería la consecuencia de tan extrema limitación a la libertad de trabajo, más bien estaría utilizando retóricamente lo inequitativo que resulta no requerir al trabajador causa justificada para dejar su trabajo, mientras que al empleador sí se le exige tener causa justificada para despedir al trabajador, para de esta manera abogar por la eliminación de la causalidad del despido.

Otro ejemplo que permite ilustrar cómo diferentes narrativas jurídicas compiten por prevalecer en el orden jurídico podría ser manifestado por el tratamiento dado por el Tribunal Constitucional al tema del despido. Sin entrar en detalles

(9) <<http://elcomercio.pe/opinion/mirada-de-fondo/renuncia-injustificada-ivan-alonso-noticia-1808024>>. Accedido en mayo 15, 2015.

sobre el tema, que es objeto de análisis profundo en la ponencia del Dr. Blancas⁽¹⁰⁾, es de conocimiento general que el Tribunal Constitucional ha sentado una importante línea jurisprudencial en materia constitucional al considerar al despido incausado como contrario al derecho constitucional al trabajo y, por lo tanto, objeto de protección absoluta, disponiendo en tales casos la reincorporación del trabajador⁽¹¹⁾. Sin embargo, nada garantiza que esto no cambie. Por el contrario, el tratamiento del despido encausado en sede constitucional ha sido en sí una construcción reciente del Tribunal Constitucional, el mismo que podría cambiar de opinión y admitir otro tipo de narrativa que no considere el despido incausado como lesivo de derechos constitucionales, como ya se viene planteando desde ciertos sectores a partir de la nueva configuración de los miembros del Tribunal Constitucional.

Abordando el estudio de las instituciones jurídicas como “narrativas” hegemónicas y subalternas, podemos apreciar que nada es inmutable, que las diferentes narrativas se encuentran en un permanente movimiento de contestación y competencia. Introduciéndonos al estudio del trabajo y del despido desde la perspectiva de lo que son las narrativas jurídicas construidas para su regulación, podemos apreciar que se trata de construcciones legislativas, jurisprudenciales y doctrinales elaboradas desde y/o para los intereses diversos de los diferentes actores que intervienen en el campo de las relaciones laborales, hegemónicos y subalternos. Desde esta perspectiva, podemos apreciar que lo que está ocurriendo en el mundo contemporáneo, la crítica radical a la cual está siendo sometido el Derecho del Trabajo, proviene desde la meta-narrativa neoliberal que viene adquiriendo carácter hegemónico, una narrativa que privilegia el funcionamiento de la economía y las necesidades de las empresas por encima de las protecciones a los trabajadores.

Por otro lado, conviene precisar, volviendo a lo planteado por los profesores Baylos y Pérez-Rey, que no se trata de regresar al pasado. De lo que se trata, dicen ellos, es de crear un “nuevo narrativismo jurídico pro laboralista”, que recupere el valor del trabajo como esencial para el ejercicio de la ciudadanía y la democracia social en este debate, y al mismo tiempo entender que esto se trata de construcciones jurídicas y que así como hay estas construcciones jurídicas que privilegian el predominio de lo económico y de las empresas, pues es momento de crear narrativas jurídicas desde fuera de los paradigmas que encierran la producción teórica sobre el Derecho del Trabajo

(10) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Evolución del régimen del despido disciplinario en el Perú: despidos justificados, arbitrarios, nulos, incausados y fraudulentos en la jurisprudencia ordinaria y constitucional”. Ponencia presentada en el III Curso Internacional Avanzado en Derecho Social. Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la PUCP, Perú, y Fundación General de la Universidad de Salamanca, España, Lima, 11 al 22 de mayo de 2015.

(11) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. “El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado.” *Derecho PUCP*, 2014, N° 71, pp. 309-339.

mayoritaria o hegemónica, ya que, como dicen los autores, “si los juristas inventan lo real, es oportuno intentar explicar la realidad desde la perspectiva de los derechos de los trabajadores”⁽¹²⁾.

Luego de realizar tema desde la perspectiva teórica de las narrativas hegemónicas y contranarrativas subalternas en el campo del Derecho (del Trabajo), ilustraremos lo dicho explorando el caso del despido en el Derecho norteamericano, en el cual las protecciones laborales son mínimas, y que quizá por lo mismo, ilustra muy bien las narrativas y contranarrativas a las que recurren el Estado, empleadores, trabajadores y sus organizaciones representativas.

III. EL DESPIDO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

Empezaremos por ofrecer una panorámica del sistema legal norteamericano para poder ver en ese marco el tema del despido y cómo se encuentran reguladas las dos instituciones principales: los denominados *employment-at-will* y *wrongful discharge*. Finalmente, revisaremos algunas experiencias que hemos denominado estrategias subalternas, llevadas a cabo en los Estados Unidos por grupos organizados de trabajadores, en sindicatos y otras formas de organización de trabajadores, para hacer frente a las limitaciones legales en términos de protección frente al despido.

La regulación del trabajo en los EE.UU., país con un gobierno federal y en donde no existe referencia explícita a derechos laborales en su Constitución, es resultado histórico de una serie de intervenciones del Estado en la forma de leyes y decisiones judiciales, tanto a nivel federal como estatales. La legislación laboral resultante es criticada por la insuficiente protección que brinda a los/las trabajadores/as tanto en el aspecto de derechos individuales como colectivos.

En el sistema jurídico norteamericano no existe un “Derecho del Trabajo” como rama especial del Derecho con identidad propia y principios comunes. En general, el trabajo se encuentra regulado, en su dimensión individual, por las denominadas leyes de empleo o *employment law*, cuya norma federal más importante la constituye la FLSA-Fair Labor Standards Act de 1938, que establece el salario mínimo nacional y el pago de horas extras en adición a la jornada legal de 40 horas; y en su aspecto colectivo, por las llamadas leyes de trabajo o *Labor Law*, que tiene en la NLRA-National Labor Relations Act de 1935, o Ley Wagner, la norma federal más importante, regulando los derechos de libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

(12) BAYLOS GRAU y PÉREZ REY, Ob. cit.

En la dimensión individual, la relación de trabajo está gobernada por la doctrina del *employment-at-will*, o la capacidad absoluta del empleador de contratar en las condiciones que quiera (respetando escasas disposiciones legales como salarios mínimos y horas extras, además de las relacionadas con seguridad y salud en el trabajo, entre otras), o despedir sin causa justificada (salvo disposición contenida en un convenio colectivo, si existiera), sin más limitaciones que las mínimas y dispersas, aunque crecientes, disposiciones de lo que se denomina como *wrongful discharge*. Estas últimas vienen siendo establecidas por la legislación y la jurisprudencia, tanto a nivel federal como estatal, y disponen, básicamente, excepciones según las cuales el empleador no tiene derecho a despedir si el trabajador se opone a cumplir un acto contrario a la ley (*public policy*), o por motivos discriminatorios o antisindicales (*discrimination/retailation*), cuando las partes consideran implícitamente la duración como indeterminada e intrínseca al contrato de trabajo (*implied-contract*) y cuando el despido es de mala fe o motivado por malicia (*covenant-of-good-faith*)⁽¹³⁾.

En el aspecto colectivo, la ley es criticada por su debilidad en la protección de la actividad sindical. Entre sus limitaciones más importantes se señalan la facultad de los empleadores de intervenir en los procesos de constitución de sindicatos, la débil sanción en contra de actos de discriminación antisindical, la exigencia de elecciones con voto universal y secreto para la constitución de sindicatos (que deben realizarse ante el órgano administrativo estatal en un proceso que puede durar más de un año y durante el cual el empleador está autorizado a hacer campaña en contra del sindicato, sin que esto se considere un acto antisindical, sino el ejercicio legítimo del *freedom of speech* o “libertad de expresión”, derecho sacrosanto en la democracia norteamericana, consagrado por la primera enmienda del *Bill of Rights* de la Constitución), la tolerancia de “negociaciones, superficiales” por la ausencia de mecanismos efectivos que garanticen una auténtica negociación entre las partes, la prohibición de acciones de solidaridad, así como la autorización a los empleadores a contratar reemplazos de manera temporal o permanente en caso de huelga⁽¹⁴⁾. Como resultado, es común que las acciones sindicales —especialmente la constitución de sindicatos— estén acompañados de una fuerte oposición empresarial y actos antisindicales, como acciones de intimidación y despidos de activistas sindicales⁽¹⁵⁾.

(13) ESTLUND, Cynthia L. “Wrongful discharge protections in an at-will world.” *Texas Law Review*, 1995, Nº 74, p. 1655.

(14) COMPA, Lance. “Unfair Advantage. Workers’ Freedom of Association in the United States under International Human Rights Standards.” *Human Rights Watch*. 2000.

(15) Existe incluso una industria bastante rentable dedicada a proveer de consultores y servicios de “unión busting”, desde cómo llevar adelante reuniones individuales de amedrentamiento con los trabajadores,

Dada la vigencia del principio de *employment-at-will* y la libertad para despedir en el Derecho norteamericano, con las contadas excepciones establecidas por la ley y la doctrina del *wrongful discharge*, la importancia de la existencia de sindicatos y acuerdos colectivos adquiere primordial importancia en el campo de las relaciones individuales y la regulación del despido y otras formas de terminación de la relación laboral, pues será el convenio colectivo la vía privilegiada mediante la cual se podrá establecer las causas que justificarían el despido, así como las garantías frente al despido arbitrario y los procedimientos a seguir. Además, en numerosos casos se viene utilizando una protección que se pertenece más al aspecto colectivo para proteger a los trabajadores en el aspecto individual, sobre todo en los casos de despido. La Ley Wagner, que establece que los trabajadores que realizan acciones concertadas, ya sea para organización o afiliación a un sindicato, o en general para la protección de sus derechos, están protegidos frente a actos en su contra por parte del empleador. La protección en contra de despidos por causa antisindical sería el típico ejemplo del uso de esta protección legal, pero como la norma incorpora en general las acciones motivadas para la “protección de sus derechos”, algunos tribunales están aceptando la interpretación consistente en que también trabajadores despedidos en una relación individual de trabajo, despedidos por hacer algo para proteger sus derechos, tienen derecho a accionar en contra de su empleador. Esta sería una especie de ampliación de la protección de la ley en el aspecto colectivo a la protección del despido en caso de trabajadores individuales.

IV. LOS SINDICATOS EN EE.UU.: UNA MIRADA PANORÁMICA

Los sindicatos en los EE.UU. se encuentran organizados a nivel sectorial por sindicatos de alcance nacional que cubren toda una rama de actividad productiva y/o gremio ocupacional. Estos sindicatos cuentan con sindicatos locales (*locals*) para actuar en jurisdicciones más específicas como determinadas ciudades o centros de trabajo. En general, aunque pueden encontrarse muchas excepciones, el referente directo para los miembros es el sindicato local, y las cuotas sindicales son divididas con el sindicato nacional. El sindicato local tiene a su cargo las acciones de organización y negociación colectiva en la jurisdicción, salvo en el

hasta la provisión de reemplazos para huelguistas y guardias de seguridad. LOGAN, John. “*The Union Avoidance Industry in the United States*”. *British Journal of Industrial Relations*, N° 44:4, December 2006. pp. 651-675.

La intimidación a trabajadores inmigrantes indocumentados es mayor, pues conlleva el riesgo de ser deportados.

caso de procesos de organización y/o negociación que involucran acciones a nivel nacional, en cuyo caso la “internacional” mantiene el liderazgo, asumiendo, en general, autoridad y poder centralizado sobre los sindicatos locales.

El movimiento sindical norteamericano alcanzó su máximo nivel de organización en 1946, cuando llegó a representar el 37 % de la población sindicalizable. Desde entonces viene sufriendo un descenso sostenido hasta llegar a representar el 2010 solamente al 11,9 % (14.7 millones) del total, y al 6,9 % (7.1 millones) en el Sector Privado⁽¹⁶⁾. Son varias las causas que explican este dramático descenso. Entre las principales se mencionan tanto las profundas transformaciones socioeconómicas producidas especialmente en la segunda mitad del siglo pasado⁽¹⁷⁾ como, más recientemente, la actual recesión económica⁽¹⁸⁾ surgida y/o contribuyente de la crisis financiera internacional. Sin embargo, en perspectiva histórica, esta declinación de la densidad sindical responde, por un lado, a la débil protección que brinda la ley⁽¹⁹⁾ y a la intensa oposición de los empleadores expresada en actos antisindicales⁽²⁰⁾, como, por otro lado, a la propia naturaleza de la actividad sindical predominante en los sindicatos norteamericanos que privilegian el modelo de *business unionism*⁽²¹⁾: el centro de la acción sindical está puesto en obtener mejoras económicas inmediatas para los miembros (mejores salarios y condiciones de trabajo), sin que esto implique un mayor empoderamiento de las/los trabajadoras/es⁽²²⁾.

V. ESTRATEGIAS (SUBALTERNAS) EN LA ACCIÓN DE LOS TRABAJADORES

A partir de finales de los años setenta, algunos sindicatos empiezan a reconocer la insuficiencia del modelo de *business unionism* para contrarrestar las

(16) U.S. Bureau of Labor Statistics. 2011. “Union Members–2010”. January 21, 2011.

(17) Tránsito de una economía basada en la manufactura a otra basada en tecnología y servicios, paso del fordismo a métodos flexibles de *lean production*, desindustrialización, *offshore outsourcing*.

(18) TILLY, Chris. *An opportunity not taken...yet: U.S. labor and the current economic crisis*. Institute for Research on Labor and Employment. UC Los Angeles. 2010.

(19) Probablemente no es coincidencia que la declinación en la densidad sindical se inicia en 1947, año en que se modifica la NLRA para limitar los derechos sindicales.

(20) BUDD, John. *Labor Relations. Striking a Balance*. McGraw-Hill/Irwin. 2005. pp. 21-22.

(21) Ibid. pp. 106,187.

(22) El modelo recibe su nombre por asemejar una actividad de servicios, donde los miembros pagan sus cuotas para ser servidos por el *staff* del sindicato sin tener mayor participación en las actividades sindicales, con la consiguiente profesionalización y burocratización de los sindicatos, que tienden a resolver los conflictos mediante acuerdos “en la cúpula” con los empleadores, y mediante acciones de *lobby* con las autoridades públicas.

limitaciones de la ley y el antisindicalismo empresarial. Desde mediados de los ochenta, sindicatos “progresistas” como los United Steelworkers y otros en el sector de servicios –con fuerte presencia de mujeres, minorías y trabajadores migrantes como SEIU (limpieza), UNITE (textiles y lavanderías), HERE (hoteles y restaurantes), entre otros– empiezan a implementar formas alternativas de acción sindical más características de lo que se denomina *rank-and-file organizing model* y *social movement unionism*⁽²³⁾.

Estas experiencias se caracterizan por la implementación comprehensiva de un conjunto de estrategias que van desde la promoción de una mayor participación y empoderamiento de la membrecía⁽²⁴⁾, la formación de coaliciones con grupos comunitarios y de iglesias, la actuación “alrededor de la ley” para superar las limitaciones del proceso legal y la oposición patronal, hasta el desarrollo de acciones “de menos a más” tanto en el lugar de trabajo como en otros espacios de poder fuera de la empresa, con un fuerte componente de investigación corporativa como soporte a las decisiones sobre dónde y cómo presionar para lograr los objetivos planteados⁽²⁵⁾.

A continuación una apretada síntesis de tres significativas experiencias que pueden servir para ilustrar la amplitud y alcance de este emergente campo de acción sindical.

1. *Justice for Janitors*: “re-localizando” las luchas

La campaña de SEIU para organizar trabajadores de limpieza –llamada “Justice for Janitors” (JfJ)– puede ser el ejemplo que mejor ilustra el éxito de las nuevas estrategias sindicales en organizar trabajadores de bajos salarios, en su mayoría mujeres e inmigrantes, que trabajan de manera “deslocalizada” para compañías que prestan servicios a grandes edificios en las zonas céntricas y financieras de grandes ciudades. Población trabajadora tradicionalmente considerada como difícil y hasta imposible de organizar. JfJ demostró exactamente lo contrario. Aunque

(23) BUDD, John. Ob. cit. pp. 187-191.

(24) La organización de la membrecía es la columna vertebral de este modelo, que requiere de comités de trabajadores de base “militantes”: informados, motivados y listos para actuar. Los organizadores sindicales son formados en la tradición del *community organizing*, modelo basado en el desarrollo de conversaciones de “persona a persona” (*one-to-one conversations*), donde el organizador hace preguntas y escucha en lugar de tratar de convencer, con la doble finalidad de establecer fuertes lazos entre los miembros (y/o con miembros de grupos comunitarios, iglesias y autoridades políticas), además de perseguir “agitar” para la acción a su interlocutor. Aaron Schutz, Aaron y Marie G. Sandy. *Collective Action for Social Change: An Introduction to Community Organizing*. Palgrave Macmillan, 2011. A manera anecdótica podemos indicar que el actual presidente de los EE.UU., Barack Obama, inició su carrera profesional como organizador comunitario en la ciudad de Chicago.

(25) VV.AA. *Organizing to Win. New research on union strategies*. Cornell University Press. 1998.

JfJ es una campaña de alcance nacional, su desarrollo más representativo se da en la ciudad de Los Ángeles, desde finales de los ochenta, donde se demostró que es posible organizar y movilizar a miles de trabajadores y, encima, lograr beneficios fundamentales como incrementos substanciales en salarios y coberturas de seguros de salud⁽²⁶⁾. La estratégica combinación de una intensa organización y movilización de la membresía, la formación y participación en coaliciones con otros sindicatos, grupos comunitarios, iglesias y autoridades políticas, una creativa e intensa campaña de acciones con resonancia en los medios de comunicación y la opinión pública, y la presión focalizada en las compañías contratantes y propietarias de los edificios –con el soporte de un fuerte ingrediente de investigación corporativa– son señalados como los factores críticos para la victoria de esta campaña⁽²⁷⁾.

2. *Social movement unionism: poder más allá del sindicato*

En la misma línea, otro ejemplo exitoso (aunque el espacio de acción, en este caso, se “re-localiza” del lugar de trabajo a los centros locales de autoridad política) lo constituyen las campañas por “salarios dignos” o “salarios para vivir” (*living wage*)⁽²⁸⁾. Las campañas por “salarios dignos” persiguen, a través de la conformación de coaliciones que agrupan sindicatos y otras organizaciones de trabajadores (como *worker centers*)⁽²⁹⁾, organizaciones comunitarias y de iglesias, el establecimiento de ordenanzas que hacen obligatorio el pago de un “salario para vivir” a los trabajadores que laboran en obras y servicios ejecutados directamente o financiados por los gobiernos locales o regionales. En tan solo diez años –desde sus inicios en la ciudad de Baltimore en 1994–, las campañas por “salarios dignos” lograron establecer este tipo de ordenanzas en más de 120 localidades en los EE.UU. Esta manifestación del *social movement unionism*, mediante la construcción de núcleos de poder regional en coalición con otras fuerzas sociales, ha

(26) La cobertura de salud es un aspecto crítico en las negociaciones laborales en los EE.UU. ante la ausencia de un sistema estatal que brinde cobertura universal obligatoria para las/los trabajadoras/es.

(27) VV.AA. *Helots No More: A Case Study of the Justice for Janitors Campaign in Los Angeles*. Working Paper Series. The Ralph and Goldy Lewis Center for Regional Policy Studies, UCLA School of Public Affairs. 1996. Este estudio ofrece una detallada descripción y explicación de la campaña en Los Angeles. La campaña JfJ ha sido incluso llevada a la pantalla grande, en la película “*Bread and Roses*”, dirigida por Ken Loach en el año 2000.

(28) A diferencia del salario mínimo, que está establecido por el gobierno federal, y que, en ausencia de reajustes periódicos necesarios, se encuentra muy por debajo de lo que necesita una familia para su subsistencia, el “salario para vivir” se calcula de acuerdo a lo que debería recibir una persona con hijos para estar por encima de la línea de pobreza.

(29) En los últimos años, y debido en parte al desinterés y/o limitaciones de los sindicatos, colectivos de trabajadores tradicionalmente considerados “no-organizables” por la precariedad de su empleo (trabajadores temporales, subcontratados, “*day laborers*”, inmigrantes, etc.) han venido conformando *worker centers* con la finalidad de obtener representación, servicios de interés común y acceso a mejoras a sus condiciones de vida y empleo. Fine, Janice. *Worker Centers: Organizing Communities at the Edge of the Dream*. Cornell University Press. 2006.

permitido impulsar iniciativas en beneficio de la población local, al impedir el abaratamiento de la mano de obra sindicalizada por la “privatización” de obras y servicios públicos, beneficiándose también los sindicatos que se han visto fortalecidos por su participación en coaliciones con agendas comunes que incluyen el apoyo recíproco a las causas sindicales⁽³⁰⁾.

3. *Bargaining to organize: organizando alrededor de la ley*

La celebración de acuerdos de neutralidad (*neutrality agreements*) y reconocimiento automático (*card check recognition*) entre sindicatos y empresas, son algunas de las tácticas más creativas utilizadas por los sindicatos en los últimos años para “organizar alrededor de la ley” (*“organizing outside the NLRB”* - National Labor Relations Board), superando por esta vía las limitaciones legales a la constitución de sindicatos y la afiliación de nuevos miembros, y neutralizando la acción antisindical durante los procesos de constitución y afiliación sindical. Celebrando acuerdos de neutralidad durante el proceso de formación del sindicato, o de reconocimiento automático en caso de alcanzar el número de firmas requerido para la constitución del mismo, los trabajadores pueden ir “alrededor de la ley” y evitar recurrir al procedimiento administrativo ante el NLRB, que, como hemos visto, es un proceso que puede durar más de un año y durante el cual el empleador está autorizado a hacer campaña en contra del sindicato. De esta forma, los trabajadores han construido una estrategia subalterna que les permite ir alrededor de la ley para conseguir conformar o afiliarse a una organización sindical, y de esta manera obtener cobertura por el convenio colectivo, que, en el caso del despido, establecerá que solamente procederá por causa justificada.

A pesar de que la renovación de estrategias de acción sindical no ha logrado revertir la caída de los índices de afiliación sindical en los EE.UU., han contribuido, sin embargo, a que el movimiento sindical logre resonantes victorias en los últimos años, estableciendo precedentes positivos a ser seguidos y ampliados por otras experiencias. Más aún, la evidencia empírica disponible demuestra que, entre los factores determinantes del éxito de una campaña sindical, el uso comprehensivo de diferentes tácticas sindicales tiene mayor peso que la oposición antisindical empresarial. Indica, asimismo, que los casos más exitosos son justamente aquellos en los que se utilizan estratégicamente diferentes tácticas de manera comprehensiva en lugar de utilizar solamente una⁽³¹⁾.

(30) TURNER, Lowell y Daniel B. Cornfield (Eds.) *Labor in the New Urban Battlegrounds: Local Solidarity in the Global Economy*. Cornell University Press. 2007.

