Laborem

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

Nº 3

Año 2003

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es una asociación civil de carácter ciéntifico. Fue fundada el 11 de agosto de 1988 y se encuentra afiliada a la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, con sede en Ginebra.

Laborem

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

3

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - 2003

LABOREM

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

Cuidado de la edición: Guillermo Boza Pró y Magaly Traverso Zegarra

Diagramación y diseño de carátula: Juan Carlos García Miguel ☎ 226-1568

Tirada: 500 ejemplares. Primera edición.

Impresión: ali arte gráfico publicaciones srl.
Américo Vespucio 107 Covima, La Molina
☎ 349-6636 / aliarte@terra.com.pe

© 2003 por Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Agosto del 2003

Contenido

Consejo Editorial de la Revista.

Miembros de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Miembros activos de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Miembros honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

PRESENTACIÓN 9

INTRODUCCIÓN

- El diálogo social y la concertación laboral en el Perú
Jaime Zavala Costa 13

ENSAYOS SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO

- El Título Preliminar del Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Javier Neves Mujica 31

- La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú
Wilfredo Sanguinetti Raymond 41

- La Aplicación de normas en el tiempo
(a propósito del Anteproyecto de Ley General de Trabajo)
Daniel Ulloa Millares 65

- Los principio de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Martín Carrillo Calle 83

- Puntos críticos sobre el cambio de titularidad de la empresa
(Artículos 9° y 10° del Anteproyecto de Ley General de Trabajo)
Elmer Arce Ortiz 103

- La remuneración: una visión comparativa entre la legislación de hoy y el Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Jorge Toyama Miyagusuku 117

- Las obligaciones de confidencialidad y no competencia en la legislación actual y en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Guillermo Boza Pró 131

- El contrato a tiempo parcial en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Fernando García Granara 145

- La extinción de la relación de trabajo en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Carlos Blancas Bustamante 175

- El despido arbitrario en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional
Víctor Ferro Delgado 187

- Reflexiones acerca de la promoción de la inversión privada y el régimen laboral, migratorio y tributario de los trabajadores extranjeros
Beatriz Alva Hart 203

- Privilegios salariales en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Juan Carlos Cortés Carcelén 211

- Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo
Alfredo Villavicencio Ríos 223

- Derecho de huelga y servicios esenciales
Adolfo Ciudad Reynaud 237

DOCUMENTOS

- Anteproyecto de Ley General de Trabajo. 269

- Carta a los asociados 429

- Plan de trabajo de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo (período 2003-2004) 430

- Convenio marco de cooperación interinstitucional entre la Academia de la Magistratura y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 433

- Convocatoria a Desayunos Laborales. 437

Consejo Editorial de la Revista Laborem

Guillermo Boza Pró (Director)
Juan Carlos Cortés Carcelén
Alfredo Villavicencio Ríos

Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social (Período 2003-2004)

Presidente:	*Dr. Jaime Zavala Costa*
Vicepresidente:	*Dr. Fernando García Granara*
Secretario:	*Dr. Martín Carrillo Calle*
Pro Secretario:	*Dr. Víctor Mayorga Miranda*
Tesorero:	*Dr. Luis Vinatea Recoba*
Pro Tesorero:	*Dr. Roger Zavaleta Cruzado*
Secretario de Biblioteca y Publicaciones:	*Dr. Guillermo Boza Pró*
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas:	*Dr. Alfredo Chienda Quiroz*
Secretaria de Relaciones Internacionales:	*Dra. Beatriz Alva Hart*

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

Miembros Activos

Beatriz Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuertes
Luis Aparicio Valdez
Julio César Barrenechea Calderón
Luis Felipe Barrientos Cruzado
Jaime Beltrán Quiroga
Guillermo Boza Pró
Martín Carrillo Calle
Adolfo Ciudad Reynaud
Juan Carlos Cortés Carcelén
Alfredo Chienda Quiroz
Ernesto de la Jara Basombrío
Alfonso de los Heros Pérez-Albela
Martín Fajardo Cribillero
Víctor Ferro Delgado

Fernando García Granara
César Gonzáles Hunt
Orlando Gonzáles Nieves
Ricardo Herrera Vásquez
Ricardo Marcenaro Frers
Víctor Mayorga Miranda
Pedro Morales Corrales
Javier Neves Mujica
Mario Pasco Cosmópolis
Germán Ramírez Gastón Ballón
Francisco Javier Romero Montes
Wilfredo Sanguinetti
Jorge Toyama Miyagusuku
Luis Vinatea Recoba
Aldo Vértiz Iriarte
Edmundo Villacorta Ramírez
Alfredo Villavicencio Ríos
Ana María Yáñez Málaga
Jaime Zavala Costa
Roger Zavaleta Cruzado
Federico Zegarra Garnica

Miembros Honorarios

Carlos Blancas Bustamante
Jorge Capriatta
Néstor de Buen Lozano
Fernando Elías Mantero
Oscar Ermida Uriarte
Jean Claude Javillier
Joaquín Leguía Gálvez
Emilio Morgado Valenzuela
Ricardo Nugent López-Chávez
Fernando Suárez

Presentación

La Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) cumple quince años de fundada y nos parece propicia la ocasión para el relanzamiento de la revista ***Laborem****, como un espacio de reflexión sobre la problemática jurídica de los temas laborales y previsionales de nuestro país.*

A nadie escapa que el ordenamiento jurídico laboral y previsional sufrió grandes transformaciones en la década pasada, como consecuencia de la desmesurada política de flexibilización del que fue objeto. En el momento actual, de vuelta a la normalidad democrática, corren nuevos vientos y existe consenso, al menos en la comunidad jurídica, de que resultan necesarios algunos ajustes en la legislación que equilibren nuestro sistema de relaciones laborales. En ese contexto, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República encargó a un grupo de expertos -todos ellos miembros de la SPDTSS- la elaboración de un Anteproyecto de Ley General de Trabajo. La composición plural de ese grupo (tanto desde una perspectiva profesional como ideológica) ha permitido la confección de una propuesta normativa seria y equilibrada. Esto explica porque los 393 artículos y 15 disposiciones complementarias y transitorias que conforman el texto del Anteproyecto, con la salvedad de dos artículos, han sido aprobados por consenso. Lógicamente el Anteproyecto, como toda propuesta normativa, y sobre todo ésta por su importancia y trascendencia, es susceptible de debate y opiniones diversas. Por tal razón, hemos querido que el presente sea un número monográfico, dedicado al análisis del Anteproyecto de Ley General de Trabajo.

La estructura de la revista tiene dos partes claramente diferenciadas. La primera de ellas recoge diversos ensayos sobre el Anteproyecto, empezando por un artículo introductorio de Jaime Zavala sobre el diálogo social y la concertación social. Aunque no se trate de un texto referido al Anteproyecto, hemos decidido incluirlo porque consideramos que es necesaria una reflexión sobre dichos temas que deberían ser el eje de cualquier sistema de relaciones laborales y que lamentablemente estuvieron ausentes en nuestro pasado inmediato.

A continuación se presentan catorce ensayos que analizan diversos aspectos del Anteproyecto. Los cuatro primeros se refieren a temas regulados en el Título

Preliminar. Javier Neves hace una presentación general de las distintas instituciones reguladas en dicho título; Wilfredo Sanguineti analiza la presunción de laboralidad, que constituiría toda una novedad en nuestro ordenamiento; Daniel Ulloa trata el tema de la vigencia de las normas en el tiempo; y, finalmente, Martín Carrillo analiza los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación.

Un segundo bloque de ensayos analizan las relaciones individuales de trabajo. Elmer Arce se ocupa de las consecuencias jurídicas del cambio de titularidad de la empresa; Jorge Toyama realiza un análisis comparativo entre la actual legislación en materia de remuneraciones y la propuesta del Anteproyecto; Guillermo Boza analiza las obligaciones de confidencialidad y no competencia en el contrato de trabajo; Fernando García trata los aspectos referidos al tiempo de trabajo; Carlos Blancas y Víctor Ferro se ocupan –cada uno desde su perspectiva- de la extinción del contrato de trabajo, con especial énfasis en el despido arbitrario; Beatriz Alva reflexiona sobre la contratación del personal extranjero; y Juan Carlos Cortés, por su parte, analiza la protección y privilegio de las que gozan las remuneraciones y beneficios laborales.

Por último, esta primera parte contempla dos ensayos sobre las relaciones colectivas de trabajo. Alfredo Villavicencio hace una reflexión global del modelo democrático propuesto de relaciones colectivas de trabajo y Adolfo Ciudad se centra en el tema de la huelga y los servicios esenciales.

La segunda parte de la revista recoge diversos documentos. El primero de ellos es el articulado del Anteproyecto elaborado por el grupo de expertos, hecho suyo por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República y que actualmente se viene discutiendo en el Consejo Nacional de Trabajo. A continuación se presentan diversos documentos de la SPDTSS que creemos son de interés, porque reflejan parte de las actividades que nuestra institución viene realizando. Dichos documentos son el plan estratégico de la Junta Directiva de la SPDTSS para el período 2003-2004, el convenio suscrito con la Academia de la Magistratura y la convocatoria a los desayunos laborales.

Para finalizar, queremos agradecer a todas las personas e instituciones que han colaborado desinteresadamente en la edición de este número de la revista, en particular a la señorita Magaly Traverso Zegarra por su valiosa y paciente revisión de los textos.

El Consejo Editorial

Introducción

El diálogo social y la concertación laboral en el Perú

Jaime Zavala Costa
Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad de Lima y Ex Ministro de Trabajo y Promoción Social

Permítanme iniciar este artículo haciendo una brevísima referencia histórica al tema del diálogo y la concertación en el ámbito internacional, compartiendo con ustedes algunas notas recogidas del libro "La Concertación Social en América Latina" de Oscar Hernández Álvarez[1] con quien he participado en jornadas académicas en la Universidad de Boloña, Buenos Aires, Ginebra y por cierto en Lima.

"Cuando los empleadores y sindicalistas daneses concluyeron en 1899 el llamado Acuerdo de Septiembre sobre derechos y obligaciones recíprocas, pocos fueron los que en tal oportunidad vislumbraron la importancia que esa práctica habría de adquirir en el futuro. Pasarían primero algunos años antes de que se concertaran otros acuerdos similares y cuando ellos empezaron a celebrarse con cierta periodicidad fueron sólo los países escandinavos los que tuvieron una clara visión del papel que esos convenios en la cumbre podían desempeñar en la conducción de la relaciones obrero-patronales."

"Hubo que esperar hasta 1938 para que la idea de un acuerdo básico o convenio de convenios, encargado de regir el sistema de relaciones laborales, recibiera otro impulso. Fue, en efecto, el Acuerdo de Satsjöbaden suscrito ese año por las grandes organizaciones patronales y sindicales de Suecia el que estipuló ya en forma más precisa la lista de disposiciones básicas que habrían de regir los procesos de negociación, solución de quejas y agravios, manejo de los conflictos en servicios esenciales y creación de una junta paritaria encargada de administrar el acuerdo. Las repercusiones de este acuerdo traspasaron ya las fronteras escandinavas y se hicieron sentir en países tan distantes y distintos como Alemania, Austra-

---

[1] Hernández Álvarez, Oscar, *La Concertación Social en América Latina*, Caracas, 1994, págs. 5, 6, y 7.

lia, Bélgica, Finlandia, Chipre, India, Italia, Israel, Filipinas y Zambia. Dos números de la revista "Relaciones de Trabajo" de la OIT, recogieron en 1971 y 1983 las experiencias de acuerdos básicos registrados en esos países y sirvieron para poner de relieve las dimensiones globales que iba alcanzando lo que con los años se conocería como diálogo social o concertación".

"Con el transcurso de los años pocos llegaron a captar que lo que en realidad se estaba produciendo era un nuevo modelo de relaciones laborales en que se destacaban dos características fundamentales: una era el que elementos de cooperación iban a tomar plaza en la dinámica laboral al lado de los factores de antagonismo que antes habían predominado, y otra era el que los actores del subsistema de relaciones laborales comprendieran que sus interacciones podían y debían servir también a la sociedad en que vivían y no sólo a su más limitada esfera laboral".

"Esta nueva visión de la concertación social comenzó a ganar credibilidad cuando los países latinos de Europa Occidental vinieron a sumarse a los anglosajones que hasta entonces habían animado la corriente participacionista. Francia, España e Italia, eran países con gran tradición de enfrentamientos y luchas y en los que la idea de un acuerdo macrosocial había parecido antes impensable. Sin embargo, los pactos sociales comenzaron hace poco más de 20 años a convertirse en práctica corriente en esos países y los nombre de algunos de esos pactos (Grenelle en Francia, Scotti en Italia y La Moncloa en España) han llegado a gozar de cierta celebridad."

De particular importancia fue el impacto que en América Latina tuvieron los Pactos de la Moncloa de 1977 así como los seis posteriores pactos que entre ese año y 1986 suscribieron en España el Gobierno y las grandes organizaciones de empleadores y trabajadores. De contenido sociopolítico el primero y sociolaboral los otros, dichos pactos habían transformado el panorama de las relaciones obreropatronales fomentando a su vez su democratización y estabilización, al tiempo que efectuaban una contribución notable al progreso económico de España.

España vivió una dictadura que duró casi cuarenta años (desde 1939 a 1975). A la muerte del dictador, Francisco Franco, España tenía dos grandes problemas que resolver; la consolidación de la democracia, y la lucha contra las altas tasas de paro que entonces tenían. Pues bien, desde el principio los agentes sociales y patronales optaron por el diálogo y la concertación, lo cual resultó sumamente difícil en aquel momento pero comprendieron que era la única posibilidad de conseguir esas

dos cosas; la consolidación de la democracia y acabar con el paro. Pero a pesar de que costó mucho trabajo, lo entendieron.[2]

Efectivamente, el primer acuerdo que se firmó en España fueron los Pactos de la Moncloa, que constituyeron una trascendental manifestación de la concertación en plena transición. Dieron lugar, por una parte, a la Constitución Española, sin duda, una de las constituciones más progresistas de Europa, fruto del consenso, que en aquel tiempo equivalía a diálogo social. Desde entonces, casi todos los años han habido pactos de diferentes tipo; destacándose aquellos suscritos con el fin de luchar contra la precarización del desempleo, los que han conseguido aumentar los contratos indefinidos y disminuir los contratos precarios o temporales, sobre seguridad social, crecimientos salariales, negociación colectiva, formación profesional, etc. y un Acuerdo Interconfederal que dio como resultado la normativa laboral vigente desde 1980 por la que se aprobaba el Estatuto de los Trabajadores que fue objeto de una segunda gran reforma, también por acuerdos en 1997.

Unos pactos los firmaron las tres partes: gobierno, sindicatos y organizaciones empresariales; otros lo hicieron sólo las organizaciones sindicales y empresariales. Fueron pactos para el empleo que se han hecho sobre la base del diálogo. Lo mismo ha ocurrido en otros países europeos. Por primera vez Europa se ha hecho sin guerras, sino gracias al diálogo y al consenso".

Miguel González Zamora, Dirigente Sindical del Sindicato Comisiones Obreras en un artículo escrito en 1998 sobre "Posición de Gobiernos y Actores Sociales en la Concertación en Europa y España", señala que, ellos tienen un dicho que es el siguiente: "El sindicato o la organización patronal que no negocia no existe. La razón de ser de cualquier sindicato obrero patronal es pactar y conseguir, mediante el diálogo, mejores condiciones para una y otra parte. Sin ese pacto, sin ese diálogo, es como si no se existiera.

En España se ha transitado de la dictadura fascista a la democracia actual gracias a los pactos. A partir de ahí, insisto, lo tenemos claro, sabemos que el sindicato obrero-patronal que no pacta es como si no existiera".[3]

Dentro de ese contexto, resulta oportuno para ver la realidad peruana, citar las palabras de Federico Durán López, Presidente del Consejo Económico y Social de España (CES), que en su visita al Perú en abril de 2001, invitado por el que escribe

---

[2] OIT y Cooperación Española, el Diálogo Social, Unión Europea, Latinoamérica – Comunidad Andina y Asia, 1998, pág. 89.

[3] Ob. Cit., pág. 90.

este artículo, cuando me desempeñaba como Ministro de Estado, quien remarcó en una magistral conferencia en el Consejo Nacional de Trabajo "... no crean que la experiencia española de hace un par de décadas estaba tan distante de la situación en la que ustedes (refiriéndose al Perú) se puedan encontrar en este momento. Si les tuviera que resumir con una frase corta y breve, lo que les he querido decir; si les pudiera describir un poco lo que ha sido nuestra historia, en esta última década a partir de la caída del franquismo y restablecimiento de la democracia, desde el punto de vista económico y social, tendría que decir que la historia se resume en la apuesta por el diálogo. Nosotros como país, hicimos una apuesta muy importante por el diálogo, por el entendimiento, pues había en el inconsciente colectivo español, una preocupación fundamental: nunca más un enfrentamiento civil".

Pero, qué es el diálogo social?, qué es la concertación?

Diálogo social, concertación social, pacto social y tripartismo son conceptos que se utilizan con frecuencia en el lenguaje común indistintamente (aunque no se trate de sinónimos, en cuanto que el diálogo precede a la concertación) pero, como en otras muchas manifestaciones de lo social, es más importante el contenido que el nombre.

El diálogo social es antes que nada, expresión de un principio de pluralismo social y, en consecuencia, pieza fundante del sistema democrático. El diálogo social es como señala la OIT un método de gobierno de las relaciones laborales.

El profesor Uruguayo Oscar Ermida, de recorrida trayectoria internacional, explica, sucintamente, su contenido: "En el marco de las relaciones laborales, el diálogo social incluye a todas las formas de relaciones entre los llamados actores sociales, distintas al conflicto abierto. En efecto, como se sabe, el sistema de relaciones laborales está compuesto por tres actores principales (las organizaciones de trabajadores, los empleadores y sus organizaciones y el gobierno), que se relacionan entre sí, de dos maneras: por el conflicto y por la negociación en sentido amplio o diálogo. Desde esta perspectiva, la noción de diálogo social incluye a todas las formas de relación entre los actores del sistema de relaciones de trabajo distintas al conflicto abierto: mecanismos de información y consulta, medios participativos y voluntarios de solución de conflictos de trabajo, la negociación colectiva, la participación, concertación social, etc."[4] Los niveles de diálogo varían y son tanto a nivel de empresa como a nivel sectorial o nacional.

[4] Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Revista de Trabajo, Julio 2001, Revista 11, págs. 9 y 10.

El diálogo social puede dar lugar al consenso, a la concertación o a la firma de acuerdos de diversa naturaleza, extensión y contenido. Este fenómeno del diálogo y su fruto la concertación tiene su razón de ser porque, en una sociedad democrática avanzada, no sólo no se debe, por razones esenciales a la propia democracia, gobernar sin la sociedad, sino que tampoco se puede. Gobernar es concertar. De ahí la trascendencia, por ejemplo, que debería tener el Acuerdo Nacional suscrito el 22 de julio de 2002, por representantes de las organizaciones políticas, gremios empresariales y sindicales, religiosas, de la sociedad civil y del Gobierno que aprueba un conjunto de políticas de Estado. Una de esas políticas, referida a la Democracia y Estado de Derecho, los "compromete a institucionalizar el diálogo y la concertación, en base a la afirmación de las coincidencias y el respeto a las diferencias, estableciendo mecanismos institucionalizados de concertación y control que garanticen la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones públicas". El diálogo y la concertación o, para dividirlo en otras palabras, la cultura del Acuerdo, es un medio de construcción democrática de la institucionalidad y de la gobernabilidad.

En su excelente estudio comparativo del diálogo social a nivel nacional, Anne Trebilcock, de la OIT, propone una serie de condiciones necesarias para el funcionamiento eficaz de un sistema de diálogo social. La primera, y más fundamental es la aceptación general de una sociedad pluralista donde grupos autónomos que representen intereses sectoriales pueden operar libremente dentro de un Estado soberano. Otra condición básica para la cooperación tripartita es la de la existencia de una democracia representativa. La tercera condición fundamental es que cada participante en el diálogo social tiene que tener una percepción de sus beneficios a largo plazo, aunque esto a veces pueda significar perder algo de autonomía o algunos beneficios a corto plazo.[5]

Nosotros creemos, a su vez, que también resulta esencial una fluida información hacia la opinión pública, y que exista comunicación adecuada sobre las materias económico sociales para respaldar y legitimar con un alto grado de credibilidad el proceso de diálogo y concertación

Veamos que ocurre en el Perú, mencionando algunos datos sobre la situación del empleo, para luego referirnos al diálogo y la concertación dentro de una política laboral que debe apuntar a generar mayores puestos de trabajo productivos, permanentes, calificados y descentralizados. Una política laboral, en síntesis, que promueva la inversión privada, para unir al país en la gran tarea del desarrollo.

---

[5] OIT y Cooperación Española, Ob. Cit., pág. 142.

La PEA la conforman 12 millones de peruanos aproximadamente; según el ámbito geográfico 35% es rural, 30% Lima Metropolitana y 35% resto urbano.

Más de 5 millones de peruanos son subempleados (trabajan involuntariamente una jornada reducida, o porque obtienen un ingreso que no le permite satisfacer sus necesidades básicas) y 700,000 no tienen empleo aunque lo buscan activamente.

86% de la población económicamente activa tiene un ingreso mensual menor a 320 dólares.

52% de la PEA gana menos de 180 dólares.

La PEA crece casi al doble del crecimiento poblacional. Este crece a 1.7% al año; la PEA lo hace al 3.2%. Por lo tanto, nuestra población en edad de trabajar crece a razón de 380,000 personas, algo más de 1,000 personas al día que ingresan al mercado laboral.

De otro lado, los ingresos laborales se encuentran estancados y bajos, los empleos duran cada vez menos, hay un creciente uso de contratos temporales, y elevada informalidad (pocos tienen beneficios sociales básicos).

Esta realidad nos muestra que es crucial crear trabajo estable y adecuadamente remunerado y para ello debemos lograr y mantener un crecimiento alto de la producción. No sólo estamos en un problema de corto plazo. Dos o tres años de crecimiento no va a modificar sustancialmente el panorama laboral. Debemos crecer, por lo menos 6% al año para los próximos 20 años. Ésta debe ser la meta. Si el PBI crece a tasas inferiores llevará a que la demanda absorba de manera insuficiente la oferta laboral. Se requiere mayor inversión privada y pública, elevar el ahorro interno y fomentar mejoras en la productividad de la economía. La inversión debe crecer sostenidamente y alcanzar niveles cercanos al 30% del PBI. Actualmente la proporción de la inversión con respecto al PBI está alrededor del 20%.

Resolver este enorme déficit de "trabajo o trabajo decente" como lo llama la OIT, implica también una adecuada política laboral activa que comprenda los derechos básicos en el trabajo, la protección social, la igualdad de oportunidades y acciones de promoción del empleo. Paralelamente debemos hacer frente a una oferta de trabajo, que de no contar con una adecuada mejora en los niveles de educación y formación profesional o técnica, con la finalidad de propiciar la mano de obra calificada que eleve la productividad y competitividad en parámetros internacionales, no tendrá una adecuada inserción en el mercado laboral. El Perú, enfrenta, pues, el difícil reto de plantear soluciones orientadas al crecimiento productivo con los que tienen que estar comprometidos los dirigentes políticos, los empresarios, los trabajadores y la sociedad en su conjunto. Finalmente, también implica lo que

se ha denominado "déficit de representación" o diálogo social que, no dudamos, contribuirá a la paz social y con ello a la estabilidad económica, política y al fortalecimiento de la democracia. No hay inversión sin estabilidad.

Hay al menos dos razones para justificar el diálogo social, nos lo recuerda Víctor Tockman ex – Director General de las Américas de la OIT: "*Primero,* el diálogo es, a la vez un medio y un fin . Es un medio, porque es un mecanismo que permite y obliga a todos los sectores sociales a tomar posición frente a los temas centrales del país. Es un fin, porque la mayor participación es, quizá, el instrumento más idóneo para asegurar una mayor equidad en la distribución de los beneficios que se generan como resultado del proceso de diálogo. En *segundo* lugar, hay una justificación importante que aprendimos a lo largo de la historia de nuestra Región. Las políticas que se introducen por decreto no son efectivas, ni se mantienen. Por ello, más allá del gobierno, es necesario involucrar a los actores sociales".[6]

Un ejemplo concreto para el Perú, de que las políticas impuestas no se mantienen, lo constituyen las profundas reformas laborales introducidas durante el gobierno del Presidente Fujimori en la década de los 90, las mismas que se dieron fundamentalmente a través de Decretos leyes, cuando el Congreso de la República estuvo cerrado, donde no hubo participación de los actores sociales. Han pasado 12 años y, ahora, en democracia se cuestiona tales reformas y se pretende cambiar o modificar la legislación de esa década que, esperamos, sea consecuencia del diálogo y el consenso para hacerlas equilibradas y duraderas.

Nuestro país no se ha caracterizado por llevar a cabo políticas estables y concretas basadas en el diálogo, el consenso o la concertación. Las causas son bien conocidas, apuntándose entre otras la cultura del Perú, las dificultades salariales y económicas, la hiperinflación, el marcado carácter intervensionista del Estado, problemas ideológicos, la alta informalidad del mercado de trabajo, el debilitamiento de las organizaciones sindicales. También, la excesiva politización del movimiento sindical y su vinculación con los partidos políticos. No obstante, el diálogo aparece en los discursos y manifestaciones de los gobernantes, de los empleadores, de los líderes sindicales, así como en el de los políticos e intelectuales. "Su actualidad es innegable, en cada momento de crisis, en cada instante de cambio, el diálogo social aparece como una vía, como una propuesta, lo que se reitera cada vez de forma más frecuente".

---

[6] Diálogo y Concertación Social – Coloquio Tripartito de Bogotá, OIT y Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Colombia, 1997, pág. 107.

Luis Aparicio en un artículo sobre La Concertación Laboral Peruana Imagen y Futuro describe el panorama siguiente: "La trayectoria de la concertación social, y en especial, la laboral, en el Perú, es breve y esforzada. País de tradicional fragmentación interna, prolongada durante su época republicana, el Perú tiene como historia una sucesión indefinida de conflictos abiertos, y los más profundos soterrados.

En el mundo laboral, estas ocultas pasiones y enfrentamiento, han sido parte esencial de la concepción de las relaciones laborales. La lucha de clases, más que con justificaciones históricas, filosóficas y políticas, se mostraba en nuestro país como una evidencia práctica, palmaria, en el campo y la ciudad. Y los intentos de una visión orgánica nacional, fracasaron inmediatamente después de la identificación de cada propuesta con algún grupo, clase o bando social. Así, en el largo plazo, el único proceso realmente integrador de la vida peruana, ha venido siendo el mestizaje.

Con tal telón de fondo, la historia de los intentos de tripartismo y concertación – que los ha habido – suele ser la de procesos entusiastas y esforzados, pero fatalmente perentorios".[7]

Veamos algunos de los escasos antecedentes de diálogo bipartito o tripartito en el Perú:

El primer antecedente o intento hecho en el Perú sobre temas que implicaban un cierto grado de cooperación y entendimiento entre los distintos sectores de la economía responde a la proposición de Víctor Raúl Haya de la Torre, Presidente y fundador del partido Aprista de crear un Congreso Económico, organismo no político que proporcionaría soporte técnico a todos los participantes en la vida económica del Perú y que indirectamente abriría el camino para el reconocimiento institucional de las organizaciones de los trabajadores. Esta proposición fue originalmente planteada en 1930, pero retomada varias veces durante la larga e importante vida política de su autor, especialmente en 1979 cuando él presidió la Asamblea Constituyente electa con posterioridad al régimen militar instaurado en 1968, pero ni siquiera en esa oportunidad la iniciativa logró un respaldo suficiente.[8] Se ha escrito que la historia de la concertación social en América Latina, aunque de efectos limitados, arrancó con la proposición del líder Aprista.

---

[7] Análisis Laboral, La Concertación Laboral Peruana Imagen y Futuro, marzo 01, pág. 12.

[8] Hernández Álvarez, Oscar, Ob. Cit., pág. 106.

Desde 1945 un Comité Tripartito sobre la industria textil, durante más de 30 años se ocupó de los ajustes salariales en ese sector económico.

Otra experiencia tripartita digna de registrar, cuyo funcionamiento pudo considerarse exitoso, fue la Comisión de Salario Mínimo Vital que se constituyera en Octubre de 1962. De acuerdo al encargo que recibiera, los salarios mínimos debían ser fijados por esta comisión, previa las informaciones que elevaran las Comisiones Locales (de los departamentos) respectivas debiendo, para tener vigencia legal, ser refrendadas por Resolución Suprema. En caso de discrepancia, el Gobierno podía hacer las variaciones indispensables con vista de los informes de sus servicios técnicos. Si los acuerdos eran unánimes, el Gobierno no estaba facultado para introducir modificaciones. Sorprendentemente, todos los acuerdos fueron conciliados o unánimes y aceptados plenamente por las partes sociales. Una buena parte del mérito debe reconocerse a Raúl Ferrero Rebagliati, presidente de la comisión, a su habilidad y personalidad carismática quien impuso una fórmula invariable: no terminaba ninguna sesión sin que hubiera un acuerdo adoptado unánimemente, tomando a su cargo la presentación de adecuadas fórmulas conciliatorias.

Asimismo, de grata recordación y éxito fue la Comisión Nacional Tripartita de 1981, impulsada por el entonces Ministro Alfonso Grados Bertorini, en el gobierno del Presidente Belaúnde, que tuvo como objetivo fundamental calificar y resolver la situación de los trabajadores despedidos durante el régimen militar, que fue un esfuerzo de concertación notable. Esta Comisión se amplió posteriormente al tema de salarios, estabilidad laboral y huelga. En Abril de 1981, el ex Ministro y ex Congresista decía en una exposición en IPAE: "No quiero implicar con ello que el camino esté libre de riesgos y tropiezos. Somos muy conscientes que desde las trincheras del egoísmo ciego de algunos, hasta la voluntaria sordera de los que no quieren oír otra "verdad" que no sea la propia, son muchas las dificultades que sobre la concertación se ciernen, pero pese a ello estamos convencidos que si queremos una democracia operante, una democracia que no esté solamente en la letra de la Constitución, ésta debe pasar por la concertación social". Es curioso, como lo puede advertir el lector, han pasado 21 años y esas palabras no han perdido actualidad.

También se recuerda al Comité Tripartito de Vigilancia de Procedimientos Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, de carácter tripartito, creado en septiembre de 1985 por el Ministro Carlos Blancas Bustamante, en el cual yo intervine como representante del sector privado, conjuntamente con los representantes de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) y de la Con-

federación de Trabajadores del Perú (CTP), adoptando todos los acuerdos, aproximadamente 600, por unanimidad. Fue una rica experiencia de concertación procesal. Tenía como funciones vigilar la fiel observancia y cumplimiento de las normas que regían los procedimientos que eran de competencia del sector, recibir y dar trámite a las denuncias o quejas contra funcionarios, y solicitar la apertura de procesos administrativos disciplinarios, para cuyo efecto tenía facultades para efectuar investigaciones y revisar expedientes en trámite o concluidos, solicitar informes y obtener declaraciones.

En septiembre de 1985, dos importantes organizaciones empresariales, la Sociedad Nacional de Industrias y la Confederación Nacional de Instituciones Privadas suscribieron, un acuerdo tripartito con tres centrales sindicales (CTP, CNT y CTRP), sobre Seguridad Social, que fue concebido como el primer paso para un pacto social de acuerdos económicos y sociales más amplios.

En 1987 se creó un Consejo Nacional de Inversiones, integrado por representantes gubernamentales y del sector empresarial y de los trabajadores, sobre el cual se crearon expectativas de que pudiese convertirse en un escenario propicio para la concertación social, lo que no ocurrió. Los objetivos de este acuerdo eran demandar al Gobierno y llamar su atención en relación a la creación de nuevos puestos de trabajo y a los problemas de la reestructuración de la seguridad social. Este acuerdo no parece que produjera los efectos deseados por los firmantes, entre los cuales, por cierto, no figuraba la CGTP.

Finalmente, en lo que va de 1990 al 2001 durante los gobiernos del Presidente Fujimori, el diálogo y la concertación estuvieron ausentes del escenario nacional debido al carácter autoritario del régimen, a las profundas reformas estructurales en el ámbito laboral y al consecuente debilitamiento del movimiento sindical, entre otros factores. A título anecdótico mencionamos, como un acto aislado, que en 1995 se firmó en el seno de la OIT en Ginebra un Acta de Reinstauración del diálogo tripartito entre la CGTP y el Ministerio de Trabajo, que la CONFIEP aceptó pero no firmó; y en 1998 los actores sociales, a través del Presidente de la CONFIEP, Sr. Manuel Sotomayor, y del Representante de las Organizaciones Sindicales, Sr. Juan José Gorriti, se reunieron en Lima, en el marco del Seminario Nacional sobre "Estrategias y Técnicas de Negociación para el Diálogo Social" y expusieron su visión del país y los lineamientos para el Diálogo Social en Perú. Este pudo ser un primer paso para el diálogo tripartito, pero no prosperó.

Hoy se hace cada más evidente que en los albores de este siglo el diálogo es uno de los fundamentos centrales de la estabilidad social. Por eso, en el marco de una

economía global, los nuevos ejes estratégicos de la OIT, que han sido aprobados en 1999 por trabajadores, empleadores y Estados de 176 países en el seno de la Conferencia Internacional de Trabajo de ese año, recogen esta inquietud al centrar sus actividades en 4 grandes objetivos: (i) la promoción y aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, (ii) la promoción de políticas y programas destinados a generar más y mejores empleos, (iii) la ampliación de la cobertura y efectividad de una protección social para todos y (iv) el fortalecimiento del tripartismo y (iv) el diálogo social.

Justamente dentro de esa perspectiva y como parte de la política laboral de reforzamiento de la institucionalidad democrática, del Gobierno Constitucional de Transición, y desempeñándome como Ministro de Trabajo, convoqué al diálogo social que viene realizándose a través del "Consejo Nacional de Trabajo y Promoción Social" (Hoy Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo), que se instaló el 4 de enero de 2001, con el propósito de discutir y concertar políticas en materia laboral, de promoción del empleo, seguridad y salud ocupacional, capacitación y formación profesional, informalidad, entre otros. Este órgano de concertación que, además de los trabajadores y empresarios, lo conforman representantes de la sociedad civil (Grupo de Asesoramiento y Análisis Laboral - AELE, Grupo Análisis para el Desarrollo – GRADE, Centro de Asesoría Laboral – CEDAL; Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - SPDTSS; la organización no gubernamental de promoción de los derechos de la mujer Movimiento Manuela Ramos y Juan Julio Wicht Decano de la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico), como una expresión del principio de pluralismo social, se puso en marcha en el convencimiento que sería el escenario ideal para iniciar un proceso de democratización de las relaciones de trabajo, que nos lleven a una permanente práctica de participación y cooperación de los trabajadores y empresarios.

El Consejo sesiona en forma ordinaria cada 15 días y tiene 4 Comisiones: La Comisión de Empleo, donde se debaten temas relacionados a la promoción del empleo, informalidad o sector no estructurado, entre otros.; la Comisión de Formación Profesional, que se concentra en la problemática laboral relacionada a la capacitación y formación profesional; la Comisión de Trabajo, que analiza los diversos temas relacionados a las relaciones laborales, así como la legislación laboral y, la Comisión de Seguridad Social, en la que se debaten temas relacionados al régimen previsional y de seguridad social existente en nuestra legislación. De otro lado, se han instalado Comisiones descentralizadoras de sus actividades en Arequipa y Cuzco.

Pocos conocen los estudios de gran calidad y significado que han sido aprobados por dicho órgano consultivo, como es el "Diagnóstico de la Formación Profesional en el Perú", que establece las líneas de acción que el Sector y la sociedad deben aplicar para lograr contar con una población laboral que tenga una mayor capacitación, y así mejorar los niveles de empleo y productividad; el "Empleo en el Perú" en la década de 1990-2000"; "Sectores y Actividades Económicas con Potencialidad en la Generación de Empleo"; "La Pequeña y Mediana Empresa: Una opción de desarrollo en el siglo XXI"; "Propuestas de Política de Información sobre el Mercado de Trabajo en el Perú" (Observatorio Laboral); "Propuestas de Política de Normalización y Certificación Laboral" y, "Propuestas de Política de Sistematización de los Programas de Formación Profesional".

En materia de legislación se consensó en un 95% la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, que fue aprobada por el Poder Ejecutivo por facultades delegadas por el Congreso de la República; se debatieron las observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT a la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y el Consejo alcanzó a la Comisión de Trabajo del Congreso de la República la propuesta correspondiente; se debatió y se aprobó por consenso el retiro extraordinario y voluntario de la compensación por tiempo de servicios para atender obligaciones contraídas por los trabajadores con el sistema financiero, lo que el Gobierno plasmó en el Decreto de Urgencia 067-2002, entre otros proyectos puestos en mesa para su discusión.

Cabe destacar que, como punto de partida del Consejo Nacional, sus miembros suscribieron por unanimidad una "Declaración" que expresa su apoyo al diálogo social democrático y de reafirmación de su vocación para el cumplimiento de sus fines. Así, declara:

1. Sus preocupaciones para generar empleo productivo, mejorar la calidad de vida de los trabajadores, el fomento de relaciones laborales adecuadas y las condiciones apropiadas para el desempeño eficiente de la actividad empresarial.
2. Que es consciente que es portavoz de una responsabilidad compartida entre Gobierno, trabajadores y empleadores, por el bienestar del país en un marco de justicia y equidad.
3. La importancia de contar con un Ministerio de Trabajo y Promoción Social que, como ente técnico especializado, supervise las relaciones laborales con independencia, coadyuve al respeto de los derechos de los trabajadores y empleadores, contribuya a la generación de más y mejores puestos de trabajo, a la vez que propicie el clima de paz necesario para el desarrollo nacional.

4. Compromete su trabajo en el esfuerzo de lograr el clima social en el país que se sustente en el reconocimiento de los derechos humanos, el respeto al ordenamiento jurídico nacional e internacional, vigente en el Perú, en el diálogo social democrático, la productividad, la competitividad, la cooperación, el respeto entre las partes y la visión de los problemas integrales del Perú.

Esta declaración debería ser el marco para un proceso de diálogo y concertación laboral en el Perú, pues éste es uno de los pilares de legitimidad de la democracia y, por lo tanto, la opinión de los actores sociales organizados en torno al trabajo debe ser escuchada y tomada en cuenta.

Por ello, abrigamos la esperanza que el diálogo se institucionalice a través del Consejo Nacional de Trabajo, como lo propusimos en nuestra Memoria Ministerial cuando terminamos nuestras funciones en el Gobierno de Transición. Creemos que el Consejo, para cumplir con los desafíos actuales y del futuro, debería reformular su organización y funciones, dotándosele de autonomía (o sea ajeno al Poder Ejecutivo), convirtiéndolo en un órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y laboral, con personalidad jurídica propia. Un Consejo de Trabajo parecido al Consejo Económico y Social de España que, con reconocido éxito, viene funcionando en ese país, desde 1991. Así, se garantizará su independencia como plataforma institucional permanente de diálogo y deliberación como único órgano donde estén representados un conjunto de organizaciones socio profesionales. Entre sus funciones no sólo debe estar la de emitir dictamen con carácter preceptivo sobre anteproyectos o proyectos de leyes que regulan materias socioeconómicas y laborales, sino también emitir dictámenes en los asuntos que, con carácter facultativo se sometan a consulta por el Gobierno, así como elaborar por propia iniciativa o a solicitud del Gobierno, estudios o informes sobre diferentes materias que expresen la opinión de este órgano en relación con las mismas. Ello responde a la legítima aspiración de los agentes económicos y sociales de que sus opiniones y planteamientos se oigan a la hora de adoptar el Gobierno decisiones que puedan afectar a los intereses que son propios de los interlocutores sociales.

A propósito del Consejo Nacional de Trabajo, aprovechamos de la publicación de la Revista Laborem para, a través de este artículo, sugerir, como lo hace Guillermo Campero[9] algunos temas específicos que podrían ponerse en la agenda de este órgano consultivo a efectos de diseñar una política laboral que desarrolle consensos

[9] Campero Guillermo, La Concertación Social: Un instrumento para el desarrollo y la democracia, El Diálogo Social, Unión Europea, Latinoamérica – Comunidad Andina y Asia, 1998, págs 108 y 109.

en torno al mercado de trabajo y las políticas de generación de empleo productivo, que es una responsabilidad compartida de empresarios, trabajadores y Estado:

1. Modernización de los sistemas de contratación a la luz de un mundo globalizado y en permanente cambio, como lo sería el teletrabajo. Especial consideración podría otorgarse a examinar las situaciones de sectores sometidos a formas de contratación eventual o transitoria, que tienden a extenderse en diversos sectores de actividad económica.
2. "Papel de la negociación colectiva como un instrumento eficaz para la determinación de las condiciones de contratación en una economía donde la acción del Estado tiende a reducirse en estas materias". Un reciente estudio del Banco Mundial llamado "Los sindicatos y la negociación colectiva: Efectos económicos es un ambiente global" concluye que esos derechos fundamentales en el trabajo pueden conducir a un menor desempleo, menor inflación, mayor productividad y mayor velocidad en el ajuste de las conmociones económicas, lo que constituye un giro de 180 grados en la postura tradicional del referido organismo internacional.
3. "Modernización de los sistemas de remuneración, examinado las modalidades de salarios variables asociados a desempeño y otras modalidades que vinculen al trabajador a los resultados de productividad". Vincular a la capacitación con las políticas de remuneración, estímulos y clima laboral en las empresas.
4. "Programas de capacitación y formación profesional, privados y públicos, con vinculación directa a las actividades productivas y orientados preferentemente a la reconversión de competencias técnicas de los trabajadores y a la elevación permanente de las calificaciones profesionales en un sentido de polivalencia o empleabilidad".

   La inversión en las personas en educación y capacitación es indispensable para recuperar la productividad.
5. "Sistemas de intermediación e información sobre las oportunidades del mercado de trabajo y de las ofertas de capacitación".

   El sistema de información y monitoreo de la situación laboral y social debe garantizar a los agentes económicos (empresas, trabajadores, entidades públicas, instituciones privadas) acceso a la información de manera oportuna y de calidad a fin de que estos puedan tomar decisiones adecuadas.

   Así, los trabajadores podrán disponer de la información que necesitan para obtener un empleo y reducir las dificultades que tienen para acceder a un pues-

to de trabajo. Los empresarios contarán con trabajadores que tengan las calificaciones necesarias que exige el ámbito productivo y las instituciones educativas dispondrán de información de la dinámica del mercado laboral a fin de saber que especialidades ofertar, a que niveles y con que grado de complejidad.

De otro lado, el Estado necesita contar con información que le permita conocer el funcionamiento del mercado de trabajo a fin de implementar las políticas activas de empleo y de formación profesional.

6. Sistemas de certificación de competencias profesionales, que busquen respaldo a las necesidades de los agentes socioeconómicos, pasando de una acreditación estrictamente académica con relativo valor en el mercado, a una certificación reconocida por éste, que refleje lo que los individuos saben hacer y facilite la acumulación de su capital intelectual.
7. "Otra área de importancia en la cual se requiere construir consensos se vincula con la identificación de nuevas y más eficaces modalidades de acceso a la Seguridad Social de los sectores laborales sometidos a regímenes contractuales transitorios, en general, de los nuevos sectores que crecientemente están emergiendo bajo formas contractuales denominadas atípicas".

No menos importante para las organizaciones de trabajadores y de empleadores y para el gobierno es el tema del sector informal o sector no estructurado que es un fenómeno complejo con una multiplicidad de manifestaciones.

Conocer sus orígenes o diagnóstico de sus causas, debería merecer la atención de los actores sociales . Si bien en cierto que la protección de los trabajadores dentro de la economía informal debería ser prioritaria, la solución debe responder a la realidad social y económica. La flexibilidad no es sinónimo de falta de regulación. Podría estudiarse la posibilidad de formarse una Comisión Técnica que se dedique específicamente a dar soluciones en el debate a través del consenso.