(31) BRONFENBRENNER Kate y Robert Hickey. *Blueprint for Change: A National Assessment of Winning Union Organizing Strategies*. Cornell Office of Labor Education Research. 2003.

VI. CONCLUSIÓN

Ya para terminar, simplemente a manera de conclusión, lo que hemos querido hacer con esta presentación ha sido una especie de integración de categorías de análisis que no son necesariamente comunes en el análisis jurídico, hemos tratado de evitar hacer simplemente del análisis de lo que dice la legislación, de lo que dice la jurisprudencia, de lo que dice la doctrina, sino introducir más bien una manera de ver lo que la legislación, la jurisprudencia, la doctrina dice, pero entendiéndolas como lo que son, construcciones, construcciones narrativas, narrativas jurídicas. Estas construcciones y narrativas jurídicas vienen de todo lado, vienen desde arriba, desde abajo y desde todos los costados, desde la derecha, desde la izquierda y desde todo el espectro entre ambos extremos, las narrativas jurídicas pueden tener cualquier signo ideológico porque en la construcción de narrativas jurídicas todo es ideológico. Las narrativas jurídicas vienen desde los actores hegemónicos, desde el Estado y las empresas, desde los trabajadores, también desde el sector académico y desde quienes (re)producimos doctrina, incluso desde quienes reclaman neutralidad ideológica detrás del ejercicio de la pura técnica jurídica. De esta forma, hemos querido también hacer explícito que, a pesar de la posición hegemónica que viene teniendo la narrativa que privilegia al mercado y las empresas por sobre la protección al trabajo, existen también narrativas subalternas que vienen desde abajo, de la práctica cotidiana de los trabajadores, quienes, lejos de ser víctimas indefensas de la explotación capitalista y la opresión estatal, son agentes protagónicos en la generación de experiencias alternativas de protección de sus intereses y derechos, entre otros medios, mediante la producción de narrativas jurídicas subalternas contrahegemónicas.

III.

La protección de la esfera personal
del trabajador

DERECHOS DE LA PERSONA, DEL TRABAJADOR Y PODERES EMPRESARIALES EN LA PRAXIS ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

CÉSAR GONZÁLEZ HUNT⁽¹⁾

Profesor de Seguridad Social

Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Sin lugar a dudas, el derecho de la persona, del trabajador y poderes empresariales en la praxis administrativa y judicial es un tema que se encuentra en absoluta vigencia dentro de las discusiones y debates doctrinales y jurisprudenciales. Se trata de un tema complejo no por complicado, sino porque se encuentra provista de diversas aristas, como, por ejemplo, la relación existente entre la persona del trabajador y su empleador; o el tratamiento de esta relación a nivel administrativo o judicial, entre otros.

En el presente trabajo repasaremos la importancia de reconocer a un trabajador bajo la concepción superior de ser humano, así como los límites del empleador y la tratativa que esta relación viene teniendo a nivel administrativo y judicial en el Perú.

I. EL TRABAJADOR COMO PERSONA

Como punto de partida, es absolutamente indispensable establecer que al referirnos al *derecho de la persona del trabajador*, nos estamos refiriendo al

(1) Estudios de doctorado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Complutense de Madrid.

trabajador en su dimensión de *ser humano* y, como tal, tiene una serie de derechos reconocidos a nivel constitucional.

Efectivamente, no es extraño que el primer artículo de la Constitución Política del Perú de 1993 señale como fin supremo de la sociedad a la persona humana y la protección a su dignidad; la persona, entonces, es un bien fundamental para el Estado peruano. A ello debe sumarse que la misma Carta Magna agrupa un cúmulo de derechos propios y exclusivos del ser humano.

En consecuencia, es trascendente reconocer que tenemos por delante al ser humano antes que al trabajador mismo, y que este tiene derecho al reconocimiento y protección de los derechos que son reconocidos en sede constitucional y cuya esencia no puede ser violentada, salvo que exista algún elemento que, luego de una adecuada ponderación, pueda mostrar el decaimiento de este derecho en particular frente a otros, en el entendido de que ningún derecho es absoluto. Existen límites reconocidos.

Así, dentro de esta compleja relación entre el empleador, quien da el trabajo, y la persona que presta efectivamente el trabajo, existen una serie de derechos que pueden enfrentarse o estar en coalición en un momento determinado y, por tanto, podría afirmarse que este derecho que tiene el ser humano como persona podrá decaer en ciertas circunstancias frente al derecho que tiene su empleador. Pero este sujeto, que cuenta con protección especial por el solo hecho de ser persona, también puede tener la condición de trabajador, frente a lo cual también se le reconocen diversos derechos.

Un ejemplo de lo anterior es el derecho a percibir cuanto menos una retribución igual o mayor a la remuneración mínima vital. Básicamente, tiene que existir un piso mínimo de reconocimiento de una retribución por poner nuestra fuerza laborativa a disposición de un empleador. Otro ejemplo es el reconocimiento de los derechos colectivos, tales como la libertad sindical o a la negociación colectiva.

De esa manera, el ser humano, como trabajador, tiene derechos reconocidos tanto por su condición como persona como por poner a disposición de otro su fuerza de trabajo. Bajo este escenario, resulta interesante preguntarse ¿cómo deben convivir ambos bloques de derechos? ¿Ser trabajador elimina o disminuye la potencia de mis seguridades como persona?

De un lado, la teoría clásica de los inicios del Derecho al Trabajo establecía una prelación en la posición y en la fuerza existente en la relación de trabajo. No debe olvidarse que esta rama del Derecho se crea con el propósito de defender al más débil en la relación del trabajo y a partir de él es que se otorga una serie de derechos y reconocimientos a este sujeto.

Efectivamente, la puesta a disposición del trabajador respecto del empleador no es otra cosa que la subordinación del primero en relación al segundo; subordinación que trae implícita la obligación de acatar, cumplir con las disposiciones que se impartan, frente a la conducción de la actividad laborativa.

En los inicios, esta relación de subordinación no tenía control, por lo que se hace necesaria la modulación de la misma y a partir de lo cual surge el deber de reconocer una doble dimensión de quien se pone a disposición de otro, como ser humano y como trabajador. Así, el segundo, por el solo hecho de serlo, de ninguna manera perdía su condición de persona; sus derechos no desaparecían por el hecho de traspasar por la puerta de la entrada del centro laboral, de la fábrica o aquel lugar donde se prestaban servicios, sino que lo acompañaban en todo momento.

Esta situación fue así reconocida, siendo que al día de hoy no existe la menor discusión en que la persona del trabajador es un ser humano, y como ser humano tiene una serie de derechos; derechos que tienen que ser reconocidos y respetados por el empleador. Ningún sujeto perderá ningún derecho en particular por ser trabajador.

II. LOS DERECHOS ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS DEL TRABAJADOR

La doctrina ha instaurado una clásica distinción de derechos, partiendo de un brillante trabajo del profesor Manuel Carlos Palomeque, entre aquellos denominados específicos del trabajador y los inespecíficos.

En materia laboral, existe una serie de derechos reconocidos a aquella persona que presta servicios laborativos en favor de un tercero. A estos se les denomina *derechos específicos del trabajador*. Se trata de aquellos derechos que son propios de una relación de trabajo, tales como los mínimos legales, descansos remunerados, compensación por tiempo de servicios, entre otros.

Mientras que, de otro lado, conviven una serie de derechos que le son inherentes al trabajador, pero esta vez por su condición de ser humano. No tienen vinculación ni relación con la relación laboral y como tales no pierden nunca vigencia. Por tanto, cuando una persona inicia una relación de trabajo, sus derechos como ser humano se mantienen inalterables; son derechos que acompañan a la persona se encuentre o no en una relación laboral.

Es a partir de esta convivencia de derechos que surge una situación distinta: se manifiesta una tensión entre quien da el trabajo y quien recibe el trabajo, y,

por tanto, puede ocurrir que en esa relación compleja entre el empleador y el trabajador se pueda reducir el efecto de algunos derechos inespecíficos.

Precisamente, es el empleador quien dirige la prestación del servicio del trabajador, es quien está a cargo de señalar cuáles son las actividades que va a desarrollar en su condición de trabajador y, por tanto, aquellos derechos inespecíficos tendrán que adaptarse a la circunstancia de la prestación efectiva del trabajo. No obstante, es obligación de quien imparte la dirección del trabajo cuidar de que la afectación de tales derechos sea la menor posible.

Pues bien, siendo este el marco general en el que es posible y casi seguro que se produzcan afectaciones a los derechos inespecíficos de los trabajadores cuando una relación laboral entra en vigencia, es que surge la necesidad de proveer al más débil con herramientas que le permitan reclamar la defensa de sus derechos.

III. DE LA SALVAGUARDA QUE REPRESENTAN LOS SERVICIOS INSPECTIVOS DE TRABAJO

En relación con lo anterior, el trabajador cuenta con una primera herramienta de protección que recae en los servicios inspectivos de trabajo. Este sistema se encontrará a disposición de todo aquel que sienta que se afectan sus derechos más allá de lo que podría o debería ser tolerado.

Dentro de este marco, resulta importante mencionar que el sistema de inspección del trabajo reconoce que los derechos inespecíficos tienen que ser adaptados a la situación y la condición del trabajador. Precisamente, la Ley General de la Inspección del Trabajo concibe como una de las principales funciones el cumplimiento, el reconocimiento de las obligaciones del trabajo; y, por tanto, el enfoque que se realiza desde la parte de la inspección del trabajo es el reconocimiento también de estos derechos inespecíficos.

En la línea de lo anterior, el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo establece en su artículo 25.14 que “[l]os actos de hostilidad y el hostigamiento sexual, así como cualquier otro acto que afecte la dignidad del trabajador o el ejercicio de sus derechos constitucionales”, son una falta muy grave en las relaciones del trabajo.

Es importante anotar que la norma reconoce que las infracciones en contra del trabajador de parte del empleador no se reducen al catálogo de los actos hostiles reconocidos en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sino que se extienden también al hostigamiento sexual y a otras prácticas o actos en los

cuales puede incurrir el empleador que vayan en contra de la propia dignidad del trabajador o el ejercicio de los derechos constitucionales del trabajador. Es decir, se contempla una protección respecto de la persona, pero en una esfera que excede el vínculo laboral; se reconoce su protección como ser humano.

IV. PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO JUDICIAL

De forma similar a lo que ocurre con el Sistema de Inspecciones de Trabajo, en el ámbito judicial, la Nueva Ley Procesal del Trabajo, aprobada por Ley Nº 29497, dispone que la competencia de los juzgados de trabajo incluye la protección de derechos individuales y colectivos. Así, un sujeto que ve afectados sus derechos como trabajador en la vertiente de los derechos inespecíficos estará en la potestad de recurrir también al Poder Judicial en reclamo de estos derechos.

Ahora bien, cierto es que la protección de estos derechos inespecíficos en sede judicial laboral que ocurre con alguna frecuencia puede ser reconducida a una vía procedimental distinta, como es constitucional del reconocimiento, ante la transgresión de los derechos en sede constitucional.

En otras palabras, existiendo la posibilidad de reclamar la defensa de derechos inespecíficos del trabajador en la vía del proceso ordinario laboral, se plantea una opción paralela —que debiera ser residual— para solicitar esta protección en la vía procesal constitucional, mediante la acción de amparo. Esta doble habilitación se produce a partir de la apreciación de encontrarnos ante una afectación que excede el ámbito de la relación de trabajo, introduciéndose en un campo que constituye parte esencial del trabajador como ser humano.

Sobre lo anterior, cabe recordar que el Código Procesal Constitucional dispone que los procesos que en él se describen tienen por finalidad la protección de los derechos constitucionales, de los cuales también son parte un largo catálogo de derechos de carácter específico e inespecífico.

En ese sentido, el trabajador cuenta con una doble vía procedimental para solicitar el respeto, protección y resarcimiento de sus derechos, ya sean específicos o inespecíficos, enmarcados en una relación laboral.

V. DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

Luego de haber expuesto cuáles son las posibilidades de ponderar y proteger los derechos de los trabajadores, consideramos oportuno revisar algunos temas particulares.

Es el caso de la protección de datos. Frente a este tema contamos con una ley y reglamento relativamente recientes, cuyos términos desarrollan la relación del trabajo con algunos derechos inespecíficos.

Como resulta evidente, el empleador debe tener acceso a información del trabajador; datos que son relevantes e importantes para el cumplimiento de obligaciones laborales. Por ejemplo, a efectos de poder brindar determinados beneficios de salud, el empleador debe conocer si el trabajador tiene hijos, tiene esposa, está casado, tiene personas a su cargo, etcétera. Igualmente, para determinar si procede o no el pago de la asignación familiar, es indispensable que el empleador sepa si el trabajador tiene hijos menores de 18 años.

Por tanto, es necesario e imprescindible que el empleador conozca algo de la vida del trabajador y no es extraño, y es por todos conocido, por ejemplo, que cuando uno contrata a un nuevo trabajador se informa respecto de las características del perfil de esta persona. Así, en ese proceso de selección de personal, existen datos que son manejados por el potencial empleador, lo que igual sucede cuando la relación laboral se consolida y la información ingresa al dominio del empleador.

De esa manera, en esa recopilación de datos, en la existencia de *files* personales, existen datos que forman parte de la intimidad de esa persona y, por ende, el manejo y el conocimiento de tales datos en particular debe ser manejado con mucha cautela, siendo imprescindible utilizar la data que sea relevante única y exclusivamente para el propósito que se ha fijado, es decir, si se requiere saber si el trabajador es casado o tiene carga familiar para reconocerle determinados beneficios o para extenderle los beneficios señalados en la legislación laboral o seguridad social, el manejo de esa información tiene que circunscribirse a tales propósitos.

La utilización de esta información para fines distintos, no autorizados por el trabajador o que exceden lo que la ley permite, constituirá una invasión de la intimidad de esa persona en particular, quien tendrá derecho a cuestionar ello en sede administrativa y/o judicial.

En relación a lo anterior, resulta interesante identificar algunos aspectos del vínculo laboral que podrían suponer una línea gris entre lo que se permite respecto del conocimiento de información del trabajador y aquello que definitivamente no puede ser tolerado.

Es el caso, por ejemplo, de las nuevas tecnologías que se vienen implementando en los centros de trabajo para optimizar la prestación de los servicios, como las cámaras de video vigilancia del trabajador o el correo electrónico con dominio de la empresa. Estas herramientas tienen por propósito facilitar la prestación de

servicios del trabajador, no obstante, surge la duda de ¿cuáles son los límites invasivos que pueden existir por parte del empleador, quien otorga estas herramientas para la prestación efectiva de los servicios?, ¿cuáles son los límites de la información que se puede brindar? ¿Hasta dónde puede un empleador llegar a efectos de determinar si una persona está prestando efectivamente servicios o está dedicando esos bienes, esas herramientas que se le presentan y se le otorgan para la prestación efectiva de los servicios o para fines distintos a los estrictamente laborales?

En este punto conviene regresar a lo que la Ley de Protección de Datos establece. Sobre el particular, esta norma específica sostiene que la información a la cual puede acceder el empleador debe ser lo más acotada posible y que debiera tener como fuente, primordialmente, al mismo trabajador. Sin embargo, si la que ha brindado este resulta insuficiente para los fines que el empleador requiere, entonces podría recurrirse a terceros que colaboren con la recopilación de información, siempre que el trabajador haya manifestado su autorización para ello.

Es decir, no se tolera que el empleador indague sobre situaciones o condiciones vinculadas al trabajador sin que este sepa de ello; debe existir conocimiento de quien va a ser investigado.

No obstante, existen supuestos de excepción permitidos, tales como los mandatos judiciales que requieren al empleador brindar información para efectos ajenos a la propia relación laboral o vinculada a ella. No es extraño que se solicite información en los procesos judiciales, por ejemplo, de alimentos, cuando se solicita información vinculada al nivel de ingresos de la persona, a las características de la prestación de servicios.

También es permitido no acudir al trabajador como fuente de información cuando exista la posibilidad o la existencia de una afectación a la salud que sea relevante para efectos del conocimiento de la condición de la persona.

Por otro lado, debe entenderse que ser parte de una relación laboral obliga a la persona a dar determinada información o que esta información se socialice a través, por ejemplo, de los registros existentes de los contratos de trabajo temporales o los contratos de trabajo con personal extranjero o la intervención de instancias como las migratorias para el control de ingreso y salida del personal extranjero con todas las derivaciones que ello pueda tener.

Con todo ello queda absolutamente claro que el empleador se constituye como un gran administrador de fuentes de información respecto de la vida y la obra de la persona del trabajador. Es en virtud a ello que tanto la Ley de Protección de Datos como su Reglamento pretenden restringir esa información al conocimiento

estricto y las necesidades propias de la relación del trabajo; el empleador no debe tener información por más tiempo del necesario ni tampoco debe tener información que exceda la estricta necesidad de conocimiento por parte de él.

Entonces, ¿cuáles son los criterios que deben existir para cumplir ese mandato legal que pretende restringir el conocimiento de esta información?

Para ello podemos recurrir, como una fuente que establece pautas para efectos de la protección de datos, a un documento expedido por la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) denominado “Protección de los datos personales de los trabajadores”, que establece una serie de recomendaciones a los empleadores. Importa mencionar que la legislación peruana tiene absoluta consonancia con lo dispuesto por la OIT.

El mencionado documento establece que la fuente primigenia de toda información que resulta relevante para efectos de reconocimiento de derechos tiene que provenir del propio trabajador. En atención a ello, se recomienda, tal y como la ley peruana exige, que la información a brindar, la información a exigir no pueda ser invasiva respecto de determinados derechos que hacen a la intimidad del trabajador.

Es decir, sería impropio que el empleador pueda, por alguna circunstancia, pedir alguna información vinculada con la opción sexual del trabajador o qué ideas políticas tiene, qué ideas religiosas pueda tener, cuáles son sus antecedentes de carácter penal, salvo que alguna de esas informaciones, por motivos determinados, sean necesarias e imprescindibles para efectos de la existencia de la relación laboral y la composición de los beneficios y derechos propios de la relación laboral.

Asimismo, la OIT sugiere que durante la ejecución de la relación del trabajo, el almacenamiento de los datos existentes respecto de un trabajador en particular se reduzcan a lo mínimo indispensable para efectos del conocimiento del trabajador o los requerimientos que pueda traer la propia ley sobre el particular y que la transmisión de la información vinculada con el trabajador que exceda y sea distinta e imprescindible, por ejemplo, por mandato judicial, solo se pueda brindar con pleno conocimiento y consentimiento expreso y por escrito del trabajador. En otras palabras, el empleador no estaría en posibilidad de brindar ningún tipo de información referida a este trabajador en particular si no cuenta con un mandato judicial o una expresa autorización de parte de él mismo.

Finalmente, el documento “Protección de los datos personales de los trabajadores” también hace referencia a las técnicas de vigilancia que se refieren a la protección de los datos que se puedan generar como consecuencia de herramientas proporcionadas por el empleador, como el correo electrónico, para lo cual establece dos condiciones:

La primera se refiere a que solo es posible efectuar una fiscalización sobre la información que se almacena en estas herramientas si es que el trabajador ha sido premunido clara y precisamente sobre los protocolos existentes respecto de la información de vigilancia a la cual se va a ver sometido el trabajador.

La segunda dispone que el mecanismo de vigilancia debe considerar afectar de la menor manera posible la intimidad de ese trabajador en particular y que tenga el menor impacto posible sobre la vida del trabajador. Esto resulta absolutamente trascendente, en la medida en que es posible que por la falta de parámetros, el empleador invada la privacidad del trabajador sin mayor justificación o necesidad, tal como ha sido recogido en algunos pronunciamientos del Poder Judicial en el Perú.

Un ejemplo de lo anterior es el conocido caso Serpost, que tuvo lugar en los inicios de la década del 2000, según el cual un funcionario de esta institución fue despedido del empleo, pretendidamente por su falta de idoneidad, toda vez que se le acusaba e imputaba el haber cometido una falta grave laboral, por utilizar las herramientas de trabajo (la computadora que se le había brindado) para fines distintos a los estrictamente laborales. Efectivamente, se le imputaba a esta persona en particular el hecho de que él había utilizado el ordenador que se le había alcanzado para efectos de brindar información de carácter pornográfico a otro funcionario de la institución.

El trabajador despedido recurrió a la vía judicial a través de la acción constitucional del amparo, alegando que Serpost, en su calidad de empleador, había violado su intimidad y su derecho al secreto de sus comunicaciones. Llegado el proceso al Tribunal Constitucional, este realiza un análisis a través del cual establece que:

El extrabajador no tuvo posibilidad de defenderse porque la computadora incautada y revisada por Serpost se encontraba dentro de las instalaciones de esta, por lo que no pudo acceder a la misma para obtener la información que podría haber sido determinante al momento de formular sus descargos.

El extrabajador no conoció desde un inicio cómo es que su empleador accedió a la información que se le imputaba como falta grave laboral, toda vez que fue recién con el escrito de contestación de demanda que el afectado conoce que Serpost se enteró del envío de información pornográfica porque otro trabajador fue asignado con el equipo del destinatario de tal información.

El extrabajador no fue advertido de que se realizaría una constatación de índole notarial sobre la información remitida por correo electrónico a la computadora incautada.

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal Constitucional determinó que el trabajador despedido de Serpost no había tenido la posibilidad de defenderse siquiera de las imputaciones realizadas.

Con ello, se evidencia un claro ejemplo de una invasión a la intimidad, lo que se constituye en un derecho inespecífico del trabajador, y que no es admitida por la ley.

No obstante, una vez regresamos a un punto trascendente vinculado a cuáles deben ser los límites, puesto que es probable que en una relación de trabajo, el actuar diligente de un empleador sea confundido con la afectación de un derecho inespecífico del trabajador. Así, cabe preguntarse ¿cuáles son los límites existentes respecto de la utilización de las herramientas del trabajo? ¿Es permisible, es admisible la posibilidad de que un trabajador utilice la herramienta puesta a disposición por su empleador para fines estrictamente laborales y que este pueda, ocasionalmente, durante la jornada laboral, utilizarlo para fines de carácter personal? ¿Puede ocurrir ello? ¿Resulta razonable ello?

Asimismo, es válido cuestionar la validez de la utilización de la información que tiene el empleador respecto de las ausencias al centro de labores, ¿por qué un trabajador no concurre regularmente al trabajo o se enferma con cierta periodicidad? ¿Es admisible que el empleador acceda a información vinculada al tratamiento de esta persona en particular? ¿Esto no es una invasión a la intimidad de la persona?, ¿el empleador tiene que saber por qué, cuál es el tratamiento que sigue un trabajador en particular para palear las afecciones que pueda tener? ¿Es necesario e imprescindible este conocimiento por parte del empleador a efectos de conocer las razones por las cuales el trabajador no acude al centro de trabajo?

Sobre todas estas interrogantes, el Tribunal Constitucional español ha enfrentado situaciones en específico y se ha pronunciado sosteniendo que el empleador no tiene derecho a conocer cuál es el tratamiento que tiene un trabajador en particular frente a una afectación, en la medida en que ello no constituye información relevante para conocer el récord de abstención al centro de labores de un trabajador.