Para finalizar, veamos en el diálogo y en la concertación laboral un instrumento para la estabilidad, el desarrollo y el fortalecimiento de la democracia. Empleadores, trabajadores, Estado y la sociedad civil, deben entender que se requiere un cambio de actitud y una actitud de cambio para responder a los desafíos de este nuevo milenio. Tenemos todos una responsabilidad compartida para promover empleos de calidad, estimular la empleabilidad, asegurar la protección social, enfrentar la informalidad, entre muchas otras grandes preocupaciones ciudadanas y, por cierto, crear las condiciones para un crecimiento sostenible. Requerimos de un compromiso compartido de los actores sociales.

En resumen y a modo de conclusión, tenemos que incentivar una nueva cultura laboral que fomente día a día la armonía y no la confrontación en las relaciones laborales dentro de la empresa y de nuestra sociedad. Vayamos hacía una política laboral de consenso. Apostemos por el diálogo y la concertación en las estrategias de desarrollo que es un medio dinámico para cumplir con ese objetivo. Tomemos conciencia de la necesidad de tener una legislación estable y equilibrada. Un ejemplo actual y de gran trascendencia nacional es el acuerdo logrado por el Sub Grupo de Trabajo de Reforma Constitucional sobre los temas laborales, que han sido concordados por unanimidad entre los representantes del Congreso de la República, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, trabajadores, empleadores y expertos cuya propuesta de texto constitucional sobre la materia fue alcanzada al Congreso de la República y aprobada por éste, aunque con un agregado. En ese sentido es vital que institucionalicemos el diálogo social como método de gobierno e instancia permanente para asegurar la estabilidad del futuro de las relaciones laborales, a la vez de ser un activo sumamente importante para el desarrollo.

Viva la mejor experiencia en Perú... alójese en Sonesta



El Olivar Lima, combina la tranquilidad del hermoso Bosque El Olivar de San Isidro con la comodidad y servicios que requieren los viajeros de negocio o de placer



Miraflores Lima, un encantador hotel en el corazón de la ciudad, cerca a importantes compañías, cafés, discotecas, cines y a reconocidos mercados de artesanías peruanas



Cusco, magia y encanto al mejor estilo Peruano, con un servicio de primera clase a solo media cuadra de la Plaza de Armas



Valle Sagrado Yucay, viva una experiencia relajante rodeado de naturaleza, aire puro y bellos jardines, todo con nuestro excelente servicio



Lago Titicaca Puno, desde nuestras cómodas habitaciones, disfrute de la mejor vista del lago navegable más alto del mundo



Arequipa, comodidad frente a la Plaza de Armas y al costado de la Catedral, acompañado de nuestro servicio personalizado

Sonesta Posadas del Inca

El Olivar - Lima • Miraflores - Lima • Cusco • Valle Sagrado - Yucay • Lago Titicaca - Puno • Arequipa

Sonesta Hotels & Resorts

Reservas:
Tel: (511) 222-4777 Fax: (511) 422-4345
sales@sonestaperu.com www.sonesta.com

Ensayos sobre el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

El Título Preliminar del Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Javier Neves Mujica
Profesor de Derecho del Trabajo
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Introducción

Nuestro ordenamiento laboral todavía no cuenta con un Código o Ley General, por contraste con casi todos los demás países de nuestra región. Pese a la importante refundición en unos pocos textos de lo que estaba antes disperso en muchos, ocurrida en la década del noventa con ocasión de la reforma que redujo drásticamente los niveles de protección de los trabajadores imperantes en la legislación preexistente, el ordenamiento laboral está compuesto por una quincena de leyes y decretos legislativos que regulan las relaciones individuales y un decreto ley que se ocupa de las relaciones colectivas, además de los respectivos reglamentos.

La carencia de un texto unificado tiene como una de sus principales consecuencias la ausencia de un Título Preliminar, como el que suele presidir los Códigos de las más diversas áreas. En aquél se precisa el conjunto de criterios que orientan la aplicación e interpretación de dichos Códigos en particular, así como de los ordenamientos en que se insertan, en general.

El Título Preliminar del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, en la perspectiva expuesta, aborda los siguientes temas, que constituyen el marco global del ordenamiento laboral: el ámbito de aplicación, los principios, las fuentes y la vigencia en el espacio y en el tiempo. De cada uno de ellos vamos a ocuparnos a continuación.

II. Ambito de aplicación

El ordenamiento laboral no regula todas las prestaciones de servicios de una persona en favor de otra, sino sólo las que cumplen ciertos requisitos. Éstos son,

básicamente, que se trate de un trabajo productivo (el agente lo emprende con el fin de obtener un provecho económico), por cuenta ajena (el deudor de trabajo realiza su prestación por encargo del acreedor y no por su iniciativa), libre (el vínculo se genera en un acuerdo de voluntades entre el acreedor y el deudor de trabajo) y subordinado (el deudor no dirige su prestación sino que lo hace el acreedor). Las prestaciones que carecen de cualquiera de dichos requisitos quedan fuera del ordenamiento laboral y están reguladas por otras áreas del derecho, en singular por el civil o el mercantil si se trata de prestaciones productivas, por cuenta ajena, libres y autónomas. Entre las excluidas se encuentran las actividades que no generan derecho a retribución (como la cooperación que se brinda a los vecinos o a la comunidad en caso de emergencias o el apoyo a una obra social), se ejecutan por cuenta propia (como el trabajo de los artesanos que elaboran un producto y lo venden en el mercado o, incluso, el de padres e hijos en su hogar), o las que no se cumplen libremente, como las llamadas obligaciones cívicas (integrar una mesa en un proceso electoral) o ciertos deberes militares (en períodos de movilización ante conflictos con otros países). A algunas de ellas se refiere el artículo X.

De la presencia simultánea de los requisitos mencionados nacen los elementos esenciales de la relación laboral. Éstos son tres: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración. Ya desde antiguo la doctrina los había calificado como tales y la jurisprudencia había recogido ese parecer. La Ley de Fomento del Empleo, de 1991, fue la primera en definir entre nosotros al contrato de trabajo y señalar sus elementos esenciales, que son los mismos ahora precisados en el Título Preliminar.

En el Título Preliminar, tras identificar los tres elementos esenciales (artículo I) se detalla el contenido de dos de ellos, que son la prestación personal y la subordinación (artículos II y III). No se hace lo propio con la remuneración porque esa tarea se realiza en la parte correspondiente del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (artículos 159 y siguientes). Se ha señalado también los supuestos en los que los conceptos proporcionados se relativizan o exceptúan, que son situaciones desarrolladas después. Este es el caso, por ejemplo, de la prestación personal, cuando el trabajador es asistido por familiares directos; o de la subordinación, cuando se le debe también a la empresa usuaria y no sólo a la de servicios. En el primer supuesto, a pesar de que la prestación personal le impide al trabajador contar con auxiliares o sustitutos a su cargo, puede tenerlos -sin desnaturalizar el vínculo laboral- siempre que sean familiares directos que dependan económicamente de él y el trabajo se cumpla a domicilio. En el segundo, el trabajador debe acatar las instruccio-

nes que le imparta no sólo su empleador formal, que será una empresa de servicios, sino también la empresa usuaria, con la que la primera se encuentra ligada por un contrato de prestación de servicios.

Luego se aborda la cuestión de los rasgos típicos, que son la duración indefinida de la relación laboral, la concurrencia al centro de trabajo (y no la labor fuera de él, ya sea en la calle, ya sea desplazándose por el territorio nacional), el cumplimiento de una jornada ordinaria de labor y el trabajo para un solo empleador (artículo IV). Se trata de factores que no son indispensables para calificar una relación como laboral, pero tienen una doble utilidad: de un lado, actúan como síntomas de la existencia de un vínculo laboral y, del otro, como condición para el acceso a ciertos derechos. La primera función se verifica frente a una controversia sobre la naturaleza de una relación, en la que dichos rasgos pueden actuar como indicios de que es laboral, posición que se favorece si el vínculo es permanente, se presta en el centro de trabajo, a tiempo completo y en forma exclusiva. La segunda opera en el ordenamiento actual para excluir a los trabajadores con menos de cuatro horas diarias de labor de beneficios tan importantes como la compensación por tiempo de servicios o la indemnización por despido arbitrario; y en el Anteproyecto, por ejemplo, al exigirse una jornada completa para percibir la remuneración total y no la proporcional.

El siguiente asunto que se trata es el de dos presunciones (articulo V). Ambas son relativas, por lo que pueden ser desvirtuadas por quien las sufre. La primera es sobre la existencia de subordinación en todo vínculo personal y remunerado. El deudor de trabajo deberá probar, por tanto, los dos últimos elementos y el acreedor deberá desvirtuar el primero. Las prestaciones de servicios regidas por el Derecho Civil o Mercantil no son necesariamente -ni frecuentemente- personales; muchas veces están a cargo de personas jurídicas y no naturales, que pueden emplear sustitutos o auxiliares a su cargo. Sí son indispensablemente retribuidas. Por tanto, el campo vecino al del Derecho del Trabajo es el de los vínculos civiles (contratos de locación de servicios y de obra) o mercantiles (contratos de agencia, comisión y corretaje), personales y retribuidos. Es respecto de ellos que resulta más viable ocultar la realidad y evadir la protección al deudor de trabajo, fingiendo que una relación subordinada es autónoma. Por ello el Anteproyecto de Ley General de Trabajo ha buscado facilitar la actividad probatoria del deudor de trabajo beneficiándolo con la presunción de que su vínculo es subordinado. El acreedor tendrá que acreditar que no tuvo -y, por tanto, no ejerció- sobre el deudor poder directivo alguno.

La segunda recae sobre la existencia de un vínculo laboral entre quien presta un servicio y quien lo utiliza al interior de un centro de trabajo. Surge de la convicción de que una empresa mínimamente organizada puede detectar y rechazar la prestación no convenida de servicios por un trabajador. En caso contrario, se entiende que ha brindado tácitamente su consentimiento para la constitución de una relación laboral.

El artículo VI permite que se les pueda extender por leyes expresas alguno o algunos derechos laborales, a quienes prestan servicios autónomos y retribuidos y por tanto no regidos por el ordenamiento laboral sino por el civil o el mercantil, siempre que el servicio que se brinde sea personal, autónomo y retribuido. Se trata de una equiparación fundada en la semejanza de condiciones de trabajo y de vida que existe entre unos y otros deudores de trabajo. Un caso en el que justamente ocurre lo expuesto, es el de los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajadores. Aquí el Anteproyecto (artículo IX), fundado en la doctrina según la cual dichos trabajadores prestan un servicio por cuenta propia, en tanto sus condiciones de socio y de trabajador son inescindibles; así como en nuestro propio ordenamiento, que si bien los ha excluido de la legislación laboral, ha tendido a reconocerles beneficios equivalentes a los de los trabajadores comunes, practica la equiparación. Así, por ejemplo, la Ley de Formación y Promoción Laboral les otorga a los socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajadores los derechos y beneficios sociales de los trabajadores de la actividad privada (artículo 50) y le atribuye a la magistratura del trabajo competencia para conocer las controversias asociativo-laborales que surjan entre los socios trabajadores y sus Cooperativas de Trabajadores; y la Ley General de Inspección incluye a las Cooperativas de Trabajadores y a sus socios trabajadores, entre las entidades y personas que le compete fiscalizar (artículo 2). El Título Preliminar, sin calificarlos de trabajadores, los sujeta a la regulación del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo.

En el Anteproyecto se propone avanzar en la fusión de los regímenes laborales que rigen para los trabajadores de la actividad privada y del sector público, unificándolos en el primero. Así, se dice en el artículo 4 que el empleador sujeto al Anteproyecto puede tener naturaleza privada o pública y, más específicamente, en las Disposiciones Complementarias se precisa que los trabajadores públicos quedarían inmediatamente regulados por esta norma en materia de sindicación y de huelga, tendrían un régimen especial en cuestión de negociación colectiva y se les incorporaría gradualmente en el campo de las relaciones individuales, en tanto esto importa erogaciones presupuestarias (Quinta y Octava).

Finalmente, se determina dos categorías a las que se les aplica la Ley General de Trabajo en lo que resulte pertinente, respetando sus propias normas: los trabajadores independientes (artículo VII) y los de regímenes especiales (artículo VIII). Entre las disposiciones claramente aplicables para estas categorías estarían, por ejemplo, las referidas a las relaciones colectivas de trabajo. El Anteproyecto no se ocupa de los regímenes especiales ni de las cuestiones procesales, sino sólo de los aspectos sustantivos del régimen común, porque se trata de una Ley General y no de un Código del Trabajo.

III. Principios

En el artículo XI se formula un listado abierto de principios del Derecho del Trabajo. La relación podría ampliarse por vía jurisprudencial -y, por cierto, legislativa- incorporando otros derivados de la dignidad de la persona y de su protección por el Estado. En ella se menciona y define a los más importantes principios, casi todos los cuales se encuentran recogidos por nuestro ordenamiento.

El de interpretación más favorable opera cuando una norma ofrece varios sentidos y conduce a elegir el más ventajoso para el trabajador. Está consagrado por la Constitución (artículo 26, numeral 3) y la Ley Procesal del Trabajo (artículo II del Título Preliminar). Se puede utilizar para esclarecer el significado, por ejemplo, de una ley, la parte normativa de un convenio colectivo, el reglamento interno de trabajo, etc. Resulta aplicable también en la interpretación del contrato, aunque no es una norma, porque hay desigualdad entre los sujetos que lo celebran. Esta extensión se funda en el *in dubio contra stipulatorem,* reconocido en el Código Civil para la interpretación de las cláusulas generales de contratación (artículo 1401), porque ellas son elaboradas unilateralmente por un predisponente para celebrar después sucesivos contratos con sujetos con poderes inferiores.

El de norma más favorable opera cuando un hecho está regulado a la vez por dos o más normas incompatibles y conduce a preferir la más ventajosa para el trabajador. Está consagrado por la Ley Procesal del Trabajo (artículo II del Título Preliminar). Se excluye de su alcance el conflicto entre normas estatales de distinto rango, que debe resolverse con el criterio de la jerarquía, que en este caso resulta más fuerte que el de la favorabilidad. Así, el reglamento más beneficioso no puede desplazar a la ley. Se precisa que la comparación entre las normas se hará por instituciones. Se deja de lado, por tanto, las teorías del conjunto y de la acumulación. De este modo, se contrasta únicamente la materia abordada divergentemente

y no todas y no se construye forzadamente nuevas regulaciones, que es lo que provocan las dos últimas teorías, respectivamente. El conflicto entre convenios colectivos se trata en el Título correspondiente a la negociación colectiva (artículo 347). Podría producirse en supuestos de negociación simultánea a más de un nivel, por ejemplo el de empresa y el de rama de actividad, en la que no se hubiera optado por la articulación. En este caso se adopta la teoría del conjunto y se permite a los trabajadores elegir al que resulte más favorable..

El de irrenunciabilidad de derechos opera para invalidar el abandono voluntario por el trabajador de sus derechos reconocidos por normas imperativas. El ordenamiento laboral está conformado centralmente por normas mínimas, que fijan pisos a la autonomía colectiva o individual y, por consiguiente, admiten únicamente la mejora pero no la disminución. Sólo resultan disponibles, por tanto, los derechos surgidos de normas dispositivas (como una ley o un convenio colectivo que permiten al trabajador escoger entre dos sistemas) o de actos o hechos no normativos (como el contrato de trabajo o la consolidación por el transcurso del tiempo). Está consagrado por la Constitución (artículo 26, numeral 2), la Ley Procesal del Trabajo (artículo III del Título Preliminar) y la Ley General de Inspección (artículo 3 inciso c).

El de condición más beneficiosa opera para mantener los beneficios obtenidos de actos o hechos no normativos: contratos de trabajo, concesiones unilaterales del empleador o consolidaciones por el transcurso del tiempo. Este último concepto se define en el artículo XVI, para distinguirlo de la costumbre: ambas son prácticas reiteradas que generan convicción de obligatoriedad, pero la consolidación recae en favor de sujetos determinados y la costumbre sobre un grupo o una categoría. El principio no tiene recepción genérica en nuestra actual legislación laboral, aunque se le ha respetado en numerosos casos aislados.

El de igualdad tiene una dimensión formal, en la que se prescribe el trato igual a los iguales y desigual a los desiguales, por el Estado o por los particulares; y otra sustancial, en la que se persigue la igualación efectiva de los colectivos en desventaja. Se prohibe la discriminación directa, consistente en un trato desigual injustificado, y -por primera vez en nuestro ordenamiento, de manera expresa- la indirecta, consistente en una medida neutra que provoca un impacto adverso desproporcionadamente mayor en un colectivo que en otro, por ejemplo, un requisito como la estatura que puede segregar a más mujeres que hombres. Asimismo, se autoriza al Estado a implementar acciones positivas para corregir los desequilibrios reales en la sociedad, a favor de colectivos perjudicados. Tal sería el caso, por

ejemplo, del fomento del empleo de los trabajadores con responsabilidades familiares, las mujeres, los discapacitados, etc. Se consagra por la Constitución (artículo 2 numeral 2 y artículo 26 numeral 1), por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículos 33 y 79) e innumerables otras disposiciones nacionales e internacionales.

El de primacía de la realidad opera para preferir la verdad oculta a las formas aparentes, en supuestos como el encubrimiento de un vínculo laboral tras la máscara de uno civil, o de un contrato de duración indefinida disimulado tras otro de duración determinada, o de una calificación como trabajador de dirección o de confianza a quien no desempeña un cargo de tal naturaleza. Se consagra por la Ley General de Inspección (artículo 3 inciso b) y su Reglamento (artículo 9) y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículo 77)

El de fomento por el Estado de la autonomía colectiva busca estimular que el ordenamiento laboral se construya principalmente sobre la base de convenios colectivos producidos por las propias partes, con el soporte estatal, y sólo supletoriamente por el Estado, allí donde la autonomía colectiva no se ejerce. Se consagra por la Constitución (artículo 28 numeral 2) y el Convenio Internacional del Trabajo 98 (artículo 4).

El de fomento de la formalidad para favorecer a las empresas que cumplen la legislación en la obtención de beneficios por el Estado. Esta podría ser la base sobre la cual se aliente la formalización de las microempresas, a través de mecanismos tributarios, financieros, crediticios, etc., sin sacrificar los derechos de los trabajadores.

IV. Fuentes

En este rubro se presenta una relación de las principales fuentes normativas o no normativas de las relaciones individuales o colectivas de trabajo (artículo XII). La enumeración no es exhaustiva ni supone una ordenación jerárquica. Luego se alude a las características más relevantes de algunas de ellas.

El artículo XIII toma dos conceptos de la actual Constitución (que están también previstos en el proyecto de nueva Constitución): de un lado, la cláusula de los derechos implícitos, conforme a la cual los tratados sobre derechos humanos completan la enumeración de derechos contenida en la Constitución y la ley (artículo 3); y de otro, cumplen una función interpretativa de éstas (Cuarta Disposición Final y Transitoria). Ambas propiedades se resaltan, como parece pertinente, en el caso de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

El artículo XIV precisa el alcance de los decretos de urgencia en la línea de lo dispuesto por la Ley sobre atribuciones normativas del Presidente de la República (artículo 4). Se trata de constreñir la utilización de esa figura de excepción, de la que con frecuencia se ha hecho abuso, a su verdadero ámbito laboral: los derechos de los trabajadores públicos regidos por la Ley de Presupuesto. En consecuencia, los decretos de urgencia en materia laboral no podrían afectar los derechos de los trabajadores de la actividad privada y, en el caso de los del sector público, no podrían suspender la aplicación de convenios colectivos sino sólo de las normas presupuestarias.

El artículo XV distingue, como lo ha efectuado la doctrina desde antiguo y lo ha recogido nuestro ordenamiento (artículo 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), entre las tres partes que puede tener un convenio colectivo: la normativa, la obligacional y la delimitadora. La primera comprende la regulación de las relaciones individuales de trabajo, es decir, de los derechos y obligaciones de los trabajadores y del empleador; asimismo, abarca las reglas sobre articulación entre convenios colectivos o solución de conflictos entre ellos, en los supuestos de negociación colectiva a más de un nivel a la vez. La segunda regula las relaciones colectivas de trabajo, con la salvedad indicada, esto es, los derechos y obligaciones que pactan entre sí las partes celebrantes del convenio colectivo. La tercera determina los ámbitos de vigencia del convenio colectivo, en lo personal (el universo de trabajadores a los que se les aplica), espacial (la unidad en la que rige, que puede ser la empresa o unidades mayores o menores y en un territorio específico) y temporal (desde cuándo y hasta cuándo rige).

El artículo XVI define la costumbre y la consolidación por el transcurso del tiempo, que -como ya dijimos- tienen en común el consistir en comportamientos repetidos que generan conciencia de obligatoriedad, pero tienen de distinto sus efectos: la costumbre produce derechos y obligaciones en forma abstracta (el sujeto destinatario: por ejemplo, los obreros o las enfermeras) y general (la acción prescrita: por ejemplo, tienen derecho a una asignación familiar) y la consolidación por el transcurso del tiempo lo hace de modo concreto y particular.

El artículo XVII remite supletoriamente al Código Civil para la regulación de los supuestos no regulados por la Ley General del Trabajo, condicionando su empleo a la inexistencia de incompatibilidades de naturaleza, que podrían ocurrir entre áreas que tienen concepciones diversas: mientras el Derecho Civil suele considerar a los contratantes como formalmente iguales y libres, el Derecho del Trabajo

los percibe como materialmente desiguales y a uno de ellos como no auténticamente libre. Se repite la remisión efectuada por el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, pero en dirección opuesta: desde el ordenamiento suplido hacia el supletorio.

V. Vigencia en el espacio

En este rubro, se establece primero que las relaciones laborales que carecen de elementos internacionales, porque la contratación y la ejecución han ocurrido en el Perú, se rigen por la Ley General del Trabajo (artículo XVIII).

Luego, el Título Preliminar se ocupa de las relaciones laborales internacionales. Distingue dos tipos (artículo XIX): aquéllas en las que la contratación se ha producido en un país y el cumplimiento total o parcialmente en otro, siendo uno de ellos el Perú; y aquéllas que se ejecutan en sedes diplomáticas de Estados extranjeros o de organismos internacionales acreditas en el Perú. Serían ejemplos del primer caso, que el contrato se hubiera celebrado en el Perú y la relación se hubiera ejecutado en Chile y Bolivia (quizá también en parte en el Perú) o que el contrato se hubiera celebrado en Argentina y la relación se hubiera ejecutado en el Perú y Ecuador; y, del segundo, el vínculo laboral establecido en la Embajada de España o en la sede de la Comunidad Andina en el Perú. En ningún supuesto interesa la nacionalidad del trabajador.

Sobre las primeras, se señala que se rigen por los tratados que hubiera y, a falta de ellos, por las reglas previstas en el Título Preliminar (artículo XX). Estas reglas determinan que el juez peruano es competente cuando el demandado domicilia en el Perú o cuando, pese a no domiciliar en el Perú, el contrato se celebró o la relación se cumplió en este país. Se inspiran, pues, en los artículos 2057 y 2058 del Código Civil. La legislación aplicable será la peruana cuando la relación se haya cumplido en el Perú, pese a que el contrato se hubiera celebrado en el extranjero; o cuando el contrato se hubiera celebrado en el Perú, pese a que su ejecución se hubiera producido en el extranjero. Aquí se han recogido sólo algunos criterios de los establecidos por el artículo 2095 del Código Civil: se ha eliminado la opción de elegir la ley aplicable, porque hubiera exigido condicionarla a que recayera sobre la más favorable, lo que llevaría al juez a complejas comparaciones, y se han simplificado los supuestos de aplicación de la ley del lugar de cumplimiento y de celebración. En los ejemplos del párrafo anterior, pues, el juez peruano resultaría competente y la ley peruana sería aplicable.

Sobre las segundas, se adopta la moderna teoría de la inmunidad relativa, que excluye de la exención jurisdiccional de que disfrutan las sedes diplomáticas, ya sean de Estados extranjeros, ya sean de organismos internacionales, en virtud de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y los Acuerdos de Sede, respectivamente, a los actos de gestión (artículo XX). Entre estos se encuentran las relaciones laborales. De este modo, mientras un Estado extranjero no podrá ser demandado ante un juez peruano y no podrá ejecutársele una sentencia si hubiera habido un proceso, salvo renuncia a su exención, cuando se trate de un asunto de imperio, sí podrá emplazársele respecto de las relaciones laborales cumplidas en su misión o con sus agentes. Se busca superar así la grave lesión al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva consagrado en la Constitución y en los tratados de derechos humanos, que provoca la adopción de la tesis de la inmunidad absoluta por nuestra jurisprudencia.

VI. Vigencia en el tiempo

La cuestión de la vigencia en el tiempo se aborda en dos artículos (XXII y XXIII). En el primero se determina que la vigencia de las normas se rige por la teoría de los hechos cumplidos, como lo hace el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. De esta manera, la nueva norma (sea una ley, sea un convenio colectivo, sea un reglamento interno de trabajo, etc.) deroga o modifica a su equivalente anterior, con aplicación inmediata para las relaciones laborales existentes. Esto sucede tanto si la nueva norma mejora la situación de los trabajadores, como si la empeora. Luego se restituye la retroactividad laboral benigna, que estuvo prevista en la Constitución de 1979 y la de 1993 inexplicablemente suprimió. Esta propuesta estaba condicionada a que el proyecto de nueva Constitución la restableciera, lo que afortunadamente ha ocurrido. Por tratarse de una excepción a la regla de la irretroactividad, tendría que declararse expresamente el carácter retroactivo de una norma.

En el segundo artículo se reconoce la existencia de derechos adquiridos sólo de actos o hechos no normativos. Está concordado con el artículo XI numeral 4 sobre el principio de condición más beneficiosa.

La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en el Perú

Wilfredo Sanguineti Raymond
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

I. Premisa

De entre las diversas novedades presentes en el Proyecto de Ley General de Trabajo, una de las más relevantes está constituida, sin lugar a dudas, por la inclusión de una regla dirigida a facilitar a quien alegue la existencia de un contrato de trabajo la prueba de la concurrencia de los elementos que lo caracterizan. Ésta se encuentra presente en el artículo V del Título preliminar, de acuerdo con el cual se presume "que toda prestación de servicios es subordinada" y también "la existencia de un vínculo laboral entre quien presta un servicio al interior de un centro de trabajo y quien lo aprovecha". El Proyecto introduce, de este modo, por vez primera en la historia del Derecho del Trabajo en el Perú, la denominada presunción de laboralidad[1], una institución de antigua raigambre dentro del Derecho del Trabajo a nivel comparado, pero que hasta el momento no había merecido la atención del legislador nacional.

El carácter novedoso de la introducción de esta institución, así como el hecho de que llegue a nuestro país con un retraso casi centenario respecto de otros ordenamientos, hacen necesario un examen detallado, tanto de su naturaleza y fundamento, como de la función que es capaz de cumplir en la etapa actual de la evolución del Derecho del Trabajo en el Perú. Del mismo modo, la originalidad con la que, como será posible constatar más adelante, ha sido formulada esta presunción dentro del Proyecto,

[1] Conocida también como "presunción laboral" o "presunción de existencia del contrato de trabajo". Se ha optado aquí por el empleo de la denominación que aparece en el texto por entender que es la que refleja con mayor fidelidad la función y el sentido de la institución.

aconseja dedicar una especial atención al esclarecimiento de su sentido y alcances. Las páginas que siguen están dirigidas a este triple propósito.

II. La presunción de laboralidad: ¿un anacronismo jurídico?

Como seguramente ocurre con la mayor parte de las instituciones jurídicas, la presunción de laboralidad solamente resulta inteligible si se la contempla en el marco de las necesidades que en un momento dado de la evolución del Derecho del Trabajo dieron lugar a su creación. Esta aproximación, sin embargo, resultaría incompleta si no se procediese a continuación a ponerla en contacto con las transformaciones en que los últimos años vienen afectando a la configuración institucional de esta disciplina, con el fin de establecer si las razones que entonces justificaron su incorporación al ordenamiento laboral mantienen en la actualidad vigencia y recomiendan su preservación.

A. Orígenes y fundamento de la institución

La inclusión de mecanismos dirigidos a garantizar la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos evasivos que en este ámbito pueden producirse, ha corrido paralela a la afirmación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. Expresión de este afán garantista han sido, desde antiguo, tanto la atribución de carácter imperativo e irrenunciable a los derechos reconocidos a los trabajadores por las normas laborales, que permite negar validez a los acuerdos suscritos con un mero propósito defraudatorio, aún cuando éstos cuenten con consentimiento expreso, como la afirmación de la prevalencia, a la hora de determinar la existencia de un contrato de trabajo, de la concurrencia en los hechos de sus presupuestos sustantivos sobre la formal y sólo aparente suscripción de un contrato de índole civil o mercantil.

Rápidamente, sin embargo, se advertiría la insuficiencia de la aplicación de estos dos mecanismos defensivos para hacer frente de forma exitosa al fenómeno del fraude en la contratación laboral. La razón de ello no es difícil de discernir. Para hacerlo basta con tomar conciencia de que los mismos sólo resultan aplicables en la medida en que el sujeto que demanda su inclusión en el ámbito de la laboralidad consiga demostrar que se ha producido una renuncia indebida a la tutela ofrecida por las normas laborales o un incumplimiento de los mandatos en ellas contenidas, por reunir su prestación con todas las condiciones exigidas para

su aplicación imperativa. Con ello se termina por dejar intacto el problema de fondo, que no suele ser en estos casos otro que, precisamente, el de la prueba por parte del afectado de la concurrencia de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo. Esta es una dificultad que, si ya tratándose de situaciones no afectadas por ningún tipo de maniobra elusiva puede resultar harto difícil de superar, se torna aún más ardua cuando tales elementos –y en especial la subordinación– han sido artificiosamente encubiertos con el deliberado propósito de dificultar su apreciación. Se abre así la posibilidad de que verdaderos trabajadores permanezcan extramuros del Derecho del Trabajo, con la consiguiente frustración de su finalidad protectora, debido a la imposibilidad de demostrar la existencia de un contrato de trabajo.

La denominada presunción de laboralidad constituye, precisamente, el instrumento diseñado por los ordenamientos laborales, desde su etapa germinal, para solventar este tipo de inconvenientes, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo. Su origen se encuentra en la Ley de Tribunales Industriales de España, aprobada el 19 de mayo de 1908, cuyo artículo 5.2 dispuso que "el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta". Una formulación que pasará con más o menos variaciones formales, en especial en lo atinente a la sustitución de la genérica referencia a la prestación de trabajo por una más específica a la prestación de servicios, tanto al Código de Trabajo de 1926 y a las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, como a las legislaciones laborales de numerosos países americanos y europeos, hasta llegar a convertirse en uno de los componentes característicos de esta disciplina jurídica [2].

[2] Sobre los orígenes de la presunción laboral en el Derecho del Trabajo español puede verse M. Rodríguez-Piñero Royo, **La presunción de existencia del contrato de trabajo**, Madrid, Civitas, 1994, págs. 61-74. Referencias a la recepción de esta institución por parte de las legislaciones históricas de México, Venezuela, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Colombia, Costa Rica, Paraguay, República Dominicana, Argentina, Gran Bretaña, Bélgica y Grecia pueden consultarse en M. De la Cueva, "La presunción laboral", **Derecho del Trabajo**, Buenos Aires, 1959, T. XIX, pág. 622; W. Sanguineti Raymond, **El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo**, Lima, Cultural Cuzco, 1ª edic., 1988, pág. 344, nota 51; y J. Luján Alcaraz, **La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo**, Madrid, MTSS, 1994, págs. 269-269, nota 26. En el caso del Perú, como se ha anticipado, no existen precedentes de esta institución. El texto del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no debe inducir a confusión, pese a su proximidad, puesto que lo que a través de él se contempla no realmente una presunción de existencia del contrato de trabajo, como habrá ocasión de razonar más adelante.

Es indudable que, con semejante configuración, la presunción de laboralidad instaurada por distintas legislaciones laborales nacionales a partir de los inicios del siglo anterior no puede ser considerada sino como una manifestación más del carácter tutelar del Derecho del Trabajo. Una orientación que, aplicada al plano de la prueba de la existencia del contrato que abre las puertas a su aplicación, aconseja, en garantía de la consecución de los fines equilibradores que informan la configuración de esta disciplina, aligerar al trabajador, en tanto parte débil de la relación y potencial sujeto pasivo de presiones dirigidas a apartarlo del terreno de la laboralidad, la demostración de su presencia. El fin último de la presunción de laboralidad es, de este modo, el de afirmar la efectividad de las normas laborales en todas aquellos situaciones en que, debido al intento malicioso de esquivar su aplicación, sus presupuestos sustantivos resultan difíciles de acreditar [3].

Naturalmente, el hecho de que lo que se encuentre en discusión en estos casos sea precisamente la atribución al demandante de tutela de la condición de trabajador, determina que la presunción no pueda operar sino a partir de la aportación por parte del mismo de al menos un principio de prueba, que proporcione al intérprete indicios racionales del carácter laboral de la relación objeto de debate. Este principio de prueba ha estado constituido, desde la creación misma de la institución, por la demostración de la prestación del trabajo o los servicios en provecho del sujeto al que se pretende atribuir la condición de empleador. Esta opción no es arbitraria, sino que se apoya en una doble batería de consideraciones de orden fáctico. La primera de ellas está constituida por la constatación de la mayor dificultad que supone la demostración de la presencia del elemento subordinación o dependencia, definitorio para la afirmación de la laboralidad del vínculo, frente a la sola prueba de la existencia de una prestación personal de servicios. A ésta se añade, no obstante, la convicción del legislador en torno a la superior frecuencia con la que los servicios son prestados bajo el poder de disposición ajeno y no de forma autónoma. En la base de la presunción se sitúa, de esta forma, "una tabla de probabilidades derivada de la experiencia", que ha permitido poner de manifiesto que cuando las personas prestan sus servicios lo hacen en un elevado porcentaje de su-

[3] Vid., con carácter general, M. Rodríguez-Piñero Royo, op. cit., págs. 58-59, así como J. Luján Alcaraz, op. cit., pág. 271.

puestos en condiciones de subordinación[4]. Lo que caracteriza a la presunción de laboralidad es, así pues, que en ella, lo mismo en cualquier otra, se da por cierta determinada afirmación (en este caso, la existencia de un contrato de trabajo), a partir de la demostración de otra distinta (la prestación de un servicio), de la que la primera puede ser deducida "en aplicación de las máximas de experiencia comunes" o "en virtud de las reglas del criterio humano"[5].

Al contar con este sostén, la presunción en cuestión no ha tenido nunca la virtualidad de generar una inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, capaz de dispensar al sujeto que alega la laboralidad del vínculo de todo gravamen probatorio. Antes bien, su efecto ha sido siempre el de alterar el contenido de la misma, sustituyendo el deber del sujeto de probar todas las notas que permiten afirmar el carácter laboral de la prestación de servicios (hecho presunto), por la exclusiva demostración de la existencia de ésta última (hecho base de la presunción)[6]. Del mismo modo, dado que "el hecho presumido no es una necesidad sino tan sólo una probabilidad"[7], ésta presunción ha sido entendida invariablemente como una *juris tantum*, susceptible de ser enervada, mediante la acreditación por quien niega para sí la condición de empleador, que opera como base de la misma (la prestación de servicios) es falso o inexistente (contraprueba), o existen otros hechos concurrentes (como su gratuidad o la ausencia de subordinación) que impiden o anulan la producción del hecho presunto (prueba en contrario)[8].

Ahora bien, aunque la presunción de laboralidad es una institución de naturaleza eminentemente procesal, cuya función es la de dar lugar a un medio alternativo o supletorio de prueba de la existencia de la relación de trabajo, posee también una clara e indiscutible proyección en el plano sustantivo. Esto es así en la medida en

---

[4] De la Cueva, op. cit., pág. 618. Con todo, aunque esta es la base sobre la que se ha apoyado la construcción de la presunción de laboralidad en la mayor parte de ordenamientos, no es ni mucho menos la única posible. De hecho, su aplicación puede ser sustentada también a partir de la afirmación de la existencia de una relación de mutua correspondencia entre los elementos prestación de servicios y subordinación, que impugna la posibilidad de que existan prestaciones de servicios que carezcan de este atributo, como he tenido la ocasión de destacar en la obra citada en la nota núm. 1, págs. 346-347 (págs. 231-232 de la 2ª edic.).

[5] Según la doble afirmación de S. González Ortega, "La presunción de existencia del contrato de trabajo", en AA.VV., **Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo**, Madrid, MTSS, 1990, pág. 795.

[6] Como afirma J. Luján Alcaraz, op. cit., págs. 265, 280.

[7] Dicho en palabras de De la Cueva, op. cit., pág. 630.

[8] Por todos, J. Luján Alcaraz, op. cit., pág. 290.

que, como no es difícil de suponer, su aplicación convierte a la pura y simple prestación de servicios, al margen de toda consideración sobre los caracteres que la adornan, en el único presupuesto sustantivo realmente indispensable para afirmar la presencia de un contrato de trabajo, con el consiguiente desplazamiento de los demás, y en especial de la subordinación, cuya prueba solamente resulta necesaria en caso de que el presunto empleador consiga aportar indicios de autonomía capaces de alterar el juego normal de la presunción. A fin de cuentas, como se ha afirmado, como consecuencia de su aplicación, es posible considerar que existe contrato de trabajo desde el momento en que se prestan servicios a otro, salvo que se pruebe que esa prestación de servicios no se hizo en las condiciones propias de la relación laboral [9].

Ésta es una solución que fomenta la *vis* atractiva del Derecho del Trabajo, es decir su tendencia a abarcar una porción cada vez mayor de las relaciones jurídicas cuyo objeto está constituido por el trabajo humano, en desmedro de la aplicación de las normas civiles y mercantiles sobre la materia. De allí que la presunción de laboralidad haya sido considerada como una herramienta "al servicio de la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo", a través de la cual se "consigna el cambio operado en las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho del Trabajo", que ha conducido a éste a asumir la condición de "derecho común de las prestaciones de servicios", relegando al primero al rol de mero "derecho de excepción"[10]. Esto es tan cierto como que, a partir de su incorporación a un ordenamiento dado, es posible afirmar que corresponde al sujeto que recibe o utiliza la energía de trabajo de otro, cuando crea que esa prestación no está gobernada por el Derecho del Trabajo, el deber de probar los presupuestos de su afirmación[11]. Reputándose, de no conseguirlo, que su naturaleza es laboral.

B. El retroceso de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y la revalorización del trabajo autónomo como condicionantes de la permanencia de la presunción de laboralidad

Con todo, transformaciones recientes en la realidad productiva y las estrategias empresariales vienen favoreciendo en numerosos países, especialmente europeos,

---

[9] Nuevamente, J. Luján Alcaraz, op. cit., esta vez págs. 275-276.

[10] En la ya clásica observación de De la Cueva, "La presunción ...", cit., pág. 618.

[11] Loc. cit.

una reacción en contra de la hasta el momento inexorable vocación expansiva del Derecho del Trabajo y, por ende, también de la presunción de laboralidad en la que ésta se ha venido apoyando[12].

Frente a la tendencia a la asalarización de la fuerza de trabajo imperante en las décadas pasadas, los últimos años han sido testigos de la expansión de formas hasta el momento desconocidas o poco utilizadas de trabajo autónomo, las cuales no tienen por qué ser consideradas, al menos de forma necesaria, como simples instrumentos al servicio de una política de elusión fraudulenta de la aplicación de las normas laborales, como venía ocurriendo en el pasado. Antes bien, son expresión del recurso lícito a formas de organización de la producción distintas de las basadas en el ejercicio del poder de dirección, que ha dejado de ser en la fase actual de la evolución de las formas de organización de los sistemas productivos el único instrumento a través del cual es posible garantizarse el resultado del trabajo ajeno[13].

La constatación de este fenómeno ha conducido plantearse en muchos ordenamientos la conveniencia de poner freno a esa suerte de "imperialismo" que se encuentra en la base de la vocación expansiva del Derecho del Trabajo. Frente a ello, se postula la necesidad de, preservando siempre dentro del ámbito de la laboralidad todas aquellas relaciones que reúnan los requisitos para ello, respetar también el deseo de las partes de vincularse a través de un contrato distinto del de trabajo, siempre que su voluntad –real y no sólo formal– sea precisamente esa. Esta propensión "a la revalorización de la calificación contractual hecha por las partes", con la consiguiente "autocontención en la apreciación fraudulenta"[14], no sólo se ha expresado a través de un cambio en la orientación de la jurisprudencia, que se muestra en muchos países más proclive ahora que en el pasado a admitir la validez de lo estipulado, al menos cuando ello no haya quedado claramente desmentido por la observación de sus comportamientos[15]. El afán de poner trabas al desarrollo del trabajo autónomo ha

---

[12] Vid. A. Supiot (Coordinador), **Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa**, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, págs. 40-41.

[13] En general sobre este fenómeno, vid. W. Sanguineti Raymond, **Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos**, Lima, Ara, 1996, especialmente págs. 65 y sigs.

[14] Sobre las cuales llama la atención F. Pérez de los Cobos, "El trabajo subordinado como tipo contractual", **Documentación Laboral**, Madrid, 1993, núm. 39, pág. 47.

[15] Vid. A. Supiot, op. cit., pág. 41; y F. Pérez de los Cobos, loc. cit., con referencia a la jurisprudencia española e italiana.

conducido en varios países europeos también al legislador a neutralizar la presunción de laboralidad e incluso a introducir mecanismos de signo opuesto, ya se trate de presunciones en favor del trabajo autónomo o de procedimientos dirigidos a aportar mayor certeza y estabilidad a la calificación como no laboral de la relación.

Donde el retroceso de la presunción de laboralidad ha sido más claro y evidente es precisamente en España, el país donde nació esta institución. Dejando de lado la formulación adoptada por sus precedentes, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado en su versión original a través de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, ha optado por indicar en su artículo 8.1 que el contrato de trabajo "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél". Como no es difícil de apreciar, a través de esta fórmula se deja de lado cualquier presunción de laboralidad, toda vez que lo que se exige para su aplicación es la prueba directa de todos los elementos que, de acuerdo con el texto del artículo 1.1 del mencionado cuerpo legal, son requeridos para la existencia de un contrato de trabajo. Nada hay, en consecuencia, que presumir aquí, como no sea la existencia del consentimiento de las partes para obligarse a través de un contrato de este tipo. De allí que se haya a afirmado que la "lectura malévola e irónica" de este artículo lleva a la sorprendente conclusión de que "lo que se dice, más o menos, es que cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo"[16]. Firmado de este modo el certificado de defunción de la presunción de laboralidad[17], la virtualidad del precepto en cuestión se resumiría, de un lado, en la presunción de la existencia de consentimiento de las partes en los supuestos en que éstas no han tenido ocasión de manifestar su voluntad de obligarse laboralmente[18], y, del otro, en la preferencia legal del contrato de trabajo frente a las demás formas de articulación de la prestación de trabajo subordinado admitidas por el ordenamiento jurídico español[19].

---

[16] M. Alonso Olea y G. Barreiro González, **El Estatuto de los Trabajadores**, Madrid, Civitas, 1991, 3ª edic., págs. 62-63.

[17] Como apunta J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit., pág. 271.

[18] Como opina S. González Ortega, "La presunción ...", cit., especialmente pág. 808.

[19] Según entiende, de modo complementario, M. Rodríguez-Piñero Royo, **La presunción ...**, cit., pág. 138, con la atención puesta en el empleo público en régimen de Derecho Administrativo.