De igual manera, la Corte Suprema española ha referido que cuando los trabajadores acatan una huelga de una empresa determinada, la utilización del empleador del padrón de los sindicalistas con el único propósito de efectuar los descuentos por no asistir a trabajar no resulta admisible, puesto que esa información tampoco es relevante, ni suficiente, ni idónea, ni adecuada a efectos de la determinación de los descuentos correspondientes.

En relación a las herramientas de trabajo, se ha dispuesto que es adecuado y suficiente que el empleador informe de forma precisa los protocolos existentes

a efectos de determinar e investigar la utilización debida o indebida de las herramientas puestas a su disposición, el tema del uso del internet, la restricción en el centro de labores a la utilización del internet, el bloqueo del internet y solo la utilización del intranet, es decir, la posibilidad de la comunicación interna solo en el interior de la empresa ¿es una restricción válida en el centro de labores? La imposibilidad de poder acceder al internet a través de esta herramienta puesta a disposición del trabajador para prestar servicios a favor del empleador, ¿es una invasión al derecho que tiene como persona de poder informarse a través del internet, aun cuando sea dentro de la jornada laboral y aunque sea durante un periodo corto de tiempo?, ¿es eso invasivo, posible, es una válida restricción? Podríamos poner muchísimos ejemplos respecto de cómo es que el trabajador en su condición de ser humano tiene una serie de derechos reconocidos que tienen que ser respetados al interior del centro de trabajo y será la casuística la que determine de forma clara y precisa si es que esas restricciones son válidas o son restricciones que exceden las posibilidades que tiene el empleador de modular cuál es la prestación de servicios y de invadir el conocimiento de la persona.

IGUALDAD EFECTIVA POR RAZÓN DE GÉNERO Y POLÍTICAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

MARGARITA ISABEL RAMOS QUINTANA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

I. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LAS RELACIONES DE TRABAJO: LAS FUNCIONES DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

El Derecho del Trabajo y los sistemas de relaciones de trabajo han venido funcionando tradicionalmente bajo los esquemas de un modelo de destinatario del contrato de trabajo típico: trabajador masculino, entre 18 y 60 años, con formación adecuada a los requerimientos del mercado, con contrato estable y sin asumir ningún tipo de responsabilidad familiar impeditiva o limitativa de su total disponibilidad para la empresa. Pese a los esfuerzos realizados en el mundo, en Europa y en el interior de cada uno de los Estados, la incorporación masiva de las mujeres al denominado “trabajo productivo” continúa siendo objeto de una persistente y generalizada situación de exclusión y de discriminación por razón de género en el mercado de trabajo.

En el momento actual, puede afirmarse con contrastados datos empíricos⁽¹⁾ que la causa última de la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales no reside en el sexo, sino en el género: el sexo presenta

(1) Por todos los documentos de referencia, véase el recientemente lanzado por la OIT a comienzos de 2015, La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo (Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión). Ginebra, 2015, con datos específicos sobre la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y los ámbitos de desigualdad persistentes.

connotaciones diferentes al género⁽²⁾. El sexo se encuentra directamente relacionado con la propia identidad sexual (varón, mujer), por lo que contiene elementos de índole biológica; el género, por el contrario, posee connotaciones fundamentalmente de carácter ideológico y cultural, aludiendo a la forma de integración de la persona en una sociedad que le asigna una serie de funciones predeterminadas y le confiere valores diferentes en razón de las funciones atribuidas. La discriminación practicada sobre la mujer no tiene que ver con el sexo biológico, sino con el género femenino; el primero, inmodificable, por tratarse de un factor natural; el segundo, en cambio, se manifiesta como factor susceptible de alteración o modificación porque no es otra cosa que un producto cultural. Las funciones sociales atribuidas a hombres y mujeres en razón del sexo son diferentes, eso es bien sabido; pero, además, es preciso destacar cómo el valor otorgado a las funciones sociales tradicionalmente asignadas a las mujeres, como colectivo social específico, se manifiestan generalmente con un valor inferior a las atribuidas a los varones. Por ello, las mujeres ocupan una posición social y económica caracterizada por conductas, actos y prácticas de desventaja y de discriminación. Esa situación se refleja continuamente en los datos estadísticos emanados de organismos oficiales internacionales, regionales y nacionales relativos a las condiciones de acceso al empleo, así como de la presencia, continuidad y promoción de las mujeres en los sistemas de relaciones de trabajo.

La discriminación de un colectivo, de cualquier colectivo social, en razón de la inferior valoración de los roles sociales atribuidos al mismo se opone abiertamente al principio de igualdad y al valor de la dignidad⁽³⁾, al reconocimiento de igual dignidad de los seres humanos, un valor común en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos en el mundo contemporáneo⁽⁴⁾.

La normativa antidiscriminatoria, ampliamente desarrollada en Europa desde la segunda mitad del siglo XX, pero con especial énfasis a comienzos del siglo XXI, ha venido a cumplir tres funciones específicas. Una, de carácter **preventivo**:

(2) Vid. PÉREZ DEL RÍO, T., “*Tiempo de trabajo: una óptica de género*”, en AA.VV. *Tiempo de Trabajo*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2007, p. 267-268.

(3) Esta situación de discriminación culturalmente consolidada obliga a repensar el concepto de dignidad, vid. SEVILLA MERINO, J. y VENTURA FRANCH, A., “*Fundamento constitucional de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Especial referencia a la participación política*”, RMTAS, 2007, número extraordinario, *Igualdad efectiva de mujeres y hombres*, p. 22.

(4) Ampliamente, sobre el valor de la dignidad humana en las relaciones de trabajo y su tutela en la Constitución española de 1978, vid. RAMÓS QUINTANA, M. I., *La dignidad de la persona en las relaciones de trabajo*, en AA.VV., *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010* (Libro homenaje a María Emilia Casas), Madrid, La Ley-Wolters Kluwer, Banco de Santander, 2015, p. 241-278.

la producción normativa creada señala a los poderes públicos y a los particulares que la igualdad implica la no tolerancia y prohibición de una serie de conductas; otra, de carácter **tutelar**: el sistema jurídico antidiscriminatorio trata de eliminar cualquier actuación discriminatoria recurriendo a instrumentos administrativos y judiciales conducentes a la reparación del derecho vulnerado y, en su caso, al resarcimiento del daño a las víctimas de tales comportamientos; por último, otra función de carácter **promocional**: más allá de la prohibición y de la sanción se encuentra la actividad normativa conducente al fomento de la igualdad y remoción de obstáculos materiales que impiden que la igualdad sea real y efectiva, llegándose así a la fundamentación de la validez y eficacia jurídica de las acciones positivas a favor de las mujeres.

1. El recorrido del principio de igualdad en las relaciones de trabajo: la contribución de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La evolución del alcance y dimensión del principio de igualdad desde su origen hasta el momento actual ha experimentado un largo recorrido: partiendo de ser considerado como simple principio inspirador de la política social –como ha ocurrido, particularmente, en el ámbito del Derecho de la Unión Europea–, se ha transformado en verdadero derecho fundamental subjetivo, invocable directamente ante los tribunales. Y, desde otra perspectiva, de ser entendida la igualdad en un sentido absolutamente formal (homogeneidad y uniformidad de trato), actualmente es concebida en sentido material (atendiendo a las diferencias sociales y culturales existentes entre varones y mujeres e introduciendo un tratamiento adecuado que permita superar tales diferencias injustificadas). Originariamente, se partía de vetar la discriminación de carácter formal por razón de sexo, pero esa fase ha quedado ampliamente superada por más modernas y recientes consideraciones que permiten entender actualmente la igualdad efectiva con un alcance más extenso que se asienta sobre la noción más amplia del “género”, introduciendo en la literatura jurídica el “peso” de los factores culturales en los tratamientos discriminatorios enquistados y enraizados en la sociedad. El importante giro de comprensión de la igualdad no solo como contraria a todo tipo de discriminación abierta, directa o manifiesta, sino abarcando aquellos otros supuestos de discriminación indirecta merece ser destacado y recibir una valoración muy positiva en favor de una igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

En ese recorrido, sin duda alguna, ha intervenido de manera decisiva la legislación (internacional, de la Unión Europea y de los diferentes Estados), pero también la jurisprudencia, mediante una contribución que por fuerza debe calificarse como decisiva, haciendo del momento aplicativo de las normas y de la

interpretación de su sentido y alcance un verdadero ejercicio de creación y producción jurídica. Especialmente relevante ha sido la contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano que ha elaborado un copioso corpus jurisprudencial sobre la igualdad y no discriminación por razón de género verdaderamente determinante de cambios políticos, sociales y jurídicos en los países de la Unión y con una clara influencia en los cambios normativos experimentados en sus sistemas de relaciones de trabajo⁽⁵⁾.

Tempranamente, el Tribunal estableció que son contrarias al Derecho Comunitario las disposiciones, criterios o prácticas aparentemente neutras que, sin embargo, perjudican de manera desproporcionada a los miembros de un grupo social a causa de su pertenencia al mismo y que no se justifican objetivamente o por una razón o condición necesaria relacionada con la persona en cuestión, o extraña a toda discriminación fundada en el sexo (SSTJCE en los Asuntos Jenkins [STJCE de 31 de marzo de 1981, Asunto C-96/80], Danfoss [STJCE de 17 de octubre de 1989, Asunto C-109/88], Cadman [STJCE de 3 de octubre de 2006, Asunto C-17/05], entre otras).

Algunos aspectos laborales han sido, especialmente, objeto de valoración por el Tribunal, terminando por ser considerados como criterios potencialmente justificativos de prácticas indirectamente discriminatorias: la formación profesional, la flexibilidad y la adaptabilidad en el trabajo, la antigüedad y la calidad productiva en el trabajo (doctrina establecida en la STJCE de 17 de octubre de 1989 [Handels os c. Danfoss, asunto 109/88]. En el caso examinado en la STJCE de 9 de febrero de 1999, caso Nicole Seymour-Smith y Pérez, rescata el concepto clásico de discriminación por sexo de carácter indirecto, exigiendo una justificación de los tratos diferenciados basados en criterios de necesidad estricta. Muy conocida y utilizada ha sido la STJCE de 8 de noviembre de 1990 (Asunto Dekker), en la que se consideró discriminatoria por razón de sexo la no contratación de una trabajadora a causa de su embarazo, inaugurando una construcción jurisprudencial rotunda y totalmente contraria en relación con prácticas empresariales en las que el embarazo se convierte en factor de discriminación en el trabajo.

Entre los múltiples pronunciamientos de la jurisprudencia comunitaria europea, es referencia indispensable la fundamentación jurídica de las acciones positivas en favor de las mujeres, precisamente, para remontar situaciones de desigualdad originarias. La STJCE de 17 de octubre de 1995 (caso Kalanke) dio la

(5) Hasta la aprobación del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Lisboa, 2007), la denominación del Tribunal fue “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, siendo comúnmente objeto de referencia por sus siglas TJCE.

impresión de que el Tribunal solo estaba dispuesto a admitir las acciones positivas que inciden en el camino, esto es, en los procesos o procedimientos en los que se discute la existencia o no de discriminación, pero su relevancia histórica ha quedado de manifiesto, por cuanto dicha sentencia inauguró la etapa que finalmente conduciría a proscribir las discriminaciones que inciden en el resultado. Realmente se produce un avance notable en el reconocimiento normativo de las acciones positivas a partir del Tratado de Ámsterdam, que da nueva redacción al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y cuyo artículo 141.1 ya admite expresamente el ejercicio de acciones positivas en favor de las mujeres cuando sean precisas para garantizar una igualdad real y efectiva no solo en los procedimientos utilizados en el ámbito de las relaciones de trabajo, sino también cuando la igualdad no se alcanza en el resultado. Una clara manifestación de esta concepción de las acciones positivas puede apreciarse en la STJCE de 11 de noviembre de 1997 (caso Marshall), la cual admitió las acciones positivas que inciden en el resultado –con relevancia indiscutible en el régimen de cuotas y los criterios de méritos exigibles tanto a hombres como a mujeres, jurisprudencia que luego se consolida en las SSTJCE de 28 de marzo de 2000 (caso Badeck) y de 6 de julio de 2000 (caso Abrahamsson)–.

Eficaz particularmente ha sido la tutela antidiscriminatoria o el acopio de medidas e instrumentos jurídicos establecidos con el fin de garantizar la erradicación de prácticas discriminatorias. Las técnicas relativas al reparto de la carga de la prueba y la inversión de dicha carga, siendo el empresario el obligado a aportar pruebas justificativas de la inexistencia de trato discriminatorio cuando las trabajadoras aportan indicios o elementos objetivos que permiten a los órganos judiciales deducir presuntas prácticas contrarias a la igualdad entre hombres y mujeres es uno de los más importantes logros del recorrido de la igualdad. El derecho antidiscriminatorio ha encontrado en la inversión de la carga de la prueba uno de los mecanismos más potentes para garantizar la tutela de la igualdad por razón de género. La aportación jurisprudencial sobre este extremo ha sido verdaderamente crucial, obligando a los ordenamientos internos de cada país miembro de la Unión Europea a efectuar las adaptaciones correspondientes a esta técnica jurídica de tutela antidiscriminatoria. Son verdaderamente significativos algunos de los asuntos de los que llegó a conocer el TJCE, entre los que resulta obligado citar la sentencia Danfoss, de 17 de octubre de 1989, así como las SSTJCE Kowalska, de 27 de junio de 1990; Bilka, de 13 de mayo de 1986; Hill y Stapleton, de 17 de junio de 1998; Jorgensen, de 6 de abril de 2000, sin dejar de citar la STJCE de 27 de octubre de 1993, caso Enderby.

Precisamente, sobre el acceso a los tribunales en reclamaciones por supuestas discriminación, la STJCE de 22 de septiembre de 1998 (Asunto C-185/1997,

caso Coote) estableció que la normativa comunitaria impone a los Estados miembros la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por una discriminación “pueda hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional”.

Uno de los núcleos fuertes de la construcción del derecho antidiscriminatorio ha encontrado en el embarazo y la maternidad campos específicos de intervención y sus repercusiones en la relación de trabajo: la STJCE de 18 de marzo de 2004 (asunto C-342/01, Merino Gómez), permitió que una trabajadora pueda disfrutar de sus vacaciones en un periodo distinto al de su permiso de maternidad, incluso en los casos de vacaciones fijadas colectivamente para toda la empresa, aunque ello implicara superar el periodo anual normalmente establecido para que las vacaciones se hicieran efectivas. Con anterioridad, la STJCE del 4 de octubre de 2001, en el asunto Jiménez Melgar vs. Ayuntamiento de los Barrios, el Tribunal estableció que el órgano judicial ha de comprobar si la falta de renovación de un contrato de trabajo, cuando este forma parte de una sucesión de vínculos de duración determinada, ha estado efectivamente motivado por el embarazo de la trabajadora o por alguna otra causa de discriminación de las proscritas por el ordenamiento jurídico. Igualmente, la STJCE del 8 de noviembre de 1990, asunto Dekker, C-177/88 señaló que la discriminación por razón del embarazo constituye una manifestación de la discriminación por razón de sexo no solo aplicable al despido, sino también al acceso al empleo y a cualquier otra condición de trabajo. De nuevo en relación con el embarazo y su influencia en la decisión empresarial de despido, la STJUE del 14 de julio de 1994, asunto *Webb*, C-32/93, señaló que lo que pretende la normativa comunitaria es la prevención del “riesgo” que un posible despido supone para la condición física y psíquica de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia; en dicho riesgo se incluye como algo particularmente grave incitar a la trabajadora encinta a interrumpir voluntariamente su embarazo.

Las proscripciones de los despidos con causa en el embarazo de la mujer trabajadora vuelven a ser analizadas en la STJCE del 11 de octubre de 2007 (C-460-06), que considera prohibido notificar una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo durante el periodo de protección, y también adoptar medidas preparatorias de tal decisión antes de expirar dicho periodo: una decisión de despido a causa del embarazo o del nacimiento de un hijo es discriminatoria, cualquiera que sea el momento en que se notifique esta decisión de despedir e incluso se notifique una vez finalizado el periodo de protección, por lo que la protección habrá de ser análoga a la brindada a los supuestos de notificación dentro de plazo.

Algunos pronunciamientos judiciales, especialmente sancionadores para España, han entrado a valorar la repercusión del trabajo a tiempo parcial en las pensiones de Seguridad Social de las mujeres, observándose cómo una legislación aparentemente “neutra” provoca en el colectivo de las mujeres discriminaciones de forma indirecta: la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11, Elbal Moreno) consideró que la normativa española que regulaba los requisitos de acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, era contraria a lo dispuesto en la Directiva 79/7/CEE, por exigir un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva en cuantía equitativamente reducida a la parcialidad de su jornada.

2. Desigualdad persistente en numerosos ámbitos de las relaciones de trabajo

Por lo que al ámbito específico del empleo se refiere, en el mercado de trabajo funcionan múltiples estereotipos sexistas acerca del trabajo de las mujeres y de los empleos que pueden ocupar. Pese a disponer de elevados niveles de educación, las mujeres se concentran en determinados sectores (salud, servicios sociales, educación, comercio, administración pública...) y en profesiones tradicionalmente consideradas femeninas (trabajadoras domésticas, comercio, cuidadoras, personal administrativo...). Tendencialmente, el empleo femenino se registra e incrementa en sectores dominados ya por las mujeres. Deben igualarse las condiciones de acceso a la protección social de mujeres y hombres: la reducción de jornada por motivos familiares, el uso de permisos maternales y parentales para el cuidado, el empleo ATP y temporal, la segregación y discriminación salarial son elementos que inciden directamente en la reducción de la cuantía y duración de las prestaciones de las mujeres, especialmente en desempleo y jubilación. Estas cifras permiten deducir las inevitables repercusiones sobre los ingresos a lo largo de su carrera laboral, la protección social y las pensiones.

Si bien el nivel de formación de las mujeres ha aumentado considerablemente en los últimos años (el Informe para la Igualdad [Unión Europea] , año 2010, señala que actualmente hay más mujeres que hombres que obtienen un título universitario: 59 % de tituladas en todas las materias en la UE en 2006, las mujeres siguen concentrándose en sectores productivos tradicionalmente feminizados y a menudo peor remunerados (sanidad, servicios asistenciales, educación) y ocupan menos puestos de responsabilidad en todos los ámbitos de la sociedad.

En materia salarial, la brecha salarial entre mujeres y hombres se mantiene por encima del 20 % sin que haya síntomas de que ese nivel se esté rebajando,

conforme señala el documento de la OIT más arriba citado *La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo* (Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión), el cual, asimismo, insiste en que las mujeres continúan ocupándose mayoritariamente de formas atípicas de trabajo y de trabajo familiar no remunerado.

Es preciso efectuar una revisión de la legislación para introducir mecanismos de control que detecten supuestos de discriminación, fomentando sistemas transparentes de clasificación profesional que valoren y retribuyan de igual forma las cualificaciones y la experiencia profesional. Más difícil resulta aproximarse al campo de la participación de las mujeres en la toma de decisiones. Se constata que la situación de las mujeres apenas ha variado en los últimos años en este punto, como con anterioridad quedó explicitado. Son necesarios objetivos claros y cuantificables, políticas específicas y medidas eficaces para alcanzar la paridad de mujeres y hombres, paridad que se considera un eje central de las políticas públicas y prioridad clave para lograr la igualdad a todos los niveles. Son apreciables resultados muy escasos en el área de investigación del Sector Público, así como en el área económica y financiera (apenas hay mujeres en la dirección de bancos y con una escasísima representación en los consejos de administración de grandes empresas).

No puede abandonarse la orientación y la perspectiva de género en las políticas de recuperación económica, en las medidas de estímulo y dinamización de la economía. Es preciso integrar dicha perspectiva en el diseño, puesta en marcha y ejecución y evaluación de las políticas activas y pasivas de empleo. Las políticas de protección social como salida a la crisis deben incorporar un tratamiento especial respecto del mayor riesgo de pobreza y exclusión social que deriva de los mayores niveles de desempleo registrados en las mujeres. Se corre el peligro de que la menor valoración y la inferior retribución salarial de las mujeres les coloque en mejor posición que los varones para un eventual “regreso al hogar” ante la falta de empleo, con lo que ello supone de retroceso social y político.

II. PARTICIPACIÓN DE LAS MUJERES EN EL MERCADO DE TRABAJO: LAS DIFICULTADES PARA OCUPAR PUESTOS DE ESPECIAL RELEVANCIA Y CARGOS DIRECTIVOS

Las mujeres representan en la actualidad algo más de la mitad de la población mundial; sin embargo, su contribución a la actividad económica, al bienestar y al crecimiento continúa estando muy por debajo de su verdadero potencial. El impacto y las consecuencias macroeconómicas de la constatación de

esta realidad han sido puestos de manifiesto en un informe del Fondo Monetario Internacional que constata la importante pérdida que para la economía supone desperdiciar el talento y el trabajo de las mujeres⁽⁶⁾. A pesar de los significativos progresos logrados en las últimas décadas, en todo el mundo los mercados de trabajo siguen manifestando como una de sus características más relevantes la división por géneros, pudiendo constatarse un cierto estancamiento en el avance hacia la igualdad de género. Una de las conclusiones más relevantes del Informe del FMI apunta hacia una realidad desigual entre hombres y mujeres: la participación femenina en la fuerza laboral se ha mantenido por debajo de la participación masculina. Tal segregación por género va acompañada de otros factores intrínsecos de desigualdad social, puesto que las mujeres realizan la mayor parte de los trabajos no remunerados, y, cuando tienen un empleo remunerado, están sobrerrepresentadas en el sector informal y entre la población pobre. A ello se suma la apreciación objetiva que se observa en el ámbito de la retribución: las mujeres continúan encontrándose ante significativas diferencias salariales frente a sus colegas varones.

Si bien el crecimiento y la estabilidad son necesarios para ofrecer a las mujeres las oportunidades que necesitan, la participación de la mujer en el mercado de trabajo también es parte de la ecuación de crecimiento y estabilidad. La tasa de participación femenina sigue siendo un 26 % inferior a la de los hombres, según datos ofrecidos recientemente por la OIT y dados a conocer en *La iniciativa del centenario de la OIT relativa al futuro del trabajo*, documento presentado por el director general de la OIT a la 104ª reunión de la Conferencia Internacional (2015)⁽⁷⁾.

En muchos países, las distorsiones y la discriminación en el mercado laboral restringen las opciones de las mujeres para conseguir un empleo remunerado, y la representación femenina en los altos cargos y entre los empresarios sigue siendo baja. Específicamente, en relación con la promoción profesional y el acceso de las mujeres a puestos de especial responsabilidad, la OIT ha dado a conocer un informe titulado “La mujer en la gestión empresarial. Cobrando impulso”⁽⁸⁾, cuya conclusión central puede ser resumida de la siguiente manera: Promover la igualdad de género en el lugar de trabajo, además de ser la opción justa, es la más inteligente.