Hay ordenamientos que han llegado incluso más lejos, al optar por introducir presunciones de signo inverso, en un claro intento de acabar con cualquier restricción que por vía interpretativa pudiera ser impuesta al recurso al trabajo autónomo. Este es el caso de Francia, donde la Ley 94/126, de 11 de febrero de 1994, relativa a la iniciativa y la empresa individual, conocida como Ley *Madelín*, introdujo una presunción *juris tantum* de no laboralidad de las prestaciones o actividades desarrolladas por personas físicas inscritas en el registro de comercio y sociedades, en el repertorio de oficios o de agentes comerciales o en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Una opción que ha sido valorada como una reacción "frente a lo que el legislador ha considerado calificaciones abusivas como laborales de relaciones fronterizas y dudosas, civiles y mercantiles, efectuadas por la jurisprudencia y por los órganos de la Seguridad Social"[20].

Finalmente, en esta línea se inscribe también la reciente delegación de facultades legislativas concedida al Gobierno italiano por la Ley núm. 30, de 14 de febrero de 2003, para la regulación de un procedimiento de "certificación" de la calificación jurídica de las relaciones que tengan por objeto una prestación de trabajo, cuya finalidad no es otra que la de reducir la litigiosidad sobre la materia mediante la aportación de certeza y transparencia a la identificación del *nomen juris* del contrato realizada inicialmente por las partes. Naturalmente, ésta es una institución que solamente tiene sentido si de lo que se trata es de "certificar" la corrección de la opción de partida por figuras distintas del contrato de trabajo[21].

3. ¿Tiene futuro la presunción de laboralidad?

¿Significa lo expuesto en el apartado anterior que la presunción de laboralidad constituye un auténtico anacronismo jurídico, destinado a ser borrado tarde o temprano de la faz de la mayor parte de los ordenamientos laborales?

---

[20] Por J. López Gandía, **Contrato de trabajo y figuras afines**, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pág. 38. Vid también, A Supiot, op. cit., pág. 41.

[21] Con todo, la norma delegante, como seguramente no podía ser de otro modo, permite la impugnación en juicio de la certificación efectuada "en caso de errónea calificación del programa negocial por parte del órgano establecido" a efecto o cuando no exista correspondencia entre "el programa negocial efectivamente realizado por las partes" y el concordado por ellas en sede de certificación. En general sobre el tema, vid. L. Nogler, "Il nuovo istituto de la 'certificazione' dei contratti di lavoro", **Massimario di Giurisprudenza del Lavoro**, Milano, 2003, núm. 3, págs. 110 y sigs.

Naturalmente, a pesar de su raigambre histórica, esta presunción no forma parte del selecto grupo de instituciones que integran lo que puede considerarse el "código genético" del Derecho del Trabajo. Como tal, puede estar o no presente en un ordenamiento concreto, como de hecho ha ocurrido en muchos casos, sin que ello tenga porqué afectar a la naturaleza, carácter o identidad del mismo. La decisión de introducir o mantener una presunción de este tipo responde, desde esta perspectiva, a una concreta opción de política legislativa [22], que puede ser adoptada a partir de la realización de un juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de recurrir a ella con el objeto de reforzar la efectividad de las normas laborales [23].

Lo anterior supone que la inserción de la presunción de laboralidad en un sistema concreto, no siendo indispensable, resulta más o menos aconsejable dependiendo del grado de aplicación efectiva que dentro del mismo posean las normas laborales. Es por ello que, aunque su presencia ha podido ser considerada innecesaria o incluso distorsionadora en algunos ordenamientos en los que se registra una tendencia, antes que a la elusión de la legislación laboral, a recurrir a formas no necesariamente simuladas de trabajo autónomo en sustitución del contrato de trabajo, su inclusión puede seguir siendo considerada como una necesidad en aquellos que se ven afectados por un volumen elevado de defraudación abierta de la misma[24].

La necesidad de recurrir o no a la presunción de laboralidad constituye, desde esta perspectiva, un claro índice del grado de madurez alcanzado por el Derecho del Trabajo en un país determinado. Puede decirse, en este sentido, que mientras que el hecho de que siga siendo preciso hacer uso de ella para asegurar la efectividad de las normas laborales puede ser considerado expresión de la falta de acepta-

---

[22] J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit., pág. 292.

[23] Así, desde una perspectiva general, M. Rodríguez-Piñero Royo, **La presunción ...**, cit., pág. 58-59.

[24] De allí que buena parte de los cuestionamientos formulados a nivel doctrinal a la pertinencia de la inclusión de presunciones de este tipo encuentren explicación, antes que en la dogmática de la institución, en la peculiar situación registrada en un ordenamiento concreto. Como muestra de ello pueden verse las observaciones de L. Nogler, "Sull'unutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro", **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, 1997, I, págs. 311 y sigs. a una propuesta de ley formulada en 1995 por M.'Antona para establecer en Italia una presunción de existencia del contrato de trabajo, a través de la cual no se hacía más que recoger consolidados criterios jurisprudenciales sobre la manera de proceder en la práctica a determinar la existencia de subordinación (ajenos por tanto, al menos en opinión de quien escribe, al establecimiento de una verdadera presunción de laboralidad). Estas observaciones son indesligables de la realidad italiana y la propuesta mencionada.

ción pacífica de su aplicación, así como de la falta de operatividad de los mecanismos tradicionales de exigencia del mismo para hacerle frente, la circunstancia de que en un momento dado se estime innecesario recurrir a ella constituye una manifestación de la fase de madurez alcanzada por esta disciplina, cuyas normas pueden aplicarse por sí mismas con fluidez y sin necesidad de recurrir a medidas de carácter extraordinario[25].

De todas formas, lo que no parece que pueda ponerse en duda es que, a pesar de las múltiples transformaciones experimentadas en las últimas décadas por las formas de organización del trabajo, el presupuesto fáctico sobre el que ha venido descansando la presunción de laboralidad se mantiene plenamente vigente. En la actualidad, a pesar de la tan ponderada expansión del trabajo autónomo y las modalidades flexibles de desarrollo de la actividad productiva, el trabajo subordinado sigue instalado en el corazón mismo del sistema de producción, representando la forma paradigmática de aprovechamiento de los frutos del esfuerzo ajeno, sin que existan además, al menos por el momento, indicios de que este rol pueda verse alterado de forma significativa en un futuro mediato. La posibilidad de recurrir a ella, por tanto, sigue en manos del legislador, que es quien debe llevar a cabo el juicio de oportunidad antes mencionado.

II. La necesidad de un rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú y el papel de la presunción de laboralidad

Desvelados los alcances y la función de la presunción de laboralidad, es posible pasar a examinar el papel que ésta se encuentra en condiciones de jugar dentro del ordenamiento laboral peruano. Ello sólo es posible a partir de un balance de la situación por la que atraviesa el cumplimiento de las normas laborales en nuestro país.

A. La falta de eficacia de las normas laborales: un problema crónico del Derecho del Trabajo en el Perú

Si hubiese que elegir un ejemplo claro de una situación en la que resulta aconsejable, debido a la escasa aplicación de las normas laborales vigentes, la introduc-

[25] M. Rodríguez-Piñero Royo, op. cit., pág. 233, aunque en relación al hecho en sí de la exclusión de la presunción y no al juicio de oportunidad sobre su pertinencia, como se postula en el texto.

ción de la presunción de laboralidad, podría optarse sin dudar por la que atraviesa en la actualidad el Derecho del Trabajo en el Perú.

En efecto, si algo caracteriza al presente estado de esta disciplina en nuestro país es, precisamente, su falta de virtualidad. Una falta de virtualidad de la cual es expresión el elevadísimo número de personas que desarrollan labores de indiscutible carácter dependiente sin que les sean reconocidos los beneficios establecidos en su favor por las normas legales y los convenios colectivos. Si bien la estimación de la magnitud de esta "bolsa de incumplimiento" no es una tarea fácil de realizar, debido justamente al carácter oculto o clandestino de estas prácticas, una ponderación no demasiado arriesgada de sus alcances a partir de las evidencias disponibles induce a pensar que, de haberse mantenido la tendencia puesta de manifiesto en los años anteriores, ésta podrá estar en condiciones alcanzar –o incluso superar– en la actualidad el cincuenta por cien de los trabajadores en activo[26].

Si se profundiza en el examen de la composición de este importante segmento de la población laboral peruana, resulta posible apreciar que la inmensa mayoría de las personas que lo integran está constituida por los denominados por las propias estadísticas laborales como trabajadores "sin contrato". Una categoría de auténticos parias jurídicos a los que no suele reconocerse ningún beneficio laboral[27], cuyas filas no han dejado de crecer en el Perú en los últimos años, al extremo de haberse llegado a afirmar que representa "el grupo más importante en la dotación de personal de la empresa" a lo largo de los mismos[28]. Este tipo de trabajadores se concentra, por lo demás, como era de esperar, especialmente en

---

[26] Esta estimación constituye una proyección realizada a partir de la información recopilada para el estudio "Locación de servicios y contrato de trabajo: balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil", que introduce la 2ª edic. de **El contrato de locación de servicios**, Lima, Gaceta Jurídica, 2000. La demás principales observaciones realizadas en este epígrafe se basan también en los resultados de esta investigación, que pueden ser consultados en las págs. 16-25 de la obra recién indicada.

[27] Según explica M. Pasco Cosmópolis, "Contrato de trabajo típico y contratos atípicos", en V. Ferro Delgado (Coordinador), **Balance de la reforma laboral peruana**, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pág. 137, a través de esta sorprendente categoría se alude en el Perú al trabajador contratado "en negro", que "no tiene contrato escrito, no figura en planilla y no se la hacen los descuentos establecidos por ley para financiar las diversas prestaciones sociales".

[28] Así, J. Chacaltana , "Los costos laborales en el Perú", en V. Tokman y D. Martínez (Editores), **Inseguridad laboral y competitividad: modalidades de contratación**, Lima, OIT, 1999, pág. 255.

las empresas de reducidas dimensiones, en las que los costos esperados de incumplimiento de la legislación laboral resultan más bajos, debido a que su elevado número y reducido volumen, así como la situación de aislamiento de los trabajadores, determinan que las probabilidades de detección de las infracciones sean bastante reducidas.

Las situaciones de este tipo no son privativas, con todo, de la pequeña empresa. También muchas sociedades de mediana y gran dimensión han optado en los últimos años por recurrir a maniobras elusivas con el fin de reducir sus costos de personal y reforzar, al menos de forma inmediata, su competitividad. La dinámica defraudatoria, no obstante, no es en estos casos la misma. El hecho de que estas empresas se encuentren expuestas, a causa precisamente de su superior magnitud, a un control político y sindical más intenso, ha determinado que las mismas se hayan visto en la necesidad de recurrir a maniobras de más compleja factura que su mera instalación en el incumplimiento de la legislación laboral para conseguir ese mismo resultado. En concreto, a instrumentos capaces de aportar a las maniobras elusivas al menos una apariencia externa de licitud, que dificulte su examen por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Aquí, a pesar de la existencia a partir de la aprobación del Decreto Legislativo 728 de una amplia gama de modalidades atípicas de contratación susceptibles de ser utilizadas con ese fin (piénsese, por ejemplo, en los convenios para la capacitación en el trabajo, convenientemente deslaboralizados, o en las distintas modalidades de intermediación laboral, todas ellas sujetas a unas exigencias causales sumamente laxas), la figura más empleada ha sido el contrato de locación de servicios, denominado también, especialmente en el ámbito público, de prestación de "servicios no personales"[29]. El recurso a este contrato como mecanismo defraudatorio, tanto en el ámbito privado como en el del Estado, en este caso incluso con mayor magnitud, ha sido en los últimos años masivo, singularmente tratándose del trabajo de los técnicos y profesionales, que disponen de unos márgenes de autonomía organizativa y técnica para la ejecución de la labor susceptibles de ser instrumentalizados con el fin de aparentar la ausencia de subordinación característica de esta modalidad.

[29] Para un examen de las diferentes figuras susceptibles de cumplir esta función defraudatoria dentro de nuestro ordenamiento, vid. F. Elías Mantero, "La 'elusión' de los efectos del contrato de trabajo", **Actualidad Laboral**, Lima, 1988, núm. 268.

Ante un estado de cosas como el que se acaba de describir, resulta evidente cualquier programa de intervención en las relaciones laborales ha de plantearse, como primer y más relevante objetivo, la consecución de un resultado tan elemental e indispensable como es el de garantizar la aplicación de la normativa expedida por el Estado a quienes reúnen los requisitos exigidos para ello. Esto incluso al margen de la valoración que pueda hacerse sobre ella. El Derecho del Trabajo se encuentra necesitado hoy en el Perú, antes incluso que de una reforma de sus contenidos, de un auténtico rearme institucional, que reivindique para la mayoría de trabajadores peruanos la condición de sujeto de derechos que las prácticas ilícitas antes descritas han conseguido negarles. La recuperación de la "ciudadanía laboral" se constituye, desde esta perspectiva, como he tenido la ocasión de sustentar en otro lugar, en una de las prioridades básicas –sino la principal– de la política social en el Perú[30].

B. La conveniencia de la inclusión de la presunción de laboralidad como mecanismo de garantía de la aplicación efectiva de la legislación laboral

A pesar de lo expuesto, la legislación laboral peruana no incluye, al menos por el momento, mecanismo alguno dirigido a facilitar a la inmensa cantidad de afectados por actos como los descritos la prueba de la existencia de una relación laboral. La equívoca redacción del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de acuerdo con la cual "en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado", no debe inducir aquí a confusión. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a que los tres elementos exigidos aquí por el legislador para "presumir" la existencia de un vínculo laboral (prestación de servicios, remuneración y subordinación) coinciden plenamente con los que conforman su individualidad. Tampoco hay, en consecuencia, nada que se presuma en esta fórmula, cuya estructura parece calcada de la del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores español, como no sea, una vez más, el consentimiento de las partes para obligarse y la preferencia del legislador por el contrato de trabajo frente a otros regímenes a los que puede estar sujeta la prestación

[30] Vid. "Recuperar la ciudadanía laboral", **Boletín Legal Express,** Lima, Gaceta Jurídica, 2001, núm. 9, pág. 2; y "La recuperación de la ciudadanía laboral: prioridad de la política social", **Análisis Laboral,** Lima, 2002, núm. 304, págs. 53-54.

subordinada de servicios en el Perú, como el de los servidores del Estado o el de los convenios de formación laboral juvenil[31].

Con todo, un importante paso en esta dirección, bien que no representativo de la introducción de una presunción de laboralidad en sentido estricto, ha sido dado por el anterior Gobierno de Transición con ocasión de la aprobación del Decreto Supremo 020-2001-TR. En efecto, consciente de la difícil situación en la que se debatía ya entonces del Derecho del Trabajo en el Perú, el Ejecutivo aprovechó la ocasión abierta por la aprobación a través de esta norma del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo para regular de la manera más expansiva posible los alcances del principio de "primacía de la realidad", consagrado por esta última. Para ello dispuso en su artículo 9 que, en aplicación del mismo, la existencia de un vínculo laboral debía ser presumida *juris tantum* por quienes desarrollan la función inspectora en cualquiera de las siguientes cuatro situaciones: a) cuando el trabajador realiza una labor o presta servicios en un cargo similar o equivalente al de otro trabajador que si aparece registrado como tal en las planillas de pagos de la empresa; b) cuando el practicante o joven contratado en régimen de formación laboral juvenil continúa realizando la misma labor que desempeñaba con anterioridad una vez vencida la duración de la relación especial de carácter formativo; c) cuando el trabajador desarrolla labores propias de un puesto de trabajo que ha sido calificado como laboral o de carácter subordinado por norma expresa; y d) cuando se perciben los elementos esenciales de un contrato de trabajo, y en especial la subordinación, a través de signos exteriores visibles, como la existencia de un horario, el dictado de órdenes o la imposición de sanciones.

Sin negar la inmensa utilidad que posee esta disposición para el combate a la evasión fraudulenta de la legislación laboral, debe observarse inmediatamente que la misma no introduce en realidad presunción alguna vinculada con la laboralidad de las relaciones a las que asigna esta calificación. Ello resulta meridianamente claro tratándose del cuarto y último de los supuestos mencionados, en la medida en que lo que por su intermedio se declara es el carácter laboral de aquellas relaciones

[31] Además de este tímido efecto presuntivo, el precepto posee una finalidad extraña a la materia que nos ocupa, en tanto que vinculada con el reforzamiento de la exigencia de forma escrita para la válida celebración de los contratos de trabajo "sujetos a modalidad" contenida en el artículo 72 del mismo cuerpo legal. Esta se instrumenta a través de la simultánea indicación de que, a falta de señalamiento expreso en contra a través de documento escrito, el contrato de trabajo se presume celebrado "a plazo indeterminado".

en las que, aunque de forma indirecta y a través de la presencia de elementos indiciarios especialmente significativos, es posible apreciar de todas formas la concurrencia de la totalidad de los elementos necesarios para la existencia de un contrato de trabajo, incluida la subordinación. Algo semejante puede decirse, de todos modos, de las demás situaciones contempladas por el precepto. Así, la primera y la tercera no constituyen sino dos supuestos más de determinación de la presencia de las notas características de la laboralidad, solamente que a través de la apreciación de la identidad de la labor o los servicios desarrollados por el trabajador respecto de otras relaciones a las que el propio empleador o el legislador han conferido de forma expresa esa calificación. En la segunda, en cambio, lo que ocurre es que nos encontramos en realidad ante la conversión *ex lege* de un contrato al que inicialmente se ha atribuido naturaleza formativa en otro de trabajo, por haber superado la prestación de servicios el período máximo dentro del cual se admite su exclusión del terreno de la laboralidad por tal razón.

En ninguno de los cuatro casos examinados, pues, se considera probada la relación de trabajo en ausencia de referentes claros y concluyentes, por más indirectos que pudieran ser, de su existencia. Es decir, a partir de un mero juicio de probabilidad abstracta a partir de un solo indicio, como es preciso que ocurra para poder hablar de una auténtica presunción de laboralidad. La relación de situaciones contenida en el artículo 9 del Decreto Supremo 020-2001-TR resulta, por ende, útil para hacer frente a los casos más claros –e incluso puede decirse que descarados– de evasión de la legislación laboral. Pero no permite, en cambio, solventar aquellas hipótesis más complejas y sibilinas de fraude en la contratación, cuya dificultad radica, precisamente, en que no existe la posibilidad, ni de recurrir a los tradicionales indicios de la existencia de subordinación, ni de ampararse en la calificación "auténtica" conferida a situaciones similares por el empleador o la ley[32].

Es para hacer frente a este tipo de hipótesis que resulta de la máxima importancia proceder, de forma paralela a la introducción de una serie de medidas de distinto signo dirigidas a fomentar un mayor cumplimiento de la legislación laboral por el sector empresarial peruano, a incluir en nuestro ordenamiento jurídico una presunción de laboralidad. Ello contribuiría además a poner fin al clima de impunidad en

[32] La virtualidad del artículo 9 del Decreto Supremo 020-2001-TR termina por ser, de este modo, esencialmente la de identificar aquellos supuestos en los que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, cabe entender que concurren los elementos propios del contrato de trabajo, así la relación no haya sido calificada de ese modo por las partes o han merecido una calificación distinta.

el que en la actualidad se mueven quienes llevan a cabo este tipo de prácticas elusivas, transmitiéndoles un mensaje claro y contundente: cualquier persona que sea incorporada a la producción ha de ser considerada trabajador dependiente si no se consigue demostrar de forma fehaciente que esa condición no le corresponde en Derecho.

III. La presunción de laboralidad en el Proyecto de Ley General de Trabajo

A la luz de las consideraciones que se acaban de formular, no puede ser considerada sino como un acierto la decisión de los autores del Proyecto de Ley General de Trabajo de incluir en el artículo V de su Título Preliminar una presunción de laboralidad. Esta decisión es expresión de la inequívoca voluntad de los mismos de contribuir a la superación del actual estado de postración en el que se debate el Derecho del Trabajo en el Perú mediante el diseño de diversos mecanismos de fomento de su aplicación efectiva. La presunción de laboralidad no es sino la punta de lanza de todos ellos.

A. La preocupación del Título Preliminar por la efectividad de las normas laborales y sus distintas manifestaciones

La redacción del Título Preliminar del Proyecto de Ley General de Trabajo trasluce una clara voluntad de promover por diversas vías el acatamiento de la legislación laboral.

Esta voluntad se manifiesta, antes que nada, a través de la consagración expresa del principio de primacía de la realidad, tanto por el artículo XI, que lo incluye entre los denominados "principios del ordenamiento laboral", añadiendo que el mismo obliga a "preferir los hechos sobre las formas y las apariencias", como por el artículo I, que proclama la aplicación de esta norma al conjunto de "prestaciones personales, subordinadas y remuneradas de servicios, nacidas de un contrato verbal o escrito, cualquiera fuera la denominación o modalidad de éste".

El propósito de hacer prevalecer el comportamiento de las partes sobre los documentos suscritos por éstas, que es tanto como primar su voluntad real frente a la simulada[33], se ve acompañado de la introducción de algunas precisiones norma-

[33] Como afirma J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit, pág. 272.

tivas relacionadas con la naturaleza y el contenido de los elementos esenciales del contrato de trabajo, cuya presencia contribuye de forma relevante a facilitar la demostración de su existencia.

Especialmente significativa a estos efectos resulta la caracterización de las prestaciones subordinadas de servicios como "aquellas en las que el trabajador se desenvuelve dentro del ámbito de organización y dirección del empleador", que es llevada a cabo por el artículo III. Mediante el empleo de esta fórmula, cuya fuente se encuentra en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores de España, se desecha la posibilidad de proporcionar un concepto jurídico acabado de la subordinación jurídica característica del contrato de trabajo, cuya exhaustividad se vería seguramente desmentida por la realidad, y se opta por acudir a una noción meramente descriptiva y referencial de este elemento, basada en su configuración como un poder jurídico y no de hecho, que se ejerce normalmente en un marco organizativo global y no de forma aislada. Ello permite superar la concepción rígida y dogmática, basada en el ejercicio inmediato y directo de los poderes disciplinario y de dirección, presente en la actualidad en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuya aplicación irreflexiva es capaz de conducir a una marcada restricción del espacio de actuación de la legislación laboral.

A ello se suma la aclaración expresa de que la presencia de ciertos elementos de hecho, como "la duración de la relación laboral, la concurrencia al centro de trabajo, la extensión de la jornada de trabajo o el número de empleadores" no constituyen "elementos esenciales para calificar una relación como laboral", aunque puedan servir "como indicios de su existencia", que es llevada a cabo a continuación por el artículo IV. Con ello no sólo quedan definitivamente desplazadas viejas tesis que vieron en tales circunstancias requisitos para la existencia del contrato de trabajo, sino que se apuntala la idea de que el razonamiento que hay que realizar para determinar la presencia de un vínculo laboral es uno de carácter tipológico y no de subsunción conceptual[34].

Finalmente, la preocupación por la efectividad del Derecho del Trabajo se aprecia en la declaración por el artículo XI.8, como otro de los "principios del ordenamiento laboral", del denominado de "fomento de la formalidad", en aplicación del cual

---

[34] Sobre el método tipológico y la consideración de la subordinación como un tipo contractual, vid. F. Pérez de los Cobos, "El trabajo subordinado ...", cit., págs. 37-42; y L. Nogler, "Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato", **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, 1990, I, págs. 18 y sigs. Asimismo, en la doctrina latinoamericana, D. Rivas, **La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo**, Montevideo, FCU, 1999, págs. 173–179.

se "permite al Estado verificar el cumplimiento de lo previsto por el ordenamiento laboral, como requisito para contratar con el sector público o acceder a determinados beneficios, incentivos o licencias". Un principio que propicia la introducción de medidas de carácter público complementarias a las puramente laborales, que incrementen el costo de oportunidad del incumplimiento de la legislación de trabajo y sirvan a la vez de aliciente y recompensa para quienes las acatan.

Pero el mecanismo de promoción de la formalización de las relaciones laborales por excelencia introducido por el Proyecto está constituido por la presunción de laboralidad, de cuyos alcances nos ocuparemos inmediatamente.

B. ¿No una sino dos presunciones de laboralidad? La conveniencia de unificar los dos supuestos previstos por el artículo V

El texto del artículo V del Proyecto introduce algunas innovaciones de importancia respecto de las formulaciones más tradicionales de la presunción de laboralidad presentes en diversos ordenamientos. La más importante de todas está constituida por la duplicación de los supuestos en los que la misma resulta operativa. En efecto, como es fácil de advertir, lo que a través de dicho artículo se introduce no es una única presunción de laboralidad sino dos, independientes en principio una de la otra. Así, si en su parte inicial la norma señala que "se presume que toda prestación personal y remunerada de servicios es subordinada", ésta aseveración viene complementada inmediatamente después por la expresa indicación de que, "asimismo", "se presume" que "entre quien presta un servicio al interior de un centro de trabajo y quien lo aprovecha" existe "un vínculo laboral". El tratamiento unitario de "ambos supuestos", como los denomina el propio artículo V, se limita exclusivamente a la indicación, que es hecha a continuación, de que "la carga de la prueba" corresponde siempre al empleador.

Una primera lectura del contenido de este artículo induciría a pensar que lo que los autores del Proyecto han buscado a través de la introducción de esta novedosa "doble presunción de laboralidad" es adaptar la configuración ordinaria de la institución a la singular tipología de actuaciones defraudatorias que se registran en nuestro medio, de la cual se ha dado cuenta en el acápite precedente. Desde esta perspectiva, las dos presunciones antes referidas estarían dirigidas a hacer frente a los dos tipos de actuaciones elusivas de la laboralidad más extendidos en la realidad de nuestras relaciones laborales: la celebración de contratos de locación de servicios para la atención de labores de carácter dependiente y la constitución de relaciones laborales de hecho, a las que excluye de forma arbitraria de la legalidad.

La primera de las presunciones serviría para desmontar la validez de la suscripción fraudulenta de los contratos civiles recién mencionados, recurriendo para ello al expediente de entender probada, a partir de la mera prestación de los servicios, la existencia de subordinación, que es el elemento diferencial del contrato de trabajo cuya presencia es negada en estos casos. La segunda, en cambio, estaría dirigida a encarar la singular problemática planteada por las relaciones de facto, valiéndose de la realización de la labor "al interior de un centro de trabajo" para entender demostrada la celebración de un contrato de trabajo o –en palabras de la norma– "la existencia de un vínculo laboral".

De ser correcta esta lectura de la norma, nos encontraríamos delante de dos presunciones de laboralidad totalmente diferentes, en la medida en que, partiendo de presupuestos fácticos distintos (la prueba de una "prestación personal y remunerada de servicios", en un caso, y de la prestación de "un servicio al interior de un centro de trabajo, en el otro), llegan a consecuencias también disímiles (la consideración de la prestación de servicios como "subordinada", sin pronunciamiento alguno en torno al vínculo existente entre las partes, y la existencia de un contrato de trabajo, respectivamente).

Esta bienintencionada interpretación tropieza, empero, con un decisivo inconveniente. Si se pasa revista con atención a la formulación de los hechos base de ambas presunciones, es posible advertir que el previsto para la primera abarca, en su amplitud, al incluido en la segunda. Es decir, la "prestación de un servicio al interior de un centro de trabajo" prevista como condición para presumir la existencia de un "vínculo laboral" constituye un supuesto claro de "prestación personal de servicios". Y, como tal, resulta incardinable en el espacio de la presunción de existencia de subordinación. La única diferencia entre ambos supuestos radicaría en la presencia de una remuneración, que no es exigida, al menos de forma expresa, por la segunda de las presunciones. Este elemento, sin embargo, se encuentra sin duda implícito en la onerosidad que acompaña a la idea misma de prestación de servicios al interior de un centro de trabajo prevista por el legislador[35].

Si lo anterior es exacto, cabría preguntarse cuál es el sentido –y la utilidad– de la segunda presunción, toda vez que ya las prestaciones de servicios aludidas por ella pueden ser consideradas, en aplicación de la primera, como prestaciones de

[35] Como es evidente, el ámbito en el que con menores dosis de razonabilidad podemos presumir la existencia de servicios benévolos o prestaciones de carácter familiar es el del trabajo en la empresa.

servicios dotadas del decisivo atributo de la subordinación[36]. En principio, aplicando el texto del precepto, ese efecto sería el de presumir la existencia de un vínculo laboral. Es decir, la existencia de un contrato de trabajo. No obstante, siendo posible considerar probados de antemano, en virtud de la primera, todos los elementos esenciales del mismo, el único efecto real –y la única utilidad– de esta presunción sería la de considerar presente el consentimiento para obligarse a través de una relación cuyo carácter laboral ha quedado definido por aplicación de otros preceptos.

La virtualidad de demostrar que los servicios se prestan al interior de un centro de trabajo no sería, de este modo, más que la de acreditar la existencia de consentimiento. Y, además, sólo en el caso de que se trate de una relación laboral puramente fáctica o de hecho, que hiciese necesario presumir que éste se ha manifestado de forma tácita. En cambio, si lo que existiese fuese la simulación de una relación contractual de naturaleza civil o mercantil para ocultar la voluntad real de celebrar un contrato de trabajo, el efecto de la presunción sería nulo, toda vez que, demostrada la existencia de una prestación subordinada de servicios, la existencia de un contrato de trabajo se deduciría, sin necesidad de presunción alguna, de la aplicación de la regla del artículo I del Proyecto, que proclama la aplicación de la legislación laboral a las prestaciones de este tipo, "cualquiera fuera la denominación o modalidad" del contrato que éstas hubieran podido celebrar.

A la luz de lo expuesto, no es posible dejar de preguntarse si no hubiese sido más adecuado a los efectos tutelares perseguidos por el precepto proceder a unir directamente el hecho base de la primera presunción (la existencia de una prestación personal de servicios) con la consecuencia asumida por la segunda (la existencia de un contrato de trabajo o relación laboral), al estilo de las formulaciones

[36] Otra posibilidad interpretativa sería la de entender que existen diferencias entre la "prestación de servicios" –en plural– a la que se refiere la primera presunción, y la "prestación de un servicio" –en singular– aludida por la segunda. Por ejemplo, por vincularse la primera con una prestación de actividad y la segunda con una de resultado. O por tener la primera expresión alcance general y la segunda ser específica. Semejante interpretación debe ser descartada de plano. Antes que nada porque contradice la formulación del artículo 1 del propio Proyecto, según el cual es objeto del contrato de trabajo la "prestación de un servicio". Esto no puede significar otra cosa que, usando el singular o el plural, la intención del legislador ha sido la de hacer referencia siempre a una prestación de actividad y no de resultado, y además no necesariamente acotada en cuanto a su objeto. Es más, si a lo que se aludiese en el segundo caso fuese a una prestación de resultado, la presunción misma perdería todo sentido, al pasar a ser claramente "contrafáctica". En consecuencia, al margen de su ligeramente distinta formulación, no es posible entender sino que el Proyecto se refiere al mismo tipo de prestación en los dos casos examinados.

clásicas de la institución[37]. Presumir con carácter general respecto de las prestaciones de actividad la existencia de subordinación, limitando a continuación la deducción de la existencia de un contrato de trabajo sólo a un sector de aquellas, pese a que en realidad esto último no es sino una consecuencia de lo primero, no sólo parece artificioso sino que pudiera incluso llegar a resultar distorsionador.

C. La controvertible relevancia del carácter remunerado de los servicios

En estrecha conexión con lo que se acaba de señalar, debe indicarse también que la presencia dentro del hecho base de la presunción de la exigencia de que la prestación de servicios, además de personal, sea "remunerada" puede resultar contraproducente a los efectos perseguidos por la norma. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a la "distinta condición del elemento retributivo" respecto de los demás que integran el contrato de trabajo[38]. Mientras la demostración de la existencia de una prestación de servicios e incluso de la propia subordinación son en última instancia, como se ha afirmado, "cuestiones de hecho, que se producen o no", la presencia de retribución es más bien una consecuencia de las anteriores, de forma tal que la circunstancia de que no se haya dado en la realidad no impide que pueda existir el derecho a la misma[39]. Es por ello que, conforme he tenido la ocasión de indicar en otro lugar, para determinar la presencia del elemento retribución indispensable para poder hablar de un contrato de trabajo, no debe prestarse atención necesariamente al hecho de su percepción efectiva, sino al carácter con el que los servicios son prestados, debiéndose entendérsela presente cada vez que los mismos sean prestados a título oneroso y no de forma desinteresada o en virtud de un nexo de distinta naturaleza al laboral[40]. Si concurren, pues, los demás elementos

---

[37] Un buen ejemplo de ello está representado por el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, de acuerdo con el cual "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o las causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esta presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario al trabajador". Una propuesta basada en este diseño, puede verse en W. Sanguineti Raymond, **El contrato de locación de servicios ...**, cit., 1ª edic., pág. 348. Vid. también "La presunción legal para la defensa de los derechos del trabajo", **Cuadernos Laborales**, Lima, 1987, núm. 43, págs. 26-27.

[38] Sobre la cual llama la atención González Ortega, "La presunción ...", cit., pág. 806.

[39] González Ortega, loc. cit.

[40] Vid, con mayor amplitud, **El contrato de locación ...** , cit., 2ª edic., pág. 118.

del contrato de trabajo, la retribución ha de prestarse, salvo que se pruebe que ésta no es obligada por existir un ánimo de donación del trabajo o servicio[41].

Frente a ello, la exigencia de la presencia de la retribución parece dar a entender que su falta de pago por incumplimiento del sujeto obligado implica o determina la inexistencia de una relación laboral. Una consecuencia que, además de absurda y con toda seguridad no querida por los autores de la norma, "contraviene el espíritu de una auténtica presunción de laboralidad", cuya función es la de "posibilitar que quien desee alcanzar el reconocimiento judicial de la existencia de un contrato de trabajo pueda obtenerlo probando la veracidad de su trabajo para otro, en la medida en que éste último no consiga desvirtuar la presunción"[42]. De allí que lo más conveniente parezca suprimirla, recurriendo una vez más a las formulaciones tradicionales de la presunción de laboralidad, que prescinden de ella.

D. La necesidad de disciplinar los alcances de la prueba en contrario

A ésta caracterización convendría que fuese añadida, finalmente, una referencia más precisa al contenido de la prueba en contrario a aportar por el sujeto al que se haya atribuido de forma presunta la condición de empleador. Ésta es una cuestión que no es abordada sino de forma genérica por el artículo V, que se limita a indicar, como ya se ha visto, que "la carga de la prueba en ambos supuestos corresponde al empleador".

Optar por una redacción tan abierta de los medios de defensa frente a la presunción trae consigo un riesgo importante de que su efectividad pueda verse disminuida o incluso desvirtuada mediante la admisión incontrolada de cualquier tipo de prueba en contra, basada en la alegación del carácter formalmente no subordinado de los servicios cuya prestación se ha conseguido probar. Este riesgo podría ser en buena medida conjurado si se optase por suministrar al juez y al intérprete indicaciones más precisas en torno al sentido de la prueba en contra a la que puede recurrirse en estos casos. Ello no es en el fondo difícil de realizar, toda vez que, demostrado el supuesto base de la presunción, la defensa de quien niega para sí la calificación de empleador no puede si no apoyarse, aparte en su falta de veracidad, en una de las dos siguientes circunstancias: o que los servicios no han sido presta-

---

[41] Ibídem, pág. 897.

[42] J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit., pág. 285.

dos a título oneroso, por tratarse en realidad de servicios benévolos o de carácter familiar, o que el sujeto que los desarrolla es en realidad un trabajador autónomo, que lleva a cabo su actividad profesional o productiva –por emplear la redacción del artículo III del Proyecto– fuera –en lugar de "dentro"– del "ámbito de organización y dirección" del presunto empleador, contando para ello con una organización de medios propios y asumiendo el riesgo y ventura de su actividad[43].

La especificación de estas circunstancias contribuiría a dotar de mayor objetividad a la aplicación de la presunción, "blindándola" frente a posibles interpretaciones distorsionadoras y contribuyendo con ello a que su finalidad pueda verse alcanzada.

[43] Más preciso sería, al menos para quien escribe, indicar también que el trabajador se compromete en estos casos a proporcionar un resultado –o una serie de resultados– de su actividad en lugar de esta misma. Ello en razón de la ligazón esencial que, entiendo, existe entre los elementos autonomía y ejecución de obra (lo mismo que entre prestación de servicios y subordinación, como indique en *supra* nota 4). Esta caracterización del contenido de la promesa de trabajo no es la que informa, sin embargo, el contenido global del Proyecto, por lo que no parece razonable postular su transpolación aislada aquí.

La aplicación de normas en el tiempo

(a propósito del Anteproyecto de Ley General de Trabajo)

Daniel Ulloa Millares
Abogado. Profesor de Derecho Laboral
de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

Existen algunos temas cuya regulación no puede ser exclusiva de determinadas áreas del Derecho sino que su trascendencia involucra a todo el sistema jurídico. La forma y procedimientos de creación de normas jurídicas, la aplicación de las mismas, las vías de eliminación o modificación, etc. requieren ser uniformes para evitar crear desorden en su interpretación y exigibilidad.

Consecuentemente estos temas deben ser considerados por la norma más importante del ordenamiento, la cual sería en nuestro caso la Constitución Política de 1993[1].

La aplicación de las normas en el tiempo, tema regulado en dos artículos del título preliminar del Anteproyecto de Ley General de Trabajo (en adelante "PLGT") y objeto del presente comentario, se encuentra prevista de manera general en dos artículos de la Constitución vigente. Sin perjuicio de varias referencias transitorias en el Código Civil[2] y de la regulación de la retroactividad de casos específicos[3], resulta también relevante lo definido en el artículo III de su título preliminar, y esto porque, siguiendo a Cárdenas, su aplicación no se reduce

---

[1] Las últimas Constituciones aún utilizan el adjetivo "política" cuando la Constitución ha dejado de ser desde hace varias décadas atrás un texto de simple organización estatal, comprendiendo en primer lugar la regulación de derechos fundamentales, derechos sociales, etc.

[2] Artículos 2114 al 2122, incluidos en las disposiciones transitorias del Código Civil.

[3] Artículos 162, 177, 277, 385, 677, 1253, 1254, 1360, 1372, 1458, 1476 ,1956. La relación es de Marcial Rubio, Titulo Preliminar, Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen III, 1986, p. 75.

al ámbito del Derecho Privado, sino que afecta la estructura completa del sistema normativo nacional[4].

I. Las teorías sobre aplicación de normas en el tiempo

Antes de revisar las normas vigentes en nuestro sistema, para así conocer la trascendencia de la regulación prevista en el PLGT, describiremos, siguiendo a Rubio, las dos principales teorías existentes que buscan resolver "la disyuntiva entre la seguridad jurídica y la innovación legislativa"[5].

Si se busca otorgar seguridad a las personas, impidiendo que se modifiquen las normas bajo las cuales adquirieron derechos, situaciones o relaciones mientras éstas surtan efectos, estaremos ante la teoría de los derechos adquiridos. Con ella se garantiza a cada individuo el respeto a su expectativa, impidiendo que la nueva norma modifique la regulación bajo la cual actuó o adquirió un derecho. En cambio, la teoría de los hechos cumplidos[6] prefiere el carácter innovador de las normas, debido a la presunción de que las leyes posteriores son mejores que las anteriores, resaltándose la vigencia inmediata de la nueva norma. En este sentido, la nueva norma se aplica, inclusive, a los efectos no cumplidos de hechos ocurridos.

Siguiendo a Herrera[7], en ambas teorías no existe discusión en la prohibición de la aplicación de la nueva norma a los hechos y efectos ya cumplidos (en todo caso, sería una aplicación retroactiva de la nueva norma, supuesto excepcional y que veremos a continuación) ni tampoco en la aplicación de la nueva norma para regular los hechos y efectos no cumplidos (sería una aplicación inmediata). La diferencia entre ambas teorías resulta ser la aplicación de la nueva norma a los hechos ocurridos cuyos efectos aún no se han cumplido. Siguiendo la teoría de los derechos adquiridos, la aplicación de la nueva norma para dicho supuesto resultaría ser

---

[4] Cárdenas Quiroz, Carlos, "Modificación y Derogación de Normas Legales", Ara Editores, 1999, p. 29.

[5] Rubio, op. cit., p. 60.

[6] Sobre el tema también puede revisarse Neves Mujica, Javier "Introducción al Derecho del Trabajo", Ara editores, Lima, 1997, p. 99, y Herrera Vásquez, Ricardo "Los derechos adquiridos en el proceso de flexibilización de la legislación laboral y previsional" en Estudios sobre la flexibilidad en el Perú, OIT, Lima, 2000, p. 135.

[7] Herrera, ibid, p. 140.

una aplicación retroactiva; en cambio, para la teoría de los hechos cumplidos dicha aplicación resultaría ser inmediata.

Una lógica consecuencia de lo antes mencionado resulta ser que los conceptos de retroactividad, aplicación inmediata y ultraactividad dependerán de la teoría asumida en cada ordenamiento, con lo cual debemos ser muy precisos en determinar dicho aspecto. Como se verá a continuación, en nuestro ordenamiento este tema no resulta ser claro.

II. La contradictoria regulación constitucional y su interpretación legislativa laboral

El artículo 103° de la Constitución señala:

"Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.
Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo.
La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.
La Constitución no ampara el abuso del derecho."

El segundo párrafo citado nos señala la prohibición expresa de la aplicación retroactiva de la nueva norma, salvo en materia penal cuando ella sea benigna al reo. Con ello se deduce que la regla es la aplicación inmediata de la nueva norma. Sin embargo, no nos indica la teoría asumida, la misma que puede deducirse del tercer párrafo, cuando se menciona que la derogación de una ley sólo puede realizarse por otra ley o por una sentencia emitida en una acción de inconstitucionalidad (al respecto ver el artículo 204 de la Constitución[8]). En tal sentido, si una ley deroga (o, mejor dicho, abroga) a otra, esta última resulta expulsada del ordenamiento, perdiendo así toda capacidad de seguir regulando hechos o efectos jurídicos.

Otro aspecto a considerar resulta ser el texto del artículo 109°, el cual señala:

"Artículo 109.- La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte."

---

[8] "Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal."

La nueva norma resulta obligatoria al día siguiente de su publicación, salvo disposición contraria prevista en la misma norma. Para algunos[9], entonces, parecería lógico entender que la nueva norma no sólo regula hechos y efectos no cumplidos (aspecto en el cual no hay diferencias según la teoría que se adopte, tal como hemos visto anteriormente) sino también los efectos no cumplidos de hechos ya realizados, adoptándose así la teoría de los hechos cumplidos.

Sin embargo, el artículo 62° del texto constitucional indica:

"Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. ***Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.*** *Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente." (la negrita es nuestra)

El texto resaltado plantea más problemas que soluciones: las leyes u otras disposiciones no pueden modificar los términos contractuales. En otras palabras, lo regulado por un contrato no puede ser modificado, para peor o para mejor, por las nuevas normas, congelando así la relación jurídica existente entre las partes y sus situaciones jurídicas.

Debido a que este artículo resulta contradictorio con lo establecido en el artículo 103 antes mencionado, la doctrina nacional laboral[10] y la legislación pertinente han planteado diversas soluciones, todas ellas cuestionando el sentido de este mandato.

La solución legislativa, prevista en la octava disposición complementaria, transitoria, derogatoria y final de la Ley 26513 y luego recogida como tercera disposición complementaria, transitoria y derogatoria del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. 003-97-TR, resulta ser de discutible constitucionalidad.

En efecto, dicho artículo señala:

"En aplicación de la Octava Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a efectos de lo dispuesto en el Artículo 62 de la misma, debe entenderse

[9] Ver punto 5 en este mismo trabajo.

[10] Ver Neves, op. cit., p. 101-102 y Herrera, op. cit., p. 141-142.

que la Ley Laboral sustituye a la anterior, salvo que haya sido incorporada al contrato de trabajo por pacto expreso."

En otras palabras, el mandato constitucional se vuelve relativo, pues se exige la incorporación expresa del texto correspondiente al contrato de trabajo para la aplicación efectiva del artículo 62°, requisito no previsto en aquel precepto. Asimismo, al establecerse que la nueva ley laboral sustituye a la anterior (con lo cual esta interpretación solamente tiene aplicación en normas de dicho tipo), la excepción constitucional se convierte en regla, manteniéndose en nuestro ordenamiento la vigencia de la teoría de los hechos cumplidos.

A la fecha no conocemos de decisiones jurisprudenciales que hayan discutido este tema. Sin embargo, la futura reforma constitucional deberá considerar la modificación del artículo 62° antes mencionado, cuya apología doctrinal local ha sido mínima, así como su aplicación práctica.

III. La regulación (general) del Código Civil

Como hemos indicado anteriormente, no resulta discutible la trascendencia organizativa y normativa del título preliminar del Código Civil, a pesar de ser una norma con rango legal común.

El artículo III de dicho título, de evidente influencia en la propuesta laboral, señala:

Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.

Dada la similitud de este artículo con el XXII del PLGT, no vamos a realizar un comentario amplio en esta parte del texto. Simplemente, debemos mencionar que se entiende que dicho artículo acoge la teoría de los hechos cumplidos[11].

IV. La propuesta laboral

Debemos indicar que no existía una regulación específica en materia laboral sobre la aplicación de las normas en el tiempo. La jurisprudencia nacional ha utili-

[11] Herrera, op. cit., p. 143 y Neves, op. cit., p. 101.

zado las normas del Código Civil y de la Constitución, además de algunos principios laborales, para resolver los problemas presentados, algunos de los cuales comentaremos más adelante. Por tanto, resulta muy loable e importante que los autores del PLGT hayan considerado relevante finalizar la incertidumbre creada sobre este tema sugiriendo dos artículos, cuyo contenido pasamos a detallar.

1. El artículo XXII

El primer artículo señala lo siguiente:

Artículo XXII.- La nueva norma se aplica inmediatamente a las situaciones y relaciones jurídicas existentes. No tiene efectos retroactivos, salvo cuando lo declara expresamente y es más favorable al trabajador. Los convenios colectivos rigen retroactivamente, del modo previsto en la parte correspondiente de esta Ley.*

Comparando este texto con el previsto en el título preliminar del Código Civil resaltan las diferencias y las correcciones realizadas a él. En efecto, se señala en primer lugar que la nueva norma (no sólo la ley, con lo cual se busca comprender a todos los productos normativos descartando una interpretación literal del precepto que incluya solamente a las leyes en sentido formal) se aplica "inmediatamente" a las situaciones y relaciones jurídicas existentes.

Nótese la diferencia de esta primera oración con la prevista en el título preliminar del Código Civil. No solamente se cambia la palabra "ley" por "nueva norma" sino que además se elimina la mención a las "consecuencias" para incorporar el adverbio "inmediatamente". Con ello consideramos que se busca precisar que la regla en la aplicación de las normas en el tiempo es la teoría de los hechos cumplidos, es decir, la aplicación inmediata de la nueva norma para regular las situaciones y relaciones jurídicas existentes. Esto se confirma con la prohibición de la retroactividad, tal como se indica posteriormente.

Si bien inicialmente puede resultar redundante referirnos a situaciones y relaciones jurídicas, cada una busca describir conceptos diferentes. Así, siguiendo a León Barandiarán, las situaciones jurídicas muestran un determinado status "que corresponde a un sujeto como centro de imputaciones jurídicas, o a un objeto de derecho, pero que en último término tiene que ver con la persona humana. La situación viene a representar el complejo o conjunto de inferencias jurídicas que impor-

* Con cargo a la modificación de la Constitución.

tan un modo de ser de un sujeto determinado o de un objeto determinado, pero en el sentido antes aludido. Así, se puede mencionar el *status* de propietario (propiedad), heredero (herencia), bien hipotecado (hipoteca)[12]", a lo cual podríamos agregar trabajador (contrato de trabajo).

Por otro lado, las relaciones jurídicas son aquellas que se pueden producir entre los destinatarios de las normas. Son las diversas vinculaciones jurídicas a existir entre acreedor y deudor, padre e hijo, marido y mujer[13], empleador y trabajador, etc.

En tal sentido, no solamente se comprende a la persona como tal (situación) sino también a todas las actividades que realice (relación). La nueva norma se aplicará en forma inmediata a ambos supuestos.

Luego, el artículo propuesto señala que la aplicación de la nueva norma no tiene efectos retroactivos (siguiendo la pauta del Código Civil y de la Constitución), agregando un supuesto adicional de retroactividad cuya vigencia requerirá, como lo anota el proyecto, de la necesaria modificación constitucional: se permite la retroactividad en materia laboral siempre que (i) ella sea declarada expresamente y (ii) la nueva regulación sea más favorable para el trabajador[14].

Consideramos que una vez modificada la Constitución, los requisitos previstos para la existencia de la retroactividad laboral lograrán ordenar la variedad de criterios asumidas por la legislación laboral, en especial por parte del Poder Judicial, a la vez que permitirá a los trabajadores antiguos poder mantener la aplicación de beneficios normativos que la flexibilidad laboral pudiera eliminar.

La última parte del artículo propuesto se refiere a los convenios colectivos, extrayéndolo de la aplicación del precepto comentado. Dicho texto plantea la retroactividad de dicho producto normativo, remitiéndose a la regulación prevista en el PLGT.

El texto pertinente es el numeral 5 del artículo 363, que señala los efectos del convenio colectivo:

"El convenio colectivo tiene las características siguientes:

5. Rige desde el día siguiente al de terminación de vigencia del convenio colectivo anterior o, si no lo hubiera, desde la fecha de presentación del pliego, excepto las estipulaciones para las que se señale plazo distinto o

---

[12] León Barandiarán, José, Título Preliminar, en Revoredo de Debakey, Delia (compiladora) "Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios", tomo IV, Lima, 1985, p. 25.

[13] Rubio Correa, op. cit., p. 59.

[14] Debemos recordar que la retroactividad benigna había sido incluida en la Constitución de 1979 (claro está, sin el requisito de la declaración expresa).

que consistan en obligaciones de hacer o de dar en especie, que regirán desde la fecha de su suscripción;"

De parecida redacción al actualmente vigente[15], esta norma prevé la vigencia de las obligaciones de dar del convenio colectivo desde la fecha de vencimiento del convenio anterior o desde la fecha de presentación del pliego, si resulta ser el primer acuerdo, es decir, su vigencia retroactiva a la firma del convenio. Las obligaciones de dar en especie y de hacer resultan vigentes, como resulta lógico, desde la fecha de firma del producto.

La retroactividad de los convenios colectivos se viene aplicando actualmente, a pesar que la Constitución no la contempla en el ámbito laboral. Sin embargo, siguiendo a Neves[16], no resulta inadecuado interpretar que la prohibición constitucional está referida a normas estatales, no así al convenio colectivo, objeto de protección especial en virtud del artículo 28 de la Constitución vigente.

2. *El artículo XXIII*

A continuación, el PLGT establece la aplicación de los derechos adquiridos, uno de los conceptos que mayormente se citan en las decisiones judiciales y cuya aplicación no resulta, lamentablemente, consistente.

Dicho artículo señala:

Artículo XXIII.- Sólo hay derechos adquiridos en materia laboral respecto de beneficios nacidos de contratos de trabajo, concesiones unilaterales no normativas del empleador y consolidación por el transcurso del tiempo.

El concepto de derechos adquiridos vendría a comprender, de forma general, aquella regulación o situaciones que, escapándose a la aplicación de los hechos cumplidos, permanece en vigencia para el trabajador, presentando una barrera inexpugnable que la nueva norma no puede dejar de lado. Implica "congelar" la situación o relación jurídica existente, creando un esquema que no puede ser modificado, para bien o para mal, por la nueva norma.

---

[15] Artículo 43 del Decreto Ley 25592, modificado por Ley 27912. Debe observarse que el artículo propuesto no prevé la continuación de la aplicación del convenio anterior hasta la posterior modificación aprobada por el siguiente convenio, seguramente porque el proyecto fue terminado en julio de 2002 y la modificación legal, basada en las observaciones realizadas por la OIT a la legislación vigente, fue publicada el 8 de enero de 2003. Urge en este caso una adecuación en el texto final para evitar así aprobar normas ya mejoradas.

[16] Neves, op. cit., p. 105.

Así, cada trabajador tendría adquirido un esquema normativo el cual variará según la fecha en que haya iniciado su relación laboral, se haya suscrito un determinado contrato o se haya adquirido un derecho. Si bien dicha conducta podría ser asumida por cualquier empleador en virtud de su libertad contractual, lo criticable resultaría que sea el Estado quien le imponga dicho proceder.

Para evitar errores de interpretación, el PLGT prevé que sólo (debe resaltarse la presencia de este adverbio, lo cual denota un régimen de excepción) hay tres casos de derechos adquiridos en materia laboral, los cuales pasamos a comentar. Claro está, todos ellos se refieren a beneficios, pues se entiende que la nueva norma resulta peyorativa, pues de resultar mejor la última no existiría problema en admitir su aplicación inmediata.

El primero de ellos se refiere a beneficios nacidos de contratos de trabajo, esto es, todas aquellas disposiciones pactadas en el contrato. No llegan a ser normativas, pues carecen de efecto general y de carácter abstracto, dado que solamente se aplican y son exigibles por un sujeto en particular. Consideramos que aquellas que surgen a propósito de la suscripción del contrato, sin estar expresamente pactadas, calificarán como beneficios nacidos por consolidación, tercer supuesto de los previstos en el artículo.

El segundo supuesto menciona que sólo hay derechos adquiridos en beneficios nacidos de concesiones unilaterales no normativas del empleador, es decir, prácticas que, sin llegar a consolidarse en el tiempo como costumbre, logran que el trabajador se beneficie con determinados derechos no previstos en las normas.

Finalmente, el tercer supuesto se refiere a beneficios nacidos por consolidación por el transcurso del tiempo. Este supuesto se diferencia de la costumbre, debido a que en esta última, tal como se define en el artículo XVI del mismo PLGT, las prácticas deben ser reiteradas, generar conciencia de obligatoriedad y además, ser de carácter abstracto y general. Aquellas que generan derechos para destinatarios concretos y singulares (es decir, no son abstractas ni generales) son consolidaciones, en otras palabras, una "costumbre" individual, que no puede ser exigida por todos sino que fue respetada para determinadas personas, sin ser originada en el contrato de trabajo sino que se produce como una consecuencia de él.

Nótese que los tres supuestos coinciden con el ámbito de aplicación del principio de condición más beneficiosa[17], por el cual se busca el respeto de una situación de mejora originada por derechos nacidos de actos o hechos no normativos frente a

[17] Neves, op. cit., p. 145-148.

su eliminación por actos o hechos normativos. Asimismo, con dicho artículo se busca finalizar el respeto de derechos provenientes de normas que posteriormente son abrogadas o derogadas.

Sin embargo, el principal inconveniente de la existencia de derechos adquiridos resulta en determinar justamente el momento de su adquisición, aspecto que tampoco se menciona para el origen de la costumbre en el PLGT, y cuya precisión requiere ser realizada.

El primer supuesto no presenta mayor inconveniente, al referirse a beneficios nacidos del contrato de trabajo. En tal sentido, basta que surja dicho beneficio para que él no pueda ser modificado unilateralmente por el empleador. Pero esto resultaría redundante por la lógica obligación de respetar lo pactado, dado que el jus variandi no puede modificar elementos esenciales del contrato. Si entendemos que no sólo se incluye a los beneficios pactados sino también a los que se generen, entonces la referencia a las concesiones unilaterales podría resultar redundante.

Las concesiones unilaterales ¿requieren ser continuas? ¿pueden ser dos? ¿y de qué periodicidad? ¿un empleador que paga una gratificación extraordinaria en enero y otra en junio ya ha creado una concesión unilateral, ergo, un derecho adquirido para el trabajador, que no puede revocar el próximo año?

La consolidación por el transcurso del tiempo nos parecería indicar que se requiere un período largo temporal para la existencia del derecho, pero su extensión no ha sido precisada: ¿dos años? ¿tres meses?. Claro está, dicha consolidación, además de contar con un período de tiempo razonable en su prestación, dependerá de la periodicidad del pago, la misma que debe ser diferente según se trate de beneficios mensuales, semestrales o anuales, por citar algunos períodos.

V. La opinión jurisprudencial

1. El Tribunal Constitucional

Dos de las más importantes decisiones judiciales sobre el tema lo constituyen las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes N° 007-96-I/TC (Acumulado) y N° 008-96-I/TC, ambas publicadas el 26 de abril de 1997 en la separata especial del Diario Oficial El Peruano[18], en las

[18] Si bien ambas sentencias pueden generar amplios comentarios, nos limitaremos a revisar los aspectos relacionados con el objeto del presente trabajo.

cuales se identifica "derechos legalmente obtenidos" con el concepto de "derechos adquiridos".

En el segundo párrafo del numeral 10 de los fundamentos de la primera sentencia mencionada, que resolvió la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 25967, que modificó el goce de pensiones de jubilación que administraba el Instituto Peruano de Seguridad Social, se señaló, a propósito del contenido de la primera disposición final y transitoria de la Constitución[19], lo siguiente:

> *"Si la protección que la Constitución otorga a tales derechos opera ante la creación de nuevos regímenes pensionarios, con mayor razón, cualquier regulación destinada a mejorar la administración de los mismos, también debe respetarlos. Estamos ante una* ***situación de excepción*** *que permite que un conjunto de normas sean aplicadas ultractivamente, por reconocimiento expreso de la disposición constitucional, a un grupo determinado de personas, quienes mantendrán sus derechos nacidos al amparo de una ley anterior, aunque la misma haya sido derogada o modificada posteriormente. Esta situación* ***no significa*** *que se esté desconociendo por mandato de la propia Constitución, la obligatoriedad de la vigencia de las leyes, desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la propia ley, que postergue su vigencia en todo o en parte, ya que* ***la Constitución consagra la teoría de aplicación inmediata de la norma****; nuestro sistema jurídico, complementado lo antes señalado, se regula sobre la base de la* ***teoría de los hechos cumplidos*** *en los casos de conflicto de normas en el tiempo, como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil. Se trata en todo momento de una situación excepcional de ultractividad de la norma, por disposición expresa de la Constitución."* (la negrita es nuestra)

Consideramos pertinente realizar la cita de todo el numeral pues de ella se desprende la posición que asumió el Tribunal en este caso: la regla prevista en la Constitución[20] es la teoría de los hechos cumplidos; la excepción, los derechos

---

[19] Que dice: "Los nuevos regímenes sociales obligatorios, que sobre materia de pensiones de los trabajadores públicos, se establezcan, no afectan los derechos legalmente obtenidos, en particular el correspondiente a los regímenes de los decretos leyes 19990 y 20530 y sus modificatorias."

[20] Aspecto que no compartimos pues la previsión expresa de dicha teoría es legal y no constitucional, como luego lo señala la sentencia N° 008-96-I/TC.

adquiridos, previstos para el caso de los pensionistas, en una disposición de la Constitución. Por ende, no compartimos la opinión que el Tribunal haya optado por recoger en este caso la teoría del principio de la condición más beneficiosa[21], prevista para casos de sucesión normativa: simplemente, está dándole contenido a una disposición constitucional. O, si prefiere, se está prefiriendo la aplicación de la Constitución sobre el mandato de una ley[22].

Este razonamiento se precisa y se describe de forma más clara en el numeral 17 de la sentencia emitida en el expediente N° 008-96-I/TC, que resolvió la inconstitucionalidad de varios artículos del Decreto Legislativo 817, Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado:

> *"En segundo término,* ***este respeto a los derechos adquiridos*** *en materia pensionaria, en relación a un grupo determinado de personas –pensionistas de los precitados regímenes– permite, de modo excepcional, que un conjunto de normas se apliquen ultractivamente –la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma* ***sólo es posible*** *si el ordenamiento lo reconoce expresamente- a un grupo determinado de personas –que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior– porque así lo dispuso el Constituyente –permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida-; no significando, en modo alguno, que se desconozca que por mandato constitucional las leyes son obligatorias desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte,* ***y que el legislador peruano ha optado*** *ante la posibilidad de conflicto de normas en el tiempo por la teoría de los hechos cumplidos, tal y como lo consagra el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que señala que la ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento que entra en vigencia, por lo que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de las relaciones jurídicas preexistentes."* (la negrita es nuestra)

Es decir, para el Tribunal, la teoría aplicable para resolver problemas de aplicación de normas en el tiempo es la teoría de los hechos cumplidos, salvo excepción prevista en la misma Constitución. Otro tema, y de similar o mayor contenido,

---

[21] Herrera, op. cit., p. 155.

[22] Contribuye a este razonamiento lo expresado en el numeral 15 de la sentencia antes indicada.

resulta discutir el momento en que se adquiere el derecho (en estos casos, el Tribunal lo definió en el cumplimiento de los requisitos para la incorporación a los sistemas de pensiones).

Este razonamiento ha sido recientemente ratificado en la sentencia emitida en el expediente N° 005-2003-AI/TC (acumuladas) publicada el 24 de abril del presente año, mediante la cual se resuelve la inconstitucionalidad de la Ley 27617, que dispone la reestructuración del Sistema Nacional de Pensiones, modifica el Decreto Ley 20530 y la Ley del Sistema Privado de Pensiones. En el numeral 2.2. de sus fundamentos se dice:

> *"Así, es claro que cualquier modificación que se haga de las reglas o criterios para fijar tanto la remuneración de referencia como los porcentajes aplicables para la determinación de la jubilación vinculada al Decreto Ley N° 19990,* ***únicamente puede operar para quienes aún no tienen un derecho adquirido****, esto es, para los que mantienen una expectativa dentro de dicho régimen previsional, por no haber cumplido los requisitos que la ley indica para gozar de una pensión en el régimen; así debe entenderse en adelante." (la negrita es nuestra)*

Sin embargo, coincidimos con el profesor Villavicencio al señalar que la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional es todavía dispareja, puesto que frente a la rigurosidad y el acierto en algunos campos, en otros se yerra grandemente[23]. Uno de estos yerros lo pueden constituir las sentencias emitidas en cinco procesos de amparo[24], las cuales declararon fundadas las solicitudes de reincorporación de miembros del Servicio Diplomático de la República[25].

En cada uno de estos casos los demandantes habían ingresado al servicio diplomático bajo la vigencia de la Ley 6602, que establecía una determinada edad límite para la permanencia y retiro del personal que forma parte del servicio. Dicha norma fue válidamente modificada por el Decreto Legislativo N° 894, que estableció nuevos límites de edad aplicables, menores a los previstos en la Ley 6602 y que

---

[23] Villavicencio Ríos, Alfredo "TC y los ingresos a la cédula viva", artículo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 17 de junio de 2003.

[24] Todas ellas publicadas en el Diario Oficial El Peruano y que corresponden a los expedientes N° 111-2000-AA/TC, N° 1127-2000-AA/TC, N° 45-2000-AA/TC, N° 644-2000-AA/TC y N° 1154-2000-AA/TC, esta última publicada el 14 de setiembre de 2002.

[25] Una de ellas, la N° 45-2000-AA/TC, mereció un comentario más extenso, el cual fue publicado en la revista Análisis Laboral correspondiente al mes de enero de 2002.

fueron aplicados para determinar el cese de los demandantes (en algunos casos, luego de dos años de vigencia de la nueva norma).

El Tribunal señaló en el primero de los casos comentados (N° 111-2000-AA/TC) que:

> *"de acuerdo con lo expuesto por el demandante, y tal como lo reconoce la parte demandada, si aquél ingresó en el Servicio Diplomático de la República el uno de enero de mil novecientos setenta y cuatro y el régimen legal correspondiente a su carrera era el regulado por la Ley del Servicio Diplomático N° 6602, su reglamento y las normas ampliatorias correspondientes,* ***no podía la demandada aplicarle retroactivamente*** *lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 894, toda vez que ello no sólo importa una transgresión al principio de irretroactividad de las leyes, establecido en el segundo párrafo del artículo 103° de la Constitución Política del Estado, sino, además, que se desconozca, en forma arbitraria,* ***el carácter de irrenunciabilidad de los derechos adquiridos previstos por la Constitución o la ley****, y que en el caso de autos se materializa con el desconocimiento de lo dispuesto por la Ley N° 6602;"* (la negrita es nuestra)

Consecuentemente, según el Tribunal, con la aplicación del Decreto Legislativo 894 para determinar el cese del demandante:

> *"se ha acreditado la vulneración del carácter irrenunciable de los* ***derechos laborales adquiridos*** *del demandante y del principio de irretroactividad de la Ley."* (la negrita es nuestra)

Este razonamiento, de increíble consecuencia pues reconoce expresamente la teoría de los derechos adquiridos, fue ampliado en el segundo proceso revisado (N° 1127-2000-AA/TC):

> *"para este Tribunal, es un hecho indiscutible que los derechos laborales que se adquieren bajo el amparo de una determinada normatividad, específicamente aquellos que establecen plazos, no pueden ser desnaturalizados a posteriori de modo restrictivo por nuevas leyes, ya que tal hipótesis resulta contraria, tanto al principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos previsto en el inciso 2) del artículo 26° de la Constitución Política del Estado, como al principio de irretroactividad de las normas jurídicas establecido en el párrafo segundo del artículo 103° de la norma fundamental. Ello,* ***naturalmente****, no significa que no se pueda variar el tratamiento de las cosas a futuro sino simplemente el distinguir entre quienes adquirieron un derecho bajo el ampa-*

ro de una norma indiscutiblemente vigente y aquellos otros cuyos derechos se generaron desde el momento de expedirse un régimen legal distinto".

Curiosa precisión del Tribunal. Hace respetar los "derechos adquiridos" pero luego señala que se puede variar la regulación de las "cosas a futuro" siempre que se distinga entre quienes adquieren un derecho y quienes no. Pero lo que no realiza el Tribunal es señalar los criterios de adquisición de un derecho, menos aún estos casos.

Razonar como el Tribunal implicaría pensar que a todo trabajador que empieza a laborar bajo un determinado sistema normativo (por ejemplo prescripción laboral de cuatro años, descanso anual de 30 días, jubilación obligatoria a los 70 años, etc.), una nueva norma que reduzca dichos plazos no le podría ser aplicable, pues ella vulneraría los preceptos constitucionales mencionados en las citas, así como su derecho al trabajo (mencionado en la sentencia del expediente N° 644-2000-AA/TC).

Discrepamos de esta interpretación: la teoría de los hechos cumplidos debe aplicarse, tal como lo sugiere el texto incluido en el PLGT, de forma inmediata y a las situaciones y relaciones jurídicas existentes, y para el caso en particular, la aplicación de la edad de cese prevista en la nueva norma a todos los trabajadores, sea que le faltara un día para cumplir la edad como a aquél que recién empieza a laborar.

2. La Corte Suprema

La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema tuvo oportunidad, hace algunos años, de resolver correctamente un problema de aplicación de normas en el tiempo, en referencia a la sucesión normativa de la Ley 24514 y el Decreto Legislativo 728[26]. Como se recordará, esta última norma dispuso la aplicación ultractiva de algunos artículos de la Ley 24514, dado que la estaba abrogando al regular de forma íntegra la estabilidad laboral. En la sentencia se distingue claramente la aplicación de la nueva norma y los temas que permanecían bajo la regulación de la norma eliminada.

Posteriormente, la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema utilizó la teoría de los hechos cumplidos para resolver la casación

[26] La Casación fue la N° 2854-97, de fecha 2 de junio de 1999 y fue publicada en el Diario Oficial el 28 de diciembre del mismo año.

N° 1182-2000[27]. En ella la Corte descartó la aplicación del plazo de caducidad para demandar la calificación de despido previsto en la Ley 24514 a un cese realizado cuatro meses antes de su vigencia.

Sin embargo, recientemente[28] ha sido publicada una sentencia, emitida por la Sala Transitoria, que podría resultar cuestionable. En este caso, a propósito de la desnaturalización de contratos sujetos a modalidad, la Corte señala:

> *"nuestro sistema normativo se sustenta en el principio de aplicación inmediata de la Ley, pues de acuerdo al artículo Tercero del Título Preliminar del Código Civil vigente, la Ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú;* ***empero la garantía constitucional de irretroactividad de la ley sustantiva, importa que las leyes se dictan para prever situaciones futuras, pero no para imponer a hechos ya producidos efectos distintos de aquellos que fueron previsibles dentro del ordenamiento jurídico al momento de producirse"***. (la negrita es nuestra).

Si bien la primera parte de la cita resulta correcta, nos preocupa el texto resaltado, salvo que en la redacción utilizada se haya querido indicar con "hechos ya producidos" también a los efectos ya cumplidos. Pero esta interpretación perdería sentido con la última parte del texto, cuando se indica que la nueva norma no puede crear efectos distintos de "*aquellos que fueron previsibles al momento de producirse*" dichos efectos. ¿Derechos adquiridos o simple redacción inadecuada?

La sentencia utiliza otros argumentos para resolver, consideramos de forma correcta, la pretensión discutida pero este párrafo nos llamó la atención al escribir el presente artículo. Comprobamos, pues, que urge una norma precisa y clara, como lo es la incluida en el PLGT, para aclarar las dudas aún existentes sobre el tema.

VI. Un nuevo aporte legislativo

Al finalizar el presente escrito se ha publicado[29] la Ley 28015 que regula la promoción y formalización de la micro y pequeña empresa. Esta norma establece

---

[27] Decisión de fecha 8 de noviembre de 2000 y publicada el 1 de marzo de 2001.

[28] Casación N° 1066-2001, de fecha 21 de octubre de 2002 y publicada el 30 de mayo de 2003.

[29] La norma fue publicada el 3 de julio de 2003.

un régimen laboral especial para las microempresas, el cual tendrá una vigencia de cinco años. Califica como microempresa, según la norma, aquellas que tengan entre uno y 10 trabajadores y un nivel de venta anual no inferior a 150 unidades impositivas tributarias, hoy US$ 132,900.

La norma, vigente desde el 4 de julio, otorga derechos de inferior cuantía que el vigente actualmente y, en algunos casos, no reconoce derechos existentes en dicho régimen. Para regular su aplicación temporal, ella señala en el segundo párrafo de su artículo 56°:

> *"Los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial, mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales".*

¿Reconocimiento legal de la teoría de los derechos adquiridos? En todo caso, resulta claro que hay ciertos derechos que deberán respetarse en todas las relaciones laborales vigentes en las microempresas al 4 de julio del presente año. El reglamento de esta norma, aún no publicado, tendrá que resolver el primer y principal problema: la explicación del momento en que nace un derecho, aspecto esencial para que el trabajador pueda exigir la existencia de cada uno de ellos.

Un ejemplo: si el descanso anual en el régimen general es de 30 días calendario por año de servicios y en el régimen especial establecido por la Ley 28015 se ha previsto en 15 días calendario por año ¿el trabajador de microempresa que tiene un récord acumulado de seis meses ya laborados en julio de este año: (i) siempre tendrá derecho a treinta días de descanso porque ya nació su derecho, (ii) sólo disfrutará de 30 días de descanso por el primer año, dado que se venía devengando, resultando 15 a partir del segundo pues dichos descansos no han nacido, o (iii) no tiene derecho a 30 por año alguno pues el derecho vacacional al descanso físico no ha terminado de nacer (recuérdese que se requiere cumplir con el récord vacacional)?[30]

Nuevos problemas que tendrán que ser resueltos legal y jurisprudencialmente.

[30] Sobre las opciones para entender adquirido un derecho puede revisarse Ojeda Avilés, Antonio "El principio de condición más beneficiosa" en Revista de Política Social, Madrid, N° 134, 1982 y Neves, op. cit, p. 148-149.

Conclusión

El texto propuesto en el PLGT resulta correcto y muy pertinente para la legislación laboral, pues con él se podrá evitar conclusiones equivocadas, en especial cuando se trata de hacer prevalecer la situación jurídica de un trabajador en particular respecto de la aplicación de una norma legal, aspecto que normalmente es calificado como "derechos adquiridos", concepto que hemos tratado de compartir con las decisiones judiciales citadas.

Los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Martín Carrillo Calle
Profesor de la Maestría de Relaciones Laborales
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Marco de referencia

Consideramos pertinente que la discusión de toda iniciativa legislativa sobre los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, se haga teniendo en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por el Perú y las particulares condiciones socioeconómicas existentes en el país.

I.1. Regulación internacional

Como se sabe, la Cuarta Disposición Final de la Constitución vigente, dispone que los artículos del texto constitucional que regulan derechos fundamentales laborales deben ser interpretados de acuerdo a lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Perú, que de esta manera se convierten en importantes e imprescindibles referentes normativos para impedir cualquier lectura restrictiva o reductora de las cláusulas constitucionales. En mérito a tal mandato, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país y que van a operar como referentes y garantes del respeto al contenido esencial de las disposiciones constitucionales que tratan sobre la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato y la no discriminación por razón de género, son: la Carta de las Naciones Unidas (1945)[1]; la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)[2]; la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952)[3];

[1] Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 10255 del 15.10.1945.

[2] Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 13282 del 16.12.1959.

[3] Aprobada y ratificada mediante el Decreto Ley N° 21177 del 10.06.1975.

el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)[4]; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)[5]; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979)[6]; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1999)[7]; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)[8]; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988)[9]; la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer (1994)[10]; el Convenio OIT N° 100 sobre igualdad de remuneración (1951)[11]; el Convenio OIT N° 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958)[12]; el Convenio OIT N° 122 sobre la política de empleo (1964)[13] y el Convenio OIT N° 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981)[14]. Sin duda que estos 14 instrumentos internacionales, aportan importantes conceptos para la cabal interpretación y plena vigencia de los principios bajo estudio.

El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, que está en trámite en el Congreso de la República, precisa que los derechos fundamentales "se interpretan de conformidad con los tratados y declaraciones internacionales, en la medida que sean más favorables a la persona humana" (II principio fundamental del Título Preliminar). Consideramos positivo que los tratados de derechos humanos mantengan su función referencial en materia de interpretación de las cláusulas constitucionales, con la pertinente precisión de que su invocación

---

4 Aprobado mediante el Decreto Ley N° 22128 del 28.03.1978.

5 Aprobado mediante el Decreto Ley N° 22129 del 28.03.1978.

6 Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 23432 del 05.06.1982.

7 Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 27429 del 23.02.2001.

8 Aprobada mediante el Decreto Ley N° 22231 del 11.07.1978.

9 Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 26448 del 28.04.1995.

10 Aprobada mediante la Resolución Legislativa N° 26583 del 22.03.1996.

11 Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 13284 del 15.12.1959.

12 Aprobado mediante el Decreto Ley N° 17687 del 06.06.1969.

13 Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 16588 del 17.06.1967.

14 Aprobado mediante la Resolución Legislativa N° 24508 del 28.05.1986.

sólo procede en clave *pro libertatis*, lo que garantiza la efectiva tutela de los derechos fundamentales.

En adecuada consonancia con esta posición, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo señala que los tratados sobre derechos humanos -y en especial los Convenios de la OIT- "sirven para interpretar el significado de los derechos" consagrados en la Constitución y en la propia Ley General de Trabajo (artículos XII y XIII del Título Preliminar).

I.2. Situación social

El Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 2000-2005[15], señala en su diagnóstico situacional que "La participación de la mujer en el mercado laboral ha tenido avances significativos", pero advierte que dicha participación "sigue caracterizada por la segregación y la desigualdad". Precisa que "Los hombres generalmente obtienen mayores ingresos y tienden a desempeñarse en puestos de mayor jerarquía, mientras que las mujeres se ubican en puestos de trabajo de menor jerarquía con menor remuneración y mayor inestabilidad". A lo que se agrega que "la subsistencia de determinadas circunstancias, como la mayor responsabilidad de la mujer en el cuidado de la familia y los hijos, unido a prejuicios sociales no erradicados sobre la capacidad laboral y profesional de la mujer siguen siendo condicionantes para que las mujeres continúen insertándose en trabajos de baja productividad".

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[16], ha expresado su preocupación porque en el Perú persiste "la discriminación por motivos de género en el mercado de trabajo", la que se expresa en un

---

[15] El Plan Nacional -aprobado mediante el Decreto Supremo 001-2000-PROMUDEH, publicado en el Diario Oficial el 02.02.2000- tiene como objetivo general el "Promover y garantizar la igualdad de trato y de oportunidad para las mujeres y propiciar su participación plena en el desarrollo y en los beneficios que ello conlleve, a lo largo de su ciclo de vida". Entre sus objetivos específicos, figura el "Favorecer el acceso y mejorar la posición de las mujeres en el mercado laboral".

[16] El Perú debe presentar periódicamente informes sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas como país signatario de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer. Esos informes son evaluados por el citado Comité, que expresa sus preocupaciones y presenta las recomendaciones que estime por conveniente a los respectivos gobiernos. El quinto informe presentado por el Perú en los últimos 20 años, fue examinado por el Comité en su período extraordinario de sesiones celebrado en agosto del 2002. Véase el documento que recoge las preocupaciones y observaciones del Comité en: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedawExsess/ConcComments/ConComPer.PDF

"limitado acceso de las mujeres al empleo", la "baja calidad" de las tareas que ellas desempeñan, la "discriminación salarial" y la "segregación vertical y horizontal". El citado Comité ha solicitado al gobierno peruano que se superen las "condiciones precarias" a las que están sometidas las trabajadoras del sector informal y aquellas que laboran a tiempo parcial, en tanto prestan sus servicios "sin protección laboral, sin acceso a la seguridad social y sin el debido respeto a sus derechos laborales". Para superar tal situación, ha recomendado la adopción de las medidas necesarias para "garantizar el cumplimiento" de lo dispuesto por el artículo 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer[17], y la aplicación de los convenios de la OIT sobre la materia, en especial el N° 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación. El Comité, además, ha exhortado al gobierno peruano a eliminar la "segregación ocupacional" a través de "la educación, la formación y la capacitación" de las trabajadoras.

Cabe destacar que la igualdad de oportunidades y la no discriminación, no sólo son materia de interesantes debates jurídicos, pues ellos también deben de servir

---

[17] "1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano; b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico; d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas; f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los 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.
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda".

para poner en evidencia una compleja e inequitativa realidad social, que reclama urgentes respuestas estatales a favor de los colectivos más afectados en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo, como son las mujeres, los discapacitados, los menores de edad y los adultos mayores.

II. Anteproyecto de Ley General de Trabajo

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo incluyen en su articulado diversas disposiciones[18] sobre la igualdad de oportunidades, la igualdad de trato y la no discriminación, que pasamos a reseñar de manera estructurada en cinco tópicos.

II.1. Los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminacion

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo establece como uno de los principios del ordenamiento laboral, el de "Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades" (artículo XI, 5 del Título Preliminar). Además, reconoce a los trabajadores -en la relación de trabajo- la titularidad del derecho a "La igualdad de trato y de oportunidades y a la no discriminación por cualquiera de los motivos a que se refiere el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar" (artículo 48°, 4).

Como se sabe, el vigente texto constitucional consagra como derecho fundamental el principio general de igualdad ante la ley y una amplia tipificación de los supuestos discriminatorios que resultan vedados en el ordenamiento peruano (artículo 2°, 2), junto con el explícito reconocimiento de la vigencia del principio de igualdad de oportunidades sin discriminación en toda relación laboral (artículo 26°, 1), como parte de los derechos sociales y económicos.

El principio de igualdad, entendido como derecho fundamental, "comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias". De esta forma, la igualdad se configura como el derecho de la persona "a no sufrir discriminación jurídica

[18] Véase los artículos XI, 5 (Título Preliminar); 3°; 48°, 4; 49°; 102°; 132°, 2; 133°, 6; 317°, 5 y 336°.

alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desemejanza de trato"[19].

El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, por su parte, señala que toda persona tiene derecho "A la igualdad ante la ley. Está prohibida toda forma de discriminación que tenga por objeto o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. El Estado y la sociedad promueven las condiciones y medidas positivas para que real y efectivamente nadie sea discriminado" (artículo 2°, 2). Es de responsabilidad estatal la adopción de políticas y la promoción de condiciones para el fomento de la equidad en el acceso al empleo, la capacitación y la formación profesional (artículo 28°), estableciéndose que en la relación de trabajo rigen los principios de igualdad de trato, de oportunidades y de no discriminación (artículo 30°, 4). Corresponde al Estado y la sociedad actuar concertadamente para erradicar la exclusión social (artículo 41°), siendo deber de todo peruano el luchar contra la discriminación (artículo 54°, 10)[20].

De esta manera, el proyecto de reforma constitucional establece la proscripción general de toda forma de discriminación; pone énfasis en el resultado peyorativo (anulación o menoscabo) que el acto discriminatorio causa en la víctima; exige que se adopten políticas públicas que apunten a erradicar la exclusión social y fomenten la equidad en el acceso al empleo, la capacitación y la formación profesional, propósito que -según el mismo proyecto indica- puede ser alcanzado mediante las medidas de "acción positiva" impulsadas por el Estado. El citado proyecto, ofrece elementos para entender que junto con el reconocimiento de una igualdad formal también se aspira a alcanzar una igualdad real, verificable facticamente en los diversos ámbitos de las relaciones sociales. Si bien ninguna persona puede ser "legalmente" discriminada, tampoco

---

[19] Además, la igualdad opera "como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho". En este plano, la igualdad "implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológico, que, por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático". Véase el Fundamento Jurídico N° 3.1. de la Sentencia del 26.03.2003 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la acción de amparo promovida por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 0261-2003-AA/TC).

[20] Además, en el preámbulo de lo que será el nuevo texto constitucional, se declara el compromiso por "promover una sociedad justa, libre y solidaria (...) exenta de toda exclusión económica, social, étnica, sexual, cultural o de cualquier otra índole".

puede serlo "real y efectivamente". Consideramos conveniente que se haga un esfuerzo para lograr una redacción más directa y enfática en este extremo del texto constitucional en debate, para que no quede duda del compromiso imperativo de remover todos los obstáculos que impiden alcanzar una igualdad sustantiva en la sociedad peruana.

En los términos en que la igualdad de oportunidades sin discriminación en la relación laboral, ha sido consagrada por la Constitución vigente, podría interpretarse -aplicando la técnica literal- que éste principio sólo surte efecto en el desarrollo de una relación de trabajo, por lo que no podría ser invocado en las actividades previas a la configuración de dicha relación, como -por ejemplo- en los procesos de selección de personal. Una lectura hecha bajo estas coordenadas, llevaría a sostener que los constituyentes al adoptar el principio de igualdad de oportunidades (que opera en el acceso al trabajo), en realidad lo que deseaban era incorporar el principio de igualdad de trato (cuyo espacio de actuación es la etapa de ejecución de las obligaciones laborales) al texto constitucional. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos[21], ha pedido que la fórmula constitucional que establece la igualdad de oportunidades, también sea aplicable al acceso al trabajo. El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución supera la confusión de conceptos y le devuelve rango constitucional al principio de igualdad de trato, garantizando que el principio de no discriminación será de aplicación tanto en el acceso al empleo, en la etapa de ejecución de las obligaciones generadas por la relación laboral, como en la terminación de la misma.

El Convenio N° 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, señala que bajo el concepto de discriminación quedan comprendidas todas sus modalidades: las discriminaciones generadas por el propio ordenamiento legal[22] o las que se registran en la práctica[23], las directas y las indirectas, las que afectan a

---

[21] Véase el informe del año 2000 sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú.

[22] "La adopción de disposiciones generales por las que se establezcan distinciones fundadas en criterios prohibidos constituye una discriminación en el derecho". Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General de las memorias sobre el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111) y la Recomendación sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958 (núm. 111). Conferencia Internacional del Trabajo, 82ava. Reunión (1996). Párrafo 25.

[23] "El comportamiento regular de una autoridad pública o una persona privada que trate de manera desigual a individuos o a miembros de un grupo basándose en algún criterio prohibido que podría gozar de los mismos derechos u obtener las mismas ventajas constituye una discriminación en la práctica". Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob cit. Párrafo 25.

los trabajadores nacionales como a los extranjeros, a los que laboran para el sector público como quienes lo hacen en la actividad privada. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, identifica tres elementos en la definición de la discriminación que asume el Convenio N° 111: a) "un elemento de hecho (la existencia de una distinción, exclusión o preferencia originadas en un acto o en una omisión) que constituye la diferencia de trato"; b) "un motivo determinante de la diferencia de trato", y c) "el resultado objetivo de tal diferencia de trato (o sea la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato)"[24]. Téngase presente que el Convenio N° 111 no exige que el autor del acto discriminatorio tenga la "intención" de perjudicar al trabajador afectado, ya que incluso la acción vedada puede ocurrir "sin la necesidad de que haya un autor identificable"[25].

El principio de igualdad de remuneraciones entre hombres y mujeres[26] no ha sido recogido por el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional, por lo que resulta pertinente recordar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[27], señaló que al no haberse incluido en el texto constitucional de 1993 el derecho de las mujeres y de los hombres a igual remuneración por igual trabajo, el Perú desconoció lo dispuesto por la OIT en el Convenio N° 100 y en la Recomendación N° 90. Consideramos conveniente que en el actual proceso de reforma, se debata la reincorporación de este principio al texto constitucional, o en su defecto, sea recogido por la próxima Ley General de Trabajo.

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo también proscribe la discriminación "por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, idioma, estado civil, responsabilidades familiares, edad, discapacidad, ser portador del VIH/SIDA, condición económica o de cualquier otra índole" (artículo XI, 5 del Título Preliminar).

---

[24] Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob cit. Párrafo 23.

[25] Thomas, C. y Horii, Y.: Igualdad de oportunidades y de trato en el empleo y la ocupación. En: Javillier, J.C. (Director): Las Normas Internacionales del Trabajo. Un enfoque global. 75.° aniversario de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones. Oficina Internacional del Trabajo. 2002. Pag. 88.

[26] La Constitución de 1993 eliminó la regla recogida por el texto constitucional de 1979, por la cual "El trabajador, varón o mujer, tiene derecho a igual remuneración por igual trabajo prestado en idénticas condiciones al mismo empleador" (artículo 43°).

[27] Véase el informe del año 2000 sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú.

Por su parte, la Constitución de 1993 establece que "Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole" (artículo 2°, 2)[28].

Como se ha visto, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo prefiere hacer un listado enunciativo abierto, para identificar las razones que invalidan un mandato o una decisión por sus consecuencias discriminatorias en el ámbito laboral. La técnica legislativa adoptada por el Anteproyecto no coincide con la que se asume en el Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución, que proscribe toda forma de discriminación, sin explicitar ningún supuesto. Para evitar que se presenten divergencias en la interpretación del mismo principio, sería conveniente que se unifique la técnica legislativa asumiendo la del listado enunciativo abierto, al que se podría sumar para reforzar la protección antidiscriminatoria, supuestos como el color, la ascendencia nacional, la nacionalidad, la afiliación sindical, el estado de salud, la invalidez y las opciones sexuales[29].

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo proscribe la discriminación directa como la indirecta (artículo XI, 5 del Título Preliminar). Cabe precisar que las modalidades de discriminación indirecta están "relacionadas con situaciones, reglamentaciones o prácticas aparentemente neutras pero que, en realidad, crean desigualdades con respecto a personas que tienen determinadas características". Situaciones de esta naturaleza "surgen cuando idénticas condiciones, tratamientos o

---

[28] Mediante la Ley 27270 -publicada en el Diario Oficial el 29.05.2000- se tipifica el delito de discriminación y se le incorpora al Código Penal bajo la siguiente fórmula: "El que discrimina a otra persona o grupo de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual, será reprimido con prestación de servicios a la comunidad", de 30 a 60 jornadas o limitación de días libres de 20 a 60 jornadas (artículo 323°). Adviértase que queda fuera de la tipificación penal, toda discriminación sustentada en el origen, el idioma, la opinión o la condición económica, pese a que todos estos motivos han sido expresamente proscritos por la Constitución de 1993.