(6) *Las mujeres, el trabajo y la economía: Beneficios macroeconómicos de la igualdad de género*. FMI. Departamento de Estrategias, Políticas y Evaluación y Departamento de Finanzas Públicas. Septiembre de 2013.

(7) Véase un comentario a la misma de RAMOS QUINTANA, M. I. En Trabajo y Derecho, Nueva Revista de actualidad y Relaciones Laborales, 2015, Nº 9.

(8) <http://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_335674/lang-es/index.htm>.

La participación de las mujeres en la ocupación, y muy significativamente en aquellos puestos considerados de máxima responsabilidad, es una cuestión absolutamente relevante para conseguir el logro efectivo de una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este punto, resulta coincidente la conclusión alcanzada en el marco de esta investigación de la OIT con la ya avanzada a través del informe emitido por el FMI en el año 2013, antes señalado, y revela que los esfuerzos de investigación que se están realizando en diferentes organismos internacionales tratan no solo de verificar cuáles son las causas determinantes de la menor cuota de participación femenina en el mercado de trabajo, sino, de manera puntual y específica, por qué las mujeres no han llegado a ocupar puestos de máxima responsabilidad en el ámbito de la actividad económico –empresarial, pese a haber aumentado exponencialmente los niveles de formación y cualificación de las mismas.

El informe mencionado de la OIT, exactamente, tiene por objeto “demostrar los beneficios que pueden obtener las empresas que reconocen y apoyan el talento de la mujer”. Una pretensión que se encuentra en la base de algunos de los debates más relevantes sobre la participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Actualmente, las investigaciones en este campo están centradas sobre la necesidad no solo del aumento de la ocupación femenina –que aún continúa necesitado de respuestas rápidas y eficaces–, sino también, y de modo específico, de la promoción profesional y el ascenso de las mujeres a puestos de responsabilidad y de relevancia en la toma de decisiones.

La aportación del talento de las mujeres y su contribución al desarrollo de competencias de dirección y organización es de mayor valor a medida que han aumentado sus niveles de formación. Un extremo resaltado en el informe de la OIT no únicamente como elemento de valor económico, sino como verdadero “recurso nacional”, en referencia a que las economías necesitan cada vez más conocimientos, especialización y tecnología. Pese a esa realidad, las mujeres continúan teniendo dificultades para romper “el techo de cristal” impeditivo del acceso a cargos de poder en las empresas, quedando al margen del ámbito de decisiones económicas.

Existen, sin duda, obstáculos de carácter cultural, como explicación a la persistente falta de acceso de las mujeres a cargos directivos en las empresas. Las pautas culturales tradicionales, a través de las cuales se asignan roles específicos a las mujeres de cuidados de la familia y de la organización del hogar, se encuentran en la base de esta cuestión y juegan un papel completamente desincentivador para que ellas logren asumir funciones profesionales que impliquen ejercicio de poderes directivos. Es cierto que cada vez es mayor el volumen de mujeres propietarias de empresas y que ocupan altos cargos, sin embargo, todavía no puede

decirse que la representación de la población femenina en la cúspide de la pirámide empresarial sea representativa de las competencias, experiencia y conocimientos adquiridos por las mujeres, especialmente en las economías desarrolladas. Se constata, asimismo, que a medida que las dimensiones de una empresa o una organización son mayores, más difícil será para una mujer ocupar el cargo de ejecutiva máxima.

La finalidad del informe de la OIT a que aquí se hace referencia no es otra que robustecer la comprensión de cuáles son los obstáculos que continúan impidiendo la progresión de las carreras profesionales de las mujeres en el mundo empresarial, exponiendo medidas aptas para hacer frente a esa situación, destacando cuáles evidencian las mejores prácticas experimentadas en el Sector Privado y cuales son las organizaciones que las representan. Un documento valiosísimo para cuantos estén interesados –poderes públicos, agentes económicos y sociales– en diseñar instrumentos y mecanismos que permitan el aprovechamiento al máximo del talento y capacidad directiva de las mujeres en el ámbito de la economía.

En el marco de los trabajos de campo realizados para la elaboración del informe destaca inicialmente el cuadro de resultados relativo a la tasa de participación de mujeres en puestos directivos de las empresas cotizadas en bolsa: países OCDE, menos del 5 %, lo que contrasta con países como China, que ya alcanzan el máximo porcentaje a escala mundial, 5,6 %. En este contexto, la Unión Europea ofrece un inexplicable panorama desolador: 2,8 %. En cuanto al porcentaje de mujeres que ocupan lugares en las juntas directivas, por países, Finlandia, Noruega, Suecia y Reino Unido superan el 20 %, mientras que Francia y Alemania se sitúan entre un 10-20 % y otros como Italia y España⁽⁹⁾ se encuentran entre una franja comprendida entre el 5 y el 10 %. Otros países relevantes por su desarrollo económico y tecnológico como China y Japón continúan evidenciando porcentajes de participación inferiores al 5 %. En cuanto a la presidencia de las juntas directivas, en las empresas entrevistadas se pudo comprobar que el 87 % estaban presididas por un hombre y el 13 % por una mujer. Los estudios realizados ponen de manifiesto que, de seguir creciendo a este

(9) Recuérdese el encendido debate que tuvo lugar en nuestro país en el momento de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y la cuestión relativa a la necesidad de introducir cuotas de participación en los consejos de administración, cuestión que finalmente quedó reducida a una recomendación legal a los consejos de administración de las sociedades mercantiles con obligación de presentar cuentas no abreviadas de pérdidas y ganancias: “procurarán incluir en su Consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en un plazo de ocho años a partir de la entrada en vigor de esta Ley” (art. 75).

ritmo, se tardarían aproximadamente entre 100 y 200 años para alcanzar la paridad en la cúspide empresarial⁽¹⁰⁾.

Algunos aspectos merecen especial atención en la medida en que siguen constituyendo factores determinantes de una posición desigual de las mujeres en el acceso a puestos de especial relevancia en el mundo del trabajo:

1. Las paredes de cristal: concentración de mujeres en determinadas funciones de la gestión empresarial

La falta de experiencia acumulada en tareas de gestión suele convertirse en una dificultad específica para el ejercicio de cargos directivos empresariales por parte de las mujeres. A este hecho es preciso añadir la tendencia a su concentración en específicas parcelas de gestión o en determinadas funciones. Ello explica la expresión conocida de “paredes de cristal” para hacer referencia a la segregación por género en las ocupaciones empresariales; en particular, hay una clara tendencia a concentrar a las mujeres en determinadas parcelas o funciones gerenciales particulares, según señala el informe de la OIT aquí analizado: un claro predominio en los ámbitos de los recursos humanos, relaciones públicas, gestión de las comunicaciones, finanzas y administración, en detrimento de otras funciones como las de administración de operaciones y ventas, investigación y desarrollo de productos o gerentes generales, siendo estas últimas indispensables para poder acceder al centro de la pirámide orgánica para convertirse en alto cargo. Estos datos ponen de manifiesto que las mujeres ascienden solo hasta cierto punto, debido a que las funciones fundamentales que ejercen están situadas a los lados de dicha pirámide.

Los estereotipos sociales y culturales vinculados al género y la edad, así como las responsabilidades y las pautas habituales en la cultura empresarial constituyen factores de obstaculización para superar la influencia de normas que permanecen arraigadas en todas las regiones del mundo a pesar de las transformaciones experimentadas en el mundo del trabajo y, en general, de la sociedad.

La segregación de puestos de trabajo por razón de género con trabajos masculinizados o feminizados, según el caso, se encuentran en el fondo de creencias conforme a las cuales históricamente se ha entendido que la dirección de una empresa, su gestión o, en otro orden, la adopción de decisiones en el ámbito de lo

(10) El Informe Global de la Brecha de Género 2014 del Foro Económico Mundial ha venido a señalar que desde 2006, año en que comenzó su medición, la brecha de género en participación y oportunidades económicas ha avanzado solo un 4 %, pasando del 56 al 60 %, lo que significaría que, si las otras condiciones se mantienen igual, se tardarían 81 años en cerrar la brecha de género en el mundo.

público han sido consideradas como profesiones para los hombres, esfera propia de lo masculino. El informe de la OIT delata cómo estas convicciones culturales han estado presentes en los programas educativos, así como en las políticas de contratación y en las prácticas utilizadas para los ascensos. Todas las regiones del mundo, a excepción de Europa central y oriental presentan una coincidencia en detectar los obstáculos más comunes al ascenso de las mujeres a cargos de dirección, entre los que cabe señalar por orden de prioridad: las mayores responsabilidades familiares de las mujeres, los roles que socialmente se atribuyen a hombres y mujeres de manera diferenciada, la cultura empresarial masculina, la insuficiente experiencia en gestión empresarial de las mujeres o la falta de estímulo a los varones para que soliciten los permisos o licencias para cuidados de familiares. En Europa central y oriental un ítem significativo lo representan los prejuicios de género en la contratación y en los ascensos.

2. El techo de cristal intacto: infrautilización del talento femenino

Tradicionalmente, las diferencias de niveles de formación de las mujeres con respecto a los varones explicaban las dificultades de acceso a puestos de máxima responsabilidad empresarial por parte de estas, quedando prácticamente excluidas de esa esfera de poder, dando lugar a lo que se ha denominado “techo de cristal”. A ello se une, según expone el informe de la OIT, la dificultad que manifiestan las empresas para atraer talento y conservarlo, especialmente si se trata de mujeres (así lo revelaron los datos relativos al 34 % de las empresas entrevistadas). Esta pérdida de aprovechamiento resulta especialmente relevante, dadas las cifras de desempleo, en un mundo en el que el consumo está fundamentalmente orientado por las mujeres, al tiempo que se desaprovechan las ventajas de la innovación y la creatividad derivados de la diversidad de género, lo que pudiera contribuir a mejorar la gestión y los resultados empresariales.

El universo del trabajo se ha transformado radicalmente por la disminución de la fertilidad, el envejecimiento poblacional y los procesos migratorios, junto a un mayor grado de acceso a la educación y a la tecnología. El informe en este punto es absolutamente claro: “Los datos de la OIT indican que las mujeres ocupan el 40 % de los empleos en el mundo”, y las investigaciones realizadas ponen de manifiesto que la participación creciente de las mujeres en el mercado de trabajo ha sido “el principal motor del crecimiento y la competitividad mundiales”.

Las mujeres con experiencia empresarial se concentran en microempresas y pequeñas empresas, alcanzando solo un 30 % las empresas donde las mujeres son dueñas o administradoras del total de las mismas. Representan el 24 % de los empleadores en todas las regiones, a excepción de Oriente Medio y África del Norte, donde solo llegan a un 6 %; entre los trabajadores por cuenta propia, su

representación oscila entre un 31 y un 38 %, constatándose que en los últimos 20 años ha aumentado el número de mujeres en los cargos directivos, especialmente cargos de grado medio y superior (eso sí, con grandes disparidades entre los países de las diversas regiones y entre estas entre sí).

Muy significativo resulta el hecho de que las mujeres aventajan a los varones en la educación: más mujeres que hombres con licenciaturas y maestrías; en cambio, los títulos de doctorado están representados por igual entre ambos sexos. Según la Unesco (*Women in Higher Education*), para alcanzar el nivel de investigadora, la mujer debe superar una serie de obstáculos, lo que explica que los hombres aventajan a las mujeres en los niveles más altos (casi el 55 % del total de títulos de doctorado y el 77 % de los investigadores), no siendo nada desdeñable observar que los periodos de acceso a los niveles más altos de cualificación coinciden con los años habituales de tenencia de hijos para las mujeres. Llama la atención que la más alta proporción de investigadoras se encuentra en América Latina y el Caribe (45,2 %), mientras que en Europa la proporción es del 34 % (Unesco, *Women in Science*, 2011).

Otro aspecto de no menor importancia abordado en el informe de la OIT, debido a su impacto en el mercado global de bienes y servicios, es el relativo al consumo y la progresiva repercusión en él del acceso de las mujeres al mercado de trabajo y la actividad empresarial. Cuestiones como el control de los presupuestos familiares, las decisiones financieras, así como la creciente proporción de mujeres que ganan más que sus cónyuges o parejas conducen a hacer una valoración altamente positiva de la mayor participación de las mujeres en las funciones de responsabilidad empresarial en cuanto a representar las preferencias y opiniones de las mujeres al igual que las de los hombres.

3. Librarse de las paredes y del techo de cristal

Aunque hay un discurso que continúa insistiendo en la innecesariedad de los cupos, tratos especiales y, en general, acciones positivas en favor de la efectiva inclusión e integración económica, política y social de las mujeres, lo cierto es que cada vez más se demanda con renovada insistencia la disponibilidad de nuevos mecanismos e instrumentos que permitan una mejor armonización de las responsabilidades derivadas del trabajo y aquellas que comprometen el desarrollo y organización de la vida familiar. Revisar las normas sociales y culturales desde una perspectiva renovada de la capacidad y potencial de las mujeres para participar en el ámbito de lo público y en el mundo del trabajo, examinar la cultura empresarial con una perspectiva inclusiva de la mujer, revisión de los procedimientos y estructuras organizativas internas de las empresas son algunos de los aspectos

incorporados al informe de la OIT para superar las dificultades que aún subsisten y que constituyen verdaderas láminas de cristal obstructoras de la igualdad efectiva en el mundo del trabajo.

La relevancia cuantitativa y cualitativa de mujeres que se incorporan progresiva e imparablemente al mundo del trabajo por sí sola pone de manifiesto los esfuerzos que se han realizado por superar tales dificultades, a lo que se suma, especialmente tras el inicio de la crisis financiera mundial, el seguimiento de la evolución de la presencia de las mujeres en las juntas de dirección en relación con la gobernanza empresarial. Entre las políticas aplicadas por las empresas para promover una mayor presencia de las mujeres en la gestión empresarial a nivel mundial, el informe OIT destaca la licencia por maternidad (que en muchos países viene establecida por ley), seguida por la capacitación profesional, contratación y ascensos de las mujeres. Pocas empresas contemplan la prestación de otros servicios como cuidado de menores, personas de edad, interrupciones de la carrera profesional o programas de reinserción y, en particular, el acceso a la formación profesional de alto nivel solo es reconocido en un 33 % de las empresas encuestadas como medida específicamente orientada especialmente a la mujer. Otras iniciativas han ido estableciéndose, pero aún de manera muy tímida: servicios de transportes (especialmente en países donde continúa siendo un factor de riesgo para su integridad que las mujeres utilicen el transporte público), de cafeterías, salas para amamantar a sus hijos y aseos específicos para mujeres.

El informe de la OIT da cuenta de las medidas que las empresas encuestadas estarían dispuestas a promover. Este aspecto es de suma importancia, ya que representa la voluntad de poner en marcha procesos conducentes a un cambio de la cultura empresarial tradicional asentada sobre un modelo de funcionamiento basado en esquemas de participación exclusiva o principalmente masculina.

Los mecanismos de apoyo para este cambio que las empresas demandan y proponen en la medida en que consideran que les resultarían útiles son: 1. Explicar y justificar las razones favorables a un número mayor de mujeres en la dirección. 2. Colaborar en redes con otras empresas intercambiando buenas prácticas. 3. Proporcionar ejemplos de buenas prácticas relativos a medidas y estrategias para promover a la mujer en la empresa. 4. Elaborar una estrategia para promover a más mujeres en la dirección empresarial. 5. Diseñar una política de igualdad de oportunidades. 6. Colaborar en redes con asociaciones de empresarias. 7. Proporcionar directrices sobre sistemas de gestión de los recursos humanos que tengan una dimensión de género. 8. Elaborar guías sobre medidas y estrategias para promover a la mujer en la gestión de empresas. 9. Introducir un programa

de orientación. 10. Formular una política sobre el acoso sexual. 11. Introducir un programa de patrocinio.

En el apartado final, este valioso y sugerente Informe de la OIT da cuenta del importante papel que deben jugar las medidas “de promoción”, tanto a escala internacional como nacional y, especialmente, del papel relevante que pueden jugar sobre esta cuestión las organizaciones nacionales de empresarios, y concluye proponiendo un conjunto de principios inspiradores para el empoderamiento de las mujeres y de medidas concretas para promover el aumento del número de mujeres en la gestión empresarial.

IV. DIFICULTADES PERSISTENTES PARA UNA EQUILIBRADA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR

Las dificultades para alcanzar un reparto equilibrado de responsabilidades familiares entre mujeres van desde las que se producen en los lugares de trabajo, especialmente relacionadas con la organización de los procesos de producción, hasta los ámbitos en que se precisa una actuación directa y específica de los poderes públicos, sin la cual, las medidas adoptadas en las relaciones entre privados no pueden satisfacer el conjunto de demandas existentes.

En primer lugar, habría que señalar que la conciliación de la vida laboral y familiar indudablemente exige no solo medidas destinadas a facilitar a los progenitores y otros miembros de la unidad familiar la disponibilidad del tiempo indispensable para ocuparse de las responsabilidades familiares y de la vida privada, sino que también demanda cambios en la organización del trabajo, especialmente, en la organización y distribución del tiempo de trabajo. Horario flexible, concentración de horario, adaptación de la jornada o cambios en su distribución son instrumentos que en la organización del proceso productivo tienen una repercusión directa sobre el empleo de las mujeres.

En cualquier caso, las políticas laborales de conciliación han estado tradicionalmente concebidas como una cuestión afectante “a las mujeres” y dirigidas “a las mujeres”, pues su pretensión radicaba en posibilitar que las mujeres puedan compatibilizar el trabajo con sus ocupaciones familiares. La división sexual del trabajo no es puesta en cuestión por este tipo de medidas, al tiempo que erigen el trabajo en el eje central de la vida de toda persona, pues los institutos jurídicos de la conciliación se orientan desde una perspectiva eminentemente laboral-individual, combinando fórmulas claramente insuficientes de permisos, ausencias y reducciones de jornada que sitúan a las mujeres en una posición vulnerable:

disminución de niveles de protección social por pérdidas de cotización obligada, sobreesfuerzo personal en la realización de dobles jornadas con repercusión personal, familiar y social. Las cifras relativas a los escasos niveles de presencia de mujeres en puestos de trabajo de especial responsabilidad y reconocimiento social guarda estrecha relación con las condiciones bajo las cuales se incorporan al trabajo y sostienen mayoritariamente las cargas familiares.

No solo hay un campo de acción posible en la esfera de las relaciones entre privados en materia de conciliación. La actuación pública, mediante la oferta de adecuados servicios públicos que permitan afrontar las responsabilidades y necesidades de las unidades familiares de forma solvente contribuirá en gran medida a cambiar el panorama actualmente existente en muchos países en las relaciones entre trabajo y vida privada, especialmente en el caso de las mujeres. La disponibilidad de servicios de apoyo social y asistencial se convierte en eje fundamental de las políticas públicas en materia de igualdad. Únicamente con medidas dirigidas a efectuar cambios en los sistemas productivos no es suficiente, debido a que una de las causas principales de desigualdad radica en el desequilibrado reparto de obligaciones familiares, a lo que debe añadirse la desigual posición de que parten las familias con escasos recursos económicos. En el modelo de conciliación que podría ser calificado como modelo “Sur”, en el que predominan los instrumentos propios de la relaciones entre privados, en particular, medidas establecidas en el ámbito de las relaciones de trabajo, las unidades familiares más perjudicadas son aquellas que provienen de capas sociales pobres y vulnerables. Este modelo, al tiempo que porta la consolidación de desigualdades de género, no afronta ni ofrece solución a las desigualdades por causas económicas, lo que produce una situación de enquistamiento de discriminación múltiple.

Solo medidas de impulso de la igualdad con la introducción de servicios públicos adecuados de atención a la vida diaria, de fácil acceso y suficientemente eficaces pueden contener elementos de remoción de desigualdades y erradicación de la discriminación múltiple. La inversión en servicios sociales desplegaría consecuencias positivas de dinamización de la economía y generaría empleo, al margen de su indiscutible utilidad social. La escasez de infraestructuras relativas a servicios de cuidados (de personas mayores o dependientes, de enfermos crónicos, de hijos antes de la edad de escolarización obligatoria, etc.) contribuye poderosamente a mantener en situación estática la segregación de género e impide progresar hacia mayores niveles de corresponsabilidad de los varones con un reparto más equitativo. El trabajo a tiempo parcial como medida de conciliación por parte de las mujeres está ocasionando en muchas circunstancias por la falta de infraestructuras y servicios públicos de cuidado a menores, enfermos, discapacitados, personas mayores, etc.

La conciliación y la corresponsabilidad, en suma, continúan siendo asignaturas pendientes. No obstante, existen numerosos instrumentos normativos en el marco internacional para tratar de asegurar los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar.

1. Los derechos de conciliación de vida laboral y familiar en los instrumentos internacionales

La protección del derecho de trabajadores y trabajadoras a conciliar las responsabilidades familiares con las derivadas del trabajo ha tenido una importante acogida en diferentes textos internacionales. Así, el artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”, al tiempo que otros preceptos de la misma Declaración señalan que toda persona tiene derecho a la vida familiar, a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, a sí misma y a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana (art. 23, apartado 3), a un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de la familia y a los servicios sociales (art. 25, apartado 1).¹¹), así como el derecho a la Seguridad Social (art. 22).

Con posterioridad, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966, no solo reconoce los derechos de la mujer en el trabajo asalariado, sino que también consagra el deber de conceder una especial protección “a la familia” en cuanto “elemento natural y fundamental de la sociedad”, por lo que se le debe otorgar “la más amplia protección y asistencia posibles” (art. 10.1) y “a las madres durante un periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social” (art. 10.2).

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de violencia contra la mujer, en cuyo preámbulo ya se indica que “que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional, tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. Se insiste en “la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y en (...) [que] el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”. En la Convención, las disposiciones relativas a la protección de la maternidad y el cuidado de los hijos son considerados derechos esenciales. Por lo que respecta al impacto de las

circunstancias familiares en la conservación del puesto de trabajo, en el apartado 2) del artículo 11 se especifica que los “Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir (...) el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”.

Las conferencias sobre la mujer realizadas por la ONU, sin duda alguna, han protagonizado a escala mundial eventos con fuerte trascendencia mediática, lo que ha contribuido a robustecer el entendimiento de la igualdad y la puesta en marcha de mecanismos de incentivación, estímulo y protección de la mujer trabajadora⁽¹¹⁾. De todas ellas, la de mayor relevancia y efectos contrastados ha sido la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Pekín en 1995: 189 gobiernos adoptaron la Declaración y Plataforma de Acción, encaminada a eliminar los obstáculos a la participación de la mujer en todas las esferas de la vida pública y privada. Ambos instrumentos definieron un conjunto de objetivos estratégicos y de medidas cuyo objetivo último era eliminar los obstáculos que impiden el progreso de las mujeres. En particular, la Plataforma de Acción fijó como objetivo estratégico la protección de la maternidad, así como la armonización de las responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres, un aspecto, sin duda, importante para afrontar adecuadamente las obligaciones familiares y las que derivan del contrato de trabajo.