[29] El Convenio N° 111 de la OIT sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, señala que bajo el concepto de discriminación queda comprendida "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación", los que "incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo". Téngase presente que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha propuesto a la Conferencia Internacional del Trabajo que sancione un protocolo adicional al Convenio N° 111, en el que se proscriba como basamento de una decisión en materia de empleo y ocupación, "todos o algunos de los siguientes criterios (citados por orden alfabético): afiliación sindical, condición matrimonial, edad, estado de salud, idioma, inclinaciones sexuales, invalidez, nacionalidad, posición económica y responsabilidades familiares". Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General... Ob. Cit. Párrafo 297.

criterios se aplican a todos pero sus consecuencias resultan tener un impacto sumamente desfavorable en algunos por motivos basados en su raza, color, sexo o religión, y no resultan tener un vínculo directamente relacionado con los requerimientos del empleo"[30].

II.2. Acciones positivas

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo establece que "las acciones positivas adoptadas por el Estado destinadas a lograr una igualación efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales", no pueden ser considerados como actos de discriminación (artículo XI, 5 del Título Preliminar).

El Proyecto de Ley de Reforma de la Constitución habilita al Estado para que proceda a implementar medidas de "acción positiva", en tanto éstas resultan instrumentos propicios para fomentar la igualdad real, además de precisar que "La ley puede establecer preferencias a favor de los trabajadores nacionales" (artículo 30°, 4). Consideramos conveniente que el nuevo texto constitucional habilite otros supuestos de preferencia al margen de la nacionalidad, para que no se entienda que las medidas de "acción positiva" que el Estado puede impulsar a favor de un determinado colectivo -ya sea en el ámbito legislativo, administrativo o judicial-, se reducen a la promoción del trabajador nacional frente al extranjero. Así por ejemplo, la habilitación constitucional para que una ley pueda reconocer a la mujer derechos no menores que al hombre[31], operaría como una cláusula de soporte para que se adopten políticas públicas con medidas de "acción positiva" a favor de las mujeres, focalizadas en el empleo y las condiciones de trabajo.

Tanto el Convenio 111 como la Recomendación 111 de la OIT, consideran que las medidas de "acción positiva" constituyen importantes piezas de toda política

---

[30] Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, la discriminación indirecta se da cuando -por ejemplo- se establecen "ciertos requisitos o condiciones físicas que, aparentemente, se imponen por igual a ambos sexos, pero que provocan una discriminación de hecho. Esto ocurre muchas veces (...) cuando se imponen condiciones de altura o de peso en forma indiferenciada para hombres y mujeres". Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General .... Ob. cit. Véase los párrafos 25 y 38.

[31] La Constitución de 1993 eliminó la regla recogida por el texto constitucional de 1979, por la cual "El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón" (artículo 2°, 2). Este precepto no ha sido recogido por el Proyecto de Ley de Reforma Constitucional.

pública en pro de la igualdad de oportunidades[32]. Cabe destacar que el Convenio N° 111 precisa que "Las medidas especiales de protección de asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se considerarán como discriminatorias" (artículo 5°, 1), Igual señalamiento hace la Recomendación N° 111, cuando establece que: "La aplicación de la política de no discriminación no debería menoscabar las medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial" (artículo 6°)[33].

Las medidas de "acción positiva" tienen como finalidad la promoción de "la igualdad de oportunidades de determinados grupos sociales claramente definidos que son objeto de prácticas discriminatorias caracterizadas". Tales medidas son de aplicación temporal, pues han de regir "durante todo el tiempo que los grupos sociales beneficiarios no estén en condiciones de ejercer en la práctica sus derechos a la igualdad" y además se caracterizan por ser "multiformes"[34]. Corresponde al legislador fijar los criterios generales para determinar la temporalidad y la causalidad de las medidas de "acción positiva", el nivel de la estructura del Estado en las que éstas deberán diseñarse, la identificación del ente o entes responsables de dicha

---

[32] Téngase presente que desde 1975, la Conferencia Internacional del Trabajo viene alentando a los gobiernos a adoptar medidas para favorecer el acceso de las mujeres a los puestos de mayor importancia tanto en el sector público como en el privado, así como medidas para equiparar la remuneración de las mujeres con las que perciben los hombres que desempeñan trabajos de igual valor. Véase la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, aprobada el citado año.

[33] Para la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, "Estas medidas especiales tienden a garantizar en los hechos una igualdad de oportunidades y de trato que tenga en cuenta la diversidad de situaciones en que se encuentran determinadas personas, para que dejen así de ser discriminadas. Estos tratos preferentes tienen la finalidad de restablecer el equilibrio y forman o deberían formar parte de las medidas destinadas a suprimir las desigualdades". Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ...Ob. cit. Párrafo 135.

[34] Si bien las medidas de acción positiva "han resultado muchas veces de gran utilidad durante las primeras etapas de la eliminación de la discriminación y para lograr el objetivo de igualdad completa", en la actualidad la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, alienta a ensayar nuevas modalidades en las que corresponde al gobierno actuar "como catalizador para los empleadores del sector privado" a los que debe de alentar "a adoptar voluntariamente medidas tendientes a mejorar la posición de las mujeres y de las minorías". Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob cit. Párrafos 287 y 289.

función, así como las instancias estatales llamadas a intervenir en la puesta en práctica de las respectivas políticas públicas[35].

Nuestro Tribunal Constitucional ha sostenido con meridiana claridad que el derecho a la igualdad "no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar "igual a los que son iguales" y "desigual a los que son desiguales", partiendo de la premisa de que es posible constatar que en los hechos no son pocas las ocasiones en que un determinado grupo de individuos se encuentra postergado en el acceso, en igualdad de condiciones, a las mismas oportunidades. La primera condición para que un trato desigual sea constitutivo de una diferenciación admisible, es la desigualdad de los supuestos de hecho. Es decir, implica la existencia de sucesos espacial y temporalmente localizados que poseen rasgos específicos e intransferibles que hacen que una relación jurídica sea de un determinado tipo y no de otro. Asimismo, la existencia de una diferenciación debe perseguir una intencionalidad legítima, determinada, concreta y específica, debiendo asentarse en una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con juicios de valor generalmente aceptados. Se trata pues de un tema que, en la doctrina, se conoce con el nombre de "discriminación inversa", esto es, un caso en el cual se debe realizar un tratamiento diferenciado precisamente para promover la igualdad. Para ello se incita a que el Estado adopte una labor legislativa positiva y diligente, ya sea para corregir las disparidades en el goce de los derechos fundamentales o para alcanzar su integral realización"[36].

La vigencia y necesidad de las medidas de "acción positiva" queda en evidencia en el informe del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el que recomienda al Estado peruano adoptar medidas especiales de carácter temporal para erradicar la pobreza entre las mujeres rurales, y para promover que

---

[35] Como se sabe, la OIT impone a los países que han ratificado el Convenio 111 -como es el caso del Perú- la obligación de formular y llevar a cabo una política nacional promotora de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, para eliminar toda discriminación en estos ámbitos (de manera complementaria, las recomendaciones 111 y 150, detallan los aspectos que tal política debería incluir.).Si bien la acción normativa es muy importante en materia de igualdad de oportunidades, resulta indispensable que ella sustente y habilite a las políticas públicas antidiscriminatorias que deben de ser diseñadas y ejecutadas desde el Poder Ejecutivo, distribuyendo competencias y funciones entre las distintas instancias gubernamentales (nacional, regional y local).

[36] Véase el Fundamento Jurídico N° 3.3. de la Sentencia del 26.03.2003 de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la acción de amparo promovida por la Cámara Peruana de la Construcción (CAPECO) contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 0261-2003-AA/TC).

las mujeres asuman cargos de dirección, tanto en el sector público como en el privado. Por su parte, el Acuerdo Nacional[37], en su décima primera política de Estado, señala que la reducción y posterior erradicación de las diversas expresiones de discriminación e inequidad social que existen en el Perú, "requieren temporalmente de acciones afirmativas del Estado y de la sociedad, aplicando políticas y estableciendo mecanismos orientados a garantizar la igualdad de oportunidades económicas, sociales y políticas para toda la población".

Es conveniente señalar que las medidas de "acción positiva" no son extrañas al ordenamiento laboral peruano, pues es posible identificar como antecedente al De-

[37] En el mes de julio del 2002, las principales organizaciones políticas, religiosas y otras instituciones de la sociedad civil junto con el gobierno nacional, aprobaron un conjunto de acciones orientadas a alcanzar cuatro grandes objetivos que se convirtieron así en políticas de Estado, y que configuran el llamado "Acuerdo Nacional". Respecto a la equidad y la justicia social, se señala que la "igualdad de acceso a las oportunidades para todos los peruanos y peruanas", constituye uno de los ejes principales de la acción del Estado, por lo que se consagra el compromiso de "Adoptar medidas orientadas a lograr la generación de oportunidades económicas, sociales, culturales y políticas, erradicando toda forma de inequidad y de discriminación, en un contexto de pleno respeto a los Derechos Humanos". La promoción de la igualdad de oportunidades sin discriminación, configura la décima primera política de estado, que ha sido formulada de la siguiente manera: "Nos comprometemos a dar prioridad efectiva a la promoción de la igualdad de oportunidades, reconociendo que en nuestro país existen diversas expresiones de discriminación e inequidad social, en particular contra la mujer, la infancia, los adultos mayores, las personas integrantes de comunidades étnicas, los discapacitados y las personas desprovistas de sustento, entre otras". Para alcanzar este objetivo, el Estado: a) "combatirá toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades"; b) "fortalecerá una institución al más alto nivel del Estado en su rol rector de políticas y programas para la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, es decir, equidad de género". Corresponde al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social impulsar que la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, sea un principio con presencia transversal en el diseño, aplicación y evaluación de las políticas públicas y los presupuestos de cada sector. Dentro de las medidas complementarias al Acuerdo Nacional figura la reformulación del plan de igualdad de oportunidades sin discriminación y la discusión y aprobación de una Ley de Igualdad de Oportunidades con Equidad de Género. Como metas a alcanzar en el 2012, se espera que no menos del 40% de las autoridades políticas y de funcionarios de la administración pública sean mujeres y que estén en desarrollo 25 planes regionales y 192 planes municipales de nivel provincial para el fomento de la igualdad de oportunidades sin discriminación; c) "dará acceso equitativo a las mujeres a recursos productivos y empleo". La primera tarea es garantizar la aplicación del principio de igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. Se prevé modificar la regulación aplicable a las trabajadoras del hogar, para garantizarles sus derechos laborales sin discriminación. También se incluye la promoción de las pequeñas y microempresas conformadas por mujeres. Otra tarea es el reconocimiento de la función social de la maternidad y de la responsabilidad familiar compartida, lo que debe de llevar a la implementación de medidas de acción afirmativa para mujeres jefas de hogar, a la implementación de servicios de cuidado diurno de niñas y niños de 0 a 5 años, a la ratificación del Convenio N° 183 de la OIT sobre protección de la maternidad y la discusión y.../

creto Supremo 001-89-SA[38], que otorgó un puntaje extra de bonificación a las "personas impedidas" que se presentaban a los concursos de plazas convocadas por los organismos del sector público, promoviendo así su incorporación a la carrera administrativa. Esta medida promocional diseñada para operar en el "ingreso" a la función pública, ha sido aplicada en forma extensiva para evitar la "salida" de trabajadores discapacitados de la administración estatal. El Tribunal Constitucional declaró inaplicable las respectivas resoluciones de cese de las trabajadoras discapacitadas demandantes, porque la administración pública no les reconoció la bonificación con el puntaje extra que otorga el mencionado Decreto Supremo, en el proceso de evaluación al que fueron sometidas[39]. Esta medida ha sido luego consagrada en la Ley General de la Persona con Discapacidad[40].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos[41], recomendó al gobierno peruano "Regular la protección de la maternidad en el campo laboral, otorgándole a la mujer trabajadora los mismos derechos que tenía antes de la derogación de la Ley N° 2851", es decir: licencia por maternidad, indemnización especial por despido, permiso por lactancia y acceso a servicios de atención al hijo durante su primer

/... aprobación de la ley de responsabilidades familiares compartidas. Igualmente se considera como tarea pública el promover la igualdad de oportunidades para la formación profesional, la capacitación y la calificación laboral de las mujeres. A ello se asocia la adecuación de la normatividad laboral a los estándares internacionales de derechos laborales. También es de responsabilidad estatal la promoción de cambios en las representaciones sociales de hombres y mujeres y en los comportamientos discriminatorios, para lo cual se espera que se incorporen los convenios internacionales de igualdad y no discriminación como lineamientos de política, se implementen mecanismos que garanticen trabajo para las mujeres mayores de 35 años, se sancionen de manera efectiva los actos de discriminación, y se revise y modifique toda la normatividad discriminatoria contra la mujer; d) "desarrollará sistemas que permitan proteger a niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, mujeres responsables de hogar, personas desprovistas de sustento, personas con discapacidad y otras personas discriminadas o excluidas". Entre las tareas que el Estado debe de asumir en esta materia, figura el fomento del empleo de las personas con discapacidad con el consiguiente incremento de su nivel de ocupación, además de su protección mediante el establecimiento de un seguro especial.

[38] Publicado en el Diario Oficial el 17.01.1989.

[39] Véase las sentencias del Tribunal Constitucional del 01.09.1997 (Exp. 337-97-AA/TC. Rebeca Prado contra Consejo Transitorio de Administración Regional de Los Libertadores Wari) y 22.12.1997 (Exp. 478-97-AA/TC. Teresa Quevedo contra Ministerio de Trabajo).

[40] El artículo 36° de la Ley 27050, publicada en el Diario Oficial el 06.01.1999, establece que: "En los concursos para la contratación de personal del sector público, las personas con discapacidad tendrán una bonificación de 15 (quince) puntos en el concurso de méritos para cubrir la vacante".

[41] Véase el informe del año 2000 sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú.

año de vida. Cabe precisar que los tres primeros derechos reseñados están vigentes en los términos regulados por las leyes 26644, 27185 y 27240, respectivamente, habiéndose sí eliminado la obligación de los empleadores de proporcionar los servicios de sala cuna a sus trabajadoras, para dar de lactar a sus niños menores de un año[42].

Para cumplir con esta recomendación, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo podría incorporar disposiciones que -con el carácter de "acción positiva"- permitan el desarrollo y/o promoción de servicios de asistencia a la infancia, a los que puedan recurrir los trabajadores con responsabilidades familiares, en los términos definidos por la OIT en el Convenio 156 y muy especialmente en la Recomendación 165, la que señala que con el propósito de "crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, deberían adoptarse todas las medidas compatibles con las condiciones y las posibilidades nacionales para: (...) desarrollar o promover servicios de asistencia a la infancia, de asistencia familiar y otros servicios comunitarios, públicos o privados, que respondan a sus necesidades" [párrafo 9, c)]. Además, la Recomendación 165 alienta a que se tomen "todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para establecer servicios de ayuda en el hogar y de cuidado a domicilio adecuadamente reglamentados y supervisados, que puedan proporcionar a los trabajadores con responsabilidades familiares, en caso de necesidad, una asistencia calificada a un costo razonable acorde con sus posibilidades económicas" (párrafo 33)[43].

---

[42] En todo lugar de trabajo en donde laboraban mujeres mayores de 18 años, se debía disponer de una sala cuna especialmente acondicionada en el propio local o en otro próximo, que permitiera recibir y atender en las horas de trabajo, a los hijos de las trabajadoras durante su primer año de vida. Correspondía al Poder Ejecutivo determinar el número de trabajadoras en cada centro de trabajo que obligaba al empleador a establecer dicha sala cuna (artículos 20° y 21° de la Ley 2851 -promulgada el 23.11.1918- que fue parcialmente modificada por la Ley 4239 (promulgada el 26.03.1921) y abrogada por mandato de la tercera disposición derogatoria de la Ley 26513, publicada en el Diario Oficial el 28.07.1995).

[43] La Recomendación 90 de la OIT promueve también la prestación de servicios sociales y de bienestar, mientras que la Recomendación 150, alienta la creación de "guarderías infantiles diurnas y otros servicios para niños de toda edad". Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece en su artículo 11°, 2, que con el "fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...) 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".

Resulta pertinente destacar que la décimo primera política de Estado del Acuerdo Nacional, asume como tarea pública el reconocimiento de la función social de la maternidad y de la responsabilidad familiar compartida, reconocimiento que debe de llevar a la implementación de servicios de cuidado diurno de niños y niñas de 0 a 5 años y a la aprobación de la ley de responsabilidades familiares compartidas. Asimismo, el Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2000-2005, establece como uno de sus objetivos estratégicos, la promoción del reparto equitativo de las responsabilidades familiares, lo que ha de lograrse -entre otras medias- proporcionando a las mujeres trabajadoras servicios de asistencia y atención para sus hijos.

II.3. Limitación de la discrecionalidad del empleador en materia de contratación y ascensos

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo limita la discrecionalidad patronal al establecer que "Ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales[44] o a la inversa" (artículo XI, 5 del Título Preliminar). Además, prohíbe la discriminación en la contratación "por cualquiera de los motivos a que se refiere el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar. El empleador que discrimine a un postulante en cualquiera de las fases del proceso de acceso al empleo, está obligado a indemnizarlo, debiendo el juez especializado de trabajo fijar el monto con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para lo cual puede tomar como referencia la remuneración anual ofrecida" (artículo 3°).

Téngase presente que la Ley 26772[45] asignó al Ministerio de Trabajo la responsabilidad de sancionar a quienes difundan una oferta de trabajo con requisitos discriminatorios, imponiendo al empleador anunciante una multa o disponiendo el cierre temporal de su local, según corresponda a la gravedad de la infracción come-

---

[44] En la sentencia del 07.05.1997 recaída en el Expediente 416-97-S del caso Julio Cortina Villón contra Empresa Nacional de Comercialización de Insumos S.A., los magistrados de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, consideraron que la demandada había incurrido en una "evidente arbitrariedad" en la asignación de aumentos salariales, pues "no ha sustentado razonablemente" el hecho probado que trabajadores de la misma categoría hayan recibido incrementos notoriamente dispares (el demandante recibió $10 frente a los $ 147 que recibió otro trabajador), desigualdad que los magistrados consideraron contraria al principio constitucional de igualdad de trato y no discriminación.

[45] Publicada en el Diario Oficial el 17.04.1997 y reglamentada por el Decreto Supremo 002-98-TR del 01.02.1998. Posteriormente fue modificada íntegramente por la Ley 27270 publicada en el Diario Oficial el 29.05.2000. Esta norma establece que las ofertas de empleo no pueden contener "requisitos que.../

tida. Se dispuso que la sanción administrativa se aplique sin perjuicio de la indemnización que el afectado demande ante el Poder Judicial, debiendo el juez civil que conoce la causa determinar -aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad- el monto de la misma, teniendo como referente la remuneración anual ofertada. Frente a la norma vigente, cuyo contenido acabamos de reseñar, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo asume una perspectiva protectora más amplia, pues la discriminación vedada no se reduce a la difusión de una oferta de trabajo sino a todas las fases del proceso de acceso al empleo. El Anteproyecto también dispone que sea el juez laboral el competente para conocer la demanda de indemnización que presente cualquier persona afectada, respetando así la competencia jurisdiccional en razón de la naturaleza de la materia en discusión[46].

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo también dispone que "El derecho al ascenso, para ocupar cargos o puestos vacantes de mayor jerarquía, dentro de su categoría u otra superior, debe tener en cuenta la formación profesional, desempeño, probidad y antigüedad del trabajador, así como otros criterios objetivos que establezca el empleador según las necesidades de la empresa, los que no pueden ser discriminatorios" (artículo 102°)[47].

II.4. Actos de hostilidad y despido nulo

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo considera que "La discriminación por la participación en actividades sindicales o políticas, así como por cualquiera de las razones enumeradas en el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar", es

---

/... constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato", entendiendo por discriminación a "la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal (...) que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier otra índole".

[46] Cabe señalar que para que este cambio legislativo surta pleno efecto, debe de modificarse el artículo 8° de la Ley Procesal de Trabajo, que sólo reconoce capacidad para ser parte material en un proceso laboral, a toda persona natural o jurídica que tenga o haya tenido la condición de trabajador, status obviamente no alcanzado por el postulante discriminado.

[47] En la sentencia del 13.02.1997 recaída en el Expediente 5086-96-ID (S), la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, resolvió que si bien "el ascenso de un trabajador es una facultad exclusiva del empleador derivada del poder de dirección", éste no puede "actuar discrecionalmente respecto de ningún trabajador" en los procesos de promoción que convoque. En el caso de autos, el empleador demandado no permitió que dos trabajadores intervengan en un concurso de ascenso pese a cumplir con los requisitos exigidos, por lo que los magistrados dispusieron se proceda a convocar un nuevo "proceso de calificación de ascenso de trabajadores", al considerar que el efectuado había resultado viciado por la discriminación en que se había incurrido.

un acto de hostilidad del empleador (artículo 133°, 6). Cabe señalar que esta fórmula es más amplia que la norma vigente, que sólo incluye como supuestos de hostilidad la discriminación por sexo, raza, religión, opinión e idioma.

Así mismo, el Anteproyecto califica de nulo el despido que tenga por motivo "La discriminación, por cualquiera de las razones enumeradas en el Artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar" (artículo 132°, 2). El trabajador afectado debe de impugnar judicialmente el despido y probar en el juicio que su empleador sustentó la decisión de dar por terminada la relación laboral, en una de las razones proscritas por la misma norma[48].

Es de lamentar que el Anteproyecto no haya trasladado la carga de la prueba al empleador, por la vía de establecer una presunción legal de ilicitud del despido. Al respecto, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, ha señalado que hacer recaer en el trabajador perjudicado la carga de la prueba, "puede suponer un obstáculo significativo para la obtención de un resultado justo y equitativo en el caso de una demanda por discriminación". La citada Comisión "toma nota con interés" de lo dispuesto en el ordenamiento legal de algunos países, en el sentido que "una vez que las pruebas prima facie y elementales de discriminación son aportadas por el demandante, la carga de la prueba recae en el empleador" como "autor presunto" de la discriminación. Su identificación con este mecanismo procesal, la ha llevado a proponer que se fije como regla "que, en los casos de discriminación, cuando la queja cuente con pruebas plausibles o aparentes, se ponga en la persona contra la que se alega la discriminación la carga de probar que el trato desventajoso no se funda en ninguno de los criterios prohibidos" por los convenios de la OIT[49]. Alentamos a que se incorpore dicha regla al ordenamiento laboral peruano.

II.5. Libertad sindical y autonomia colectiva

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo regula la protección frente a la discriminación en caso de afiliación o activismo sindical, al establecer que: "Son

---

[48] El Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, acordó por unanimidad declarar que "En los procesos en que se ventile la nulidad del despido, si bien el Juez no puede utilizar las presunciones, deberá apreciar, evaluar y determinar el mérito de los indicios que se aporten con los medios probatorios, para poder determinar objetivamente la causa real que motivó el despido".

[49] Esta regla debería ser consagrada por el futuro protocolo adicional complementario del Convenio N° 111. Igualdad en el empleo y la ocupación: Estudio General ... Ob cit. Párrafos 29, 230 y 298.

nulos y carentes de todo efecto los preceptos normativos, los actos administrativos, las cláusulas de convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de los empleadores, y en general todo acto, que contenga o suponga cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o perjudiciales, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio de actividades sindicales" (artículo 336°). Además se reconoce como un derecho de todo trabajador afiliado a una organización sindical, el "Recibir, sin discriminación alguna, las prestaciones y servicios que el sindicato brinde a sus afiliados, conforme al estatuto" (artículo 317°, 5).

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo también establece que "las disposiciones de los convenios colectivos y del reglamento interno, los pactos o convenios individuales y los actos unilaterales del empleador que contengan discriminaciones favorables o desfavorables en materia de remuneraciones, ascensos y promociones o condiciones de trabajo, que vulneren lo dispuesto por el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar", son nulas y no surten efecto legal alguno (artículo 49°).

El Pleno Jurisdiccional Laboral de 1997, acordó por unanimidad declarar que no es procedente que una convención colectiva perjudique a los trabajadores sindicalizados, disponiendo su exclusión del ámbito de aplicación y efectos de la misma[50]. Cabe destacar que uno de los objetivos estratégicos del Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres 2000-2005, es el de "Concientizar a los agentes laborales, empresas y organizaciones sindicales sobre los obstáculos y discriminaciones existentes en el mundo laboral". Lo que debe traducirse en que las organizaciones de empleadores y trabajadores, eliminen de sus convenios colectivos aquellas cláusulas que supongan algún tipo de discriminación para la mujer[51].

---

[50] En la sentencia del 29.09.1997 recaída en el Expediente 5269-91-BS (S) del caso Crisóstomo Huamán Cahuana contra Telefónica del Perú S.A., los magistrados de la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, declararon no aplicable para el demandante el convenio colectivo en el extremo que disponía que el beneficio del pago de reintegros sólo se haría efectivo a favor de "los trabajadores que se encuentren con contrato de trabajo vigente a la fecha de la suscripción" del convenio, al considerar que esta disposición convencional resultaba contraria al principio de igualdad de oportunidades sin discriminación consagrado por la Constitución.

[51] El Plan -muy modestamente- se fija como meta para el 2005, que las cláusulas discriminatorias de los convenios colectivos deberán haber disminuido en un 50%.

III. Reflexión final

Para efectos de una adecuada y pertinente regulación de los principios de igualdad de oportunidades, de igualdad de trato y de no discriminación, consideramos indispensable que se tenga en cuenta la reforma constitucional en trámite, la discusión en el Congreso de los proyectos de ley sobre igualdad de oportunidades, las competencias asignadas al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, el cumplimiento de los compromisos comprendidos en la décima primera política de Estado recogida en el Acuerdo Nacional, los resultados alcanzados hasta el momento en la ejecución del Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres 2000-2005, así como el proceso de descentralización del Estado que implica transferencias de ejecución de políticas públicas a los gobiernos regionales. Todos estos procesos jurídicos, políticos y administrativos que se están desarrollando de manera simultánea, deben conjugarse con el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Perú al haber ratificado diversos instrumentos internacionales en materia de igualdad de oportunidades, así como con el acatamiento de lo dispuesto por los órganos de control de tales normas, a cuya jurisdicción se haya sometido el Estado peruano. Además, para que el debate sea de mayor provecho y que la norma que se apruebe coadyuve de mejor manera a superar las situaciones de discriminación existentes en el ámbito laboral, es indispensable que las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores participen activamente en esta discusión.

Puntos críticos sobre el cambio de titularidad de la empresa

(Artículos 9 y 10 del Anteproyecto de Ley General de Trabajo)

Elmer Arce Ortiz
Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz. Profesor de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú

I. La protección del trabajador frente al cambio de empleador

Desde los inicios del Derecho del Trabajo, la protección del principio de estabilidad en el empleo ha permitido envolver en una ficción jurídica el desarrollo de la prestación laboral. La defensa de la intangibilidad del contrato de trabajo reconoce a éste una condición "cuasi inmortal", por cuanto formalmente ninguna de las partes puede modificarlo ni destruirlo, salvo que medie acuerdo o excepcionalmente concurran ciertas necesidades organizativas de la empresa. Es decir, aún cuando el contrato de trabajo sea un contrato de tracto sucesivo y de larga duración, y por ende esté sometido a una necesidad permanente de alterar o modificar sus elementos, el legislador laboral ha optado por reducir en estos casos el margen de maniobra empresarial estrictamente a lo necesario[1].

Presidido por esta idea de tutela de la estabilidad contractual del trabajador, las normas laborales se preocuparon más por mantener o conservar las condiciones del contrato, que por analizar los efectos de un cambio de los sujetos. Quizá, asumiendo que las partes contractuales dentro de un entorno económico estático, como el existente en la primera parte del siglo XXI, iban a preferir eternizarse en su calidad de trabajadores o empleadores respectivamente. Lo cierto es que esta creencia, no se compadece con la dinámica actual de la empresa contemporánea en una economía globalizada e informatizada, donde por el contrario es bastante corriente la

[1] Rescata la importancia de este conflicto de intereses en el debate jurídico laboral, MARTIN VALVERDE, Antonio y Otros, Derecho del Trabajo, Madrid, 2001, pp. 659 ss.

modificación de los sujetos del contrato de trabajo. Es por eso que, no es este el momento para tratar el tema de la modificación objetiva o modificaciones producidas en las condiciones de cumplimiento de la prestación laboral (por ejemplo, cambios de funciones o cambios en el lugar de ejecución del trabajo), cuanto sí para detenernos en la modificación subjetiva o de los sujetos que suscribieron el contrato. Ahora bien, lo cierto es que si hay que referirse a este último tema, habrá que entender la modificación subjetiva como sinónimo de modificación del empleador, dado que la prestación del trabajador es personalísima y no puede estar sujeta a variación dentro de la misma relación contractual. Repárese, la naturaleza personal de la actividad que compromete el trabajador es tal, que la variación de trabajador supone la extinción del primer contrato para dar vida a uno nuevo[2].

Por su parte, en el caso del empleador puede ocurrir que éste cambie sin que el trabajador sea distinto. Lógicamente, la aplicación del principio de estabilidad habrá de utilizarse como fundamento de la permanencia del contrato laboral y no de su extinción. A diferencia de la prestación del trabajador cuya naturaleza implica un «hacer», la prestación del empleador supone un «dar una suma de dinero», razón por la cual esta última es plenamente fungible[3]. Es decir, la prestación del empleador al no ser personalísima es susceptible de ser cumplida por otra persona. Por tanto, antes de fragmentar el cómputo unitario del tiempo de servicios del trabajador, habría que promover el juego del principio de estabilidad laboral así como la naturaleza jurídica de la prestación como barreras de protección.

No obstante la entidad del argumento, no es el único que permite la subrogación patronal sin afectar la posición jurídica del trabajador. Todo dependerá, por el contrario, del mecanismo de subrogación que se utilice. A saber, hay dos supuestos: primero, que se transfiera al trabajador mediante la figura de una cesión de posición contractual, y segundo, que se transfiera al trabajador en el marco de un proceso de reestructuración empresarial a través del mecanismo de la transmisión de empresa.

Para la primera fórmula, se aplica supletoriamente el artículo 1435 del Código Civil referido a la «cesión de posición contractual» que señala que «en los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes

---

[2] Sobre el carácter personal de la prestación de servicios del trabajador, Vid. Ibid, pp. 171 ss. Además, entre nosotros, Vid. NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral, Lima, 2000, pp. 29 y 30.

[3] CRUZ VILLALON, Jesús, «Artículo 44», en Estatuto de los Trabajadores comentado, Madrid, 2003, p. 550.

puede ceder a un tercero su posición contractual...»[4]. Eso sí, según el mismo artículo, para que la cesión tenga efectos se requiere que la otra parte preste su conformidad. En palabras que interesan a la relación de trabajo, la propia norma ordena que cambia el empleador, pero el contrato sigue siendo el mismo. La ventaja para el trabajador es que tras su consentimiento el nuevo empleador asumiría el conjunto de obligaciones y cargas laborales impuesta al anterior empleador a tenor del contrato de trabajo celebrado en su momento con el trabajador transferido. Aquí, lo que ocurre es que el trabajador pasa de una empresa a otra, que a su vez tienen titulares diferentes.

Por ejemplo, será el caso de un futbolista que tiene contrato con un club por cinco años y a los tres es cedido de forma permanente a otra institución. No es que el primer club sigue siendo su empleador, al estilo de intermediario, sino que éste lo ha vendido, debiendo subrogarse en todas las obligaciones contractuales el club nuevo.

En cuanto a la fórmula de la transmisión de empresa, hay que tener presente que por efecto de un hecho económico como es el traspaso o transmisión de una unidad económica y social (empresa), se produce un cambio de titular. Es decir, se mantiene la misma empresa, con sus elementos patrimoniales y personales, cambiando únicamente el titular de la misma[5]. El caso típico, por ejemplo, es el de una fusión de empresas que bien puede realizarse mediante la constitución de una nueva sociedad que asuma totalmente el patrimonio de dos o más sociedades o bien mediante la incorporación de una o más sociedades en otra existente (fusión por absorción) (Artículos 354 y siguientes de la Ley General de Sociedades). Actualmente, la legislación laboral peruana no cuenta con una norma específica que imponga la continuidad del contrato de trabajo en estos supuestos con el fin de evitar la extinción del mismo, sin embargo, al margen del ya analizado principio de estabilidad, es posible llegar a la misma conclusión por una doble vía. De un lado, las transmisiones provienen de una decisión unilateral empresarial donde el consentimiento del trabajador no tiene mayor relevancia jurídica, por lo que no cabe trasladarle a este último los perjuicios de una decisión ajena a su voluntad. ¿Por qué extinguir el vínculo ante la salida del empresario, si el trabajador no participó en la toma de decisión?

---

[4] Para un comentario sobre el particular, Vid. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, El contrato en general, en Biblioteca para leer el Código Civil, Lima, vol. XV, segunda parte-tomo V, 1993, pp. 49 y ss.

[5] Referencia obligada en este tema, aunque desde la perspectiva de la legislación española: MONEREO PEREZ, José Luis, Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa, Madrid, 1987.

De otro lado, más importante que lo anterior es la relevancia que el ordenamiento jurídico debe reconocer a la empresa como organización social y económica diferenciada del circunstancial empresario o titular[6]. En el nuevo contexto económico, el empresario puede cambiar muchas veces, aunque la empresa a la que presta sus servicios el trabajador sea la misma. Por eso, se debe enlazar al trabajador con la empresa, con el poder de dirección al que está sometido, sin importar quién sea el empresario que la dirige en ese momento[7]. Ello, llevaría a reconocer una unidad tras la pluralidad de empresarios que se suceden en la titularidad de la empresa.

En fin, con carácter general, no pocos ordenamientos laborales han respondido a esta situación admitiendo la continuidad de las relaciones de trabajo cuando cambia el empresario, pero la empresa mantiene su funcionamiento conservando básicamente los mismos elementos personales y patrimoniales[8]. Según se ha dicho, el empresario sólo se subroga en la posición del antiguo empresario y asume los derechos, cargas y obligaciones de este último. A continuación, se analizará la propuesta que contiene el proyecto de Ley General del Trabajo (en adelante, LGT) sobre la llamada transmisión de empresas.

---

[6] Sobre la crítica al concepto de empresario y la creciente importancia del concepto de empresa laboral como instrumento para definir al «empleador», Vid., nuestro trabajo «El concepto jurídico de grupo de empresas en derecho del trabajo», en Asesoría Laboral, Lima, abril 2003, pp. 13 y 14.

[7] De este modo, señala el profesor MONEREO PEREZ, la protección del ordenamiento jurídico debe encaminarse «a la conservación de la empresa en plena aptitud productiva a pesar del cambio de titularidad» (Cfr. Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa..., Op. cit., p. 26). En el mismo sentido, bajo el acápite de «la relación del trabajador con la empresa», Ernesto Eduardo MARTORELL ha identificado en el tratamiento normativo de la transferencia de la empresa en la República Argentina, un cierto aislamiento de la empresa de la persona de sus dueños (La transferencia de la empresa: problemática laboral, Buenos Aires, 1993, pp. 77 y ss).

[8] A modo de ejemplo, se puede citar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores español, que en su primera parte señala: «El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social....».
Incluso, en el marco de la Unión Europea, se ha emitido recientemente una Directiva (Directiva 2001/23/CE), sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, cuyo ámbito de aplicación incide en «los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión».

II. Supuestos del cambio de titular

La delimitación de los supuestos a los que se les aplicará los efectos propios de todo cambio de titular, recogidos en el artículo 9 del Proyecto de Ley General del Trabajo, exige realizar un buen número de consideraciones respecto a dos temas básicos: en primer lugar, resulta preciso determinar qué procedimientos de transmisión que tengan por efecto la subrogación del empleador encajan en el sistema de protección que describen los artículos 9 y 10 del Proyecto, y en segundo lugar, en qué va a consistir esa transmisión, esto es, si sólo involucra a la empresa o también a unidades menores a ésta.

II.1. Cambio de titular y procedimientos de transmisión

En términos teóricos, puede imaginarse un número muy grande de formas en que la titularidad de la empresa pasa de mano en mano de diversos sujetos. Ya se mencionó la fusión por absorción entre dos empresas, pero también se produce el cambio de titularidad por ejemplo en casos de ventas de empresas o alquileres de las mismas. En todos esos supuestos, no bastará sólo con la transmisión de aspectos patrimoniales, sino que es necesaria también la transmisión de trabajadores para que la empresa, el negocio como conjunto, continúe su actividad mercantil y/o comercial[9].

Desde esta perspectiva, siguiendo el criterio dominante en la legislación comparada, hubiese sido suficiente que el Proyecto de Ley General del Trabajo se refiera simplemente a los cambios de titularidad sin importar los procedimientos de transmisión. Sin embargo, el artículo 9 del Proyecto viene a dividir los cambios de titularidad en aquellos que configuran una transmisión de empresa y aquellos que no lo hacen. Los primeros, originados por «actos de fusión, absorción u otros similares», permiten que las relaciones laborales continúen y que los trabajadores mantengan sus derechos alcanzados. Mientras, los segundos, referidos a todos los demás casos de cambios de titular, «no constituyen transmisión de empresa ni afectan las relaciones laborales vigentes».

Aparentemente, entre uno y otro grupo de cambios de titularidad no habría diferencia alguna, sin embargo lo cierto es que el Proyecto protege sólo a los prime-

[9] Respecto al amplio abanico de mecanismos transmisorios de empresa que a su vez producen un cambio de titular o de empresario, puede verse el comentario de CAMPS RUIZ, Luis Miguel, «Las vicisitudes del contrato de trabajo», en VV.AA., Derecho del Trabajo, Valencia, 1999, pp. 644 y ss.

ros, es decir, sólo a los que considera «supuestos de transmisión de empresa». Sólo los cambios de titular originados en actos de fusión, absorción u otros similares, podrán acceder al sistema de garantías a que se refiere el Proyecto en su artículo 10. Sólo en estos casos el empleador está obligado a notificar la transmisión, se aplica la responsabilidad solidaria y, en suma, operan las demás garantías laborales. Por el contrario, en los cambios de titularidad excluidos, aún cuando no afecten las relaciones laborales, los trabajadores no podrán exigir por ejemplo que ambos titulares o empresarios respondan solidariamente.

Es más, si hay que identificar la opción predominante en la literalidad del artículo 9, se debe admitir que lo es la exclusión de la protección. Es decir, la regla general es que los cambios de titular no constituyen transmisión de empresa, mientras, por excepción, sí lo serán los cambios de titular originados en fusiones, fusiones por absorción u otros similares. De ello, se deriva que los supuestos de transmisión de empresa habrán de interpretarse restrictivamente. La referencia a «otros similares» debe circunscribirse a fórmulas de reingeniería mercantil en las que participan sólo personas jurídicas. Quizá el único supuesto que falte para completar este listado sea el de la escisión de sociedades, por cuanto al fragmentar una sociedad y constituir una nueva se produce también un cambio de titular así como una transmisión de empresa[10].

En realidad, la división a la que se refiere el artículo 9 resulta arbitraria y confusa, a efectos de aclarar la relación entre «procedimientos de transmisión» y «cambios de titular». Si bien era más fácil que el Proyecto interrelacione ambos conceptos desde la lógica de causa/efecto, la división ofrece múltiples contradicciones, muy aparte de los desequilibrios de protección. Pongamos dos ejemplos. Primero, los supuestos de ventas o arrendamientos de empresa, por lo demás, negocios jurídicos ampliamente extendidos en el mercado, quedarían claramente fuera de la calificación legal de "transmisión", cuando en la realidad económica éstos son indiscutiblemente procedimientos de "transmisión de empresa". Como ya se dijo, el

[10] La escisión, en cuanto a su morfología, presenta rasgos característicos contrarios a la fusión. Como señala FERNANDEZ LOPEZ, «donde una implica aglutinación, otra implica división de una previa unidad» («Fusiones y escisiones: aspectos laborales», en VV.AA. (coordinados por Baylos y Collado) Grupos de empresas y derecho del trabajo, Madrid, 1994, p. 121). En términos de política legislativa, hay que tener presente que la figura de la escisión va tomando relevancia en el campo de la «filializaciones de empresas dentro de grupos económicos». Es por ello que, muchas veces con el fin de reducir la burocracia o descentralizarse productivamente, las empresas deciden escindirse, buscando la externalización de determinados servicios.

concepto de transmisión es un concepto económico que el legislador desconoce abiertamente. Asumiendo este recorte ilógico previsto en el proyecto, las ventas de sociedades o el alquiler de las mismas, aun cuando impliquen cambios de titular sin afectación de las relaciones laborales vigentes, no supondrán transmisión de empresa. Razón por la cual, los trabajadores implicados en estos negocios no podrían exigir el cumplimiento de las garantías del artículo 10.

El segundo ejemplo que pone de manifiesto la contradicción de la división es el del concepto de "cambio de titular". Como se vio en la primera parte del presente artículo, el empresario inicial es subrogado por otro empresario que lo reemplaza en la titularidad de una unidad que es la empresa. El cambio de titularidad ocurre respecto de algo, de un objeto, pues no existe el «cambio de titularidad de la nada». ¿Cómo negar, entonces, que el cambio de titularidad se hace respecto de una empresa?. Entonces, para decirlo de otro modo, los cambios de titular se producen gracias a unos supuestos de transmisión de empresa, que paradójicamente no alcanzan esa calificación para el Proyecto. Sin duda, de lo dicho no queda claro cuál es la razón de negar la condición de «transmisión de empresa» a procedimientos que en los hechos sí lo son, pero si la razón fuese la necesidad de establecer distintos rangos de protección bastaba con aclarar que determinados cambios de titular se regían por los efectos legales del artículo 10 y otros no.

Es más, queda al descubierto la arbitrariedad de la opción, en cuanto el segundo párrafo del mismo artículo 9 reconoce que la transferencia del negocio por un empleador-persona natural configura una transmisión de empresa. En concreto, cuando el empleador es persona natural sólo interesa que opere un cambio de titular para que actúen las garantías laborales de protección, mientras cuando el empleador es persona jurídica además del cambio de titular se requiere que tenga su origen en fusiones o escisiones de empresas. Como se ve, se plantea una distinción entre actos de personas jurídicas y de personas naturales sin ninguna razón aparente de peso. Si lo relevante es ordenar que las relaciones laborales continúen y por ende reconocer a los trabajadores sus derechos alcanzados, es arbitrario distinguir entre unas y otras. Bastaba referirse a la empresa o al negocio en términos generales.

Aun a riesgo de ser reiterativos, se debe reafirmar que si bien para el Proyecto todas las transmisiones de empresa suponen un cambio de titular, no todos los cambios de titular implican una transmisión. De ahí que, como lo señala el artículo 9, los cambios de nombre o giro de la persona jurídica no constituyen transmisión

de empresa. Y no podrían serlo, porque no articulan un cambio de empresario ni de titular de la empresa[11].

Por último, si lo anterior es predicable sólo para los actos *inter vivos*, el Proyecto también toma en cuenta el supuesto de transmisión cuando el empleador-persona natural fallece y sus herederos continúan con el negocio. Como lo expresa el actual artículo 17 de la LPCL, «el fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquél es persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo de los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio». Obviamente, nada impide que los herederos quieran subrogarse en la explotación del negocio por un tiempo mayor, sin embargo hay que tener presente que en realidad son los herederos los que tienen una suerte de «derecho de desistimiento sin causa» de las relaciones laborales.

Ahora bien, como quiera que las excepciones se interpretan restrictivamente, no podrán aplicarse los efectos laborales de la transmisión cuando el nuevo titular resulta ser no un heredero, sino un simple administrador temporal de los bienes o un acreedor. Eso sí, aunque se configure una laguna, habrá de subsanarse ésta aplicando el principio de continuidad o estabilidad, por lo cual tendrá que respetarse como mínimo la no afectación de las relaciones laborales vigentes.

II.2. El objeto de la transmisión: ¿la empresa?