La OIT, por su parte, ha desempeñado un papel absolutamente relevante y, sin duda, eficaz en la consecución de mayores grados de conciliación de la vida laboral y familiar. Inicialmente, la protección de la maternidad fue y ha sido una cuestión fundamental para la OIT desde sus inicios en 1919: la adopción por los Estados miembros del Convenio N° 3 dio lugar a un instrumento relevante y significativo en el proceso de reconocimiento de los derechos, la salud y la seguridad económica de las mujeres y de sus familias. Con el transcurso del tiempo, otros instrumentos convencionales de la OIT han fortalecido los derechos de la mujer en el trabajo: el Convenio N° 103, relativo a la protección de la maternidad de la

(11) México (1976), Copenhague (1980) y Nairobi (1985).

mujer trabajadora (1952) y en el convenio N° 183, sobre la protección de la maternidad (2000)⁽¹²⁾. Con estos convenios, la Organización Internacional pretendió atender y asegurar la salud de la madre trabajadora y del recién nacido, al tiempo que pretendían proporcionar seguridad en el puesto de trabajo, particularmente frente a eventuales decisiones empresariales de despido y actos de discriminación; asimismo, estos convenios tratan de preservar el salario y las prestaciones de seguridad social durante la maternidad, así como el derecho a reincorporarse al trabajo tras el parto. Estas primeras normas de la OIT tienen una finalidad de protección de la salud de la mujer por la tenencia de hijos, pero también buscan evitar tratos indignos y desigualitarios de la mujer en el empleo por dicha causa.

Con el transcurso de los años, la acción de la OIT va a alcanzar niveles de atención, tutela y protección de mucho mayor alcance en relación con la igualdad de las mujeres en el empleo y el atendimiento de las responsabilidades familiares: se sucede la adopción de una serie de convenios muy significativos que representan avances en la igualdad, de un aparte, y el reconocimiento de la imparable presencia de las mujeres en el trabajo productivo: el Convenio N° 183, sobre protección de la maternidad y el Convenio N° 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, de una parte, así como el Convenio sobre igualdad de remuneración, N° 100 (1951) y el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), N° 111 (1958), pasan a erigirse en instrumentos internacionales fundamentales y básicos para la igualdad de género entre hombres y mujeres, pues representan el núcleo esencial de tutela de la igualdad de oportunidades para las mujeres y los hombres en el mundo del trabajo.

El Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, N° 156 (1981) y la Recomendación sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, N° 165 (1981) se centrarán, finalmente, en el núcleo duro de las responsabilidades laborales y las familiares que requieren de iniciativas, acciones y mecanismos de índole política. El objetivo central de estos convenios entronca, desde luego, con el objetivo último de promover la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo tanto en relación con las mujeres como con los varones que deben afrontar responsabilidades familiares. El Convenio OIT N° 156 contiene alusiones a los “hijos a su cargo” y a “otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén”⁽¹³⁾. Por medio de este Convenio,

(12) Convenios que han estado acompañados de las Recomendaciones N° 95, en 1952, y N° 191 en 2000.

(13) El Convenio N° 156 establece medidas en materia de licencias, servicios de asistencia social, seguridad social, horarios laborales y modalidades de organización del trabajo flexibles, políticas de reinserción laboral, y programas de sensibilización y educación con una perspectiva de género (arts. 4 a 7). Por su parte, la Recomendación N° 165 contempla la adopción de todas las medidas posibles en relación con otras materias como formación profesional, condiciones de empleo, de seguridad social, así como

los Estados Parte en el mismo se comprometen a incluir entre los objetivos de su política nacional instrumentos eficaces a fin de que las personas trabajadoras con responsabilidades familiares puedan desempeñar un empleo sin que por ello sufran discriminación, tratando de evitar conflictos entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

El Programa de Trabajo Decente de la OIT contiene, sin duda, elementos significativos de apoyo a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades de familia, siempre sobre el eje fundamental del objetivo de la igualdad entre las mujeres y los hombres en el ámbito del trabajo⁽¹⁴⁾. Más recientemente, la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT), a través de sus Conclusiones de 2009 sobre la igualdad de género como eje del trabajo decente y de sus Conclusiones de 2011 relativas a la discusión recurrente sobre la protección social, ha instado a que se adopten medidas que faciliten la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares de las mujeres y los hombres, un acceso eficaz a servicios sociales integrales para las personas a cargo y la protección de la maternidad⁽¹⁵⁾.

El tema “mujeres y el futuro del trabajo” reconoce la importancia de las iniciativas relativas a las mujeres en el trabajo y al futuro del trabajo, que fueron propuestas por el director general de la OIT en el marco de la 102ª reunión de la Conferencia Internacional (2013), una de las siete iniciativas puestas en marcha con ocasión de la proximidad del centenario de la OIT⁽¹⁶⁾. Esta iniciativa tiene por objeto evaluar pormenorizadamente la situación de las mujeres en el mundo del trabajo y los resultados de las políticas vigentes en materia de igualdad de género y no discriminación, en especial, en el contexto de la crisis económica y la situación rápidamente cambiante de los mercados de trabajo. Por medio de ella se pretende proporcionar una base para la actuación futura de quienes trabajan por promover el objetivo de la igualdad de género y para elaborar una estrategia renovada de la OIT en su segundo siglo de vida.

servicios y medios de asistencia a la infancia, y de asistencia familiar.

- (14) Memoria del director general a la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999. Un análisis exhaustivo de esta iniciativa de la OIT en cuanto aborda nuevas perspectivas para las normas internacionales del trabajo puede verse en el número monográfico de Relaciones Laborales, 2006, Nº 15-16.
- (15) OIT: *Conclusiones sobre la igualdad de género como eje del trabajo decente*, Actas Provisionales Nº 13, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, Ginebra, 2009, párrafo 28 y OIT: *Conclusiones relativas a la discusión recurrente sobre el objetivo estratégico de la protección social (seguridad social)*, Actas Provisionales Nº 24, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, Ginebra, 2011, párrafo 20, h).
- (16) Informe del director general: *Ante el centenario de la OIT: realidades, renovación y compromiso tripartito*, Informe I(A), Conferencia Internacional del Trabajo, 102ª reunión, 2013.

En definitiva, los temas relativos a la igualdad por razón de género y, dentro de ellos, los referidos a la conciliación de vida laboral y familiar estarán presentes en este año en la definición de los Nuevos Objetivos de Desarrollo del Milenio (Naciones Unidas, septiembre de 2015), finalidad a la cual está contribuyendo poderosamente la OIT como organismo internacional con competencias específicas para regular a través de normas internacionales un aspecto aún necesitado de medidas efectivas y eficaces, tanto en países desarrollados como en los que se encuentran en proceso de desarrollo.

2. Flexibilización del tiempo de trabajo: transformaciones del trabajo derivadas de la incorporación de las mujeres al trabajo productivo

En su devenir histórico, el Derecho del Trabajo ha contemplado con especial interés una de las máximas aspiraciones del movimiento obrero y sindical: la reducción de la jornada de trabajo. Reducir tiempo de trabajo para ganar en tiempo de vida personal ha sido hasta hace poco un objetivo que históricamente ha acompañado las reivindicaciones sociales para la mejora de condiciones de trabajo y de vida. Bajo esta cultura del “tiempo de trabajo” separada del tiempo de “no trabajo” con tendencia a reducir el primero, por encontrarse vinculado al esfuerzo y la responsabilidad, para lograr el aumento progresivo del segundo, relacionado con el descanso y bienestar, culminó una de las últimas etapas de la evolución política, económica y social del Estado del Welfare.

Aún en los años 80, cuando una aguda crisis económica había obligado a efectuar profundos cambios normativos en países como España, en relación con la dimensión cuantitativa del tiempo de trabajo y, significativamente, sobre la duración del contrato de trabajo, podían escucharse voces que abanderaban el objetivo de recuperar mayor tiempo para la vida personal. Se ensalzaban las bondades del “tiempo para el ocio”, incluso como fórmula especialmente apta para combatir el paro⁽¹⁷⁾, dando así una particular respuesta frente al discurso del trabajo productivo, como elemento prevalente y sobre el cual se hace depender el resto de expectativas de todo proyecto vital.

A finales del siglo XX, la incorporación de las mujeres al mundo del trabajo era ya un hecho incontestable, una realidad en fase de progresión imparable convirtiéndose en fenómeno de alcance y repercusión no exclusivamente económico y social, sino de impacto y consecuencias políticas e ideológicas y filosóficas. Los cambios que en esos momentos se están produciendo sobre la noción de “tiempo de trabajo” corren parejos a una nueva realidad social, como es la salida

(17) RACIONERO, L., *Del paro la ocio*, Anagrama, Barcelona, 1984, p. 35 y ss.

del hogar familiar por parte de las mujeres (donde el ingente trabajo realizado nunca ha sido tomado en consideración ni siquiera para formar parte del Producto Interior Bruto) a fin de introducirse en el mundo del “trabajo productivo”. Esta incorporación de las mujeres ha contribuido, de manera mucho más significativa de lo que se ha llegado a constatar, al advenimiento de cambios y transformaciones de acusado relieve en la organización/distribución/separación entre tiempos de trabajo y tiempos de no trabajo⁽¹⁸⁾.

Iniciada la década de los 90 del siglo pasado, comienza a penetrar en el debate económico, social y jurídico el discurso de la “individualización” en las relaciones de trabajo, apoyada sobre el “redescubrimiento del individuo”⁽¹⁹⁾ y una sutil invocación al contrato de trabajo como categoría jurídica con capacidad suficiente para desplazar otras, como la ley o el convenio colectivo que, no por consolidadas, dejaban de ser objeto de los embates de la crítica. Se imputaban a ambos instrumentos normativos supuestas rigideces incompatibles con las nuevas exigencias derivadas de la internacionalización de la economía y consiguiente necesidad empresarial de ganar competitividad en el mercado global.

En ese tránsito cultural, la noción de “tiempo de trabajo” fue revistiéndose de nuevas categorías accesorias, acomodadas normativamente al proceso de deterioro que paralelamente sufría la negociación colectiva y la función reguladora del convenio colectivo. En la corriente de pensamiento que comienza a postular el discurso de la flexibilidad irrumpe una variante específica en relación con el tiempo de trabajo sustentada sobre una idea nuclear: la necesidad de un mayor grado de disponibilidad del trabajador ante las nuevas exigencias de los procesos productivos. La disponibilidad del tiempo de vida del trabajador o la trabajadora al servicio de las necesidades de funcionamiento de la empresa, para una mejor gestión de la misma, es uno de los conceptos medulares que interfieren en las sucesivas transformaciones operadas sobre la ordenación jurídica del tiempo de trabajo.

En el contexto histórico y económico de finales del siglo XX está aconteciendo la construcción de la “ciudad global”⁽²⁰⁾, a través de procesos de internacionalización de la economía, que obligan a poner en marcha estructuras empresariales más complejas y con estrategias diferentes para situarse de manera

(18) CASAS BAAMONDE, M^a E., “Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo”, Relaciones laborales, 1998, Nº 1, p. 90 y ss.

(19) SIMITIS, S., “Il diritto del lavoro e la riscoperta dell’individuo”, Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali, 1990, Nº 45, p. 83 y ss.

(20) SASSEN, S., The Global City: New York, London, Tokyo. Princeton University Press, 1991, reedic. 2001, p. 33 y ss.

competitiva en el mercado. Mediante la incorporación de nuevas técnicas de producción se puede alcanzar la reducción de costes de gestión: se trata de dar respuesta a la demanda real y puntual con un uso más “eficiente” de los recursos humanos. Se trata de una estrategia básica para la nueva empresa que pretende ganar posición competitiva en la oferta de bienes y servicios. La planificación de la actividad empresarial pierde así tradicionales caracteres de estabilidad mediante la captación de espacios de mercado determinados, con pedidos habituales y con ritmos de producción previsibles, adquiriendo caracteres de “inestabilidad” ante las fluctuaciones del mercado global. Esa inestabilidad será una de las vicisitudes de mayor repercusión sobre la ordenación y organización del tiempo de trabajo.

La noción de la “disponibilidad horaria” viene a dar respuesta a “una nueva filosofía del tiempo de trabajo”⁽²¹⁾, por medio de la cual sobrevienen cambios sustanciales en la organización del trabajo en una doble dirección: aumentando la flexibilidad de los tiempos de trabajo en función de los tiempos de la demanda productiva e intensificando la jornada de trabajo para terminar plazos de finalización y entrega o para atender satisfactoriamente compromisos organizacionales. Estos elementos han contribuido a extender una organización y distribución de los tiempos de trabajo en una vertiente puramente economicista, atendiendo con menor interés y rigor otros bienes importantes en una sociedad desarrollada como los equilibrios necesarios entre vida personal y familiar, y su adecuada organización y planificación, especialmente en una etapa en que las mujeres ya forman parte del mundo del trabajo productivo.

El modelo típico del sistema de relaciones laborales asentado sobre un trabajo prestado de forma indefinida, generalmente a tiempo completo, predominantemente realizado por trabajador varón y con una jornada de trabajo predeterminada de antemano en el contrato de trabajo, pasa a convertirse en esquema completamente desfasado y obsoleto para una nueva realidad en la que, por decirlo sintéticamente, conviven tres elementos configuradores de un nuevo orden económico y social: internacionalización de la economía, nuevas estrategias empresariales e incorporación de las mujeres al trabajo productivo.

El mayor grado de permanencia en el trabajo fue siempre considerado en el modelo tradicional de relaciones industriales como factor de productividad: la acumulación de antigüedad, la realización de una carrera profesional en una sola empresa, la promoción en la vida laboral activa a través de un único itinerario

(21) Vid. sobre esta idea BALLESTER PASTOR, M^a A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, N^o 62, 2013, p. 53 y ss.

profesional se convertían en características definitorias de perfiles profesionales muy cualificados, acompañados normalmente de altos niveles de retribución. La denominada globalización económica ha traído consigo nuevas realidades económico-productivas, pero también nuevos modos en la prestación del trabajo asalariado. Entre ellos, sistemas de producción que aseguraban la mayor disponibilidad de trabajadores y trabajadoras para la empresa en términos de tiempo de trabajo. Sistemas flexibles –así calificados–, modernos, que exigen adaptación al carácter “inestable” de la demanda en el mercado de bienes y servicios, alterándose periodos de altos niveles de producción con espacios de baja intensidad de demanda.

El nuevo modo de pensar el tiempo de trabajo bascula entre un esquema clásico, en el cual el juego de contrapoderes empresarial y sindical se articula en torno al convenio colectivo como principal fuente de regulación, el cual, no obstante, comienza a recibir críticas por su supuesta “rigidez”, y un formato moderno, adaptado a exigencias de flexibilidad indispensable ante los cambios operados en las estructuras económico-empresariales y en los mercados, por lo que el convenio debe adquirir una vertiente “más dinámica” y el contrato de trabajo elevar su protagonismo decisivo.

La flexibilidad sobre el tiempo de trabajo (cuantificación, organización y distribución) es instrumento coadyuvante para la otra flexibilidad “esencial”, esto es, la de la retribución salarial. La crisis económica del primer quinquenio de los años 90 sirvió de escenario para introducir en España, por citar un país específico, dos aspectos novedosos hasta aquel momento: a) la incorporación de sistemas que aseguraban una mayor disponibilidad del tiempo del trabajador para la empresa; y b) la introducción de la flexibilidad horaria como instrumento de flexibilización de la retribución. La reforma efectuada sobre el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994 dio un paso adelante en este sentido, instituyendo la figura hasta entonces desconocida en el ordenamiento español de la “distribución irregular de la jornada” (artículo cuarto. Uno). Desde entonces se han venido sucediendo numerosos cambios y transformaciones hasta dibujar el actual panorama normativo, culminado mediante la Ley 3/2012, del 6 de julio, de reforma del mercado de trabajo, cuya característica más destacada consiste en contribuir a desdibujar los límites de separación entre “tiempo de trabajo” y “tiempo de vida personal y familiar”, al supeditar derechos de conciliación a la obtención de la “mejora de la productividad en las empresas” (nueva redacción del art. 34.8, segundo pfo. LET).

La ordenación del tiempo de trabajo, así como la distribución de la jornada, se convierten en realidades dúctiles en cuyo ámbito conviven múltiples herramientas e instrumentos al servicio de la nueva heterogeneidad del tiempo de

trabajo. Bajo los efectos de la crisis financiera y la recesión económica, la transición experimentada entre el modelo de garantía de determinadas “certezas sobre el tiempo de trabajo” hasta el actual escenario, donde abunda la “disponibilidad horaria por exigencias productivas”, se ha llevado a cabo de forma inequívoca, los cambios se han plasmado de forma sutil, pero la observación del recorrido a través de las sucesivas reformas arroja un panorama que no deja de ser inquietante. Primero, porque tal cesión de poder al empresario sobre un aspecto absolutamente esencial a todo proyecto vital, como es el tiempo de vida, no ha ido acompañado de contraprestaciones equivalentes para los trabajadores (por ejemplo, en relación con el aumento de descanso anual o semanal (para ganar otro espacio de tiempo “libre de trabajo”). Segundo, porque la mayor flexibilidad del manejo del tiempo de trabajo y la mayor disponibilidad horaria no han quedado compensadas en términos de retribución salarial, sino todo lo contrario, ha erosionado el poder retributivo de los trabajadores, especialmente, en los últimos seis años, tras el inicio de la crisis económica.

2.1. Flexibilidad horaria y disminución de costes laborales

El proyecto de la flexibilización en la ordenación y organización del tiempo de trabajo ha culminado con éxito: la disponibilidad de tiempo y de horario por exigencias productivas ha sido presentada como la moneda que es preciso pagar por una suerte de “necesidad sobrevenida” tras la crisis, con el fin último de preservar el empleo y la viabilidad de la empresa. Sin embargo, después de instaurar la flexibilidad en la gestión empresarial del tiempo de trabajo no ha podido quedar demostrado con datos empíricos su efecto beneficioso sobre el empleo. Malo sería que a la postre pudiera verificarse que la caída del empleo y la dificultad para recuperarlo ninguna o poca relación guardan con la mayor disponibilidad del tiempo del trabajador por la empresa en virtud del contrato de trabajo.

Es evidente que las sucesivas reformas introducidas en España, pero con especial intensidad, tras la reforma laboral del año 2012, han producido un aumento del poder empresarial en la relación de trabajo: ha habido ajustes en el horario aún sin afectar a la duración máxima del contrato con un pronunciado ahorro de costes laborales. Este objetivo se ha conseguido, primero, expulsando los tiempos muertos o de inactividad en la relación de trabajo; segundo, convirtiendo en innecesario el recurso a horas extraordinarias, lo que directamente incide sobre la capacidad salarial del trabajador o trabajadora; tercero, reduciendo la necesidad de recurrir a contrataciones eventuales, lo que afecta directamente a la capacidad de creación de empleo. La flexibilidad horaria despliega, por tanto, efectos directos sobre la disminución de costes laborales, suponiendo una alteración sustancial del volumen de retribución salarial.

2.2. Flexibilidad horaria y disminución del nivel de empleo

La mayor flexibilidad horaria produce, sin duda, efectos directos sobre el nivel de empleo, puesto que trata de asegurar la supresión de los denominados “periodos de espera”, “tiempos de presencia”, “periodos de inactividad”, eliminando la necesidad de cubrir determinados puestos de trabajo, aún de forma temporal y/o a tiempo parcial. Como medida de flexibilidad interna, la gestión del tiempo de trabajo no ha repercutido en una mayor retracción de medidas de flexibilidad externa: no se ha detenido el ajuste de plantillas por la vía de despidos objetivos y colectivos, no se ha experimentado una reducción paralela de las extinciones de contratos como efecto de la adopción de medidas “de ajuste a la demanda” sobre el tiempo de trabajo. El espectacular aumento de la gestión flexible del tiempo de trabajo no ha ido acompañada de manera paralela de una contracción del ajuste para evitar pérdidas de empleo, ni tampoco ha contribuido a disminuir o evitar los procesos encaminados a la suspensión temporal o reducción de jornada.

Un juicio razonado lleva a entender que se han manejado “los tiempos” de introducción de las medidas legislativas respectivas de forma equivocada. Si la mayor flexibilidad en la gestión unilateral del tiempo de trabajo se ha logrado mediante una serie de técnicas al servicio de la actividad productiva real, el error ha consistido en acompasar tal tipo de medidas con otras, de forma paralela, conducentes a aumentar la flexibilidad externa, en particular, la de salida del mercado de trabajo. Lejos de operar con mecanismos eficaces a fin de ejercer el necesario control sobre la extinción del contrato de trabajo como principal mecanismo de ajuste en la situación de crisis, se ha utilizado el doble canal de devaluación de las condiciones de trabajo: flexibilidad interna más flexibilidad externa. No resulta creíble el anuncio del pretendido “equilibrio” entre flexibilidad interna y externa que anuncia la Exp. de Motivos (II) de la Ley 3/2012, y aún menor es el balance entre flexibilidad de los empresarios para la gestión de los recursos humanos y seguridad para los trabajadores en el empleo (I).

La seguridad que debiera acompañar las medidas de flexibilidad no aparece por ninguna parte. Han quedado satisfechas las pretensiones de mayor flexibilidad externa (la reforma facilita y abarata el despido), de aumentar la interna con mayores atribuciones empresariales (la reforma introduce múltiples instrumentos para poner a disposición unilateral del empresario facultades que con anterioridad eran compartidas, porque exigían convenio colectivo o acuerdo de empresa, o bien pacto contractual con el trabajador), todo ello unido al abandono de mejores mecanismos de protección social ante periodos de inactividad y salida del mercado de trabajo con rebaja incluida de

las prestaciones por desempleo. El saldo definitivo arroja más flexibilidad interna, más flexibilidad externa y menos seguridad.

3. El contenido esencial del derecho a la conciliación de vida laboral y familiar: de la ausencia a la presencia en el trabajo

Una particularidad del derecho fundamental de conciliación radica en que sus efectos alcanzan a otros sujetos distintos de su titular, dependientes de que este actúe el ejercicio de las dos facultades que el contenido esencial de aquel derecho comporta: a) ausentarse temporalmente, ya sea de forma total o parcial, del tiempo de trabajo habitual establecido en el contrato de trabajo con el fin de atender circunstancias personales o familiares; b) garantizar la presencia en el trabajo de aquellos individuos que tienen asumidas responsabilidades familiares.

El modo en que el derecho a la conciliación está evolucionando bajo una fuerte influencia de la acción de la Unión Europea permite concluir que hay una clara orientación por reforzar el derecho a la presencia, basándose en instrumentos como la adaptación del tiempo y las condiciones de trabajo, superando así la fase inicial del derecho único a la ausencia (permisos y reducciones de jornada)⁽²²⁾. Se percibe, asimismo, un cierto interés por promover la permanencia de las mujeres en el puesto de trabajo y por reforzar el reparto de responsabilidades. De ello cabe deducir una cierta voluntad institucional de superación del concepto estricto de conciliación para aproximarse al de corresponsabilidad en su triple vertiente: familiar (reparto de responsabilidades), empresarial (matizado derecho a la adaptación de la jornada) y social (inversión pública en el cuidado de dependientes)⁽²³⁾.