Hasta ahora se ha situado el ámbito de análisis del objeto de la transmisión idealmente en la totalidad de la empresa, sin reparar en que muchas veces la transmisión puede dirigirse a unidades menores como centros de trabajo o establecimientos. Aunque en términos teóricos se ha identificado a la empresa con la sociedad mercantil provista de personalidad jurídica, debe anotarse que muchas reestructuraciones empresariales comprenden sólo un número limitado de trabajadores de la planilla. Es más, ampliar el objeto de transmisión más allá de la empresa, resulta indispensable para profundizar los lazos entre trabajador y empresa, al margen de quién actúe circunstancialmente como empresario.

Si la lógica que rige en la transmisión de empresa es que una unidad económico y social (mezcla de capital y trabajo) pasa de un empresario a otro, entonces debiera hablarse también de una transmisión en el caso que un centro de trabajo, con organización autónoma, pase de un empresario a otro. Esto sucede, cuando por

---

[11] A la misma opinión llega SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, El Contrato de Trabajo en el Proyecto de la Ley General de Trabajo, en Análisis Laboral, Lima, Enero 2003, p. 24.

ejemplo un centro de trabajo puede ser susceptible de explotación aislada, autónoma e independiente, es decir, cuando es una organización. Es claro que su autonomía no será económica, por encontrarse sometida a la unidad económica de la empresa-persona jurídica, cuanto sí será funcional. Por ende, el centro de trabajo entendido en su acepción de organización autónoma debe componerse de elementos patrimoniales y/o personales suficientes para continuar la actividad comercial o mercantil[12]. Repárese, no es lo mismo ceder en arrendamiento el local donde funciona un centro de trabajo, que cederlo con las máquinas necesarias y los trabajadores suficientes para que el centro de trabajo continúe desarrollando su actividad productiva. En el primer caso, no hay transmisión de una organización, mientras en el segundo sí la hay.

Ahora bien, poco interesa esta discusión de cara al artículo 9 del Proyecto, pues éste se refiere solamente a «transmisiones de empresa». Aunque se puede invocar el método de *ratio legis* para entender por empresa a la empresa/organización y no a la empresa/persona jurídica, es muy difícil hacerlo, por cuanto el concepto de «transmisión de empresa» está ligado, como ya se dijo, a los supuestos de transformación de sociedades (vg. fusión y escisión). No hay fusión ni escisión de sociedades, si no hay sociedades con personalidad jurídica diferenciada. De esta forma, bien se podría entender que la referencia que el artículo 9 hace respecto de la «empresa», lo hace pensando en la empresa-persona jurídica.

No obstante la claridad de lo que ocurre en los supuestos que el Proyecto califica como transmisión de empresa, el problema surge en los supuestos donde pese a existir un cambio de titularidad no se produce jurídicamente una transmisión. El artículo 9 al señalar que los cambios de titular no constituyen transmisión de empresa, está «borrando» cualquier elemento objetivo sobre el que debe incidir el cambio de titular. ¿Qué es lo que cambia de titular? ¿la empresa? ¿el centro de trabajo? ¿un trabajador individual que es cedido? Por ejemplo, ¿la venta de una empresa encaja dentro del concepto de cambio de titular? Desde nuestro punto de vista, sí lo sería, en la medida que se cumple el supuesto de cambio de titular. Aunque discrepemos con el Proyecto y repitamos que este supuesto es sin lugar a

[12] Aquí el centro de trabajo se estará comportando como una empresa en el sentido de constituir una unidad económica y social. Ahora bien, esta capacidad de actuación autónoma del centro de trabajo no tiene necesariamente que ser efectiva, basta que sea potencial, puesto que antes y después del cambio de titular el centro de trabajo ha podido estar incorporado a una unidad empresarial mayor. Lo esencial es, entonces, que se trate de una unidad productiva susceptible de poder disgregarse de la empresa y actuar de modo independiente.

dudas un mecanismo transmisorio, se produce un cambio de titular que tiene por efecto el «no afectar las relaciones laborales vigentes». De la misma forma, habrá de admitirse el mismo razonamiento para un centro de trabajo que funcione como una unidad orgánica autónoma.

Finalmente, resta el caso de que un trabajador o un grupo de trabajadores sea cedido de modo permanente a otra empresa, sin la suma de ningún elemento patrimonial que identifique la continuidad de una actividad empresarial unitaria y autónoma. Es decir, solamente es cedida la persona del trabajador desprovista de un marco organizativo-empresarial. Tal como ya lo dijéramos al iniciar este trabajo, esta decisión ha de encaminarse jurídicamente por la figura de la cesión de posición contractual, «mediante la cual uno de los titulares originales de una determinada relación contractual cede a un tercero dicha titularidad a fin de que, manteniéndose objetivamente intacta la relación contractual, ella vincule al nuevo titular con el otro titular original, desde luego con el asentimiento de éste»[13].

De otro lado, las cesiones temporales de un trabajador o grupo de trabajadores deben entenderse prohibidas, dado que las únicas entidades legitimadas para efectuar cesiones de esta naturaleza son las empresas de servicios temporales (EST), cuyo régimen legal se prevé en la Ley 27626 de 09 de enero de 2002.

III. Efectos del cambio de titular

El efecto general que se predica respecto de todos los cambios de titularidad es la subrogación del nuevo titular de la empresa en la posición contractual del precedente. Precisamente, el rol protector del artículo 9 del Proyecto consiste en evitar que el cambio de titularidad desemboque en la extinción del contrato de trabajo. Es decir, por imperio de la ley, el contrato primigenio se mantiene sin alteración alguna, asumiendo el nuevo empresario los derechos y obligaciones contenidos en él. Señala, claramente, el tercer párrafo del artículo 10, «el adquirente asume los derechos y obligaciones laborales del cedente y responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la transmisión». De esta manera, el ordenamiento laboral pretende ante todo garantizar los intereses de los trabajadores en el plano individual o contractual.

Por lo demás, la imperatividad de la subrogación en cualquier cambio de titular debe traducirse en dos reglas fundamentales: primero, el hecho que supone el cam-

[13] DE LA PUENTE Y LAVALLE, El contrato en general..., Op. cit., p. 30.

bio de titular no podrá aducirse como lícita causa de despido, pues se estaría desconociendo el principio que inspira precisamente la subrogación, y segundo, la renuncia formal o aparente no tendrá efectos extintivos del contrato (último párrafo del artículo 10 del Proyecto). Respecto a esta última regla, por «renuncia formal o aparente» se debe entender la manifestación de voluntad extintiva por parte del trabajador que a su vez es contradictoria con su comportamiento. Por ejemplo, un trabajador puede haber firmado una carta de renuncia durante un proceso de cambio de titularidad, sin embargo, nunca cobró los beneficios sociales que le correspondían.

Tras la subrogación empresarial se puede afirmar que consumado el cambio de titularidad, no se produce alteración alguna de las relaciones de trabajo, salvo la modificación de la persona del empresario. No hay cambios en las condiciones estipuladas en el contrato de trabajo. Pero, si bien ello es lógico, no se puede admitir que esta intangibilidad de las condiciones del contrato carece de límite temporal. Las condiciones contractuales deben mantenerse, sin perjuicio de la facultad del nuevo empresario de poner en marcha procesos de modificación de condiciones de trabajo. No hay que olvidar que el nuevo empresario es ahora el titular del poder de dirección y en función de ello podrá «introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo» (artículo 9 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. 003-97-TR). El cambio de titularidad no es causa para las modificaciones, pero consumado el cambio de titularidad el nuevo empresario tendrá este poder[14].

Ahora bien, si bien es cierto que lo dicho hasta aquí se aplica a cualquier cambio de titular, también es verdad que el artículo 10 del Proyecto reconoce la aplicación de determinados efectos exclusivamente a ciertos cambios de titular. Como ya se adelantara, además de los efectos contractuales que comporta la subrogación del nuevo empleador en la posición jurídica del originario, este artículo instituye la obligación de notificar la transmisión de la empresa a los trabajadores y a sus representantes y la responsabilidad solidaria de la parte empresarial, pero sólo en los casos en que se produzca una transmisión de empresa. Es decir, sólo en los actos de fusión o escisión societaria. Por el contrario, a los cambios de titular que no encajen en estos supuestos de transmisión no se les aplicarán dichas garantías de protección.

[14] CRUZ VILLALON, «Artículo 44»..., Op. cit., p. 555.

Las garantías a las que hace mención el artículo 10, son básicamente dos:

A. *Deberes de información.* Dentro de un evidente proceso de democratización de las relaciones laborales en el seno de la empresa, el Proyecto impone ciertos deberes de información a los empresarios, en la medida que son ellos quienes deciden unilateralmente las medidas de transmisión de empresa[15]. Se señala que «el empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión de la empresa a los trabajadores y a sus representantes». A mi juicio, este mandato requiere de mayor precisión sobre todo en tres temas puntuales:

En primer lugar, la responsabilidad subsidiaria del cesionario o adquirente, deja entrever que el posible incumplimiento del deber de notificación es irrelevante de cara a los efectos mercantiles de la transmisión. Será una infracción laboral, pero no tendrá la entidad suficiente para dejar sin efecto la propia transmisión. En segundo lugar, ni en este artículo ni en el 343 del Proyecto, referido a información periódica a los trabajadores, se especifica el contenido que ha de tener esta notificación. La eventual reglamentación posterior de la Ley General de Trabajo debe exigir la información mínima respecto a la fecha en que se produciría y las causas que sustentan la transmisión. Por último, en tercer lugar, se hace una mención amplia a los trabajadores y a sus representantes como sujetos pasivos del deber empresarial, pero no se especifica a los trabajadores de qué empresa se refieren. La discusión no es baladí, pues durante el proceso de transmisión, se pueden identificar hasta dos grupos de trabajadores que tendrían interés en recibir información: los de la empresa sustituida y los de la empresa adquirente

B. *Responsabilidad solidaria entre empleador sustituido y adquirente.* El artículo 10 del Proyecto establece que «ambos responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley nacidas antes de la fecha de su sustitución».

Puesto que la responsabilidad es de naturaleza solidaria, este artículo permite al trabajador afectado, dirigirse indistintamente contra el empleador originario o contra el empleador adquirente o contra ambos de manera simultánea. La operatividad del precepto habrá de complementarse con el artículo único de la Ley

[15] Se ha dicho, con mucha razón, que «la democracia industrial es un sistema de relaciones industriales no exclusivamente contractuales, en el que los trabajadores y los sindicatos se encuentran de alguna manera y de forma diferente implicados en el funcionamiento y en las tomas de decisiones dentro de la empresa» (MONEREO PEREZ, José Luis, Los deberes de información de los representantes de los trabajadores, Madrid, 1992, p. 78).

27321 (de 22 de julio de 2000), donde se especifica el plazo de prescripción de las acciones por derechos derivados de la relación laboral. Como se sabe, el plazo de prescripción actual es de 4 (cuatro) años y se computa «desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral». De esta forma, si el vínculo se extingue antes de la transmisión, no opera la responsabilidad solidaria. En cambio, si se extingue luego de aquélla, sí operará, aunque no con respecto a todas las obligaciones, sino sólo a las nacidas antes de la sustitución de empleadores. No importa la fecha en que el supuesto de hecho del beneficio contractual, convencional o legal se haya producido en la realidad, pues lo que interesa es que haya ocurrido antes de la transmisión.

Para terminar, como quiera que el artículo 10 no agota todas las garantías de protección, resta mencionar una más que se recoge en el artículo 363 del Proyecto de LGT. Este precepto señala que el Convenio Colectivo «continuará en vigencia en caso de fusión, escisión y cualquier forma de transmisión de empresa, hasta su sustitución por otro convenio colectivo que involucre a los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación». Es decir, el empresario adquirente se vería obligado por el convenio colectivo aplicable a los trabajadores afectados con anterioridad a la transmisión hasta la finalización de la vigencia de éste. Nuevamente aquí, si interpretamos el precepto desde el concepto de transmisión que maneja el artículo 9, el ámbito de aplicación de este precepto parece encasillarse en los llamados actos de fusión o escisión, dejando de lado incomprensiblemente a otros supuestos de cambio de titular (vg. venta o alquiler de empresa). Esto, por lo demás, resulta restrictivo respecto de la normativa actual, pues el inciso e) del artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo incluye, además de los casos de fusión, a los de «traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares».

La remuneración: una visión comparativa entre la legislación de hoy y el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Jorge Toyama Miyagusuku
Profesor Universitario

Uno de los temas centrales de la relación laboral se contrae en la determinación de la naturaleza jurídica de los ingresos que perciben los trabajadores, esencialmente si éstos califican o no como remuneraciones.

Esta presentación pretende comparar la actual legislación con los alcances de la LGT sobre el tema de la remuneración y, ciertamente, comentando especialmente las novedades de la LGT.

De la clásica estructura conformada por un solo concepto recibido por los servicios prestados llamado remuneración básica, se ha migrado a una remuneración compuesta por ciertos complementos y suplementos legales determinados sobre ésta, los mismos que se reciben, en algunos casos, sobre una serie de conceptos provenientes de la autonomía privada (originados en convenios colectivos de trabajo, contratos individuales, costumbres o simplemente políticas establecidas por el empleador) y que importa un replanteo en la apreciación del sistema de los ingresos patrimoniales percibidos por los servicios subordinados. Advertimos que los complementos y suplementos remunerativos no se encuentran diferenciados como tales en nuestro ordenamiento laboral y tampoco aparecen claramente distinguidos en el Proyecto de Ley General de Trabajo (LGT) pero esta diferenciación es para efectos pedagógicos.

Nuestro sistema jurídico y la LGT cuentan con una estructura normativa que delimita los alcances de la remuneración y los conceptos remunerativos que la integran, los que son base de cómputo para la determinación de los beneficios sociales así como de las aportaciones tributarias y legales. A la vez, las normas legales describen los conceptos no remunerativos (tales como las condiciones de trabajo, transporte, gratificación extraordinaria, entre otros) que no constituyen un

sobrecosto para el empleador[1] y no se consideran para el cálculo de los complementos y suplementos que perciben los trabajadores y en general para cualquier beneficio social. Por ello, se ha señalado que la remuneración tiene una doble dimensión funcional: como renta de una parte de la población activa y como precio de coste de la empresa con virtualidad para influir en la productividad[2].

I. Definición y características

En primer lugar, es importante destacar que el contrato de trabajo es un negocio jurídico oneroso en virtud del cual el empleador debe abonar una retribución por los servicios prestados por el trabajador. La remuneración es uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo.

La remuneración no solamente es un elemento esencial del contrato de trabajo sino que constituye un derecho fundamental reconocido por el artículo 24 de la Constitución de 1993[3]. Ciertamente, el artículo 24 de la Constitución, contiene una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual. Sin embargo, de otro lado, representa un interés del Estado en su tratamiento, fijar un determinado marco de desarrollo legal y de interpretación judicial y, finalmente se indica –en el propio artículo- que su cobro tiene prioridad sobre otros adeudos del empleador, reconociendo una remuneración mínima vital[4].

---

[1] Estudios sobre la incidencia de los costos remunerativos para el empleador peruano pueden verse, entre otros, CHACALTANA, Juan. "Los costos laborales en el Perú". En: Inseguridad laboral y competitividad. AA.VV. (Editores: Víctor Tokman y Daniel Martínez). OIT. Lima, 1999, pp. 205 y ss. y; CHIENDA, Alfredo. "Costos laborales en el Perú". III Congreso Regional de las Américas. Separata especial. Lima, 1999, pp. 23 y ss.

[2] MONEREO PÉREZ, José Luis. El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1997. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, p. 10.

[3] El artículo 24 de la Constitución de 1993 indica que *"El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. // El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. // Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores"*.

[4] Un alcance sobre el contenido de este artículo puede verse en ZAVALA COSTA, Jaime. "Remuneraciones y jornada de trabajo". En: Revista Asesoría Laboral del mes de enero de 1994, pp. 21 y ss. y; sobre la remuneración mínima vital en concreto, puede apreciarse la Revista Asesoría Laboral del mes de abril de 2000, pp. 15 y ss.

A nuestro modo de ver, la remuneración es todo lo que percibe el trabajador por los servicios prestados sea en dinero o en especie y que genera una ventaja o beneficio patrimonial para el trabajador. No se considera remuneración aquellos conceptos que se encuentren excluidos legalmente o que, por definición, no ingresen dentro esta institución.

Las normas laborales tienen una definición concreta sobre la remuneración. Así, el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), señala que es remuneración:

> *para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición.*

A ello, habría que agregar lo expresado en el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (LFE), aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR:

> *El concepto de remuneración definido por los artículos 39 y 40 de la Ley -hoy artículos 6 y 7 de la LPCL-, es aplicable para todo efecto legal, cuando sea considerado como base de referencia, con la única excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas.*

La LGT (artículo 159) comprende a los dos artículos citados precedentemente, siendo la única diferencia que se eleva a la condición legal el precepto citado del Reglamento de la LFE.

Esta definición de remuneración tiene respaldo académico y jurisprudencial, cuya orientación en general, presuntiva y amplia. Así, las prestaciones que percibe el trabajador deben ser calificadas, en principio, dado el concepto "totalizador" y la "vis atractiva"[5]. Si existiera alguna duda sobre los alcances de un concepto que percibe el trabajador, debería privilegiarse por el carácter remunerativo de la misma[6].

La LGT y las normas actuales prevén una presunción general sobre los alcances de la remuneración, destacándose el carácter contraprestativo de la misma. La fórmula empleada es genérica, una suerte de presunción *iuris tantum*, sobre todos

---

[5] Las frases corresponden a MONEREO PÉREZ, a propósito de la fórmula legal española, muy parecida a la peruana. Respecto del contenido de la reforma española, véase MONEREO PÉREZ, José Luis. Op. Cit., pp. 13 y ss.

[6] Un análisis mayor sobre la definición legal sobre remuneración, puede encontrarse en nuestro articulo "Conceptos extraordinarios en la liquidación de beneficios sociales: naturaleza y tributos aplicables". En: Revista Asesoría Laboral. Lima, mayo de 1998, pp. 12 y ss.

los conceptos e ingresos que percibe el trabajador, ya sea en dinero o en especie (sobre este último concepto al no existir un límite expreso en la legislación actual, cabría un pago total en especie, en la medida que nos encontremos antes bienes que no tengan mayores dificultades para ser "comercializados"). Sobre este último tema, la LGT indica que la remuneración en especie no puede ser mayor del 30% y su valor se determina de manera razonable por las partes o, a falta de acuerdo, por el valor de mercado.

Sobre la remuneración en especie[7], habría que anotar que el valor debe ser razonable y no cualquiera que se determine por las partes (por ejemplo, un valor excesivamente debajo del mercado), debe ser destinada al consumo del trabajador y de su familia y la limitación porcentual por la LGT nos parece correcta salvo en el caso de un proceso de insolvencia o liquidación del empleador y resulte difícil el pago en dinero[8].

Finalmente, la LGT y las normas laborales vigentes señalan un concepto de remuneración genérico que se aplica a todo el ordenamiento jurídico, salvo la Ley del Impuesto a la Renta de Quinta Categoría de cargo del trabajador. Nótese que no se indica el Derecho Tributario, por consiguiente, el concepto de remuneración descrito se aplicaría para los demás tributos. Al respecto, el Tribunal Fiscal ha determinado en varias oportunidades que, por ejemplo, para la determinación de la remuneración asegurable de las aportaciones a la Seguridad Social y la Contribución al Fondo Nacional de Vivienda (hoy Impuesto Extraordinario de Solidaridad), se deben seguir las pautas establecidas en las normas laborales[9].

Hasta aquí, nuestra identificación entre la LGT y las normas vigentes en su regulación. Tanto en la LGT como en las normas citadas, existe un aspecto de la definición que no compartimos del todo y que siempre genera confusiones. Se indica que la remuneración es "*siempre que sea de libre disposición del trabajador*". A partir de esta definición, algunos sostienen que aquello que el trabajador no

---

[7] El Convenio de la OIT N° 95, no ratificado por el Perú –por ende, tiene carácter de recomendación-, indica que sólo es posible un pago parcial de la remuneración en especie.

[8] Sobre los pagos en especie, hay que anotar que se ha determinado que en el monto de los beneficios sociales no pueden incluirse al pago por concepto de Impuesto General a las Ventas (IGV), de tal manera que el trabajador debe percibir bienes por el equivalente a sus beneficios sociales y sobre dicho valor se debe calcular el IGV (Casación No. 107-97-Chimbote).

[9] Por todas las resoluciones del Tribunal Fiscal véase la Resolución No. 841-4-97 del 02 de septiembre de 1997 para las aportaciones a la Seguridad Social y la Resolución No. 964-3-98 del 12 de noviembre de 1998 para la Contribución al FONAVI –hoy Impuesto Extraordinario de Solidaridad-.

dispone o no recibe para su disposición no tiene carácter remunerativo. Por ejemplo, veamos el caso de la vivienda proporcionada a un trabajador extranjero que labora en la ciudad cuya prestación importa que el trabajador no pueda usufructuar o disponer de la vivienda. Nótese que no nos referimos a la vivienda que califica como condición de trabajo por ser necesaria[10].

Sobre la base de esta última condición, algunos indican que no estamos ante una remuneración pues el trabajador extranjero no puede disponer de la vivienda (no puede subarrendarla, brindarla en garantía, en uso gratuito, etc.). Lo mismo ocurre, por ejemplo, con las primas a los seguros médicos o de vida que son asumidos por la empresa: en estos casos tampoco existe una disposición de dinero por el trabajador y la prestación solamente puede utilizarse en una determinada dirección.

Al respecto, consideramos que existen prestaciones que percibe el trabajador que no pueden ser dispuestas de manera ordinaria pues son de goce o beneficio personal dada la naturaleza de estas prestaciones, es decir, deben ser gozados solamente por el trabajador pero ello importa una ventaja patrimonial para el trabajador. Como hemos visto, la remuneración comprende aquellos conceptos que representan una ventaja o beneficio patrimonial[11] para el trabajador y su familia -ya sea en bienes o servicios- sin tener en cuenta la condición, el plazo o la modalidad de entrega[12]. De este modo, en el ejemplo propuesto de la vivienda, el trabajador recibe una ventaja patrimonial, un beneficio que le reporta una mayor disponibilidad de fondos (pues ya no tendrá que destinar parte de su remuneración para una vivienda).

En realidad, el atributo de la libre disponibilidad está brindada en oposición a la condición de trabajo que son prestaciones que recibe el trabajador del empleador con ocasión de sus funciones, para que se preste de manera adecuada los servicios

---

[10] En la Casación No. 1533-97 LIMA sobre la vivienda que reciben los trabajadores mineros y la asignación por vivienda entregada en reemplazo del bien inmueble, se consideró lo siguiente:

"(...) en las empresas mineras el otorgamiento de una vivienda es una condición de trabajo contemplada como remuneración no computable (...). El bono de casa, se abonó a los trabajadores a quienes (...) no se les ha asignado casa; cuyo monto actúa como una compensación por los gastos que irrogue el no contar con vivienda (...) este bono sustituye temporalmente el otorgamiento de vivienda, y si ésta es una condición de trabajo, es sustituto tiene el mismo carácter. (...)"

[11] LÓPEZ BASANTIA; Justo. "El Salario". En: AA.VV. (Coordinadores: DE BUEN, Néstor & MORGADO, Emilio). Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social. AIADTSS-UNAM. México, 1997, p. 447.

[12] En el mismo sentido, puede verse MORALES CORRALES, Pedro. "Remuneraciones". En: Revista Actualidad Laboral. Lima, junio de 1999, p. 9.

contratados (se entregan "para" que se preste adecuadamente el servicio del trabajador) y, por ello, el trabajador no los puede disponer. Las condiciones de trabajo, en suma, no son de libre disposición por el trabajador.

En atención a lo expresado, consideramos que se debería modificar la última parte del concepto de remuneración descrita en la LGT (artículo 159) pues más que libre disposición de la remuneración, se debe aludir a que la remuneración genera un beneficio o una ventaja patrimonial al trabajador. La modificación tiene más relevancia si se tiene en cuenta que, expresamente, la LGT prevé que la vivienda es remuneración salvo que su entrega resulte ineludible o se derive de mandato legal (artículo 168)[13].

II. La remuneración básica y la estructura remunerativa

La remuneración puede encontrarse integrada por diferentes conceptos remunerativos los mismos que obedecerán a la prestación efectiva de los servicios del trabajador o a su condición como tal. A su vez, la remuneración cuenta con una determinada estructura, integrada por una remuneración principal (que puede denominarse básico) y remuneraciones complementarias. La percepción de éstas dependerá de lo pactado entre las partes ya sea en el contrato de trabajo o en el convenio colectivo. De manera general, la LGT de manera acertada introduce esta estructura de ingresos del trabajador (artículo 162).

Aun cuando la LGT no lo menciona de esta manera, la remuneración principal fija, denominada también remuneración básica o sueldo base tiene como referencia o piso legal a la remuneración mínima legal. Por otro lado, la remuneración complementaria se encuentra recogida en el vigente ordenamiento laboral sólo para determinar el cálculo de los beneficios sociales que le puede corresponder a un trabajador pero no se establece una diferenciación entre los conceptos remunerativos complementarios o suplementarios. En la LGT se alude a las remuneraciones complementarias que se originan en las características del trabajo realizado, en las condiciones personales o en la situación de la empresa (artículo 162). Nosotros

[13] Debemos indicar que la inclusión de la vivienda como remuneración no agota la discusión en la medida que existen otros bienes o prestaciones que tienen la misma característica. Por ejemplo, la entrega libre de un auto pero para uso personal del trabajador o de vales para consumo directo del trabajador en restaurantes sin que se pudieran negociar o traspasar a terceros. En general, todos los beneficios de uso personal y directo por el propio trabajador estarían en este supuesto.

estamos de acuerdo con esta manera de clasificar a las remuneraciones complementarias.

II.1. La remuneración básica

La remuneración básica, es una remuneración principal fija a través de la cual el trabajador recibe una cantidad fija determinada por cada uno de los módulos temporales en los que desarrolla su prestación laboral. La remuneración básica constituye la contraprestación directa e inmediata más estrechamente conexa con la prestación misma de trabajo.

La remuneración básica o remuneración simplemente, está constituida por lo que el trabajador percibe por sus servicios ordinarios, la misma que se determina en función a la unidad de cálculo pactada. Es, pues, la remuneración básica o base que representa la contraprestación directa e inmediata más estrechamente conexa con la prestación misma del trabajo prestado[14].

Teniendo en cuenta su condición de remuneración básica, los demás beneficios o complementos remunerativos suelen calcularse con relación a ésta. En función al carácter tuitivo del Derecho Laboral, dicha remuneración base no puede ser inferior a la Remuneración Mínima Vital que asciende, a la fecha, a S/. 410.00[15].

II.2. Los complementos o suplementos remunerativos

Cada vez más, los complementos y suplementos remunerativos están adquiriendo mayor importancia de tal manera que, en determinados países, se observa un desplazamiento cuantitativo de la remuneración básica hacia estos conceptos, a tal extremo que la misma denominación de "básico" está siendo cuestionada[16]. La

---

[14] DE LA VILLA GIL, Luis. "Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura". En: AA.VV. Comentarios al Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva. IES. Madrid, 1980, p. 79.

[15] De acuerdo con la Constitución de 1993, el Estado debe regular la remuneración mínima con la participación de los trabajadores y empleadores (artículo 24). Sin embargo, el Estado ha venido regulando exclusivamente el monto y la vigencia de las remuneraciones mínimas. Así, la actual Remuneración Mínima Vital de S/.410.00 mensuales ha sido establecida por medio del Decreto de Urgencia No. 012-2000 sin contar con la participación de los actores laborales.

[16] Hacia 1987, la Revista Análisis Laboral indicaba que la denominación de remuneración ordinaria –concepto que pretende comprender a los ingresos regulares o permanentes- estaba siendo seriamente cuestionada por el ostensible crecimiento de los complementos y suplementos salariales. Al respecto, véase el informe "Remuneración Ordinaria: precisiones sobre su contenido". Revista Análisis Laboral del mes de agosto de 1993, pp. 30-31. Sobre este tema, en países como España, a nivel de la negociación.../

denominación de estos conceptos remunerativos complementarios o suplementarios es diversa, usualmente suelen utilizarse las denominaciones siguientes: gratificaciones, asignaciones y bonificaciones.

Generalmente, estos complementos y suplementos (de origen autónomo o convencional, esto es, que están previstos en contratos de trabajo, convenios colectivos, costumbre, reglamentos internos, actos unilaterales del empleador, etc.) se dividen en los siguientes grupos (a los cuales se refiere el artículo 162 de la LGT):

a) Las compensaciones contraprestativas.

Este primer grupo de complementos o suplementos se relaciona con la prestación laboral pero no suele corresponder a la prestación ordinaria del trabajador, de tal forma que tiende a compensar la anormalidad o el carácter extraordinario o el esfuerzo del trabajador. Ejemplos de este grupo serían los pagos que se efectúan por horas extras[17], trabajo en altura, servicios nocturnos[18], bonificaciones por toxicidad, peligrosidad, suciedad o zona de emergencia; la gratificación que se paga por balance a los contadores; asignaciones por puntualidad o asistencia[19]; etc. Estamos, entonces, ante complementos remunerativos que se entregan por los servicios que presta el trabajador.

El carácter condicionado o no que puede tener este tipo de ingresos no supone un rasgo que denote un carácter no remunerativo. Simplemente, estaríamos ante un

---

/... colectiva, los complementos y suplementos están teniendo un importante desarrollo. Al respecto, puede verse COSTA REYES, Antonio. "La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva". En: Revista Relaciones Laborales N° 7, Año 15. Madrid, abril de 1999, pp. 8 y ss.

[17] En el sistema peruano supone un pago mínimo equivalente al 25% de la hora ordinaria por las dos primeras horas de trabajo en sobretiempo y 35% por las horas restantes.

Véase el artículo 10° del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR, que prevé este mínimo legal.

[18] En este caso, existe una remuneración mínima vital nocturna en las normas peruanas El artículo 8 del TUO de la Ley de Jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, Decreto Supremo N° 007-2002-TR, prevé que, en el trabajo nocturno –entre las 10.00 pm. y 6.00 am.–, la remuneración mínima vital se incrementa en un 35%.

[19] Pese a ello, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1717-96-BS se indica que las bonificaciones por asistencia y puntualidad no son remuneraciones. En: Manual de Jurisprudencia Laboral. H&M Ediciones y Servicios. Lima, 1998, p. 679. No estamos de acuerdo con el criterio establecido en esta sentencia en la medida que tales bonificaciones representan un claro concepto contraprestativo que se entrega a los trabajadores que cumplen, a cabalidad, con su prestación de servicios, con el horario de trabajo y la asistencia laboral.

concepto no consolidable en la medida que el trabajador no conserva el derecho a percibir este concepto dado que se encontrará supeditado al acto o hecho que lo originó, de tal manera que podría no otorgarse si no se configura el supuesto de hecho[20].

Así, estamos ante ingresos adicionales, un "plus" que se relacionaría con la prestación efectiva de servicios donde no influye el trabajador individual sino la naturaleza especial de los servicios prestados[21].

La jurisprudencia coincide en señalar que debe incluirse en el cálculo de los beneficios sociales a los complementos contraprestativos por ser conceptos remunerativos. A modo de ejemplo citamos el pronunciamiento de la Segunda Sala Laboral de Lima, recaído en el Exp. N° 2081-94-BS (S), en el cual califican como conceptos remunerativos, a las horas extras y a la bonificación por guardia.

b) Los suplementos personales.

Un segundo grupo está conformado por prestaciones de carácter personal del trabajador, usualmente denominadas asignaciones. En este caso, no se atiende a la prestación misma laboral sino a determinadas condiciones personales o características del trabajador tales como la capacitación, la experiencia, la especialidad, el número de hijos[22], etc.

d) Complementos aleatorios: la situación de la empresa.

A este supuesto alude el artículo 162 de la LGT, los complementos que se derivan de la situación y los resultados de la actividad de la empresa. En el sistema peruano, ya se están apreciando algunos convenios colectivos de trabajo y acuerdos no normativos laborales donde las empresas convienen con los trabajadores en la entrega de conceptos determinados si se cumplen índices basados en la productividad, la utilidad, las ventas, etc.

---

[20] RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín. "La ordenación salarial". En: AA.VV. Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Prof. Manuel Alonso García. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1995, p. 499.

[21] DAUBLER, Wolfgang. Derecho del Trabajo. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid, 1994, p. 645.

[22] La Ley N° 25129 señala que los trabajadores cuyas remuneraciones no se encuentren sujetas a una negociación colectiva y que tienen hijos menores de edad o que estudien hasta los 24 años, tienen derecho a percibir una asignación familiar mensual equivalente al 10% de la Remuneración Mínima Vital, la misma que tiene carácter remunerativo.

III. Los conceptos no remunerativos

En el artículo 160 de la LGT y el artículo 7 de la LPCL -aun cuando en este caso, se debe complementar con los artículos 19 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (LCTS), aprobada por Decreto Supremo N° 001-97-TR-, se detallan los conceptos que no son remuneraciones para ningún efecto legal y, en consecuencia, no forman base para el cálculo de los beneficios sociales que se determinan sobre los ingresos que son remunerativos[23]. Como indicamos, según el artículo 10 del Reglamento de la LFE, los conceptos no remunerativos detallados en la LCTS tienen alcance para todo el ordenamiento (como los beneficios sociales abordados en la sentencia), con excepción de la Ley del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas.

Sobre este tema, podemos indicar lo siguiente, analizando la LGT como la legislación actual:

1. Se prevén una serie de conceptos que no califican como remuneraciones. Algunos conceptos, por su naturaleza, no serían remuneraciones, como las condiciones de trabajo. Tampoco las que tienen carácter liberal, como la gratificación extraordinaria. Sin embargo, otras, debiendo ser remuneraciones, se encuentran excluidas por norma expresa, como serían la asignación por cumpleaños del trabajador o el valor de los bienes producidos por el empleador que se entregan a los trabajadores. Esta fórmula restrictiva, a nuestro modo de ver es adecuada, además de que se dota de ciertos límites y requisitos a los conceptos no remunerativos: temporalidad (gratificación extraordinaria, fecha de cumpleaños, etc.), formalidad (convenio colectivo para las asignaciones por festividad) y esencialmente la razonabilidad (entrega de movilidad para el transporte del domicilio al centro de trabajo y viceversa). Con ello, se ratifica que existe una regulación amplia y comprensiva del carácter remunerativo[24].
2. Si bien es correcto que se establezca una lista taxativa de conceptos que no son remuneraciones, consideramos que ambos dispositivos debieran contemplar otros supuestos. De un lado, es adecuado que la LGT (artículo 160) incorpore como conceptos no remunerativos a las primas del seguro de vida, precise que los

[23] Es adecuado que la LGT incluya dentro de su regulación los conceptos no remunerativos. A la fecha, tenemos que acudir a la norma de CTS para determinar cuándo estamos ante un concepto remunerativo.

[24] MERCADER UGINA, Jesús. Modernas tendencias en la ordenación salarial. Ed. Arazandi. Pamplona, 1996, p. 97.

cursos de capacitación tampoco son remuneraciones e indique que la compensación e indemnización vacacional por falta de goce físico vacacional no son remuneraciones (la actual legislación no los contempla); empero, nos parece que se debiera incluir como conceptos no remunerativos a las indemnizaciones en general (por despido por ejemplo) en tanto que son compensaciones económicas tarifadas que se entregan a los trabajadores por determinados perjuicios[25], las propinas y el recargo al consumo que se percibe en los servicios[26], la asignación para constitución de empresa entregada al cese laboral y la CTS.

3. Tanto la LGT como la normativa vigente excluyen del carácter remunerativo a conceptos que claramente no son contraprestativos como son las condiciones de trabajo. Las condiciones de trabajo suelen otorgarse para que el trabajador cumpla los servicios contratados ya sea porque son indispensables y necesarios o porque facilitan tal prestación de servicios, y que pueden estar contenidos en la expresión "*los gastos y materiales*" necesarios –directa o indirectamente- para ejecutar el contenido de la prestación del trabajador.

Al respecto, la LGT y la actual legislación (literal c) del artículo 19 de la LCTS) indican que las condiciones de trabajo no son remuneraciones aquellas prestaciones entregadas para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto. La LGT está omitiendo una última referencia a la actual legislación (numeral 10 del artículo 160 de la LGT), que la condición de trabajo no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador. Consideramos que se debiera incluir, en una segunda revisión, esta definición de condición de trabajo en tanto que se podría complementar de manera más clara y contundente el carácter de las condiciones de trabajo[27].

---

[25] AA.VV. (Coordinadora: Rosa Quesada). Lecciones de Derecho del Trabajo. Ed. CEURA. Madrid, 1994, p. 664.

[26] La jurisdicción laboral ha indicado que el porcentaje al consumo no califica como remuneración porque es entregado por un tercero (sentencia recaída en el Expediente N° 5223-94-BS). En: Revista Actualidad Laboral del mes de noviembre de 1995, p. 50.

[27] La jurisdicción laboral ha indicado que las condiciones de trabajo son aquellos bienes que se entregan a los trabajadores para el cabal desempeño de sus labores y no tiene carácter contraprestativo (sentencia recaída en el expediente N° 3407-94). En: Revista Actualidad Laboral del mes de noviembre de 1995, p. 49.

4. De otro lado, tanto la LGT como las normas vigentes consideran como no remunerativos a conceptos que pueden tener carácter remunerativo pero que las normas los han excluido y son aplicadas de esta manera por la jurisprudencia, como son las utilidades, la entrega de bienes de producción de la empresa, asignaciones por festividades[28], los montos razonables para el traslado del trabajador de su domicilio al centro de trabajo[29] (todos estos conceptos son calificados como rentas por las normas tributarias), etc. En estos casos, estamos ante una clara exclusión legal.
5. Finalmente, la LGT propone una franja no salarial (artículo 171). En virtud de este precepto, se indica que solamente por convenio colectivo de trabajo se puede establecer el pago de un bono salarial que no puede exceder del 20% de la remuneración básica del trabajador registrada en planillas. Este bono, dada su configuración, no está afecto a los tributos de cargo del empleador ni los aportes pensionarios ni subsidios por enfermedad o similares. Este es una de las principales novedades de la LGT.

   Al respecto, consideramos que la norma pretende fomentar la inclusión de este concepto vía convenio colectivo (que, a nuestro entender puede ser típico o atípico, fuera del marco del proceso legal de negociación colectiva pero dentro del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva). Ahora bien, se debe apreciar que no se indica que estamos ante un concepto no remunerativo (nótese que no se ubica en la relación de conceptos no remunerativos del artículo 160 de la LGT) sino ante un concepto que no está afecto a los tributos de cargo de la empresa (aportes a ESSALUD, IES, SENATI), los aportes previsionales del trabajador (AFP u ONP), los subsidios (enfermedad o similares, esto es, subsidios por maternidad).

   Entonces, no hay referencia a la exclusión para el cálculo de los beneficios sociales (CTS, vacaciones, gratificaciones, utilidades, indemnización por des-

---

[28] A nivel de la jurisprudencia laboral se ha indicado que las asignaciones por el Día del Trabajador Minero, Primero de Mayo y onomástico no son remuneraciones. Al respecto, véase la sentencia dictada en el Expediente N° 4989-96-BS. En: Revista Actualidad Laboral del mes de febrero de 1998, p. 34 y el pronunciamiento recaído en el Expediente N° 3665-99-BS(S) del 19 de noviembre de 1999.

[29] En la sentencia recaída en el Expediente N° 2908-95 H (S) se destaca que los vales por consumo de gasolina, si se otorgan para que el trabajador se desplace de su domicilio a su centro de trabajo y con una fiscalización en su utilización, no califican como remuneración. La ejecutoria puede encontrarse en LEGIS. Régimen laboral peruano. Lima, 1999, p. 122.

pido, etc.) ni los aportes del empleador que no son tributos (EPS, Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, al no pagarse al Estado no son tributos) ni a los tributos de cargo del trabajador (impuesto a la renta de quinta categoría). En suma, estamos ante un concepto intermedio, que está excluido para ciertos tributos y aportes e incluido para otros y todos los beneficios sociales.

En síntesis, consideramos que la LGT introduce una mayor regulación sobre el contenido de la remuneración (además de que prevé una estructura de ingresos más adecuada). Empero, hay temas puntuales que podrían revisarse como es el propio concepto de remuneración, los alcances del bono salarial y la fórmula de exclusión de los conceptos no remunerativos.

Comparativo: principales novedades en remuneraciones

Aspectos	Ley General del Trabajo	Legislación actual
Conceptos que no constituyen remuneración Art. 160° inc. 5	- Primas por seguro de vida - Compensación e indemnización por reducción o frustración del descanso vacacional	No se encuentra contemplado
Determinación Art. 161°	En caso de meses no trabajados o incompletos se computan los meses anteriores hasta alcanzar 6 meses completos. Si el tiempo de servicios es menor a dicho lapso, se computa el promedio resultante de la totalidad del mismo.	No se encuentra contemplado
Estructura de la remuneración Art. 162°	Las remuneraciones pueden ser básicas o complementarias. Las remuneraciones complementarias responden a las características del trabajo realizado, a las condiciones personales o a la situación de la empresa	No se encuentra contemplado
Remuneración en dinero y en especie Art. 166°	La remuneración en especie no puede superar el 30%. Su justiprecio se determina de manera razonable por las partes o, a falta de acuerdo, por su valor de mercado.	No se encuentra contemplado

Aspectos	Ley General del Trabajo	Legislación actual
Vivienda Art. 168°	Constituye remuneración la entrega en uso de vivienda, salvo en los casos en que, por la naturaleza de las labores o la ubicación del centro de trabajo, ello constituya una necesidad ineludible o derive de mandato legal.	Se desprende de la regulación general de condición de trabajo.
Remuneración indirecta Art. 160°	Cuando la empresa asume el pago del impuesto a la renta o del aporte para pensiones o, en general, cualquier gravamen obligatorio de cargo del trabajador, constituye remuneración el monto bruto que hubiera correspondido si las retenciones se efectuaran directamente al trabajador.	No se encuentra contemplado
Remuneración integral Art. 170°	El empleador puede pactar con el trabajador una remuneración integral, a condición de que el monto no sea inferior a doscientas cincuenta (250) remuneraciones mínimas vitales mensuales.	El monto mínimo no puede ser inferior a 2 UIT.
Bono salarial art. 171°	Por convenio colectivo se puede establecer el pago de un bono salarial no afecto a aporte pensionario ni a tributos a cargo del empleador, ni para subsidios por enfermedad o similares. El monto del bono salarial no puede exceder de veinte por ciento (20%) de la remuneración básica del trabajador registrada en el respectivo libro de planillas.	No se encuentra contemplado

Las obligaciones de confidencialidad y no competencia en la legislación actual y en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Guillermo Boza Pró
Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla.
Profesor de Derecho del Trabajo de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Presentación

La confidencialidad y la no competencia son dos obligaciones que se encuentran, cada vez con mayor frecuencia, en los contratos de trabajo (por ejemplo, en los sectores de la industria textil y químico farmacéutica, o en el ámbito de la actividad financiera). La necesidad de preservar cierta información de la empresa fuera del alcance de sus competidoras en el mercado, así como evitar la concurrencia desleal parecen justificar su incorporación en dichos contratos.

Por tal razón, consideramos importante realizar –en las líneas siguientes- un breve análisis de las obligaciones en cuestión y determinar la necesidad o no de su incorporación (expresa), teniendo en cuenta que, como regla, los contratos de trabajo no requieren celebrarse por escrito. Sin embargo, dado el caso, podría resultar conveniente que adquieran esta forma a fin de recoger en dichos contratos cláusulas de confidencialidad y no competencia. Asimismo, haremos una breve referencia a la propuesta de regulación de dichas obligaciones en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo (en adelante PLGT).