El derecho a la presencia implica tres tipos de actuaciones: de un lado, requiere que se facilite la adaptación y ajuste adecuado de la jornada de trabajo a los sujetos que tienen obligaciones de cuidado; de otro, requiere la adopción de mecanismos suficientes para garantizar que no se produzcan abandonos del trabajo por razones de incompatibilidad; finalmente, demanda la adopción de medidas para evitar la aplicación preferente de extinciones por esta causa por parte del empresario. Todos estos elementos resultan necesarios para que se cumplan

(22) Un estudio amplísimo y en profundidad del alcance del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar puede verse en RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Tiempo de trabajo y conciliación de vida personal, familiar y laboral*. Tesis doctoral. Universidad de la Laguna, 2014.

(23) La Estrategia para la Igualdad entre las mujeres y los hombres 2010-2015 y la *Estrategia "Europa 2020: Una Estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador"*, contienen referencias a la conciliación y corresponsabilidad como herramienta útil encaminada a la consecución de los fines que por medio de lo dispuesto en dichos documentos Europa se propone alcanzar.

los objetivos de permanencia femenina en el mercado de trabajo establecidos en las Estrategias de la UE.

3.1. Compatibilidad horaria y derechos de conciliación: la función de la negociación colectiva

El respeto a los derechos individuales de conciliación puede robustecerse a través de la negociación colectiva. En cuanto derecho fundamental corresponde al convenio garantizar el respeto a aquellos derechos individuales de conciliación, de modo que encauce y dirija las medidas adecuadas dentro de la organización productiva empresarial para hacerlos efectivos. Bien es cierto que aspectos como la regulación de la disponibilidad horaria no pueden articularse de espaldas a la realidad de las circunstancias personales, pero el convenio está llamado a cumplir su función de garantía efectiva de los derechos fundamentales en los lugares de trabajo, contemplando una regulación que los integre de forma expresa y con medidas eficaces aseguradoras de su “efectivo ejercicio”, todo ello a fin de no exponer a los trabajadores individuales a que los derechos de conciliación queden reducidos a meras “expectativas”. En todo caso, la acción de la autonomía colectiva en la determinación de condiciones de trabajo nunca podría hacer retroceder el derecho a la conciliación de responsabilidades familiares, puesto que se configura como derecho de titularidad individual y absolutamente indisponible.

En el nuevo marco de ordenación jurídica relativa a la estructura y articulación del convenio colectivo operado por la reforma de 2012, las posibilidades de modificación de condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo se configuran en torno a los siguientes supuestos: a) sobre el tiempo, observado desde la perspectiva de la duración del contrato (suspensiones temporales); b) sobre el tiempo, considerado en función del trabajo debido en razón de la prestación (reducciones de jornada, con carácter temporal o indefinido); c) alteraciones de horario; y d) distribución de jornada. Supuestos que pueden operarse por distintos procedimientos y causas: utilizando el régimen definido por el artículo 47 LET (suspensiones temporales del contrato de trabajo y reducciones de jornada temporales), recurriendo a lo dispuesto en los preceptos contenidos en los artículos 41 y 82.3, que permitirían la modificación de condiciones pactadas en contrato de trabajo, decisión empresarial de efectos colectivos y pactos extraestatutarios en el primer caso, relativas a alteraciones de horario, y modificación del convenio colectivo sobre alteraciones de horario y distribución de jornada, en el segundo.

3.2. Alteraciones del tiempo de trabajo y derechos de conciliación: límites derivados del carácter fundamental del derecho a la conciliación

La reforma de 2012 con su objetivo de fortalecer los poderes empresariales ha contribuido a difuminar ciertos aspectos relativos a la ordenación del tiempo de trabajo, especialmente, en lo que se refiere a los que convergen con el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades familiares. En apariencia, la reforma pretende dotar al empresario de una serie de posibilidades de actuación antes objeto de delimitación en convenio o con exigencia de pacto o acuerdo con el trabajador o trabajadora, pero realmente y como se verá, la colisión de esta regulación con un derecho fundamental como el aquí analizado borrará la aparente atribución de prerrogativas al empresario, generando, por el contrario, un marco de incertidumbre al respecto, muy propicio para litigiosidad y posterior interpretación judicial.

El derecho a la conciliación, dado su carácter de derecho fundamental (SSTC 3/2007 y 24 y 26/2011), es de aplicación directa y susceptible de invocación ante los tribunales por supuestas lesiones o desconocimiento del mismo. Actúa como límite a la libertad de empresa, ámbito en el cual puede verse afectado con especial intensidad. Precisamente, en la nueva ordenación del tiempo de trabajo introducida por la Ley 3/2012, se ha generado una “expectativa falsa en el empresario”⁽²⁴⁾, pudiendo llevarle a considerar que dispone de plena autonomía para gestionar el tiempo de trabajo en beneficio de la organización empresarial sin límite alguno. Uno de ellos lo es, sin duda, las exigencias derivadas del carácter fundamental del derecho a la conciliación del trabajo con las responsabilidades familiares.

La configuración constitucional del derecho a la conciliación laboral con las responsabilidades familiares admite que el mismo emerja de manera directa derivada de la Constitución misma, pero también como su configuración legal determine, atribuyendo a sus titulares facultades y poderes específicos.

Por medio de la importante y esencial función interpretativa del TC, el derecho a la conciliación se ha construido sobre tres pilares esenciales.

Primero, su naturaleza debe ser tomada en consideración en sede judicial siempre y en todos los supuestos en que se analice la procedencia o no de las medidas de conciliación solicitadas por trabajadores y trabajadoras; por consiguiente, debe tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de las leyes (STC 26/2011), construyéndose así como derecho de proyección transversal u horizontal.

(24) BALLESTER PASTOR, M^a A., “La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo”, ob. cit., p. 55.

Segundo, el derecho a la conciliación no prevalece frente a otros derechos fundamentales, pero sí actúa como límite ante ellos, límite que viene determinado por el respeto debido a su contenido esencial (STC 26/2011), como ocurre cuando todos los derechos constitucionales entran en eventual conflicto.

Tercero, el derecho a la conciliación solo resultará prevalente respecto de otros derechos constitucionales cuando así lo disponga expresamente el legislador ordinario (STC 24/2011).

En el marco de la configuración legislativa concreta aparecen derechos de conciliación como excedencias, permisos, adaptación y reducción de jornada, y pueden producirse especificaciones por parte del convenio colectivo o por acuerdo entre trabajador o trabajadora y empresario (art. 34.8 LET). Pero no cabe duda de que la configuración constitucional de la conciliación como derecho fundamental impone la obligación de valorar las atribuciones empresariales, especialmente en el ámbito de la organización y distribución del tiempo de trabajo en relación al proceso productivo con las exigencias derivadas de la calificación constitucional máxima del derecho en cuestión para asegurar su debida validación. Tales atribuciones deben revestirse de razonabilidad en el juicio sobre su adecuación o no al respeto exigido por el contenido esencial del derecho a la conciliación.

Por ello, los derechos de conciliación establecidos en la legislación ordinaria (especialmente, la adaptación de jornada) no elevan su intensidad aplicativa por encima de su estricta literalidad (STC 24/2011). Ahora bien, en la medida en que se refieren a un derecho fundamental, exigen que su propia naturaleza, como derecho de máxima protección y tutela constitucional, sea tenida en cuenta en la resolución de litigios en sede judicial (STC 26/2011). Por consiguiente, la ordenación del tiempo de trabajo, así como la organización del mismo y distribución de la jornada revisten especiales características cuando se trata de trabajadores o trabajadoras con responsabilidades familiares, características a las que no es posible sustraerse en la determinación de la precisión y alcance de dichos derechos.

Tres son los derechos de conciliación laboral con responsabilidades familiares sobre los que la reforma de 2013 introduce algunos cambios: adaptación de la jornada de trabajo, permiso de lactancia y reducción de la jornada de trabajo.

3.3. Adaptación de la jornada de trabajo para la atención de responsabilidades familiares: la “‘extraña’ promoción”

El derecho a llevar a cabo una adaptación de la duración y distribución de la jornada contemplado en el artículo 34.8 LET, con ser un poder de titularidad

individual, está llamado a ejercitarse “en los términos que se establezcan en la negociación colectiva” o en su caso, a través del “acuerdo” a que se llegue con el empresario, respetando entonces lo previsto en aquella. La Ley 3/2012 ha incorporado en el segundo párrafo del precepto citado una nueva redacción, señalando que “se promoverá la utilización de la jornada continua, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad de la empresa”. Como puede apreciarse fácilmente, el precepto no establece ninguna obligación ni derecho respectivos; se trata de una mera declaración de intenciones, no llegando a hacer un llamamiento ni al convenio colectivo ni al contrato de trabajo, ni tampoco al empresario para que incorporen en alguna medida la promoción de la compatibilidad señalada. También se ignora si el titular de esa intención promocional puede ser algún poder público.

Por consiguiente, nada nuevo aporta la Ley 3/2012 a los derechos de conciliación relativos a la facultad de trabajadores y trabajadoras de solicitar la adaptación de la jornada al cumplimiento de responsabilidades familiares. Pervive por tanto, la regulación existente, articulando un derecho de titularidad individual que se ha de ejercitar conforme establezca el convenio colectivo de referencia, si lo hubiere. En defecto de convenio, el acuerdo establecido entre empresario y trabajador o trabajadora no estaría sometido a tales condiciones convencionales, pudiendo efectuar tal adaptación en el ámbito de la autonomía individual. No quiere ello decir que la conciliación como derecho fundamental no despliegue todo su potencial en ambos supuestos (con regulación en convenio colectivo o sin él), puesto que la adaptación de la jornada solicitada tendrá que someterse al juicio de razonabilidad de la decisión adoptada. La denegación de la adaptación debe ser justificada y con causa suficiente para evitar calificaciones de abuso de derecho o fraude de ley en la revisión judicial de aquella.

Asimismo, debe conllevar motivación, sin que esta pueda consistir en la mera alegación de “exigencias de productividad”, sino la existencia de una necesidad real en la organización del proceso productivo que impide objetivamente la compatibilidad adaptativa solicitada. La voluntad de contribuir eficazmente a que la compatibilidad se produzca podría hacerse manifiesta igualmente ofreciendo varias alternativas de adaptación ante la propuesta solicitada. La Directiva 2010/18 de permisos parentales establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que los empresarios “tomen en consideración” las solicitudes de ajuste de jornada de los trabajadores por razones de conciliación, y, sin embargo, la reforma no introduce ningún tipo de medidas para asegurar tal garantía. De no existir causa justificada y motivación

suficiente, la negativa a atender la solicitud de adaptación difícilmente podría considerarse respetuosa del derecho fundamental a la conciliación laboral con las responsabilidades familiares.

La obligación de justificación de la negativa empresarial aquí postulada responde a la obligación impuesta por la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de permisos parentales y es constatable que algunos juzgados de lo social han venido aceptando cambios de horario que exceden de lo dispuesto en el artículo 37.5 LET sobre la base de la consideración del carácter fundamental del derecho a conciliar y la inexistencia de motivación para no acceder a lo solicitado (Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona, de 10 de octubre de 2012, admitiendo reducción de jornada con cambio de horario justificado por las responsabilidades familiares sin que la empresa acreditara perjuicio alguno).

En materia de adaptación de la duración y distribución de jornada, al empresario le corresponde, al menos, la obligación de justificar y motivar la denegación de lo solicitado. Con lo cual, esa falsa apariencia del artículo 34.8 LET de inexistencia de obligaciones específicas empresariales puede convertirse en verdadera fuente de confusión jurídica.

3.4. Permiso de lactancia: titularidad indistinta del derecho a solicitarlo entre ambos progenitores sin posibilidad de reparto

La sentencia del TJUE del 30 de septiembre de 2010 en el asunto “Roca Álvarez” (Asunto C-104/09) había declarado la falta de adecuación del permiso de lactancia español configurado en el anterior artículo 37.4 LET a lo dispuesto en la Directiva 2010/18 de permisos parentales, en la medida en que otorgaba la atribución exclusiva de este permiso parental a la madre, regulación que, en opinión del Tribunal, conducía a perpetuar los roles de cuidado en relación con las mujeres, dificultando potencialmente su acceso al mercado de trabajo y situación laboral. Ha de recordarse que el Tribunal consideró que, pese a su denominación, la naturaleza del permiso no era facilitar la lactancia natural del hijo, sino atribuir un tiempo para su cuidado, sin condicionar el modo en que debía utilizarse aquel. Lo interesante de esta sentencia radica en haber estimado que no existía discriminación contra el hombre, sino contra la mujer, dado que una atribución exclusiva o preferente a la madre de un permiso parental puede ocasionar una perpetuación de roles de cuidado y, en definitiva, perjudicar la situación laboral del colectivo femenino.

La reforma de dicho precepto por la Ley 3/2012 otorga al permiso de lactancia una titularidad indistinta de los progenitores del menor, descartando la

titularidad originaria y aún la preferente de la mujer. Sin embargo, el objeto de la reforma no pasa de ahí, un cambio en la titularidad del derecho a solicitar dicho permiso, pero no ahonda lo más mínimo, como avanzaba la sentencia de referencia, en las condiciones de su ejercicio. En el asunto “Roca Álvarez” mencionado, el TJUE apuntó la necesidad de permitir el reparto de dicho permiso entre ambos progenitores, aspecto que continúa quedando prohibido en el vigente artículo 37.4 LET, en la medida en que se establece que siendo un derecho individual de hombres y mujeres, sin embargo, “solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en caso de que ambos trabajen”.

En nuestro país, en el orden contencioso administrativo ha quedado admitida la posibilidad de que el permiso de lactancia sea disfrutado conjuntamente por padre y madre, al no incidir la reforma de 2012 en relación con el artículo 37.4 LET sobre el homónimo artículo 48.1, f) del Estatuto Básico del Empleado Público, ni sobre el artículo 30.1, f) de la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública. Se ha aceptado la atribución indistinta a padre y madre, pero, y esto es lo que ahora importa señalar, se ha admitido el reparto del permiso entre ambos por no encontrarse prohibido (Sentencia Juzgado central contencioso administrativo N° 11 de Madrid [Audiencia Nacional] de 4 de abril de 2013).

Lo anterior viene a significar que los trabajadores y trabajadoras vinculados mediante contrato de trabajo son objeto de un tratamiento distinto y peyorativo en este caso, al no poder disfrutar de un reparto del tiempo correspondiente al permiso de lactancia, conclusión a la que es preciso llegar, desde luego menos respetuosa con el objetivo de la corresponsabilidad, al prohibir expresamente el reparto del mismo, lo que hace prever dificultades importantes de interpretación cuando el padre y la madre ostenten una u otra condición.

3.5. La reducción de jornada como núcleo duro de las facultades derivadas del derecho a la conciliación: el cómputo “diario”

La reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado de familiares que aparece recogido en el artículo 37.5 LET se había configurado como derecho de carácter genérico respecto de la jornada laboral establecida (en convenio o contrato de trabajo). Así ha funcionado el esquema de aplicación de las reducciones previstas hasta la entrada en vigor de la reforma de 2012, la cual ha venido a dotar de un carácter específico la jornada susceptible de reducción. La nueva redacción del artículo 37.5 LET solo la permite respecto de la “jornada diaria”, expulsando con ello del ordenamiento las reducciones que ya se venían realizando sobre la jornada en cómputo superior al diario (STSJ de Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2000, Sentencia N° 3781/2000). Es más, se había

considerado que ningún impedimento existía para admitir que los tramos temporales superiores a la jornada diaria estuvieran al margen de lo contemplado en el artículo 37.5 LET.

La ley 3/2012 se presenta como una norma que trata de dar prevalencia a criterios de productividad y competitividad empresarial en materia de conciliación sobre derechos que parece considerar de menor entidad, como la conciliación laboral con las responsabilidades familiares y, en ese sentido, huye de configurar nuevas obligaciones empresariales para hacer efectivo ese derecho. Pero es que cuando trata de efectuar ajustes en el contenido de derechos de conciliación ya existentes, intenta pulir cualquier tipo de obstáculo a la plena disponibilidad empresarial del tiempo de trabajo del trabajador o trabajadora. En consecuencia, se apresura a puntualizar que la reducción de jornada ha de quedar limitada a su cómputo “diario”.

Con la pretensión de ofrecer al empresario mayor grado de flexibilidad en la gestión del horario de trabajo, la nueva regulación entorpece y, a buen seguro, dificultará numerosas solicitudes de reducción de jornada: posibilidad de poder escoger distintos porcentajes de reducción cada día, necesidad o no de que la reducción tenga que pedirse por cada uno de los días en que la misma se pretende, exigencias de formular la solicitud con determinada antelación para garantizar la viabilidad del proceso productivo, etc.

La solución aparente del nuevo artículo 37.5 LET trata de otorgar al empresario una amplia libertad para aceptar o no la reducción solicitada en relación con cada día de trabajo y desvela un especial interés por dificultar al trabajador el recurso a esta medida. Pero esa apariencia de libertad se desvanece por las mismas razones que quedaron apuntadas en relación con la cuestión anteriormente abordada sobre la adaptación de la jornada de trabajo y el carácter de derecho fundamental de la conciliación familiar (STC 24 y 26/2007). La organización del tiempo de trabajo se articula sobre la base, por una parte, del derecho a la libertad de empresa y organización y dirección de los procesos de producción, pero por otra, teniendo en cuenta los derechos de conciliación laboral de las personas que trabajan con la responsabilidad personal de atender a sus familias, principio básico y fundamental en una sociedad culta y adulta.

La denegación de las reducciones de jornada por este motivo debe ser justificada y venir acompañada de motivo suficiente que elimine toda sospecha de lesión o desconocimiento del derecho fundamental. Hay, por otra parte, algunos pronunciamientos judiciales que han avalado reducciones de jornada en módulo superior al diario, exactamente, en cómputo semanal, precisamente sobre la base de argumentar que el empresario no justificó perjuicios ni motivó adecuadamente

su negativa (Sentencia del Juzgado de lo Social N° 11 de Madrid de 19 de septiembre de 2012).

En síntesis, lo que se propone es que toda negativa esté justificada y, en segundo término, que se deben explicitar los perjuicios que para la empresa derivarían de aceptar la propuesta de reducción formulada por el trabajador. Igualmente, ha de señalarse que las peticiones de reducción cuando se formulan en términos abusivos deben ser rechazadas, evidenciando el fraude que se pretende al hacer uso de una herramienta pensada fundamentalmente para armonizar intereses distintos y contrapuestos (Sentencia TSJ País Vasco de 15 de enero de 2013, rec 3004/2012) y admiten ser ponderadas cuando hay otras alternativas.

La concreción horaria en supuestos de reducción de jornada sigue constituyendo el aspecto más difícil de resolver en este punto. Hasta la entrada en vigor de la reforma de 2012, dicha concreción era objeto de una prioridad del trabajador o trabajadora, quien determinaba el momento de su disfrute. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 37.6 LET señala al convenio colectivo para que establezca los “criterios” bajo los que ha de producirse el disfrute de este derecho, seguramente y como ya se ha advertido, con la pretensión de otorgar mayor grado de “certeza” a la parte empresarial.

A través de esta novedad, el convenio colectivo pasa a jugar una función de equilibrio entre los derechos de conciliación y las necesidades productivas y organizativas de la empresa, según indica ahora el nuevo precepto. Se desplaza de esta manera del ámbito de la titularidad individual del trabajador o la trabajadora la facultad de la concreción horaria para hacer efectivo el permiso de lactancia y reducción de jornada. Un derecho casi pleno de los trabajadores (solo limitado en supuestos de abuso o fraude) les es arrebatado para atribuirlo a la determinación por convenio de los “criterios” que deben operar a la hora de solicitar tales permisos o reducciones, convirtiendo en derecho necesario los convencionalmente pactados, abandonando la necesaria perspectiva individual en la determinación de los tramos horarios para la dedicación a las responsabilidades familiares.

La nueva ordenación jurídica ha evitado establecer la prioridad de las necesidades productivas y organizativas sobre los derechos de conciliación, en una clara huida de fórmulas con sospechas de inconstitucionalidad implícitas, pero ha suavizado el rigor de atribuir en exclusiva al trabajador o trabajadora la concreción horaria de los derechos de conciliación en liza, por cuanto en realidad presupone que interfieren con la organización de la producción empresarial y ordena al convenio colectivo que fije “criterios”. Ahora bien, la negociación colectiva no puede erradicar la faceta individual esencial a los derechos de conciliación, de

modo que en la fijación de cuáles sean esos criterios no puede expulsar la posibilidad de conservar un margen de adecuación de los criterios a la realidad personal y familiar del trabajador o trabajadora individualmente considerados. Los horarios de los colegios, los de funcionamiento de los servicios sanitarios, la regularidad o irregularidad de servicios de transportes, etc., determinan márgenes importantes de condicionamiento de los espacios para el atendimento y cuidado de responsabilidades familiares, por lo que la esfera individual del trabajador o trabajadora no puede quedar asfixiada por los criterios del convenio colectivo, a riesgo de exponerse a regulaciones contrarias a las bases constitucionales de los derechos de conciliación. En tal sentido, la sentencia del TS de 21 de marzo de 2011 (REC 54/2010) ha manifestado que la negociación colectiva puede concretar o determinar la forma de disfrute de la reducción de jornada, pero ha de permitirse la ponderación de intereses en juego sin admitir en ningún caso limitaciones genéricas de los derechos de conciliación. Se trata, pues, de una jurisprudencia que toma en consideración y, en consecuencia, tutela la faceta individual de los derechos de conciliación. La vertiente individual de estos derechos no puede sencillamente eliminarse. La negociación colectiva está llamada a buscar cauces adecuados para su satisfacción real y efectiva, pero nunca para erradicar la importancia de las características y circunstancias personales y familiares en cuanto contenido individual de los derechos de conciliación laboral.

PROCEDENCIA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

GABRIELA LANATA FUENZALIDA

Profesora titular

Departamento de Derecho Laboral

Universidad de Concepción

Asumir la responsabilidad de hablar de daño moral y de su procedencia en la contratación laboral constituye todo un desafío. Primero, porque se trata de una institución cuya regulación y estudio ha sido abordada más profundamente por otras disciplinas, especialmente por el Derecho Civil. Y, segundo, porque se trata de un concepto de incommensurable complejidad, en el que no son pocas las dudas e imprecisiones doctrinarias, de manera tal que creo que es muy fácil que se materialice en mi exposición el temor que denunció Díez-Picazo, aludiendo a la poca coherencia que su tratamiento presenta, cuestión que atribuyó no solo a la trivialización del concepto, sino a la deformación que es consecuencia de ello, contribuyendo así a la falta de claridad del concepto, lo que habitualmente acontece cuando los conceptos jurídicos complejos caen en manos de juristas desprovistos de la necesaria experiencia⁽¹⁾.

Paradójicamente, y no obstante el tipo de conexiones que se desarrollan en el contrato de trabajo, ha existido reticencia a la hora de pronunciarse *a priori* por su procedencia en el marco del incumplimiento de obligaciones emanadas de una relación laboral. Y más paradójico resulta que el posible rechazo se deba a la verdadera facilidad conferida al trabajador a través del establecimiento de indemnizaciones

(1) Díez-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*. Thomposn Civitas, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, 2008, p. 17.

tarifadas, cuestión que ha hecho pensar en la imposibilidad de agregar a los montos determinados por el legislador sumas adicionales que, por lo demás, persiguen resarcir daños que podríamos calificar como *no visibles*.

No estamos, por tanto, frente a un tema pacífico; qué va ... si ni siquiera frente a la noción misma de daño moral, ni menos aún respecto a su origen encontramos una posición unitaria.

I. CONCEPTO DE DAÑO MORAL

Tradicionalmente se han adoptado dos visiones aparentemente antagónicas: aquella que lo entiende como el resultado de una lesión a un *derecho* extrapatrimonial frente a la que lo considera de manera más amplia como lesión a *intereses* extrapatrimoniales, tesis que emana de entender al daño como toda lesión, menoscabo o detrimento a simples intereses de la víctima⁽²⁾, entendiendo por este “todo lo que es útil, cualquier cosa, aunque no sea pecuniariamente valuable, con tal que sea un bien para el sujeto, satisfaga una necesidad, cause una felicidad y rechace un dolor”⁽³⁾. Si el interés es de naturaleza patrimonial, también lo será el daño; en caso contrario será extrapatrimonial o moral.

Sin embargo, no acaba aquí la delimitación de su concepto. Su contenido mismo ha sido fuente de importantes imprecisiones. No se tiene conciencia clara de qué es exactamente lo que pretendemos indemnizar cuando aludimos a aquel, ¿es acaso el dolor físico causado por una lesión?, ¿o lo es la pena, la angustia o aún, el insomnio?⁽⁴⁾.

En gran medida, los problemas en su resarcimiento emanan de la denominación de *moral* con que se ha aludido al dolor físico experimentado por una persona, que no constituye, por lo demás, la lesión en sí, sino la consecuencia de la misma y que nada tiene de moral.

Es por ello que, previo a analizar su aplicación en la contratación laboral, me he permitido la libertad de efectuar algunas delimitaciones.

Desde ya pareciera ser más conveniente referirnos a la institución como daño extrapatrimonial o no patrimonial, mas no como moral, pues esta última

(2) DIEZ SCHWERTER, José Luis. *El daño extrcontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 25.

(3) UHERING, citado por SANTOS CIFUENTES, “El daño moral y la persona jurídica”, en *Derecho de daños*, varios autores, Primera Parte, Cap., XVII, p. 404, Ediciones La Rocca, 1º reimpresión, Buenos Aires, 1991.

(4) BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, pp. 85-106 [2008], p. 86.

expresión no hace sino limitarlo, más aún si se ha acostumbrado a hacerla sinónima del denominado *pretium doloris*, en circunstancias que este podría considerarse como una especie de perjuicio no patrimonial, pero nunca el único. Es más, asociarlo al dolor que causa una lesión física implica excluir de toda posibilidad de resarcimiento a la víctima en aquellos casos en que está inconsciente o privada de sensibilidad. Tampoco permitiría pretender o explicar la indemnización de los perjuicios provocados por atentados al honor, a la intimidad, a la honra, en fin, a la dignidad misma de la persona, cuyas consecuencias se materializan en limitaciones, sentimientos, sensaciones, diferentes al dolor.

Por otra parte, la imprecisión en relación con el concepto de daño moral ha llevado, incluso, a pretensiones desmedidas de quienes buscan el resarcimiento de todo sentir incómodo, obviando muchas veces la simple realidad de que la vida en sociedad implica, de por sí, penas y pesares que le son consustanciales. Tendemos a olvidar que no es el dolor o el sufrimiento lo que origina la obligación de indemnizar, sino la infracción a la obligación genérica de no causar daño a otro. Por lo demás, daño y dolor no son lo mismo. El daño ocasionado por otro puede causarnos dolor, entendido como sensación, pero el dolor en sí no es requisito de la esencia del daño ni la única manifestación o consecuencia de aquel. Dolor y sufrimiento, a su vez, tampoco son lo mismo, pues perfectamente puede existir este último sin el primero.

En síntesis, entonces, nos parece más apropiada la expresión daño extrapatrimonial, en la cual englobaremos el denominado daño moral, fórmula alusiva a lesiones de intereses o bienes tales como el honor, la intimidad y la privacidad, como también al dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida⁽⁵⁾.

Díez Schwerter ha dicho que “el daño moral consiste en la lesión a los intereses extrapatrimoniales de la víctima”, y que “adoptando este criterio es perfectamente posible reparar todas las categorías o especies de perjuicios morales”⁽⁶⁾.

Será, entonces, en este marco que analizaremos los alcances de la obligación de indemnizar daños no patrimoniales en el Derecho del Trabajo.

(5) BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 231.

(6) DíEZ SCHWERTER, José Luis. Ob cit., p. 88.

II. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS NO PATRIMONIALES EN LA CONTRATACIÓN LABORAL

Para dilucidar la procedencia de la indemnización del daño no patrimonial en la contratación laboral es necesario abordar dos aspectos básicos que tienen íntima relación con la respuesta que pueda darse a la interrogante planteada.

El primero, la conciliación de la afirmación o negación con la teoría de la reparación integral del daño, y el segundo, la naturaleza misma de la relación contractual que se produce en la prestación de servicios dependientes

En relación a la primera cuestión, el argumento del derecho que le asiste a toda persona de ser reparada en integridad en los daños, que por cualquier causa le hayan sido provocados, se acostumbra a esgrimir como la llave que abre la posibilidad a la afirmación de que siempre y bajo cualquier circunstancia el daño extrapatrimonial ocasionado al contratante cumplidor le debe ser debidamente resarcido. Sin embargo, al formular tal afirmación tendemos a olvidar algunas cuestiones que son esenciales: en primer lugar, que la obligación de reparación integral del daño tiene limitantes y, la segunda, que su procedencia debe conciliarse con la imposición legislativa de tasaciones predeterminadas de ciertas indemnizaciones, cuestión de suyo común en materia laboral, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

En relación con la segunda cuestión y aunque aparezca de una obviedad, hoy parece estar claro que el empleador que contrata la prestación de servicios de una persona, de un ser humano, bajo subordinación y dependencia no solo contrae la obligación del pago de remuneraciones, sino muchas otras cuya contrapartida implica el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos a sus trabajadores.

El tema incide, entonces, en el contenido obligacional del contrato de trabajo, pero debe aclararse que no todo incumplimiento, de por sí, va a hacer nacer la obligación de reparar un daño extrapatrimonial, por la sencilla razón de que no todo incumplimiento será capaz de producirlo. Pero esta afirmación no implica aceptar la contraria, esto es, que el incumplimiento de una obligación patrimonial nunca ocasionará daño moral.

Como se observa, es indispensable considerar la naturaleza misma de los derechos y obligaciones que emanan del contrato de trabajo y, especialmente, la forma en que estos deben cumplirse o ejercerse, lo que ha llevado a formular una distinción en deberes de prestación y de conducta. Ambos constituyen obligaciones esenciales del contrato de trabajo.

Los deberes de prestación son aquellos en que se encuentra implicado un determinado accionar de los sujetos de la relación laboral, esto es, como partes de un contrato, ya sea para dar o hacer algo.

Los deberes de conducta, en cambio, son aquellos en los que se involucra un comportamiento de alguna o ambas partes en su calidad de ser humano; se refieren a la rectitud, ética y moral con que debe obrar la persona a lo largo de toda la relación laboral⁽⁷⁾. El tratamiento de estos aspectos no ha sido efectuado de manera uniforme en la doctrina. Hay quienes se refieren a la materia como *contenido ético del contrato de trabajo*⁽⁸⁾, sin enfocarlo como parte de las obligaciones contractuales emanadas de un acuerdo de voluntades y, además, es visto con un carácter más bien expositivo, limitando el análisis de las consecuencias de su infracción a su tratamiento legislativo en la regulación del contrato de trabajo, pero, aunque no siempre se indique de manera expresa, su enfoque contractual resulta innegable.

En efecto, el contrato de trabajo es un contrato bilateral del que nacen derechos y obligaciones para ambas partes, los cuales no tienen el mismo origen ni tampoco la misma naturaleza. La relación jurídica que nace del acuerdo de voluntades de trabajador y empleador es mucho más rica, va mucho más allá de la obligación de prestar servicios y de pagar por ellos una contraprestación pecuniaria determinada en el contrato, originándose, por el contrario, un cúmulo complejo de derechos y obligaciones, cada uno de ellos de importancia considerable. No es habitual que las legislaciones laborales indiquen una consecuencia específica aparejada al incumplimiento de cada una de estas obligaciones, pero no cabe duda de que va envuelta en aquel la noción de incumplimiento contractual, con todas las consecuencias que ello implica, dando nacimiento no ya a una responsabilidad civil, sino a una responsabilidad que podríamos denominar laboral, para cuya resolución se hace necesario, eso sí, la aplicación de normas contenidas en la legislación propia del Derecho Civil.

La relación laboral es una relación de poderes en la cual el empleador está dotado de ciertas prerrogativas jurídicas que hacen que el trabajador esté subordinado a las decisiones que adopte en el manejo de la empresa. Es habitual que las legislaciones laborales reconozcan estas potestades, las que constituyen verdaderas prerrogativas del empleador a las que el trabajador se halla sometido, teniendo, por cierto, como límite el respeto de sus derechos fundamentales inespecíficos.

(7) GRISOLÍA, Julio Armando y HERREZUELO, Ricardo Diego; *Derechos y Deberes en el Contrato de Trabajo*, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 2008, p. 7.

(8) A vía de ejemplo, THAYER, William y NOVOA, Patricio; *Manual de Derecho del Trabajo*. Editorial Jurídica de Chile, 2010. Tomo III.

Se pueden mencionar entre ellas la potestad de mando, cuya obligación correlativa puede verse materializada en el deber de obediencia por parte del asalariado. Se trata, en términos prácticos, de una manifestación del derecho del empleador de organizar su empresa, de decidir la forma de realizar el trabajo, la que obliga contractualmente al trabajador a prestar el servicio según las instrucciones contratadas y que conlleva, por tanto, la obligación del empleador de delimitar con exactitud y precisión la labor que se espera que este realice.

Su denominación encuentra su justificación en razones históricas y en estricta consonancia con la subordinación y dependencia, y solo así debe ser entendida. Es decir, no se trata de una obediencia irrestricta, sino restringida al marco de las pautas señaladas en el respectivo contrato, el que debe ajustarse a la normativa legal. Se traduce, de esta manera, en la obligación del trabajador de acatar las órdenes e instrucciones que dé el empleador, de acuerdo a las normas que rijan la relación jurídica. Es consecuencia, como se dijo, del derecho del empleador de organizar su empresa y consecuencia directa del principio de la ajenidad que va involucrado en toda relación laboral. Esta obligación no alcanza a la ejecución de labores extrañas o adicionales a aquellas a que se obligó el dependiente, ni tampoco a órdenes que conlleven un hecho ilícito, en cuyo caso, no estará infringiendo obligación alguna al negarse a obedecer e, incluso, podría llegarse al despido indirecto por haber infringido el empleador la obligación de obrar de buena fe que le impone el contrato.

Igualmente, puede perseguirse la indemnización de los daños causados al trabajador durante la ejecución del contrato de trabajo, tema de mayor dificultad práctica, ya que implicará una ruptura en el buen ambiente laboral.

El contrato le exige al trabajador, asimismo, un verdadero deber de diligencia y colaboración. No constituye en sí una obligación como tal, sino la forma en que deben cumplirse todas y cada una de las obligaciones contraídas en el marco del contrato de trabajo. Se trata de desarrollar sus funciones con eficiencia e interés, y su cumplimiento quedará entregado a la decisión judicial. La diligencia exigida debe ser aquella que, atendidas las circunstancias particulares en que se desarrolla el trabajo así como personales del trabajador, debe ser tomada en consideración. La aceptación del deber de colaboración descansa, precisamente, en el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo y siempre atendiendo a ciertas circunstancias que así lo justifican, ya sea, por ejemplo, por requerirse con urgencia la realización de trabajo extraordinario o, incluso, la variación misma de las condiciones pactadas, como ocurre en la institución denominada *ius variandi*. Esta importante posibilidad de alteración a la ley del contrato llega a hacer legítima la facultad de ponerle término a la relación laboral por incumplimiento de obligaciones contractuales no constituidas por la infracción de un deber de prestación

determinado previamente en el mismo, sino por la oposición del trabajador al deber de colaboración.

Se agrega a lo dicho el denominado deber de fidelidad, verdadera obligación contractual que emana del carácter *intuitu personae* que reviste el contrato de trabajo en relación con el trabajador. El empleador deposita su confianza en él y, como contrapartida, está obligado a cumplir sus obligaciones de buena fe, absteniéndose de ciertas conductas dañosas para él, como divulgar secretos, aceptar retribuciones de terceros para gestiones a su favor o abocarse, para beneficio propio, al desarrollo de labores similares a aquellas para las cuales ha sido contratado por el empleador.

Ligado con este deber se encuentra el deber de lealtad, que tiende a mirarse del punto de vista de la empresa en su conjunto. Si la conducta del trabajador llega a extremos que ponen en juego ese deber de lealtad, podría constituir un incumplimiento contractual susceptible de ser sancionado. Se trata, en última instancia, de un tema de buena fe, de la actitud de lealtad entre los hombres de honor, lo cual escapa a la sola apreciación ética, constituyéndose en un indudable deber impuesto por la ley y que tiene un significado patrimonial importante, pues su fin último es proteger el interés económico del empresario.

En síntesis, la materialización de cualquiera de estos deberes que, al fin y al cabo se traducen en obligaciones contractuales concretas, pueden llevar a lesiones a la personalidad del trabajador. En efecto, la diligencia, el esmero y dedicación son calificativos todos que de por sí admiten la posibilidad de extralimitaciones por parte del empleador, lo que lleva a que, a lo menos en principio, el trabajador pueda negarse a ejecutar labores en condiciones que atenten contra su vida, su salud o impliquen una vulneración a su intimidad, a su honra o, en general, puedan constituir un atentado a su dignidad como persona, lo que se traduce en el derecho a desobedecer⁽⁹⁾. Sin embargo, no estamos en esta ocasión en esa posición, sino en aquella en la que el trabajador no está en condiciones de desobedecer o, simplemente, ni siquiera se alcanza a percatar de su posición hasta que ya los límites se han visto sobrepasados, afectándose alguno de los valores indicados, cuyo respeto, de la forma en que se viene diciendo, constituyen obligaciones para el empleador y, consecuentemente, derechos subjetivos para el trabajador.

En materia civil se habla, en general, de lesiones a la personalidad como

(9) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, vigesimoprimera edición, 2013, p. 653.

contrapartida al derecho que tiene toda persona al respeto y protección de ciertos atributos que la configuran y que se materializan, principalmente, en su honra y en su privacidad, aun cuando su fundamento último encuentra normalmente amparo constitucional en la protección genérica de la dignidad de la persona, que exige respetar una verdadera pretensión social de cada cual e implican la existencia de un deber general de no causar daño a esa dignidad de nuestros semejantes.

Ahora bien, es evidente que las relaciones que subyacen en la contratación laboral pueden proporcionar un ambiente propicio para la vulneración de esos verdaderos bienes inalienables de la persona humana, cuestión que se ve agravada porque, generalmente, serán consecuencia de la infracción a una obligación contractual del empleador.

Este vínculo contractual origina una relación de comunidad jurídico-personal que no solo traduce sus efectos en un intercambio de trabajo o servicios por remuneraciones, sino que también en el establecimiento de vínculos de orden moral y espiritual entre los sujetos de la relación laboral. Este contenido obligacional de carácter ético tiene por fundamento el hecho de que la relación que se origina en el contrato de trabajo presenta una profunda naturaleza personal, ya que en ella se concretiza una vinculación de seres humanos, circunstancia que exige la observancia cuidadosa de determinados valores.

Desde el punto de vista jurídico, el fundamento legal de los deberes ético-morales se encuentra en el principio reconocido en las legislaciones civiles, que establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella. Entre las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación se encuentran los factores morales o éticos, en cuya virtud las partes contratantes se ven obligadas a mantener, durante toda la vigencia de la relación de trabajo, el comportamiento que aquellas les imponen, y que comprenden deberes de conducta individuales que afectan a cada sujeto según la naturaleza del contrato de que se trate, como también deberes recíprocos, tales como la lealtad y respeto mutuo, lo que implica que el trabajador, además de la obligación de prestar personalmente los servicios, debe observar ciertos deberes éticos como el deber de fidelidad o lealtad, el deber de diligencia y rendimiento y otros⁽¹⁰⁾.

Diversas son las manifestaciones de este contenido ético-jurídico del contrato

(10) Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, rol 30-2009.

de trabajo y pueden catalogarse como deberes del trabajador y de empleador, los cuales constituyen obligaciones emanadas del contrato de trabajo y, por ende, explican la existencia de obligaciones correlativas para las partes. Su infracción acarrea responsabilidad de carácter contractual.

El empleador no escapa a su obligación frente a este tipo de deberes. Le asiste un deber general de protección, el que surge de la relación comunitaria a que da lugar el contrato de trabajo, este deber abarca tanto a la persona del trabajador como también a las cosas de su propiedad que introduce en la empresa por su trabajo, como ropa, herramientas, vehículos propios, etc. Desde el punto de vista ético de la relación laboral, el deber de protección se puede considerar como la contrapartida de los deberes de obediencia y fidelidad del trabajador.

El derecho a la salud y seguridad en el trabajo constituye un verdadero derecho subjetivo para el trabajador, que surge también del contrato de trabajo, es decir, el trabajador tiene un crédito respecto de su empleador, que lo habilita para exigir su cumplimiento a través del requerimiento de la adopción de medidas concretas destinadas a que el trabajo que realice lo sea en las condiciones más seguras posibles. Se configura, entonces, como un verdadero límite a los poderes y facultades de administración del empresario. Queda en evidencia, en este sentido, que se trata de un derecho de interés estrictamente privado del trabajador, en el entendido de que es su propia seguridad la que se persigue, sin que ello obste a los intereses públicos que puedan estar comprometidos.

Los derechos emanados de este deber general de protección se materializan en diversas obligaciones concretas que, como tales, constituyen derechos subjetivos al trabajador. Entre estos se encuentran la obligación general de seguridad, ya aludida, el denominado “derecho a saber” y el auxilio en casos de emergencia, por nombrar algunos.

La fuente contractual de estas verdaderas obligaciones implica que su incumplimiento por parte del empleador confiere al trabajador todas las posibilidades que conllevan las infracciones contractuales.

Pero no solo estas obligaciones del empleador responden a los deberes del trabajador. Además, le asiste la obligación de darle ocupación efectiva y adecuada, esto es, que correspondan a la labor convenida, sin que pueda impedirle al trabajador prestar sus servicios. Si el empleador se negare a dar esta ocupación o esta no correspondiere a la convenida en el contrato, el trabajador tiene derecho a reclamar por tal actitud, ya que una de las partes está impidiendo que la otra cumpla con su prestación. Pero, además, tiene derecho a recibir una suma similar al salario que le hubiese correspondido si el empleador le hubiere significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación del empleador.

Jurídicamente, este pago que debe hacer el empleador al trabajador corresponde a una indemnización reparatoria del perjuicio causado al no permitirle obtener la remuneración pactada. Pero con ello mal podríamos entender que necesariamente puede verse resarcido de todo el daño que tal situación le ha provocado. Recordemos que el trabajador a través de su prestación satisface una necesidad básica. Su tarea adquiere un sentido objetivo que es la producción de un bien o servicio, pero también un sentido subjetivo que se refiere a su propia realización. Este último aspecto es de fundamental importancia para el ser humano. Su incumplimiento ha sido la base del desarrollo de la doctrina del acoso laboral o *mobbing*.

Como es de fácil constatación, en el incumplimiento de estos deberes por parte del empleador no solo se podrá ocasionar un daño patrimonial al trabajador pues, qué duda cabe, afecta además los derechos inherentes a su propia personalidad.

Retomando la idea con que di inicio a esta exposición, resulta llamativa o paradójica la existencia de tantas dificultades a la hora de admitir el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales en la órbita contractual laboral, en circunstancias que normalmente en materia contractual civil los daños que se ocasionarán serán principalmente materiales o patrimoniales y solo por excepción morales. Por el contrario, en el campo contractual laboral, dadas las especificidades de las relaciones que se originan, lamentablemente, el daño moral puede no resultar tan excepcional. Es más, en alguna época pareciera haberse pensado que ello constituía una consecuencia casi natural de la posición en que se ubica el empleador respecto del trabajador, en particular, como resultado del elemento tipificante de la misma materializado en la subordinación y dependencia como factor básico de imputación del Derecho del Trabajo.

En síntesis, lo que se acepta de manera más general es la lesión patrimonial fruto del incumplimiento de algunas de las obligaciones de los deberes de prestación y que pueden acontecer durante el desarrollo o, aun, al término mismo de la relación laboral. Ciertamente es que también es factible que ese mismo incumplimiento patrimonial provoque una lesión extrapatrimonial, pero de manera más bien indirecta, lo que no implica necesariamente una conducta agravada de parte del empleador.

El problema radica, más bien, en aquellas situaciones en que se produce un daño o perjuicio no patrimonial producto de la lesión de un interés o de un derecho que tampoco lo es, cuestión muy factible en el desarrollo de la relación laboral,

(aspectos que ya pueden haber sido tratados en las conferencias precedentes), y que incide especialmente en lo que dice relación con los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador.

La doctrina se ha explayado en exponer las dificultades que su aceptación presenta, cuestión que bajo ninguna circunstancia puede llevarnos a pensar que se trataría, simplemente, de un daño no resarcible, pero que también exige una preocupación específica de su configuración en la contratación laboral, pues implica que la víctima, que normalmente será un trabajador, conozca con exactitud qué daños pueden serle resarcidos, bajo qué condiciones y cómo perseguir ese resarcimiento. Pero no solo ello, sino también marca una verdadera pauta a la conducta que se espera del causante del daño, es decir, para poder exigirle la prevención razonable de las consecuencias de sus actos.

No ha producido mayor reticencia la procedencia de la indemnización del daño moral en aquellos casos en que se le ha provocado dolor corporal, angustia o congoja psicológica por causa del desarrollo de un trabajo y más específicamente como resultado de un accidente del trabajo o de una enfermedad profesional: el llamado *pretium doloris*, que es al que comúnmente se ha aludido como daño moral, en circunstancias que allí no se está exactamente en presencia de un daño moral, aun cuando no se trata tampoco de un perjuicio patrimonial. En estricto rigor, los daños morales son aquellos que provienen de las lesiones a bienes de la personalidad, es decir, al fuero interno, a la dignidad misma de la persona⁽¹¹⁾.