II. El reconocimiento genérico de los deberes de confidencialidad y no competencia del trabajador en el ordenamiento laboral peruano

Actualmente, las obligaciones de confidencialidad y no competencia no tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento laboral (aunque si indirecto

como veremos más adelante). Sería a partir de Ley General de Trabajo, de aceptarse la propuesta planteada por el PLGT, que dichas obligaciones se consagrarían expresamente. No obstante, y al margen de que se encuentren o no positivizadas, se trata de dos instituciones que se derivan del genérico deber de buena fe contractual que rige todo contrato, también el de trabajo.

En efecto, existe consenso en que dimanan de la genérica obligación de buena fe contractual un conjunto de normas de comportamiento para el trabajador, que se encuentran presentes en la relación de trabajo más allá de su consagración expresa por el legislador laboral. Destacan, precisamente, los deberes de confidencialidad o no divulgación de secretos y la no concurrencia desleal. Puede decirse que forman parte del contenido natural de la buena fe contractual en el ámbito de las relaciones de trabajo.

En ese sentido debemos señalar, por un lado, que conforme a lo establecido por el Artículo 1362° del Código Civil los contratos «deben ejecutarse según las reglas de la buena fe». Se trata de una norma general, aplicable también a los contratos de trabajo, en virtud de lo establecido por el Artículo IX del Título Preliminar del propio Código Civil, que dispone la aplicación supletoria del ordenamiento civil a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas en otras leyes, siempre que aquél no sea incompatible con la naturaleza de éstas.

Por otro lado, en la propia legislación laboral, aunque en forma indirecta, encontramos la plasmación de los deberes analizados. En efecto, el Artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sanciona con el despido el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que suponen el quebrantamiento de la buena fe laboral [inciso a)] y, específicamente, el uso o entrega a terceros de información reservada del empleador y la competencia desleal [inciso d)].

La importancia de las obligaciones de confidencialidad y no competencia es tal que su inobservancia conlleva consecuencias no sólo en el plano laboral, sino también en sede administrativa, civil y penal. De ahí que sea necesario precisar los rasgos delimitadores de cada una de estas obligaciones, a fin de determinar en qué circunstancias se produce su quebrantamiento y cuáles son las sanciones que en tales casos procede imponer a los que resulten responsables.

III. Obligación de confidencialidad o no divulgación de secretos

III.1 La protección del secreto en la legislación civil

La respuesta a la interrogante anterior no la encontraremos en el ordenamiento laboral, pues como se ha visto, a la fecha, éste contiene tan solo una referencia genérica e indirecta de la obligación de confidencialidad. Por tanto, tendremos que acudir a la legislación civil, fundamentalmente, de propiedad industrial y de represión de la competencia desleal, que sí consagra expresamente la obligación en cuestión.

De un lado, el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial (LPI, en lo sucesivo), en su Articulo 123° -si bien para el caso de los secretos industriales- señala que: *«Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, puesto, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a un secreto industrial sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido, deberá abstenerse de usarlo o de revelarlo sin causa justificada y sin consentimiento de la persona que guarde dicho secreto o de su usuario autorizado».*

De otro lado, con carácter general, el Artículo 15° del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (en adelante LRCD), considera desleal: *«La divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de conocimientos, informaciones, ideas, procedimiento técnicos o de cualquier otra índole, de propiedad de éste, y a los que un tercero haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente como resultado de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el Artículo 16°»*[1].

De esta manera, la normativa citada protege a los titulares de las distintas clases de secreto empresarial (industriales, comerciales y los relativos a la organización interna de la empresa)[2] y nos ayuda a perfilar los alcances de la obligación

---

[1] Dichas conductas se refieren a la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimiento análogo y a la inducción a la infracción contractual, como el caso de la interferencia por un tercero en la relación contractual que un competidor mantiene con sus trabajadores, y que tenga como propósito inducir a éstos a infringir las obligaciones que han contraído.

[2] Los *secretos industriales* constituyen un supuesto muy particular de secreto empresarial ya que conciernen a los aspectos técnico-industrial de la empresa como, por ejemplo, los procedimientos de fabricación, la reparación o montaje de maquinarias, las prácticas manuales para la puesta a punto de un producto. Los *secretos comerciales*, por su parte, son los relativos al sector puramente mercantil de la empresa, como es el caso de la lista de clientes, de proveedores, los cálculos de precios, entre otros.../

en cuestión, también en el ámbito laboral, que la doctrina científica ya había sugerido con anterioridad[3].

III.2 Elementos configuradores de la obligación de confidencialidad en el ámbito laboral.

a) Alcance subjetivo.

La no divulgación de secretos es una obligación de alcance general en la medida que vincula a todos los trabajadores de la empresa, independientemente de su categoría o de la labor específica que realicen.

b) Contenido de la obligación.

La falta de una delimitación legal podría dotar de una gran amplitud el contenido de la obligación en cuestión. En ese sentido, podría pensarse que cualquier materia que a juicio del empleador sea secreta y de la que tenga conocimiento el trabajador por razones de su trabajo, no sería suceptible de ser divulgada por éste. Sin embargo, la configuración de un dato o información de la empresa como secreto se encuentra sujeta a la concurrencia de ciertos requisitos que analizaremos a continuación: i) el carácter reservado de la información; ii) la voluntad de mantener el secreto por parte de su titular; y iii) el interés en el mantenimiento de tal secreto.

En virtud de los dos primeros requisitos señalados será secreto el hecho o dato conocido por el empleador y un estrecho círculo de personas ligadas a él y al que ha tenido acceso el trabajador (lícitamente) por el desempeño de sus funciones [4]. En ese sentido, el carácter reservado o el desconocimiento por terceros de tales hechos o datos constituye el presupuesto para la aplicación de la obligación de secreto. Pero esta circunstancia por sí sola no es suficiente para el nacimiento de la obliga-

---

/... Finalmente, están los secretos que se conectan con la *organización* y *administración interna* de la empresa, los que se refieren a las relaciones con el personal de la misma, la situación financiera de la empresa, los proyectos de contratos futuros, etc. Cfr. GÓMEZ SEGADE, José Antonio. El secreto industrial (Know-how), Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1973, pp. 51-52. Vid también, ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Protección contra la competencia desleal. Análisis de la situación mundial actual, Ginebra, 1994, p. 55.

[3] Véase por todos: GÓMEZ SEGADE, Ob. cit., pp. 41 y 187.

[4] FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso. El secreto profesional de los informadores: El derecho del artículo 20.1 d) de la Constitución, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 1990, p. 32, define lo «secreto» como un hecho no conocido o de conocimiento limitado y concreto sobre cuya ocultación haya un interés serio.

ción. Se requiere que el titular del secreto manifieste su voluntad de mantenerlo oculto. Y tal voluntad debe ser expresada con claridad y por un medio idóneo a tal fin. Ello puede lograrse por varias vías: a través de una comunicación escrita dirigida al trabajador o trabajadores afectados o mediante su inserción en una cláusula contractual, aunque se consigue igual cometido, y con carácter general, cuando por medio del convenio colectivo o en la propia normativa estatal se establece la obligación de guardar secreto o reserva. Aquí puede radicar la importancia para la empresa de establecer por escrito una obligación de esta naturaleza.

Junto a los dos requisitos anteriores se exige la presencia de un requisito de carácter objetivo: el interés económico que el secreto encierra para la empresa, es decir, el interés en mantener el secreto para que la empresa mantenga su posición competitiva en el mercado. En este contexto, «el interés objetivo será tanto mayor cuanto más grande sea la preeminencia que la posesión del secreto otorga a la empresa frente a sus competidores»[5].

La concurrencia de los tres requisitos señalados delimita, por consiguiente, la existencia de unos datos o información secretos que al empresario le interesa preservar fuera del alcance de terceros y justifica la protección de ese interés empresarial mediante la imposición de prohibiciones al trabajador como la no divulgación de secretos o el uso indebido de la información que ha conocido[6]. En caso contrario, de tratarse de asuntos de conocimiento general o público, o cuando se divulgue el secreto por algún sujeto diferente a los obligados, el secreto dejaría de ser tal y decaería, consecuentemente, la obligación que pesa sobre el trabajador[7]. Y es que

---

[5] GÓMEZ SEGADE, Ob. cit., pp. 246-247.

[6] Es el caso, por ejemplo, del Código Civil italiano que en su artículo 2105 consagra ambas prohibiciones. Sobre las implicancias laborales de dicho precepto puede verse: ICHINO, Pietro. Diritto a la Riservatezza e diritto al segreto nel rapportto di lavoro, Giuffrè editore, Milano, 1979, pp. 210 y ss; MORMILE, Paolo. «Il divieto di divulgazione e di uso pregiuizievole delle notizie aziendali», en A. Del Re e P. Mormile, L'obbligo di fedeltà IPSOA editore, 1991, p. 51.

[7] Como señala GALÁN CORONA, Eduardo. «Supuestos de competencia desleal por violación de secretos», en Alberto Bercovitz (coordinador), La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991, Boletín Oficial del Estado - Camara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, p. 92, «...la divulgación, cualquiera sea su causa o modo de producirse, origina la desaparición del secreto». Así lo ha entendido también la jurisprudencia española. En el ámbito laboral, la sentencia del Tribunal Supremo del 21 de noviembre de 1984 declaró improcedente el despido por deslealtad de tres ingenieros y otros nueve jefes que divulgaron un informe de la empresa en el que «se da a conocer una situación económica que ya estaba divulgada» por la concreta suspensión de pagos y en el que se apuntaban realidades y sugerencias para poder lograr la continuidad de la empresa. Por su parte, en sede penal la sentencia del 4 de abril de 1972 desetimó la presunta revelación de secretos e informaciones reservadas.../

la revelación de un secreto, que trae como consecuencia la pérdida de su carácter reservado o confidencial, puede producirse por actos no imputables al trabajador: un tercero ajeno a la empresa (por ejemplo, un competidor) podría divulgarlo, pero también podría ser el propio empresario quien revele directamente el secreto o autorice su divulgación.

Habrá circunstancias excepcionales, sin embargo, en las que el trabajador, sin contar con la autorización del empresario, podrá igualmente revelar lícitamente cierta información confidencial: por ejemplo, la divulgación de hechos delictivos del empresario o la imposibilidad de ocultar información sobre la empresa que sea requerida por la autoridad competente para hacerlo.

Las pautas antes señaladas se encuentran recogidas, en términos generales, en los artículos 116° y 118° de la LPI.

En efecto, el primero de los dispositivos citados dedica sus tres incisos a la enumeración de los requisitos que configuran el secreto industrial. El inciso a) entiende por información secreta aquella que «como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos, no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de los círculos de las personas que normalmente manejan el tipo de información de que se trate». El inciso b) se encarga de precisar que la información en cuestión debe tener «un valor comercial efectivo o potencial por ser secreta». Finalmente, el inciso c) establece que la persona que legalmente tenga bajo control la información, debe haber adoptado «medidas razonables para mantenerla secreta».

Por su parte, el Artículo 118° de la citada norma señala que no se considera como secreto industrial la información «que sea de dominio público, la que resulte evidente para un técnico en la materia o la que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial». En este último caso, en puridad, la información pierde el carácter secreto a partir de su divulgación, no antes.

c) Duración (vigencia) de la obligación.

La obligación de confidencialidad se encuentra ligada a la vigencia del contrato de trabajo, pero incluso puede permanecer una vez concluido éste. Hay que tener en cuenta que una obligación de esta índole no puede depender en términos estrictos de

/...de carácter comercial de ex trabajadores de una empresa que utilizaron los nombres y domicilios de proveedores con sus características comerciales, así como los de los numerosos clientes al no constar su carácter secreto por tratarse de «datos corrientes fáciles de adquirir en las relaciones comerciales y de publicidad».

la duración del contrato de trabajo, sino de la naturaleza reservada o secreta de la información que el trabajador conoce[8]. Una vez más, resulta ilustrativa la LPI. Señala el Artículo 121° de la LPI que la protección que brinda en su Artículo 116°, «perdurará mientras existan las condiciones allí establecidas».

Como en el supuesto anterior, la obligación de no divulgar materias secretas cesará cuando éstas dejen de serlo o cuando, extinguido el contrato de trabajo, el trabajador requiera utilizarlas en su propio beneficio, pero sólo en la medida que su uso se exija para el ejercicio de su profesión habitual[9]. Este último supuesto, sin embargo, podría encontrase mediatizado por la exisntecia de un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo -y que analizaremos más adelante-, lo que de alguna manera limita temporalmente el empleo de los conocimientos adquiridos por el trabajador en la empresa que abandona.

Algo similar ocurre con las invenciones laborales. La LPI, en la parte referida a las patentes de invención, no recoge expresamente la obligación del trabajador de mantener en secreto el hecho inventivo. No obstante, en este supuesto resulta también aplicable el genérico deber de buena fe laboral, a partir del cual puede exigirse al trabajador la no divulgación de aquellas invenciones que no le pertenezcan exclusivamente[10].

Ahora bien, como ha puesto de manifiesto la doctrina la duración de esta obligación de secreto está en directa relación con el tipo de invención de que se trate[11]. De modo tal que la obligación de secreto respecto de las invenciones de encargo o de servicio [artículo 32, inc. a) de la LPI] se mantienen para el trabajador todo el tiempo que interese legítimamente al empleador, a fin de que sus intereses no se

---

[8] En sentido similar, aunque referido al deber de sigilo de los órganos de representación del personal de la función pública española, se pronuncia RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín. «Derechos, obligaciones y garantías de los representantes unitarios en la función pública», AA.VV., Seminario sobre Relaciones Colectivas en la Función Pública, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 1989, p. 129.

[9] En esa línea se inscribía el artículo 72° de la derogada Ley de Contrato de Trabajo española de 1944: El trabajador «está obligado a mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción. En este último caso podrá utilzarlos en beneficio propio, sólo en cuanto fuese exigencia justificada de su profesión habitual».

[10] La doctrina española llega a una conclusión similar en función del deber de colaboración establecido para empresarios y trabajadores en el artículo 18.2. de la Ley de Patentes de 1986, en el que entienden se integra la aludida obligación de confidencialidad. Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «El nuevo régimen jurídico de las invenciones laborales», Relaciones Laborales, 1986-I, p. 47; PÉREZ PÉREZ, Manuel. Invenciones laborales de trabajadores, profesores universitarios y personal investigador, Ed. Civitas S.A., Madrid, 1994, p. 267.

[11] PÉREZ PÉREZ, Ob.cit., pp. 274-275.

vean perjudicados; mientras que para las invenciones de la experiencia o del conocimiento [artículo 32, inc. b) de la LPI] el mantenimiento de la obligación dependerá de que el empresario ejercite o no sobre ellos los derechos que le puedan corresponder. Si el empleador ejercita sus derechos (para asumir la titularidad de la invención o reservarse el derecho de utilización de la misma) estaremos ante un caso idéntico al de las invenciones de encargo; mientras que si no se ejercitan se recuperan la plena titularidad sobre éstas, pudiendo el trabajador disponer de la invención como estime conveniente, como ocurre en el caso de la invenciones que son de su exclusiva titularidad [artículo 32, inc. c) de la LPI].

En consecuencia, la duración de la obligación de mantener en secreto las invenciones laborales no coincide necesariamente con la vigencia del contrato de trabajo, ni se extingue con su expiración ni se perpetúa después de tal hecho: su duración obedece a razones estrictamente funcionales.

d) Carácter absoluto de la obligación.

Esto significa que no es necesario que se produzca ni un daño para el empleador ni un beneficio para el trabajador con la revelación del secreto. Se entiende que la sola divulgación del secreto quebranta la buena fe contractual y que es razón suficiente, en el plano laboral, para imponer las sanciones correspondientes al trabajador infractor.

De todo lo dicho hasta aquí podemos concluir que no es necesaria la incorporación de una cláusula de confidencialidad en los contratos de trabajo, pues una obligación de este tipo deriva de la buena fe laboral que debe regir todo contrato de trabajo (esté por escrito o no). Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, puede resultar conveniente su incorporación en el contrato de trabajo a fin de delimitar correctamente el ámbito de la obligación del trabajador.

En cualquier caso, debemos señalar que la divulgación a terceros de la información o datos de naturaleza reservada de la empresa, sin la autorización de ésta, no sólo constituye una falta grave sancionable con el despido, conforme a la normativa anteriormente citada, sino que además dicha situación es perseguible administrativa y civilmente (conforme a la LRCD y a la LPI) y penalmente (según lo establecido en el Artículo 165° del Código Penal).

III.3 La obligación de confidencialidad en el PLGT

El artículo 51° del PLGT dedicado a las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo, establece en su inciso 6 que el trabajador debe *"Abstenerse de reve-*

lar a teceros o aprovechar en benefico propio, sin autorización expresa, la información reservada de la empresa, de la cual tenga conocimiento por el desempeño de sus labores". Por su parte, el artículo 125°, inciso 4 del PLGT, repitiendo la fórmula actual de la LPCL, establece como falta grave del trabajador, *"El uso o entrega a terceros de infomación reservada del empleador"*. De esta manera, de forma coherente se impone expresamente una obligación al trabajador y, paralelamente, dada la naturaleza de la misma, se sanciona su incumplimiento con el despido.

IV. Obligación de no incurrir en competencia desleal

Como en el caso de la obligación de confidencialidad, la prohibición de competencia desleal tiene una consagración indirecta en el ordenamiento laboral, a partir de su consideración como falta grave por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Es la LRCD la que establece una definción de competencia desleal. Dicha norma considera en términos generales como acto de competencia desleal -y en consecuencia ilícito y prohibido- *«toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas»* (Artículo 6°). Es importante tener presente que la norma en cuestión establece que para la calificación del acto de competencia desleal no se requiere acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, sino que es suficiente *«el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público»* (Artículo 5°).

En consecuencia, en virtud de esta obligación el trabajador se encuentra impedido de realizar una actividad coincidente con la de la empresa para la que labora. No estamos, por tanto, ante la obligación de trabajar exclusivamente para un único empleador, sino la de no realizar la misma actividad para otro empleador o para sí mismo con una finalidad desleal.

Ahora bien, la normativa laboral, y también la civil, sancionan la competencia desleal, lo que supone que estamos ante un actividad del trabajador que perjudica a su empleador y que se realiza utilizando medios irregulares desde el punto de vista de la competencia mercantil o industrial.

Por tanto, lo anterior supondría para el trabajador la imposibilidad de concurrir en la misma actividad de su empleador valiéndose de las ventajas que le ofrece su inserción en la empresa para la que trabaja (por ejemplo, poner un negocio paralelo al del empleador en la misma localidad, prestar servicios idénticos a los

del empleador a un menor costo, captar la clientela del mismo). Por el contrario, si el trabajador concurre con la actividad del empleador de forma lícita (por ejemplo, interviene en un mercado totalmente diferente al de su empleador), quedaría fuera del poder sancionador del empleador.

En definitiva, nuestro ordenamiento no impide la concurrencia de actividades entre el trabajador y su empleador, únicamente sanciona la competencia que considera desleal.

En ese sentido, resulta conveniente insertar en los contratos de trabajo una cláusula de no competencia que amplíe el ámbito de la prohibición de concurrencia más allá de los actos estrictamente desleales. En otras palabras, que evite que los trabajadores realicen actividades similares a las que prestan para su empleador mientras esté vigente el contrato de trabajo. Esto supondría, establecer una suerte de «pacto de exclusividad» entre las partes, aunque, en estricto, el pacto de exclusividad contiene una prohibición más amplia al simple impedimento de realizar actividades similares a las prestadas para su empleador, puesto que supone la imposibilidad de prestar servicios de cualquier naturaleza (subordinados o autónomos) para teceros, o incluso para sí mismo, mientras se encuentre vigente el contrato de trabajo.

El inciso 7, del artículo 56° del PLGT establece como obligación del trabajador la de *"No realizar, en beneficio propio o de terceros, actividades idénticas a las que realiza para su empleador, sin autorización expresa de éste"*. Como en el caso de la obligación de confidencialidad o reserva su inobservancia se considera falta grave sancionada con el despido del trabajador (artículo 125°, inciso 4).

En lo que respecta al pacto de exclusividad, el artículo 53° del PLGT establece que en virtud de dicho acuerdo *"el trabajador se obliga a no prestar otros servicios en régimen de subordinación o autonomía ni realizar actividad por cuenta propia, a cambio de una compensación económica. Si el trabajador incumple lo pactado, pierde el derecho a percibir dicha compensación"*. El pago de la compensación económica se justifica plenamente en la medida que el trabajador ve limitado su derecho a libertad de trabajo, consagrado constitucionalmente en el artículo 2°, inciso 15 de la Constitución. De otro lado, queda claro que la única consecuencia por el incumplimiento del pacto es la pérdida de la compensación, pero que tal hecho no acarrea la imposicisión de ningún tipo de sanción disciplinaria –puesto que debe entenderse como la decisión del trabajador de recobrar el pleno ejercicio de su derecho a la libertad de trabajo-, salvo que el trabajador incurra en competencia desleal.

V. Pacto de no competencia poscontractual

El tema de los pactos de no competencia poscontractual resulta más polémico que el anterior. Se trata de establecer en el contrato de trabajo una cláusula en virtud de la cual el trabajador se compromete a no realizar una actividad similar a la de su empleador una vez extinguido el contrato de trabajo. De esta manera el empleador se asegura que el trabajador, al terminar la relación laboral, no competirá en su misma actividad.

La posibilidad de celebrar este tipo de pactos no se encuentra expresamente regulado en nuestro ordenamiento, a diferencia de lo que ocurre en otros países. Sin embargo, debe tenerse presente que en los ordenamientos jurídicos en los que se permite este tipo de pactos se les trata como una figura excepcional, de ahí que se encuentren sujetos a una serie de límites[12]:

a) el carácter temporal del pacto (plazos que oscilen entre los seis meses y los dos años);
b) la existencia de un claro interés empresarial (de tipo industrial o comercial) en evitar la competencia;
c) el pago de una adecuada retribución.

La naturaleza excepcional y la imposición de límites se fundan en la necesidad de proteger los intereses del trabajador, concretamente su libertad de trabajo.

En nuestro caso, el ordenamiento constitucional recoge como un derecho fundamental la libertad de trabajo. El Artículo 2°, inciso 15 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho: *«A trabajar libremente, con sujeción a la ley»*. Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 701, sobre Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, prohibe *«los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia»* (Artículo 3°).

Si consideramos, de un lado, a los pactos de no competencia poscontractual como una figura excepcional, y si tenemos en cuenta, de otro, la inexistencia de norma expresa que los regule, podemos concluir que es ilegal la incorporación de este tipo de pactos en los contratos de trabajo. Resultan atentatorios, en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos de libertad de trabajo y de libre competencia.

---

[12] Cfr. MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín, Derecho del Trabajo, Ed. Tecnos S.A., Madrid, 2002, pp. 491-492.

En cualquier caso, debe quedar claro que lo anterior sólo prohibe aquellos pactos o comportamientos que pretendan impedir al trabajador realizar una actividad idéntica a la de su empleador, una vez finalizada la relación laboral. De ninguna manera puede pensarse que el ex trabajador queda facultado para incurrir en competencia desleal con su ex empleador, situación que, como hemos visto, no está permitida al margen de la existencia o no de vínculo laboral.

A las limitaciones que se han señalado anteriormente (temporalidad, interés del empleador y retribución), el PLGT agrega la necesidad de que el pacto conste por escrito (formalidad *ad solemnitatem*), señalando para tal efecto que *"La obligación del trabajador de no realizar actividades que supongan competencia con su anterior empleador después de extinguida la relación laboral, sólo tendrá validez si consta por escrito, se acredita que éste tiene efectivo interés económico o comercial en ello y se otorga una compensación económica. El convenio de no competencia tendrá una duración de un año para el personal técnico y de dos años para el personal de dirección"*.

VI. Algunos actos de competencia desleal vinculados a las obligaciones de confidencialidad y no competencia

El Artículo 16° de la LRCD regula dos supuestos vinculados a las obligaciones de confidencialidad y no competencia que son calificados como inducción a la infracción contractual.

El primer supuesto de competencia desleal es la interferencia de un tercero en la relación contractual de un competidor con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, con el propósito de inducir a éstos a infringir las obligaciones asumidas. En ese sentido, si una empresa interfiriera en la relación contractual que tiene su competidora con sus trabajadores, induciendo a los trabajadores a infringir las obligaciones contraídas con su empleador (como el principio de buena fe laboral: diligencia, confidencialidad, etc.), podría ser sancionado por estar incurriendo en un acto de competencia desleal. Cabe señalar que esta norma sanciona incluso el perjuicio *potencial* e ilícito del acto.

El segundo supuesto, considerado también como acto de competencia desleal, es la inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena, cuando tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto empresarial o vaya acompañada

de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas.

En este caso, la ley hace referencia a los actos que inducen a la terminación de la relación laboral existente entre una empresa competidora y sus trabajadores, para la posterior difusión o explotación de un secreto empresarial. Este sería el caso de los trabajadores que son «levantados» por empresas competidoras, para obtener información y datos confidenciales a la que los trabajadores tenían acceso.

Como se desprende de todo lo dicho hasta aquí, no puede impedirse que el trabajador resuelva el vínculo laboral con su empleador, pero sí podrá interponerse una denuncia administrativa ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en donde se iniciará el procedimiento respectivo, para que se ordene el cese de dicho acto. Sin perjuicio de lo anteriormente señalado, el INDECOPI podrá además, disponer el pago de una multa a los infractores de la ley. Por otro lado, como también se ha señalado, los infractores podrán ser demandados por daños y perjuicios en la vía civil, así como en la penal.



Compañía de Minas Buenaventura

El contrato a tiempo parcial en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Fernando García Granara
Profesor del Derecho del Trabajo de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
(Socio del Estudio Gonzalez & Asociados)

El contrato a tiempo parcial se considera especial en tanto no responde al modelo de contratación a jornada completa. Sin embargo, constituye una figura autónoma que trasciende la simple referencia al límite cuantitativo horario.

En efecto, en la contratación a tiempo parcial confluyen, entre otros, temas de fomento del empleo[1], de política de empleo a través del reparto de trabajo[2], de la reducción de la jornada laboral[3] y la incorporación de determinados colectivos

---

[1] La contratación a tiempo parcial ha tenido un notable auge a nivel mundial en el curso de los últimos veinte años como mecanismo de incorporación de diferentes colectivos, de acceso al pluriempleo y, en general, para permitir el ajuste de la contratación al requerimiento empresarial y a la disposición personal del trabajador. Para el caso peruano, se presentan a título de información (Anexos 1, 2 y 3) algunos datos estadísticos para Lima Metropolitana distinguiendo este tipo de contratación por sexo y por duración del contrato (indefinido o temporal) en el curso de 11 años (1989-1999).

[2] *"Como un conjunto variado de medidas de regulación de la demanda de empleo cuyo denominador común es el objetivo de alcanzar una distribución equilibrada del fondo de disponibilidades existente, a los que suele acudir en situaciones de desempleo masivo para ocupar nuevos trabajadores; y mantener en ocupación a los ya empleados."....* *"Las medidas de reparto de empleo se pueden agrupar en tres apartados: reparto de empleo por reducción del tiempo de trabajo, reparto de empleo por trabajo a tiempo parcial y reparto de empleo por restricción del pluriempleo." Derecho del Trabajo.* MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. Tecnos. Madrid. 2002. Página 422.

[3] Sobre la organización del tiempo de trabajo y su vinculación con el tiempo parcial, véase *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Autores Varios. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999.
Sobre la jornada semanal de 35 horas BAYLOS GRAU, Antonio. Editoriales de la Revista Derecho Social N° 2 y N° 3. España. 1998. OJEDA AVILÉS, Antonio, El debate sobre la jornada de 35 horas. En: Revista Derecho Social, N° 3, 1998. También MEDINA CASTILLO José Enrique. *Crisis de la Sociedad Salarial y Reparto de Trabajo*. Editorial Comares. Granada. 1999.

laborales[4]; la importancia del tiempo como elemento esencial del contrato de trabajo[5]; la ordenación y gestión del tiempo de trabajo en la empresa; la utilización práctica de este contrato como mecanismo de ajuste de la mano de obra y de los procesos productivos; la jornada de trabajo como referente comparativo y de conceptualización del tiempo parcial, su incorporación en las experiencias de flexibilización laboral tanto en la contratación como en el tiempo de trabajo[6] y, fundamentalmente, que su regulación y aplicación deben estar en consonancia con el principio constitucional de igualdad, garantizando en cuanto sean compatibles los mismos con los derechos y obligaciones de los trabajadores a jornada completa.

El presente artículo se dirige a plantear algunas reflexiones en torno a la regulación del contrato a tiempo parcial, a propósito del límite cuantitativo de cuatro horas que rige actualmente en la legislación peruana y la propuesta contenida en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo (ALGT). Con este propósito el trabajo se divide en tres partes: la primera se refiere al concepto del contrato a tiempo parcial y a las expresiones del principio de igualdad a través de equiparación y proporcionalidad con el trabajo a tiempo completo (TTC) que son notas características de esta contratación. En la segunda parte se hace una síntesis de la regulación jurídica del tiempo parcial en el Perú a fin de compararla con la propuesta del ALGT. La tercera contiene algunos comentarios al ALGT que se ocupa en forma expresa de esta figura en tres artículos y de modo indirecto en otras normas. Finalmente, se incluye como Anexos un cuadro comparativo de la regulación actual y el ALGT en materia de tiempo parcial y tres cuadros sobre datos estadísticos para Lima Metropolitana.

---

[4] El reciente Informe del Director General de la OIT destaca que *"las mujeres representan un porcentaje elevado de trabajadores a tiempo parcial"* situándose en un 70% en Japón y Estados Unidos a finales del decenio de 1990. Por su parte en Europa la información refleja un crecimiento de la contratación a tiempo parcial y la recurrencia del sector femenino como lo reconoce la OCDE. En: *La hora de la igualdad en el trabajo*. OIT.2003. página 46-47.
En el caso peruano, para Lima Metropolitana, la tendencia es diferente pues se advierte una utilización de este contrato con una ligera preferencia hacia el sector masculino. Véase el Anexo 1 y 2 en el curso de 11 años.

[5] Al respecto, ALARCÓN CARACUEL; Manuel R. *La ordenación del tiempo de trabajo*. Tecnos. Madrid. 1988.

[6] Sobre la ubicación del tiempo parcial en las políticas de flexibilización y reducción del tiempo de trabajo, véase SENISE BARRIO, María Eugenia. *El Trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo*. Tecnos. Madrid. 2001. Capítulo Primero.

En nuestra opinión, la figura del contrato a tiempo parcial ha sido inadecuadamente desarrollada por la legislación nacional, desde que la Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, reglamentaria de la Ley N° 4916, Ley del Empleado Particular, introdujo el requisito de laborar cuatro horas diarias para acceder a determinados beneficios laborales, regla que ha tenido directa influencia en la idea del contrato a tiempo parcial y en toda la regulación laboral por la incorporación de una regla de acceso – o más bien de exclusión – a los beneficios laborales en función del tiempo mínimo trabajado, tales como la compensación por tiempo de servicios, la protección contra el despido arbitrario y el descanso vacacional.

Así, se ha generalizado la idea de que el contrato a tiempo parcial es el que se realiza por menos de cuatro horas diarias, pero ésta es sólo una de las modalidades que puede adoptar esta figura, pues ante la ausencia de una definición legal puede asumirse que el tiempo parcial depende del pacto individual como si se tratara de un modelo abierto, con extensión de los derechos y beneficios que tiene el trabajador a tiempo completo en cuanto sean compatibles.

I. Notas típicas de la contratación a tiempo parcial

1. Concepto

El rasgo distintivo del tiempo parcial es la reducción de la jornada, pero su configuración jurídica no queda sujeta al pacto individual sino que es determinada por la legislación.

Una primera definición del trabajo a tiempo parcial, acogida por la Organización Internacional del Trabajo y con notable influencia en las legislaciones nacionales y en la doctrina, consiste en el *"trabajo efectuado en manera regular y voluntaria por un número de horas, diario o semanal, sensiblemente inferior respecto de la duración normal del trabajo."*

En esta definición pueden identificarse tres caracteres de la contratación a tiempo parcial: la voluntariedad, la regularidad y la reducción de la jornada.[7]

---

[7] Expresa ALARCÓN CARACUEL que *"en tal definición se supera una vieja concepción del trabajo a tiempo parcial (TTP) como el desarrollado en un marco no profesional (las típicas tareas realizadas por los estudiantes en vacaciones o en algunas horas durante el curso para ganar algún dinero para sus gastos), al tiempo que se subrayan los caracteres esenciales de la figura: voluntariedad, regularidad y reducción de la jornada."* Obra citada. Página 112.

La voluntariedad alude a la decisión del trabajador de asumir una jornada reducida (sin imposición del empleador) a través de un pacto específico, lo que en estricto constituye el fin y contenido mismo del contrato.[8] Es decir, *"El trabajo a tiempo parcial se ve así "contractualizado" y el correspondiente vínculo laboral 'parcializado'"*[9]. No se trata de la voluntariedad como nota configuradora del contrato de trabajo, propia de todo contrato, ni de aquella razón sociológica de encontrarse en la situación de aceptar un puesto de trabajo parcial ante la falta de empleo, sino de identificar la reducción de la jornada como característica principal de la contratación.[10]

Por su parte, la regularidad apunta a que la reducción de la jornada sea *"la situación normal, habitual, a la que se ajustará la prestación de servicios"*[11], descartándose las situaciones temporales.

El tercer elemento es definitorio: la reducción de la jornada. La pregunta inmediata es cuánto debe reducirse el tiempo completo para que se configure un contrato a tiempo parcial, ya que la jornada puede variar entre un rango cercano al tiempo completo o al mínimo de tiempo para la existencia de contrato. En la definición comentada se utiliza la expresión "sensiblemente inferior" lo que ha sido recogido en diferentes países[12] y refleja un interés de excluir las reducciones menores.

Para efectos de identificar la cuantía de la reducción, ALARCON señala que *"se trata de un criterio que necesita de una doble determinación: intrínseca (cuanta*

---

[8] Este requisito *"se predicó posiblemente con el fin de deslindarlo de los supuestos de reducción de la jornada impuesta a un trabajador previamente contratado a tiempo completo, como la derivada de crisis empresariales temporales, y la correlativa situación de desempleo parcial"*. GONZALES DEL REY, Ignacio. *El contrato a tiempo parcial*. Aranzadi Editorial. Pamplona, 1998. Página 80.

[9] GONZALES DEL REY. Obra citada. Página 81.

[10] Como apunta BAYLOS: *"La voluntariedad es el eje de este contrato. En efecto, su justificación está en facilitar la libertad de opción de los trabajadores en el modo de distribuir su tiempo vital. Además, ciertamente, permite a las empresas un manejo flexible de la fuerza de trabajo, pero la flexibilidad también puede conseguirse por otros medios."* En: Revista de Derecho Social. N° 5. España. 1999. Página 6.

[11] ALFONSO MELLADO, Carlos. *La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. Página 34.

[12] Una referencia porcentual fue acogida por España (77%, actualmente modificada), Francia (1/5 de la jornada normal) y al número de horas semanales (35, 30 y 20) en otros países europeos. Para una revisión sobre el concepto del tiempo parcial en los países europeos véase SENISE BARRIO. Obra citada. Páginas 94-100 y GONZALES DEL REY, Ignacio. *El trabajo a tiempo parcial desde una perspectiva comparada*. En Relaciones Laborales. 1994. Páginas 133 y siguientes.

reducción) y extrínseca (en relación a qué punto de referencia)" [13]. El primer aspecto interesa a efectos de distinguir la reducción propia del contrato a tiempo parcial de aquellas reducciones de jornada que se aplican en determinadas empresas.

En nuestra opinión el segundo aspecto le da sentido al tiempo parcial, pues se trata de la jornada de comparación, en tanto que el tiempo parcial se determina en función del tiempo completo y esa es la base de su configuración contractual. Este referente comprende dos supuestos: la jornada de comparación y el módulo temporal que se aplica a la jornada reducida, que puede ser horas, días, semanas o meses, de tal forma que pueden presentarse contratos a tiempo parcial de horas a la semana (tiempo parcial horizontal), días a la semana, al mes o al año (tiempo parcial vertical), pudiendo presentarse varias combinaciones entre el módulo temporal y la jornada comparable.

Actualmente el Convenio N° 175 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo a tiempo parcial, adoptado en 1994, señala que: *"el trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable"*

Esta definición ya no hace referencia a la voluntariedad ni a la regularidad como elementos del tiempo parcial e incide fundamentalmente en la reducción de jornada. La frase "*sensiblemente inferior*" que tenía la definición anterior se reemplaza por "*duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable*", expresión abierta en relación con la cuantía de la reducción y más técnica respecto de la comparación pues se dirige al grupo en el que se ubicaría el trabajador a tiempo parcial.

En realidad, la idea del contrato a tiempo parcial consiste en un contrato de trabajo con un pacto de jornada inferior a la que rige para el trabajador a tiempo completo, que pueda ser comparable. Como señala MERINO SENOVILLA, *"el trabajo a tiempo parcial se debe tipificar como contrato laboral en que la prestación de ese trabajo se establece por debajo de la ordinaria a tiempo completo"* [14]

---

[13] ALARCON CARACUEL. Obra citada. Página 113-114.

[14] MERINO SENOVILLA, Maria Henar. *El trabajo a tiempo parcial*. Lex Nova, Valladolid, 1994. En el mismo sentido GONZALES DEL REY precisa que se aplica el régimen general y que las excepciones significan *"confirmar la aplicabilidad general de ese ordenamiento y la pertenencia por tanto de nuestro contrato, como especie, al género contractual de trabajo."*. Obra citada. Páginas 108-11.

2. *El principio de igualdad y sus expresiones: La equiparación y la proporcionalidad*

El principio de igualdad constituye la base fundamental de la extensión de los beneficios laborales a los trabajadores a tiempo parcial en comparación con los trabajadores a tiempo completo. Hay derechos y beneficios que no tienen ninguna relación con el tiempo de trabajo sino con la condición de trabajador, como la seguridad y salud en el trabajo, por ejemplo.

Según el principio de igualdad, que también reconoce nuestra Constitución[15], el grupo de trabajadores a tiempo parcial debe ser tratado en igualdad de condiciones respecto de los trabajadores en general y de los trabajadores contratados a jornada completa. Es decir, "*puede contemplarse como un mandato de paridad que surge cuando existe absoluta identidad de situaciones*[16] *y "la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable*"[17]

En este sentido, la equiparación de derechos con los trabajadores a tiempo completo constituye la expresión más importante del principio de igualdad, al garantizar la paridad y aplicación de los mismos derechos en tanto no exista una razón objetiva para establecer diferencias.

Sin embargo, no constituye un principio absoluto sino con limitaciones y excepciones que permiten la adecuación y aplicación práctica del principio.[18] Por ello, la equiparación no es automática, depende del tipo de beneficio y es necesario entrar a una casuística para definir su aplicación. En principio, comprende los beneficios de carácter cualitativo y los de carácter cuantitativo.

---

[15] *"Artículo 2°. Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole."*

[16] MARTINEZ ROCAMORA, Luis Gabriel. *Decisiones Empresariales y Principio de Igualdad.* Cedecs Editorial S.L.Barcelona, 1998, Página 75.

[17] Según MARTINEZ ROCAMORA este es el criterio del Tribunal Constitucional Español *"haciendo suyos los criterios establecidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*. Obra citada. Página 160.

[18] Sobre el juicio de valor. RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María. *Igualdad y Discriminación.* Madrid. 1986. Página 20. *En consecuencia, el enjuiciamiento desde la perspectiva de la igualdad requiere una triple comprobación, primero, que "los supuestos de hecho son iguales", segundo, "que han sido objeto de un trato diferente" y, en tercer lugar, en qué "medida ello obedece a un cambio de criterio en el órgano judicial", es decir, es una solución "genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo", y no "una respuesta individualizada al concreto supuesto planteado". Sólo en este último caso de solución "particular" habría quiebra de la igualdad(...)"*

Cuando se trata de beneficios que se determinan y se generan en función de las horas trabajadas no cabe aplicar la equiparación sino más bien la proporcionalidad, que se presenta en los beneficios de carácter cuantitativo, pero no necesariamente en todos y cada uno de ellos ya que existen beneficios económicos que no pueden dividirse en función del tiempo de trabajo.

Respecto a la aplicación de la equiparación y la proporcionalidad, CABEZA Y LOUSADA consideran que "*Evidentemente, el principio de proporcionalidad sólo es posible aplicarlo respecto a condiciones laborales cuantificables. Por el contrario, el de equiparación puede aplicarse a éstas y siempre se aplica a las no cuantificables*".[19]

Se trata entonces de revisar cada uno de los derechos, beneficios y condiciones de trabajo que son aplicables a todos los trabajadores a fin de determinar en que casos se aplicará la equiparación automática y en que casos la proporcionalidad. La regla, empero, es la equiparación.

La proporcionalidad debería ser aplicada a las retribuciones que pueden ser medidas en función del tiempo laborado, aunque no necesariamente a todos los casos. Como expresa gráficamente MERINO SENOVILLA respecto de algunos conceptos económicos y cuantificables que "*no pueden sufrir recorte alguno en tanto que tal compensación se genera con independencia del tiempo de la prestación; se devenga por el hecho de la prestación misma. Así los gastos de transportes se producen de la misma forma, se trabaje por ocho horas o por tres; lo mismo ocurre con las dietas, cuando el horario o bien la jornada implique la obligación de comer fuera del domicilio*".[20]

En nuestra opinión, la extensión de beneficios se hace en virtud de la condición de trabajador y las diferencias surgen en función del tiempo laborado, es decir, en aquellos casos en los que el tiempo parcial adquiera una peculiaridad distintiva. En todos los demás casos, se trata de trabajadores comunes.

---

[19] CABEZA PEREIRO, Jaime y LOUSADA AROCHENA, José. EL nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial. Editorial Comares. Granada. 1999. Página 67.

[20] MERINO SENOVILLA. Obra citada. Página. 297-298.

II. La regulación del contrato a tiempo parcial

1. Referencia a la evolución normativa

1.1.- Las cuatro horas como requisito de exclusión de beneficios: La Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, Reglamento de la Ley 4916, Ley del Empleado Particular, excluyó de los alcances de la Ley a las personas que trabajaban menos de cuatro horas, al señalar:

Artículo 5°.- "no están comprendidos tampoco, en la Ley N° 4916 y sus ampliatorias, ***las personas que trabajan menos de cuatro horas diarias*** *a excepción de los empleados de las redacciones de periódicos y contadores, cuya naturaleza de servicios no pueden tener tiempo de duración limitada, pero siempre que reciban sueldo fijo de sus principales. Si un empleado presta servicios a empresas o negocios conexos o vinculados, se sumarán las horas de trabajo en cada una de ellas para los efectos de este artículo"*

1.2.- Límites numéricos a la contratación a tiempo parcial: su carácter excepcional.- Aunque normas complementarias y reglamentarias de la Ley N° 4916 también aludían a las cuatro horas como límite cuantitativo para acceder o excluir a los trabajadores de los beneficios laborales, es con el Decreto Ley N° 22126 (21.3.78) que se introducen límites a la contratación en jornada inferior a cuatro horas, de acuerdo al número de trabajadores en el centro de trabajo, y en caso de incumplimiento se convertían en trabajadores con una jornada mínima de cuatro horas y comprendidos en la dicha ley. El número de trabajadores bajo este tipo de contratación podía ser incrementado a través de una autorización del Ministerio de Trabajo *"en los casos en que la empresa inicie o amplíe sus actividades económicas o por cualquier otra eventualidad debidamente justificada"*. (art. 26. D.L. N° 22126).

Como se advierte, esta contratación era excepcional, sujeta a límites porcentuales y prohibida en los centros de trabajo con menos de seis trabajadores.