Pero sea como sea que se le llame, lo cierto es que, en general, se está haciendo referencia a todo daño que no es material y su principal dificultad es que, al no tratarse de bienes materiales, toda estimación pecuniaria que se haga para su resarcimiento genera sospechas de arbitrariedad. Ello explica que históricamente se haya considerado, incluso, repugnante la idea de poner al mismo nivel la indemnización de los perjuicios materiales sobre aquellos que afectan intereses que pueden ser considerados de naturaleza superior, que no están en el mercado y, por ende, carecen de valor pecuniario.

Llama la atención, sin embargo, que esta realidad haya sido superada en cierta forma, en general, tratándose de contratos de naturaleza patrimonial, y tanta reticencia haya tenido su aceptación en la contratación laboral.

(11) BARROS BOURIE, Enrique. Ob. cit. p. 230.

Y me permito leer una cita de un autor chileno: “Si se llega a concluir que es imposible obtener reparaciones compensatorias, tendríamos que entender que el sistema chileno de reparación de daños es de los más absurdos, ya que habría un solo contrato, cuyo incumplimiento por alguna de las partes al terminarlo sin justificación, no genera un deber de reparación integral, a diferencia de todos los demás de derecho común y aún de índole puramente patrimonial. En efecto, en estos, el principio de reparación integral solo sufre limitaciones dispuestas por el contenido del contrato, (...) pero no ocurriría otro tanto en materia de contrato de trabajo, aunque se trate de una relación jurídica referida más estrechamente a la persona y a su derecho a trabajar. Sería entonces más grave, a efectos reparatorios, incumplir una compraventa o una hipoteca, que un contrato de trabajo, generándose así un sistema a todas luces absurdo y de difícil justificación constitucional”⁽¹²⁾.

III. LAS DIFICULTADES PARA ACEPTAR LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES PRODUCIDOS EN EL MARCO DE LA CONTRATACIÓN LABORAL

Como ya se ha indicado, los reparos parecen centrarse en la existencia de indemnizaciones tarifadas, las que habitualmente están establecidas para aquellos casos de despidos indebidos o injustificados. Sin embargo, los daños extrapatrimoniales al trabajador pueden ocasionarse en diversos estados de la relación laboral y por diversas causas.

Si bien no son muchas las causas judiciales en las cuales se persigue el resarcimiento por este tipo de daños estando vigente la relación laboral, en aquellas en que ello así ha sido no se ha visto mayor obstáculo para imponer la indemnización por daño moral demandada.

Los problemas se han presentado al término del contrato. No se quiere significar con ello que las infracciones lesivas de intereses no patrimoniales no existan en el desarrollo de la relación laboral, por el contrario, lo que parece ocurrir es que en nuestras realidades aún no existen las suficientes garantías para que el trabajador busque el resarcimiento de sus perjuicios sin temor a perder su puesto de trabajo.

Pero volvamos a la situación de la terminación del contrato de trabajo. El contrato de trabajo se celebra para durar; lo natural sería que concluyera cuando el trabajador se acoja a jubilación, pero pueden acontecer ciertas circunstancias que provoquen su conclusión antes de ello. En nuestros países en realidad el

(12) DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “El daño ocasionado al trabajador por un despido declarado ilegal”. En *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 1, año 1999, Universidad de Los Andes, Santiago, Chile. p. 19-33.

empleador siempre puede adoptar la decisión de poner término al contrato, aunque deba invocar algún motivo o causal legal para ello. Es habitual que las legislaciones establezcan la obligatoriedad del pago de ciertas cantidades de dinero que denominan indemnización para el caso en que la causal invocada, a la postre, no resulte acreditada. La naturaleza jurídica de esta indemnización no es un tema pacífico y es un punto de no poca importancia, pues su determinación tiene relación directa con la posición que se pueda adoptar en orden a la procedencia adicional, por cierto, del resarcimiento de los daños no patrimoniales que pueda haber experimentado el trabajador. En otras palabras, la pregunta que nos hacemos es si una indemnización de esa naturaleza puede incluir el daño extrapatrimonial causado, eventualmente, por el acto del despido, circunstancia esta última que es la que hace nacer la posibilidad de la acreencia de la indemnización tarifada. La respuesta pasa por determinar previamente ¿qué es lo que indemniza la denominada indemnización por años de servicios? E incluso ¿es realmente una indemnización?

La doctrina, a través de los años, ha tratado de determinar su naturaleza jurídica procurando diversas explicaciones: para algunos se trata, simplemente, de un pago de remuneraciones diferidas, concepto propio de aquellos sistemas en que se estructura bajo la forma de una indemnización a todo evento; para otros es un premio a la antigüedad⁽¹³⁾, a la fidelidad del trabajador, lo que se condice con la existencia de periodos de habilitación para la procedencia de la prestación; hay quienes piensan que se trata de una verdadera participación en el crecimiento de la empresa, esto es, el reconocimiento al aporte que ha efectuado el trabajador, explicación que no da respuesta a aquellos casos en que es procedente su pago con verdadera independencia al mayor o menor éxito económico de la empresa⁽¹⁴⁾. No han faltado quienes la han considerado como una prestación que forma parte de la protección social conferida por la seguridad social, posición que parece confundir lo que constituye el seguro social de desempleo con la indemnización que una parte debe pagar a la otra con motivo de haber puesto término indebidamente o sin causa al contrato que los unía. Y, más aún, hay quienes derechamente la califican como una sanción al empleador incumplidor.

(13) En este sentido, ROJAS MIÑO, Irene. “La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* Nº 41 Valparaíso dic. 2013, p. 115. Asimismo, GRISOLÍA, Julio Armando. En *Régimen Indemnizatorio del Contrato de Trabajo. Distintas formas de extinción*. Tercera Edición, Rosario, Argentina, 2005, p. 258.

(14) ROMÁN DÍAZ, Fernando. *La indemnización por años de servicios. Algunas reflexiones en torno a este verdadero dilema*. Ponencia presentada en las Terceras Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebradas entre los días 9 y 11 de diciembre de 1984, en Valparaíso, Chile. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/126/117> Consultado en 10 de mayo de 2015.

Explicaciones pueden haber muchas, pero nos inclinaremos por una: cierto es que el empleador no se compromete a mantener al trabajador hasta su jubilación, pero, estando basada esta relación contractual en un principio de continuidad, si este decide ponerle término de manera anticipada, sin que se haya configurado una causal legal para ello, debe pagar la indemnización normalmente tarifada que determina el legislador, la que no hace sino resarcir los posibles perjuicios que pueda sufrir el trabajador por los daños que le provoca la terminación anticipada de una relación contractual de la cual no es culpable⁽¹⁵⁾.

Debe tenerse presente que, normalmente o por lo general, frente a un despido injustificado el trabajador goza de la posibilidad legal de ser reincorporado a su puesto de trabajo o de ser indemnizado en el caso de no desear la reincorporación.

Si analizamos el tema del punto de vista de la teoría contractual, podemos afirmar que ha sido la ley la que ha impuesto a los cocontratantes ciertas obligaciones que pasan a generar el respectivo derecho subjetivo correlativo. En concreto, han sido los sistemas legislativos laborales los que han contemplado el derecho del trabajador de mantenerse en su empleo y, por ende, la obligación del empleador de no ponerle término al contrato, salvo en aquellos casos que la propia ley prevé. Ahora bien, cuando uno de los contratantes incumple una obligación, el otro contratante puede pedir, a su arbitrio, el cumplimiento forzado de la obligación, la resolución del contrato y, en ambos casos, la indemnización de perjuicios.

Como vemos, tratándose de la situación especial del contrato de trabajo, habiendo quedado acreditado que el trabajador fue despedido sin justa causa y, por ende, el empleador ha infringido su obligación legal de permanencia de la relación laboral, el trabajador, como contratante cumplidor, tiene derecho a la opción indicada. Ello lleva a concluir que la correctamente llamada indemnización pagadera por causa del despido injustificado es, precisamente y ni más ni menos que eso: una indemnización que intenta resarcir los daños que se le provocan por el incumplimiento en que ha incurrido. La pregunta que queda aún sin respuesta es qué daños son esos.

Debe recordarse que nuestros sistemas de regulación laboral no contienen una teoría general de responsabilidad, resultando aplicables las normas contenidas en la normativa civil en lo no modificado por el Derecho Laboral, sin que ello signifique, eso sí, la duplicidad de indemnizaciones, es decir, pretender que un mismo daño sea indemnizado dos veces.

(15) Ya desde antaño el insigne tratadista Mario de la Cueva, sostenía que las normas que establecen indemnizaciones frente al despido buscan evitar “los daños que sufren los obreros al quedar separados de sus empleos”. DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa. México, 1967, p. 848.

En el marco civil tradicionalmente el daño se divide en patrimonial y extrapatrimonial; el primero, a su vez, se acostumbra a subclasificarlo en daño emergente y lucro cesante. Quien provoca el daño, cumpliéndose los requisitos generales de la responsabilidad contractual, debe indemnizarlos.

Por otra parte, la obligación de resarcimiento o reparación del daño puede cumplirse de diferentes maneras: específica o *in natura*, que implica el cumplimiento mismo de la obligación (o su cumplimiento forzado) o por equivalencia, que se traduce concretamente en el pago de una indemnización, que procederá en aquellos casos en que no es factible la forma de reparación anterior, sea por tratarse de daños que son materialmente irreparables, como ocurre en el caso de los daños no patrimoniales, sea porque se opone a ello un impedimento legal⁽¹⁶⁾ o porque ha sido el propio legislador quien ha conferido un derecho a opción a la víctima entre el cumplimiento *in natura* y el cumplimiento por equivalencia.

En todo caso, el principio básico en la materia es la reparación integral del daño, es decir, de no poder cumplirse la obligación *in natura* procede la indemnización de todo el daño causado.

Recordemos que, tratándose de un despido calificado de improcedente, algunas legislaciones contemplan la reincorporación del trabajador a sus funciones, procediendo el pago de sumas equivalentes a sus remuneraciones correspondientes al periodo en que estuvo separado indebidamente de ellas. En caso de optar por no ser reincorporado, la legislación suele considerar el pago de una indemnización cuyo monto predetermina, normalmente, considerando las últimas remuneraciones percibidas y la antigüedad del trabajador en la empresa.

Ahora bien, es factible entender a la indemnización por despido regulada y tasada en la legislación laboral como una forma de indemnización por equivalencia, pues no hace sino sustituir el reintegro del trabajador a sus funciones. Se trata, entonces, de una forma de indemnización del daño material causado por un incumplimiento contractual de un contratante a otro.

Según lo indicado, no parece poder entenderse comprendido en las sumas predeterminadas por el legislador el resarcimiento del eventual daño extrapatrimonial que se pueda haber ocasionado al trabajador no con el acto del despido en sí, sino con ciertas circunstancias que pueden haberlo rodeado y que le han producido precisamente un daño no material al trabajador.

(16) TAPIA SUÁREZ, Orlando; *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, 2º ed. Santiago, Editorial LexisNexis, 2006, p. 274.

Debe dejarse en claro, eso sí, que no todo despido declarado improcedente o fuera del marco legal implicará necesariamente lesiones no patrimoniales al trabajador; es decir, no todo despido, por muy arbitrario que sea conllevará como consecuencia necesaria lesiones a la personalidad del trabajador, por lo que, aun cuando sea declarado injustificado el despido, los daños pueden quedar suficientemente resarcidos con el pago de las indemnizaciones tasadas o predeterminadas por el legislador.

Para que se produzca la obligación de resarcir los daños no patrimoniales al trabajador (porque, insisto, estoy de acuerdo en que estos siempre deben ser resarcidos; la pregunta es si lo son suficiente y únicamente con las indemnizaciones tarifadas que contempla el legislador) debe haberse producido una lesión a su personalidad misma, expresión que alude a los aspectos más íntimos, más estrechamente vinculados a su esfera personal más íntima y que en términos prácticos se pueden materializar en los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador, los que, como ya se adelantó, están más expuestos a verse vulnerados en la relación laboral que en otras relaciones contractuales.

Destacan en este sentido el derecho a la privacidad y, especialmente tratándose del término del contrato de trabajo, de la honra del trabajador los que pueden ser descompuestos en diversos intereses protegidos, cuya lesión puede derivar en verdaderos ilícitos civiles determinados en el marco de la lógica normativa del Derecho Privado. Sin embargo, la orientación constitucional que ampara estos derechos presenta un matiz diferente, al determinar más que la idea de no causar daño a un semejante, la de establecer el sustento mismo de la vida en sociedad.

Pero el análisis no termina aquí. Frente a estas dos orientaciones, la del Derecho Privado y la del Derecho Constitucional, se presenta la del Derecho Laboral, disciplina nacida precisamente para el amparo del ser humano que se ve en la necesidad de entregar su esfuerzo vital en el desarrollo de la actividad empresarial de un tercero, el que, por lo demás, es incapaz de asumirla sin la cooperación de aquel. La exigencia de subordinación y dependencia como factor de imputación de la normativa laboral ha generado un ambiente propicio para la vulneración o lesión de estos intereses no patrimoniales, incluso muchas veces sin clara conciencia en los involucrados de la realidad de lo que está aconteciendo. En otras palabras, se trata de una disciplina que, habiendo nacido para la protección de la parte más débil, puede llegar a generar oportunidades o instancias que lleven a abusos que, por mucho tiempo, parecen haberse considerado como parte necesaria o justificada de las relaciones contractuales laborales. Tuvo que desarrollarse toda una verdadera doctrina tendiente a hacer presente que el trabajador no por ingresar a prestar servicios en una organización empresarial deja de ser persona o, lo

que es lo mismo, que goza de todos y cada uno de los atributos de la personalidad del ser humano y que el respeto de sus derechos fundamentales inespecíficos constituyen el límite inamovible al poder de mando del empleador. Ello le confiere un prisma especial a nuestra disciplina: el respeto de los intereses que emanan de los derechos reconocidos a toda persona por las normas constitucionales no se traducen solo en el resarcimiento de los daños que un contratante ocasione a otro, sino que reviste mayor gravedad aun, porque ha sido el propio ordenamiento jurídico el que ha propiciado la posibilidad de vulneración de esos derechos reconocidos constitucionalmente, en circunstancias que lo querido es precisamente una mejor protección que la que pudiera haberle proporcionado la normativa propia del Derecho Civil. El Derecho del Trabajo no puede conformarse con el solo resarcimiento de los daños causados, sino que debe generar las fórmulas para evitar que lleguen siquiera a producirse.

Así entonces, y si partimos de las premisas indicadas, ninguna norma laboral puede llegar a interpretarse como una verdadera licencia conferida al empleador para provocar daño al trabajador, conclusión a la que podría llegarse de entender que en la indemnización tasada por el legislador se comprenden, además de los perjuicios patrimoniales, el daño moral que se le pueda ocasionar. Sería como aceptar que el legislador hubiera contemplado una excepción a la prohibición de condonación del dolo futuro.

Retomando, el daño extrapatrimonial se va producir, normalmente, cuando se afecta algún derecho fundamental inespecífico del trabajador, y aceptar que las indemnizaciones tarifadas constituyen una sanción a ello implicaría sostener que la lesión a los derechos fundamentales de una persona tiene menor valor en cuanto menor sea su remuneración, referencia utilizada por el legislador para la determinación de su monto.

Por otra parte, la responsabilidad contractual implica siempre la violación de una obligación preestablecida; busca, entonces, sancionar un incumplimiento⁽¹⁷⁾, pero ese incumplimiento se sanciona a través de la indemnización de los daños y perjuicios que se impone al infractor⁽¹⁸⁾. En materia laboral, la infracción resulta

(17) TAPIA SUÁREZ, Orlando; De la Responsabilidad Civil en General y de la responsabilidad delictual entre los contratantes, 2º ed. Santiago, Editorial LexisNexis, 2006, p. 443.

(18) En este mismo sentido, Pablo Rodríguez, para quien, cuando dos sujetos están ligados por un contrato existe una conducta “programada”; si no se realiza, su consecuencia es que deberá compensar a la persona afectada en sus bienes o intereses, es decir, se genera una conducta de reemplazo destinada a substituir el incumplimiento contractual, que tiende a restaurar el orden “programado” por la ley o el contrato de manera que logren, por medio equivalente, los mismos objetivos expresados en el respectivo instrumento. “De allí que hayamos definido la sanción como el efecto que se sigue del incumplimiento y que consiste en la realización por medios coercitivos, de una conducta de reemplazo que tiene por

más grave aún. No debemos olvidar que lo que aquí ha ocurrido es una seria infracción a las obligaciones que emanan de una relación jurídica entre dos partes, con todas las particularidades que le confiere el hecho de que una de ellas está en una situación más débil que la otra. Ello lleva a que las obligaciones del que está en mejor posición no sean solamente de carácter pecuniario, sino que presenten una innegable trascendencia aquellas de hacer e, incluso, de no hacer, que subyacen en el respeto a los derechos fundamentales del trabajador. Si se ha producido un despido abusivo, sin duda una o más de esas obligaciones se ha visto infringida. En otras palabras, nos encontramos ante un contratante incumplidor. En esta situación, la ley le ha conferido al cumplidor ciertos derechos frente a aquel, es decir, frente a la lesión de su crédito.

El primero de ellos es la ejecución forzosa, que parece imposible de tener aplicación en este caso, pues podría obligarse al empleador a no continuar con su conducta abusiva, pero la lesión ya se produjo, por mucho que se pueda lograr aminorar sus efectos; es decir, no se puede volver atrás.

Otra posibilidad en la que se puede pensar es en la resolución del contrato, la que también resulta improcedente, pues la situación en estudio consiste precisamente en la existencia de un despido en las condiciones ya analizadas. Nos queda, entonces, la indemnización de perjuicios, y así acostumbramos a calificar toda suma de dinero que se pague en estas circunstancias, ya sea que la determinen las partes, el juez o la fije el legislador.

Pero estas sumas a pagar no persiguen todas el mismo objetivo, aun cuando en nuestro sistema se acostumbra a diferenciar solamente en indemnización compensatoria y moratoria. La que nos interesa es la primera, esto es, aquella cuyo objetivo es precisamente compensar al acreedor los perjuicios que ha experimentado como consecuencia del incumplimiento total o parcial de la obligación, siendo ello imputable al deudor. Según las posiciones que parecen imperar en nuestro país, lo que ocurre en la indemnización compensatoria es que la obligación subsiste, pero varía de objeto, es decir, la prestación a la que el deudor se había comprometido es sustituida por la indemnización de perjuicios⁽¹⁹⁾. Pero pareciera que en realidad no se trata aquí de la subsistencia de ninguna obligación, sino

objeto restaurar el orden social quebrantado”. La responsabilidad es, en sentido amplio, una sanción, puesto que sustituye por medio de la fuerza la conducta que se quebrantó y que debía desplegarse por mandato legal o contractual. Por lo mismo, es un medio alternativo para la consecución de los objetivos que se procuraba legítimamente obtener, esto es, la satisfacción de los intereses que era lícito alcanzar. Concluye que están representados por la prestación y que el acreedor, por lo mismo, no puede aspirar a recuperar por esta vía otros beneficios que no sean estos. En RODRÍGUEZ GREZ, Pablo; *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 328-329.

(19) TAPIA SUÁREZ, O. Ob. cit. p. 112.

del nacimiento de una nueva⁽²⁰⁾, es decir, esta forma de cumplimiento, si bien implica no cumplir la obligación en naturaleza, persigue satisfacer más bien el interés de prestación del acreedor y no tiene una finalidad resarcitoria como sí la tiene la indemnización. En otras palabras, si bien pudieran confundirse en cuanto a su materialización, en el cumplimiento por equivalencia no se está, en realidad, indemnizando el daño, sino satisfaciendo el derecho subjetivo que el contratante tuvo en vista al contratar.

Pero sea como sea que le llamemos o la teoría que sigamos, lo que queda claramente establecido es que en este tipo de pago a que se obliga al deudor no es el daño moral el que se está indemnizando.

Volviendo a lo nuestro, específicamente a la situación del despido abusivo, debemos tener en consideración que se está frente a una decisión que el empleador adopta estando de mala fe y ocultando las verdaderas motivaciones del mismo, con el fin de eludir el pago de las indemnizaciones.

CONCLUSIÓN

Entender que en la indemnización tarifada se incluye la indemnización al daño moral ocasionado al trabajador implicaría aceptar que el legislador haya instaurado una importante excepción tratándose del contrato de trabajo, al legitimar que, en este caso, el contratante afectado no goce del derecho de ver indemnizado todo daño por parte de su cocontratante incumplidor.

El sistema de regulación tarifada establecido por el legislador nunca podrá ser entendido ni aplicado como un sistema que perjudique al trabajador frente a la situación de cualquier otro contratante, por el contrario, se trata de facilitarle las cosas evitándole la carga que le significaría tener que probar determinados presupuestos que las fundamentarían, pero nunca establecer una excepción al principio legal y constitucional de reparación integral del daño.

(20) LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Editorial Trivium, Madrid, 1999, p. 270.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, pp. 85-106 [2008]

BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2006.

DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. Editorial Porrúa México, 1967.

DÍEZ SCHWERTER, José Luis. *El daño extrcontractual. Jurisprudencia y doctrina*. Editorial Jurídica de Chile, 1997.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *El escándalo del daño moral*. Thompson Civitas, Cuadernos Civitas, Editorial Aranzadi, 2008.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón. “El daño ocasionado al trabajador por un despido declarado ilegal”. En *Cuadernos de Extensión Jurídica* N° 1, año 1999, Universidad de Los Andes, Santiago, Chile.

GRISOLÍA, Julio Armando y HERREZUELO, Ricardo Diego; *Derechos y Deberes en el Contrato de Trabajo*, Buenos Aires, Editorial AbeledoPerrot, 2008.

GRISOLÍA, Julio Armando. En *Régimen Indemnizatorio del Contrato de Trabajo. Distintas formas de extinción*. Tercera Edición, Rosario, Argentina, 2005.

LLAMAS POMBO, Eugenio. *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*. Editorial Trivium, Madrid, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, vigesimoprimera edición, 2013.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo; *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

ROJAS MIÑO, Irene. “La naturaleza jurídica de la indemnización por término de contrato de trabajo en el ordenamiento laboral chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 41 Valparaíso dic. 2013.

ROMÁN DÍAZ, Fernando. *La indemnización por años de servicios. Algunas reflexiones en torno a este verdadero dilema*. Ponencia presentada en las Terceras Jornadas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebradas entre los días 9 y 11 de diciembre de 1984, en Valparaíso, Chile. Disponible en <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/126/117>>.

TAPIA SUÁREZ, Orlando; *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, 2° ed. Santiago, Editorial LexisNexis, 2006.

THAYER, William y NOVOA, Patricio; *Manual de Derecho del Trabajo*. Editorial Jurídica de Chile, 2010. Tomo III.

UHERING, citado por SANTOS CIFUENTES, “El daño moral y la persona jurídica”, en *Derecho de daños*, varios autores, Primera Parte, Cap., XVII, p. 404, Ediciones La Rocca, 1º reimpresión, Buenos Aires, 1991.