Similar restricción fue acogida posteriormente por la Ley N° 24514, Ley que regula el Derecho a la Estabilidad en el Trabajo (4.6.86), que señaló:

Artículo 29°.- Los empleadores que contraten trabajadores en jornada inferior a cuatro horas diarias, se sujetarán a las normas siguientes:

a) Los centros de trabajo con seis y hasta diez trabajadores permanentes, sólo podrán tener un trabajador en dicha jornada;

b) Los centros de trabajo con más de diez y hasta veinte trabajadores permanentes sólo podrán tener dos trabajadores en dicha jornada;

c) Los centros de trabajo con más de veinte trabajadores permanentes sólo podrán tener el diez por ciento de trabajadores en dicha jornada.

La norma reglamentaria (D.S. 003-88-TR) precisó que:

Artículo 32°.- Los porcentajes del personal de período de prueba y con jornada inferior a cuatro horas diarias, serán determinados en función de cada centro de trabajo con que cuente el empleador.

Esta regulación no responde a la función y fines que cumple el tiempo parcial, sino al interés de reducir el colectivo que se encontraba excluido del ámbito subjetivo de esta ley, que excluía a los trabajadores con jornada inferior a cuatro horas.

2. La regulación actual de la contratación por jornada inferior a cuatro horas

2.1.- La eliminación de límites para la contratación. A través de la Ley de Fomento del Empleo (12.11.91), se modifica la regulación existente y se eliminan los límites numéricos:

Artículo 37°.- (...) Pueden celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial, sin limitación alguna.

Esta disposición se mantiene en la actual Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

Artículo 4°.- (...)También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Como se advierte, la norma se refiere a la formalidad escrita del contrato y a la ausencia de límites cuantitativos para la contratación. En nuestra opinión, la frase "*sin limitación alguna*" se dirige a enfatizar que no existe límite numérico para la contratación como existía en la regulación anterior, de tal forma que no se trata de una contratación excepcional sino de una contratación abierta.

Una segunda interpretación consistiría en asumir que esta norma extiende una partida de nacimiento a todo tipo de contratación a tiempo parcial sin limitación horaria, es decir, que pueden celebrarse contratos por cualquier jornada inferior a la normal. No se trataría de una limitación al número de contratos sino una apertura al número de horas sin referencia a las cuatro horas, por ejemplo. Sin embargo,

dada la exigencia de cuatro horas en otras disposiciones para acceder a beneficios laborales es difícil aceptar esta interpretación.

2.2.- Formalidad del contrato a tiempo parcial.- La regla de formalidad se encuentra prevista en el artículo 4 antes citado y en el Decreto Supremo N° 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, según el cual:

> *Artículo 13°.- El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción.*

En este caso se exige una formalidad escrita para el contrato de carácter ad probationem es decir, que admite prueba en contrario. No se trata de una formalidad esencial (ad solemnitatem) como requisito de validez del acto.

La comunicación al Ministerio de Trabajo tiene fines exclusivos de registro y no de control de la legalidad de su contenido y efectos.

2.3.- Ausencia de definición del tiempo parcial – Como se desprende de la regulación actual, no hay una definición legal del contrato a tiempo parcial, lo que origina la existencia de un modelo abierto de contratación en el que se distinguen dos tipos de contratos a tiempo parcial: aquellos con jornada inferior a cuatro horas para los cuales existen normas de restricción a determinados beneficios laborales y aquellos con una jornada superior a cuatro horas pero inferior a la que se realiza a tiempo completo.

En tanto no existe regulación que establezca sus notas típicas, pero sí su incorporación en la legislación como figura contractual, la contratación a tiempo parcial queda sujeta al pacto individual y a los fundamentos doctrinales que deben ser aplicados de acuerdo al marco constitucional de la igualdad ante la ley y su expresión a través de la equiparación.

III. La regulación particular de los beneficios laborales en los trabajadores a tiempo parcial

3.1.- La regla de la equiparación con el trabajador a tiempo completo.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a todos los beneficios laborales, salvo que la norma que regula su percepción exija una jornada superior a cuatro horas diarias. Así lo precisó el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo:

Artículo 11°.- (...) los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor.

Aunque de carácter reglamentario y no legal, se recoge aquí la regla de la equiparación de beneficios con los trabajadores a jornada completa, introduciendo un requisito mínimo de número de horas que desnaturaliza tal equiparación como expresión del principio constitucional de igualdad ante la ley, no sólo en relación con los trabajadores a jornada completa - en tanto no existe una razón objetiva de diferenciación -, sino fundamentalmente en relación con otros trabajadores a tiempo parcial que podrían laborar en jornada superior a las cuatro horas diarias e inferior a la vigente en el centro de trabajo. Si bien puede sostenerse que la contratación en tiempo superior a cuatro horas diarias es escasa en la práctica empresarial como contrato a tiempo parcial se configuraría una distinción de acceso a beneficios que no se basa en una razón objetiva de diferenciación del trabajador en función de la jornada.

La aplicación del tiempo laborado (y no propiamente de cuatro horas) podría hacerse en aquellos supuestos en los que sea factible aplicar un criterio de proporcionalidad para la equiparación de derechos, es decir, se trata de los mismos beneficios pero en distinta cuantía. Ello, en el caso peruano, sólo podría realizarse respecto de la remuneración mínima vital y de las utilidades (que se abona en función de las horas), pero los otros beneficios se abonan en función de la remuneración percibida o de otras variables que no comparan el tiempo parcial y el completo y que, por tanto, afectarían el principio constitucional de igualdad en tanto no existe una razón objetiva de diferencia.

A nuestro entender, la regla de las cuatro horas no sustenta una diferenciación objetiva entre los trabajadores para tales beneficios y, por tanto, no representa una excepción concordante con las reglas constitucionales de igualdad, de equiparación o de proporcionalidad.

3.2.- La aplicación de la regla de la equiparación y proporcionalidad a los beneficios laborales .- Según la norma reglamentaria corresponderían al trabajador todos los beneficios laborales a excepción de aquellos para los que se exige un tiempo de cuatro horas. En tal sentido, corresponderían el pago de la asignación familiar, del seguro de vida, las gratificaciones legales y las utilidades, en tanto que la compensación por tiempo de servicios, las vacaciones y la protección contra el despido arbitrario exigen una labor de cuatro horas. En el caso de la remuneración mínima vital la regla es la de la proporcionalidad en función del tiempo trabajado

en jornada inferior a cuatro horas, mientras que para el caso de las utilidades se aplica la regla de la proporcionalidad en función de la jornada trabajada.

La regulación sobre asignación familiar de origen legal y el seguro de vida no contienen ninguna previsión en cuanto a la jornada parcial y, por tanto, se aplican al trabajador a tiempo parcial.

En el caso de las *gratificaciones*, el Decreto Supremo N° 005-2002-TR, reglamentario, señala expresamente en su artículo 1°:

"La Ley se aplica a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, entendiéndose por las modalidades de contrato de trabajo, referidos por el artículo 1° de la Ley a, a los contratos de trabajo a plazo indeterminado, a los contratos de trabajo sujetos a modalidad y ***de tiempo parcial****".*

Esta referencia es reiterativa en tanto que la regla general es la de extensión de derechos.

Para el caso de *utilidades,* el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 892 reconoce la regla de la proporcionalidad del beneficio.

"Tienen derecho a participar en las utilidades todos los trabajadores que hayan cumplido la jornada máxima de trabajo establecida en la empresa, sea a plazo indefinido o sujetos a cualquiera de las modalidades contempladas por el Título III del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 728.

Los trabajadores con jornada inferior a la máxima establecida, participarán en las utilidades en forma proporcional a la jornada trabajada*".*

Es decir, no sólo es aplicable el beneficio sino que la aplicación se realiza de modo proporcional al tiempo trabajado. Se advierte en este caso que la proporcionalidad supone la aplicación del beneficio como consecuencia de la equiparación.

Similar referencia debe hacerse respecto de la Remuneración Mínima Vital, que también se aplica de modo proporcional al tiempo laborado en tiempo inferior a cuatro horas. Al respecto, precisa el artículo 3° del Decreto Supremo N° 16 del 31.10.62 que si el trabajador labora *"menos de cuatro horas diarias, no podrá recibir sueldo o salario inferior al equivalente a la parte proporcional del mínimo establecido, tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada diaria normal de trabajo."*

3.3.- *Beneficios excluidos.*- Los trabajadores contratados a tiempo parcial no gozan beneficios laborales que, por ley expresa, exigen para su percepción del cumplimiento de una jornada inferior a cuatro horas diarias o que en promedio no exceda de 20 horas por semana.

Desde una perspectiva estrictamente normativa los trabajadores a tiempo parcial por menos de cuatro horas diarias no gozan de protección contra el despido arbitrario y no tienen derecho a la Compensación por Tiempo de Servicios ni al descanso vacacional.

3.3.1.- Compensación por tiempo de servicios.- El T.U.O. del Decreto Legislativo N° 650, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR señala en su artículo 4° que:

"Sólo están comprendidos en el beneficio de la compensación por tiempo de servicios los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas".

Se hace una exclusión del trabajador con jornada diaria inferior a cuatro horas, exclusión que viene de la regulación anterior y la propia Ley 4916. Sin embargo, no hay una razón que justifique la limitación salvo la tradición normativa, ya que podría abonarse el beneficio en función de la remuneración percibida por el trabajador de modo que no se le restrinja este acceso.

3.3.2.- Protección contra el despido arbitrario.- La LPCL dispone en su artículo 22° que:

"Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada".

En estricto, la protección contra el despido arbitrario contemplada en la ley no alcanza a los trabajadores contratados a tiempo parcial contratados en tiempo inferior a cuatro horas diarias. Sin embargo, no existe una razón de carácter objetivo para justificar la distinción entre los trabajadores puesto que lo que se sanciona en el despido arbitrario es la conducta antijurídica del empleador en la terminación del contrato, lo cual es independiente del número de horas que se labore. Lo contrario sería convalidar el despido incausado, y la ausencia total de protección para el trabajador a tiempo parcial en tanto que no tendría derecho ni a la indemnización ni a la reposición a través del despido nulo, ni a alguna prestación reparadora.

Esta regulación no guarda concordancia con el artículo 2, inciso 2, de la Constitución Política que acoge el principio de igualdad ante la ley, con el

artículo 27° según el cual "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario", pues en este caso no existiría ninguna protección sino una directa exclusión y con el artículo 23 sobre el derecho al empleo[21].

3.3.3.- Descanso vacacional.- El Decreto Legislativo N° 713 establece que para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo a la jornada ordinaria mínima de cuatro horas, lo que excluiría a las jornadas menores a aquella. El Reglamento señala que "tienen derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro (04) horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo". La anterior regulación debe complementarse con la Constitución Política (artículo 25) que reconoce el derecho de los trabajadores al descanso anual y con el Convenio N° 52 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a vacaciones anuales pagadas, ratificado por el Perú, que precisa en su artículo 2°.1, que " toda persona a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborales, por lo menos."

Ni la Constitución ni el Convenio excluyen a los trabajadores que laboran menos de cuatro horas y, por tanto, tendrían derecho al descanso vacacional.

IV. El anteproyecto de Ley General de Trabajo

El Anteproyecto ubica al contrato de trabajo a tiempo parcial en el Capítulo V relativo a los contratos de trabajo especiales, lo que refleja la asunción de una categoría distinta del régimen común. El rasgo distintivo de esta contratación es la jornada reducida y en virtud de este rasgo se propone una regulación especial, pero no se establece una diferencia sustancial con el régimen general del contrato de trabajo ni con los trabajadores a tiempo completo.

---

[21] Ello se ratifica con el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto a la interpretación del derecho al trabajo y el derecho a la protección contra el despido arbitrario. Sentencias de fecha 11 de julio 2002. Exp. 1124-2001-AA/TC (Lima) en la acción de amparo seguida por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú, su aclaratoria de fecha 16 de septiembre del 2002; y la sentencia de fecha 13 de marzo del 2003 (Exp. 976-2001-AA/TC - Huánuco) en la acción de amparo seguida por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.

A continuación se desarrollan unos breves comentarios siguiendo el orden del articulado.

1.- Definición

Artículo 29° *Definición*

Por el contrato a tiempo parcial el trabajador se obliga a prestar servicios durante un número de horas al día o a la semana inferior a la jornada ordinaria de trabajo vigente en el centro de trabajo o, en su defecto, a la jornada máxima establecida legalmente.

Por primera vez en la legislación peruana se acogería una definición del contrato de trabajo a tiempo parcial que en este caso tiene tres elementos:

1.1.- La unidad cronológica: la hora.- La propuesta restringe la contratación a tiempo parcial a un número de horas al día o a la semana y no acoge la posibilidad que el tiempo parcial pueda configurarse en función de un módulo diferente a la hora, como por ejemplo, uno o varios días a la semana. Adopta, pues, un modelo exclusivo de tiempo parcial horizontal dejando de lado el vertical, que daría margen mayor de aprovechamiento de las ventajas de esta figura para ambas partes.

1.2.- El módulo temporal de ubicación de la unidad cronológica: el día o la semana.- El segundo elemento se circunscribe a la ubicación de las horas en el día o a la semana. No cabe la posibilidad de que las horas se ubiquen en un período mayor al día o a la semana, como por ejemplo horas al mes o al bimestre.

1.3.- El módulo temporal de comparación: la jornada del centro de trabajo o la jornada máxima legal.- El referente comparativo es la jornada del centro de trabajo y sólo en defecto de ésta será la jornada máxima legal. En nuestra opinión, resulta innecesaria la referencia a la jornada máxima legal en tanto que la jornada del centro de trabajo debe ajustarse a la máxima legal. La redacción daría lugar a asumir que si hay varias jornadas en el centro de trabajo se aplicaría la máxima legal, lo cual no es correcto pues la comparación debe hacerse con el trabajador a tiempo completo en "situación comparable", expresión utilizada por el Convenio N° 175 de la OIT y que comprende otras situaciones como las que se originan cuando hay grupos de trabajadores con jornadas diferentes, situación no comprendida en el ALGT. La "situación comparable" permite realizar la comparación con el grupo de trabajadores que corresponde y no en general con la jornada del centro de trabajo.

La propuesta mantiene el esquema de jornada máxima legal de 8 horas diarias o 48 semanales contenido en el artículo 228 relativo a la duración máxima de la jornada, y en la Constitución Política en tanto que en el caso de jornadas atípicas el *"promedio de horas laboradas"* no puede superar el máximo legal precisando que el período completo para aplicar el promedio de horas laborales no puede exceder de seis (6) semanas. Un cambio en esta propuesta del tiempo parcial significa en el fondo una flexibilidad en el cómputo de la jornada de trabajo, de modo que el promedio de 8 horas diarias o 48 semanales pueda lograrse en períodos superiores a 6 semanas y que éstos sean de carácter general y no excepcional.

En suma, se trata de un concepto abierto en el que es posible comprender toda jornada inferior a la que realiza el trabajador a tiempo completo en situación comparable.

2.- Clases de contrato a tiempo parcial y formalidad

Artículo 30° *Duración y forma del contrato*

El contrato de trabajo a tiempo parcial puede celebrarse por tiempo indeterminado o por duración determinada, en los supuestos previstos por esta Ley para esta clase de contratación. Este contrato será celebrado necesariamente por escrito, y se registrará ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince (15) días siguientes a su suscripción.

Se incluyen aquí dos normas: la primera, relativa a las clases de contratos de acuerdo a su duración, siguiendo la regla general de contratación; la segunda, en relación con la exigencia de forma escrita y la comunicación a la Autoridad de Trabajo.

2.1.- Clases de contrato a tiempo parcial.- El ALGT clasifica al contrato en función a su duración, remitiéndolo a la regla general de los contratos laborales que distingue entre tiempo indeterminado y duración determinada. En este último caso la contratación se sujeta a requisitos formales (contrato escrito) y sustantivos (causa de temporalidad).

Esta referencia a la duración ratifica la consideración del contrato a tiempo parcial como figura autónoma y es este contrato el que puede tener una duración indefinida o a plazo fijo. Adviértase que no se trata entonces del supuesto inverso, es decir, de un contrato de duración indefinida o a plazo fijo que contenga una cláusula de reducción de jornada, lo cual se presta a confusión.

Al mismo tiempo, y como la estadística parece mostrar (Anexo 3), en el tiempo parcial por jornada inferior a cuatro horas diarias hay una marcada preferencia por la contratación a tiempo indeterminado sobre la contratación a plazo fijo.[22]

No obstante, el ALGT no acoge otras formas de contratación a tiempo parcial que se articulan con la política de empleo y que han tenido desarrollo en otras experiencias. Nos referimos al puesto de trabajo compartido[23] entre dos o más trabajadores que a su vez admite modalidades como: (i) trabajo compartido (job sharing) en el cual trabajadores a tiempo parcial de idéntica calificación *"se reparten las horas de un trabajo a tiempo completo y las responsabilidad del mismo"*.[24]; (ii) trabajo en pareja (job pairing), en el que cada trabajador es responsable de las tareas del puesto de trabajo que se comparte; y, (iii) trabajo partido (job splitting), en el que el reparto de trabajo se realiza para cada trabajador tomando en cuenta su especialidad y competencia y en el que un puesto de trabajo a tiempo completo se divide en dos puestos a tiempo parcial. [25]

Otra clasificación distingue además entre contratos a tiempo parcial en función de los horarios de trabajo y su adecuación a la empresa, en función del ciclo de vida para adaptar la contratación a las necesidades de la empresa y las preferencias de los trabajadores, por la duración de la jornada, por la duración del contrato y por el grado de voluntariedad del trabajador.[26]

2.2.- *Forma del contrato a tiempo parcial.*- El ALGT exige que el contrato se realice por escrito y que se registre ante la Autoridad de Trabajo dentro de los 15 días de su suscripción.

La obligatoriedad de forma escrita debe ser concordada con el artículo 14° del ALGT que señala lo siguiente:

---

[22] Ello se aprecia en el Anexo N° 3 en una proyección para Lima Metropolitana que no necesariamente se refiere a contrataciones de tiempo parcial de carácter formal y comunicadas al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

[23] SENISE BARRIO. Obra citada. Página 142 y siguientes.

[24] SENISE BARRIO. Obra citada. Página 143.

[25] Esta modalidad se regula en España a través de los contratos de relevo y la jubilación parcial, en el que uno de los trabajadores se está incorporando a la empresa y el otro se prepara para la jubilación, pero durante un tiempo previo a su cese presta servicios a tiempo parcial.

[26] Un recuento actualizado y con datos estadísticos en SENISE BARRIO. Obra citada. Página 142 y siguientes.

Forma del contrato

El contrato de trabajo se puede celebrar por escrito o verbalmente.

Se celebran por escrito los contratos de trabajo cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, los contratos de duración determinada, a tiempo parcial, a domicilio, de extranjeros y los formativos.

La omisión de la forma escrita, excluye al contrato de trabajo de las normas específicas aplicables a dichas modalidades.

En aplicación de esta disposición la ausencia de forma escrita en el contrato a tiempo parcial determinaría su exclusión del régimen del contrato a tiempo parcial y, en consecuencia, su consideración como un contrato a tiempo completo y de duración indefinida, características propias de la contratación común y no especial. Ello, a nuestro juicio, sólo se podría configurar respecto de la duración del contrato, pero no podría modificar el tiempo de trabajo con jornada inferior a la ordinaria. Es decir, el contrato debe seguir siendo un contrato a tiempo parcial, si se acredita en la práctica que tiene esta condición.

La omisión de la forma escrita no origina la nulidad ni la ineficacia del contrato, sino su consideración como un contrato común y no especial. En realidad, el contrato de trabajo tiene plenos efectos y no existe propiamente una exigencia de forma ad solemnitatem, que afecte la validez del contrato. Como bien lo dice el artículo 14 del ALGT, *"la omisión de la forma escrita excluye al contrato del trabajo,"* lo que supone su existencia como contrato, pero no su consideración como un contrato especial.

Aunque la sanción no sea la nulidad o invalidez del contrato, el ALGT se dirige a excluir al contrato de trabajo de normas específicas aplicables a dichas modalidades. Esta exclusión debe ser reputada ad probationem en tanto que de acreditarse en los hechos el tiempo parcial no podrá ser asimilado a un contrato por jornada completa, puesto que la exclusión de las normas específicas de la modalidad no puede modificar la naturaleza de las cosas.

Por ello, consideramos que la formalidad escrita es una exigencia ad probationem, es decir, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, que consiste precisamente en acreditar en los hechos la contratación bajo esta modalidad.

Una aplicación concordada de ambas disposiciones (artículo 14° y artículo 30°, segunda parte, del ALGT) lleva a concluir que la forma escrita no es un requisito de validez del contrato, ni del tiempo parcial. De no cumplirse con la forma escrita se genera la presunción de que el contrato es a jornada completa y de dura-

ción indefinida, presunción que admite prueba en contrario.

El registro del contrato no constituye un requisito de validez del mismo, pues tiene fines de información y de estadística. No obstante, puede generarse una infracción administrativa por este incumplimiento.

3.- Equiparación y seguridad social

Artículo 31° *Derechos de los trabajadores*

Los trabajadores contratados a tiempo parcial gozan de los derechos que la ley reconoce a los trabajadores contratados a tiempo completo, con excepción de aquellos para cuya percepción se exija laborar un número mínimo de horas.

Estos trabajadores tienen la condición de asegurados obligatorios en los sistemas de seguridad social, debiendo calcularse las aportaciones sobre la base de la remuneración efectivamente percibida en función del tiempo trabajado. Para determinar los períodos de aportación se computarán exclusivamente las horas trabajadas

Aquí se regulan dos normas: por un lado, la extensión de los derechos del trabajador a tiempo completo y, por otro lado, el régimen de seguridad social para el caso especial de estos trabajadores, pues su régimen por horas no coincide con las reglas del sistema de seguridad social que están diseñadas en función del trabajador con jornada completa.

3.1.- Equiparación de derechos y excepción. – Por primera vez, con rango legal, se acogería una regla de equiparación de derechos, que constituye una expresión del principio constitucional de igualdad. Debe destacarse que no se trata de la equiparación con los trabajadores en general sino con los trabajadores a tiempo completo. La regla general propuesta es la equiparación de derechos y la excepción - en la que no se aplica la equiparación - se presentaría en aquellos casos en los que para la percepción de los derechos se exija laborar un número mínimo de horas.

La equiparación comprende como regla general, los beneficios de carácter cuantitativo (económicos) y cualitativos, las condiciones de trabajo y de empleo y, en general, todas aquellas prestaciones a las que tiene derecho el trabajador a tiempo completo.

La excepción se produce en aquellos casos en los que se exige un número de horas para la percepción de los derechos. En estos casos la equiparación no puede producirse de modo directo sino que requiere de una proporcionalidad, es decir, de

una extensión especial en razón del número de horas, extensión que se aplica a los casos de beneficios económicos.

El ALGT exige un número de horas para la percepción de la remuneración mínima vital, al señalar que *"En caso de jornada inferior o de trabajo por horas, la remuneración mínima se abona en forma directamente proporcional al tiempo efectivo trabajado"*. Adviértase que en este caso se señala expresamente que se tendrá derecho al beneficio en forma proporcional, precisión que no realiza el artículo 31° del ALGT dando lugar a que pueda asumirse una línea de interpretación, según la cual no procede la equiparación cuando se exija un número mínimo de horas.

Es decir, la excepción de la equiparación no se dirige en estricto a aplicar la proporcionalidad, sino que aparece redactada como una regla de exclusión de beneficios. Sin embargo, en caso que no se establezca un número mínimo de horas en otras materias, se aplicaría la regla general de equiparación sin excepciones, lo cual podría llevar a situaciones extremas, como el reconocimiento de un beneficio íntegro para el trabajador a tiempo parcial que desnaturaliza la propia contratación a tiempo parcial. Ante este supuesto podría entenderse que la regla de proporcionalidad se desprende de la equiparación misma y, por tanto, sería aplicable sin necesidad de regla expresa.

Una precisión en la redacción de la norma sería aconsejable para establecer la regla de la proporcionalidad, y descartar la exclusión de derechos.

3.2.- La seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial.- Dejando de lado la discusión de la consideración del sistema privado de pensiones como parte de la seguridad social, es importante la propuesta del ALGT para establecer un mecanismo especial para los trabajadores a tiempo parcial, que se asienta en dos elementos:

(i) La remuneración asegurable se establece teniendo en cuenta el monto de la remuneración en función de las horas laboradas, lo que significa un reconocimiento de la característica especial de este tipo de contratación y un cambio en la exigencia de una remuneración mínima asegurable para este colectivo. Al respecto *"probablemente, la regla más relevante sobre la seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial es la que se refiere a la cotización, también parcial, en la medida en que, lógicamente, de ella se derivan las restantes particularidades, relativas a la base reguladora y a los períodos de carencia"*[27].

27GONZALEZ DEL REY RODRÍGUEZ, *Ignacio.* La Seguridad Social de los Trabajadores a Tiempo Parcial. *Tirant Lo Blanch. Valencia. 1998. Página 81.*

(ii) Que el cálculo de los períodos de aportación se realizará en función de las horas trabajadas y no del módulo temporal día, que podría dar lugar a perjuicios para el trabajador a tiempo parcial si el cálculo se realiza en días comprendiendo a las horas.

Esta regla debe ser objeto de un tratamiento especial en las normas de la seguridad social tanto en el Sistema Nacional de Pensiones para efectos de precisar la antigüedad del trabajador, como en las prestaciones de salud, en tanto que su aporte en términos cuantitativos no sería similar al del trabajador a tiempo completo. Ello también debe aplicarse al Sistema Privado de Pensiones y a las Entidades Prestadoras de Salud a fin de unificar el tratamiento.

Anexo 1

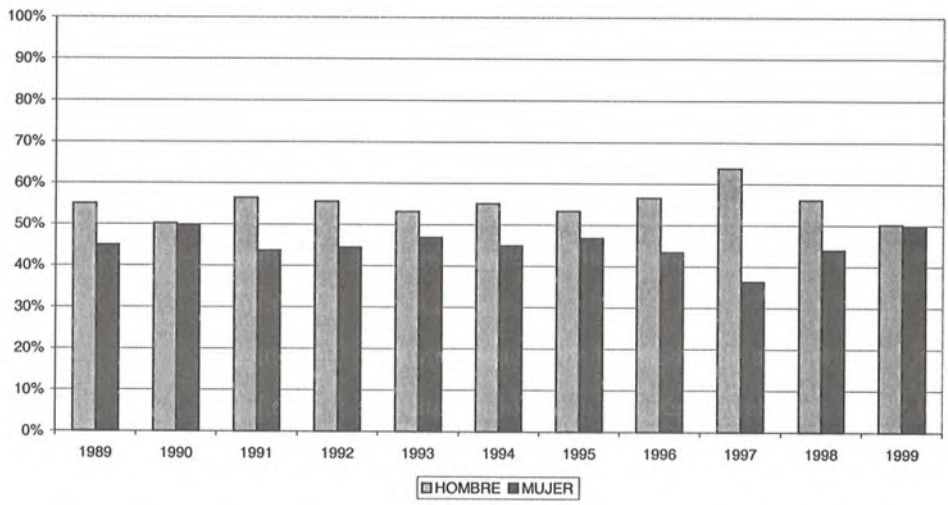
Lima Metropolitana: PEA ocupada asalariada que en promedio trabaja 4 horas o menos por sexo según diversas variables, 1989 a 1999

Año		Sexo Hombre	%	Total Mujer	%
1989	22983	**55.1%**	18761	**44.9%**	**41744**
1990	63141	**50.2%**	62580	**49.8%**	**125721**
1991	64790	**56.3%**	50197	**43.7%**	**114987**
1992	49564	**55.6%**	39653	**44.4%**	**89217**
1993	56872	**53.1%**	50157	**46.9%**	**107029**
1994	27238	**55.1%**	22197	**44.9%**	**49435**
1995	35524	**53.3%**	31146	**46.7%**	**66670**
1996	55917	**56.6%**	42903	**43.4%**	**98820**
1997	82161	**63.7%**	46809	**36.3%**	**128970**
1998	62827	**56.0%**	49277	**44.0%**	**112104**
1999	57374	**50.2%**	56868	**49.8%**	**114242**

Fuente: Convenio MTPE - INEI. Encuesta Nacional de Hogares.
Investigación del autor en curso.

Anexo 2

Evolución de la contratación inferior a 4 horas en Lima Metropolitana por sexo. 1989 a 1999.



Fuente: Convenio MTPE - INEI. Encuesta Nacional de Hogares.

Elaboración propia.

Lima Metropolitana: PEA ocupada asalariada que en promedio trabaja 4 horas o menos por sexo según diversas variables. 1989 a 1999.

Año	Modalidad de contratación	Sexo				Total	%
		Hombre	%	Mujer	%		
1989	Indefinido o permanente	6268	64%	3474	36%	9742	30%
	Plazo fijo o temporal	12535	56%	9728	44%	22263	70%
1990	Indefinido o permanente	23449	58%	17107	42%	40556	91%
	Plazo fijo o temporal	522	13%	3620	87%	4142	9%
1991	Indefinido o permanente	17272	67%	8588	33%	25860	82%
	Plazo fijo o temporal	2524	44%	3206	56%	5730	18%
1992	Indefinido o permanente	14677	65%	8036	35%	22713	69%
	Plazo fijo o temporal	4248	42%	5817	58%	10065	31%
1993	Indefinido o permanente	14581	56%	11326	44%	25907	80%
	Plazo fijo o temporal	3248	50%	3212	50%	6460	20%
1994	Indefinido o permanente	2138	32%	4616	68%	6754	49%
	Plazo fijo o temporal	4881	70%	2077	30%	6958	51%
1995	Indefinido o permanente	2734	44%	3429	56%	6163	49%
	Plazo fijo o temporal	3783	59%	2591	41%	6374	51%
1996	Indefinido o permanente	16310	49%	16752	51%	33062	50%
	Plazo fijo o temporal	17760	54%	14880	46%	32640	50%
1997	Indefinido o permanente	24102	72%	9259	28%	33361	59%
	Plazo fijo o temporal	13860	61%	8862	39%	22722	41%
1998	Indefinido o permanente	24458	68%	11732	32%	36190	73%
	Plazo fijo o temporal	8074	61%	5231	39%	13305	27%
1999	Indefinido o permanente	15758	48%	17351	52%	33109	76%
	Plazo fijo o temporal	5357	52%	4940	48%	10297	24%

Fuente: Convenio TPE - INEI. Encuesta Nacional de Hogares. Elaboración Propia

ANEXO 4

Cuadro comparativo sobre materias del contrato a tiempo parcial: Regulación actual y Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Materia	Regulación Actual	Anteproyecto LGT
Definición	No se define.	Artículo 29°. Por el contrato de trabajo a tiempo parcial el trabajador se obliga a prestar servicios durante un número de horas al día o a la semana inferior a la jornada ordinaria de trabajo vigente en el centro de trabajo o, en su defecto, a la jornada máxima establecida legalmente.
Duración No se precisa.	Se aplicaría la regulación común para el trabajador a tiempo completo, que distingue entre Contratos de Duración Indefinida y Contratos Sujetos a Modalidad.	Artículo 30°. (primer párrafo) El contrato de trabajo a tiempo parcial puede celebrarse por tiempo indeterminado o por duración determinada, en los supuestos previstos por esta Ley para esta clase de contratación.
Forma	Reglamento. Ley de Fomento del Empleo. Artículo 13°. El contrato de tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción.	Artículo 30°. (segundo párrafo) Este contrato será celebrado necesariamente por escrito, y se registrará ante la autoridad administrativa de trabajo dentro de los (15) días siguientes a su suscripción.
Equiparación	Reglamento. Ley de Fomento del Empleo. Artículo 11°. Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor. Artículo 12°. Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.	Artículo 31°. (primer párrafo) Los trabajadores contratados a tiempo parcial gozan de los derechos que la ley reconoce a los trabajadores contratados a tiempo completo, con excepción de aquellos para cuya percepción se exija laborar un número mínimo de horas.

Materia	Regulación Actual	Anteproyecto LGT
Seguridad Social	*Sistema Privado de Pensiones.* Artículo 38° del Reglamento. Los trabajadores que desempeñen sus labores en el país, cualquiera sea la naturaleza del trabajo que desarrolle. *Decreto Supremo N° 179-91-PCM del 07.12.91* Artículo 2°. La remuneración mínima asegurable mensual sobre la que se pagará las aportaciones por cada empleado para el Sistema Nacional de Pensiones del Decreto Ley N° 19990 y para el Régimen de Prestaciones de Salud del Decreto Ley N° 22482, no podrá ser inferior a la remuneración mínima que por disposición legal debe percibir el trabajador por la labor efectuada dentro de la jornada máxima legal o contractual. Cuando no se realice la jornada máxima legal o no se trabaje la totalidad de días de la semana o del mes, la aportación se calculará sobre lo realmente percibido, siempre que se mantenga la proporcionalidad con la remuneración mínima con la que debe retribuirse a un trabajador, conforme a las normas legales sobre el particular.	Artículo 31°. (segundo párrafo) Estos trabajadores tienen la condición de asegurados obligatorios en los sistemas de seguridad social, debiendo calcularse las aportaciones respectivas sobre la base de la remuneración efectivamente percibida en función del tiempo trabajador. Para determinar los períodos de aportación se computarán exclusivamente las horas trabajadas.
Compensación por Tiempo de Servicios	*TUO Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.* Artículo 4°. Sólo están comprendidos en el beneficio de la compensación por tiempo de servicios los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas.	No se establece exigencia. Correspondería el beneficio en función de la remuneración percibida.
Protección contra el despido arbitrario	*Ley de Productividad y Competitividad Laboral.* Artículo 22°. Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas diarias, señalado en el Artículo 4 de la Ley, en los	No hay referencia. Correspondería el pago del beneficio en función al monto de la remuneración.

Materia	Regulación Actual	Anteproyecto LGT
	casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias. Si la jornada semanal es inferior a cinco (5) días, el requisito a que se refiere el párrafo anterior se considerará cumplido cuando el trabajador labore veinte (20) horas a la semana, como mínimo.	
Vacaciones	Convenio 52 de la OIT. Vacaciones anuales pagadas. Artículo 2°. 1. Toda persona a la que se aplique el presente Convenio, tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos. Decreto Legislativo 713. Ley de Descansos Remunerados. Artículo 12°. Para efectos de récord vacacional se considera como días efectivos del trabajo los siguientes: a) La jornada ordinaria mínima de cuatro horas. b) La jornada cumplida en día de descanso cualquiera que sea el número de horas laborado. Artículo 11°. Reglamento Ley de Descansos Remunerados. Tiene derecho a descanso vacacional el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro (04) horas, siempre que haya cumplido dentro del año de servicios, el récord previsto en el Artículo 10° del Decreto Legislativo.	No se precisa. Correspondería el beneficio sin requisito de tiempo superior a cuatro (4) horas.
Gratificaciones	*Reglamento de la ley 27735. Decreto Supremo N° 005-2002-TR.* Artículo 1°. Ámbito de aplicación. La ley se aplica a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, entendiéndose por las modalida-	No se hace referencia. Corresponde el beneficio.

Materia	Regulación Actual	Anteproyecto LGT
	des de contrato de trabajo referidos por el artículo 1° de la ley, a los contratos de trabajo a plazo indeterminado, los contratos de trabajo sujetos a modalidad y de tiempo parcial. También tienen derecho los socios – trabajadores de las cooperativas de trabajadores.	
Asignación familiar legal	No se precisa. Correspondería al beneficio a razón del 10% de la Remuneración Mínima Vital.	Artículo 179°. (segundo párrafo) El monto de la asignación familiar es equivalente a diez por ciento (10%) de la remuneración mínima vital. Para quien percibe menos de la remuneración mínima vital por no trabajar en jornada ordinaria completa, la asignación es equivalente a diez por ciento (10%) de su remuneración.
Utilidades	*Decreto Legislativo N° 892.* Artículo 5°. Tienen derecho a participar en las utilidades todos los trabajadores que hayan cumplido la jornada máxima de trabajo establecida en la empresa, sea plazo indefinido o sujetos a cualquiera de las modalidades contempladas por el título 3 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728. Los trabajadores con jornada inferior a la máxima establecida, participarán en las utilidades en forma proporcional a la jornada trabajada. *Decreto Supremo N° 009-98-TR. Reglamento Ley de Utilidades.* Artículo 2°. (tercer párrafo) Para estos efectos se consideran trabajadores a aquellos que hubieran sido contratados directamente por la empresa, ya sea mediante contrato por tiempo indeterminado, sujeto a modalidad o a tiempo parcial. Artículo 4°. (segunda parte) Tratándose de trabajadores que laboran a tiempo parcial, se sumará el número de horas laboradas de acuerdo a su jornada, hasta completar la jornada ordinaria de la empresa.	Se hace referencia al cómputo por horas. Artículo 203°. La participación en utilidades se distribuye en la forma siguiente: 1. Cincuenta por ciento (50%) en proporción al número total de horas trabajadas de manera real y efectiva en el respectivo ejercicio; y, 2. Cincuenta por ciento (50%) en proporción a las remuneraciones individuales.

Materia	Regulación Actual	Anteproyecto LGT
Remuneración mínima vital	*Decreto Supremo N° 16 del 31.10.62* Artículo 3°. Gozan del total del sueldo o salario mínimo los trabajadores que laboran una jornada normal entendiéndose como tal la jornada máxima legal o contractual. Cuando por la naturaleza del trabajo o por convenio, el servidor labore menos de cuatro horas diarias, no podrá percibir sueldo o salario inferior al equivalente de la parte proporcional del mínimo establecido, tomándose como base para este cálculo el correspondiente a la jornada diaria normal de trabajo.	Artículo 172°. Remuneración vital es la cantidad menor fijada con arreglo a ley a que tiene derecho todo trabajador que labora una jornada ordinaria de trabajo completa. Se entiende por tal la que se cumple usualmente en la empresa o centro de trabajo. En caso de jornada inferior o de trabajo por horas, la remuneración mínima se abona en forma directamente proporcional al tiempo efectivo trabajado. Cuando la remuneración es variable, debe garantizarse una cuantía no inferior a la remuneración mínima vital, en una jornada ordinaria de trabajo.
Derechos Colectivos	Sin referencias. No tienen limitación respecto al tiempo trabajado.	Sin referencias. No tienen limitación en función al tiempo de trabajo.

La extinción de la relación de trabajo en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Carlos Blancas Bustamante
Profesor Principal de la Facultad de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica.
Ex Ministro de Trabajo y Promoción
Social y de Justicia.

En el presente artículo abordo el tema relativo a la extinción de la relación laboral en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (ALGT), centrándome, en razón a los estrictos límites de espacio establecidos, únicamente en el despido, que, sin duda, alguna, es la causa más relevante y polémica de extinción y en cuyo tratamiento reside uno de los mejores aportes y de las mayores novedades del ALGT.

I. El despido como causa de extinción de la relación laboral

La enunciación de las causas de extinción de la relación de trabajo en el ALGT no difiere de la contenida en el artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), salvo por algunas opciones terminológicas, a no ser por la adopción de un criterio sustancialmente distinto en cuanto se refiere a la catalogación del despido como una de dichas causas.

En efecto, a diferencia de la LPCL, que distingue entre "el despido (art.16°, g) y la "terminación de la relación laboral por causa objetiva" (art.16°, h), como dos causas diferentes (por su ámbito subjetivo y objetivo), el ALGT reconduce ambas formas de extinción de la relación laboral por "iniciativa del empleador" hacia una concepción unitaria del despido, que comprende no sólo – como tradicionalmente se ha hecho- el despido "individual" sino, asimismo, el "despido colectivo", basado, como más adelante lo expresa el ALGT, en las "necesidades de funcionamiento de la empresa".

Al adoptar esta opción, el ALGT recoge una moderna, y más coherente noción del despido que lo caracteriza no en función a la naturaleza de la causa que lo

motiva o al número de trabajadores que comprende, sino en razón a la voluntad determinante de la extinción, esto es, siguiendo la terminología del Convenio 158 OIT, al hecho de que ésta se produce por "iniciativa del empleador". En este sentido, el despido puede ser, por su ámbito subjetivo, individual o colectivo y, por su ámbito objetivo (causas), fundado en la incapacidad del trabajador, o disciplinario (por falta grave de éste), o en causas objetivas, de índole económico u otras semejantes, pero el común denominador de todas estas extinciones será la decisión del empleador, toda vez que ninguna de dichas causas extingue, de modo imperativo y automático la relación laboral, sin que medie la manifestación de voluntad del empleador.

II. Causas justas de despido

El ALGT, establece de modo categórico (art. 122°) el principio de causalidad del despido al señalar que sólo puede despedirse a un trabajador cuando exista causa justificada establecida por la ley. De esta fórmula se deduce, asimismo, la reafirmación de otro principio, ya establecido de antiguo en nuestro ordenamiento laboral, como es el de "tipicidad", es decir la exigencia de que la causa justa sea señalada por la ley y no quede al arbitrio del empleador o del juez.

Obedeciendo el criterio unificador del despido, antes mencionado, el mismo precepto indica que la causa justificada debe estar relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa, fórmula ésta que abarca todos los supuestos en que la voluntad del empleador opera como elemento determinante de la extinción del vínculo laboral.

III. El despido individual

1. Por causas relativas a la capacidad del trabajador

En esta materia, no se modifica el elenco de supuestos en que procede el despido por causas relativas a la capacidad laboral del trabajador, limitándose, no obstante, a precisar mejor aquellos comprendidos en los actuales incisos a) y b) del artículo 23° LPCL. En efecto:

1) Respecto a la ineptitud sobreviniente, determinante para el desempeño de sus tareas, se precisa: i) que no se podrá invocar esta causa con posterioridad al

período de prueba si la ineptitud existió antes que este se cumpliera, es decir si se manifestó y fue conocida en este período, en el cual el empleador goza de amplia libertad para cesar al trabajador, lo que en otros términos significa que la ineptitud debe sobrevenir después de vencido el período de prueba, y ii) cuando el trabajador sea asignado para desempeñar funciones distintas a las habituales.

2) La imputación de la causa de rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, reconoce una excepción, referida al caso en que se aplique nueva tecnología o se introduzcan modificaciones en el puesto de trabajo, condicionada, a su vez, por dos factores: i) que hayan transcurrido no menos de tres meses desde que se produjeron dichos cambios en la labor del trabajador, y ii) que en dicho período el empleador haya proporcionado al trabajador capacitación adecuada para el desempeño de la actividad que realiza.

   Se persigue, de esta manera, dar al trabajador la oportunidad de capacitarse y adquirir destrezas en su labor, cuando esta experimenta cambios sustanciales, pues sería irrazonable imputarle rendimiento deficiente en una labor cualitativamente diferente a la que realizaba, sin, previamente, brindarle la preparación y el tiempo necesario para adecuarse a ella.

3) Respecto a la causa prevista en el inciso c) del art. 23° LPCL, la única variante consiste en agregar una mención a la "autoridad de salud" como posible fuente de las medidas profilácticas o curativas que debe cumplir el trabajador.

2. Por causas relativas a la conducta del trabajador

En términos generales, se puede afirmar que la tipificación de las faltas graves del trabajador, justificativas de su despido, no sufre cambios significativos respecto a la contenida en el artículo 25° LPCL, aunque, como veremos, hay algunas supresiones, adiciones y modificaciones en la tipificación de ciertas faltas.

a) Destaca, en primer lugar, la supresión de la definición de falta grave que hoy figura en el párrafo inicial del artículo 25°, porque en un sistema que tipifica las faltas graves, resulta innecesaria una definición abstracta de ésta, que sólo es funcional en un sistema que deja al arbitrio del juez decidir si una conducta concreta del trabajador constituye o no falta grave. Mantener una noción abstracta de la falta, sería equivalente a incluir en el código penal una definición

general del delito, no obstante que este tipifica, concretamente, cada conducta considerada delito.[1]

b) En cuanto al incumplimiento injustificado de las obligaciones, se suprime el supuesto de hecho referente a la "paralización intempestiva de labores", que es materia que por vincularse al ejercicio del derecho de huelga debe regularse en la parte relativa a ésta[2]; y, al referirse a la inobservancia del reglamento de seguridad e higiene, se elimina la palabra "industrial", pues estos reglamentos existen en diferentes sectores.

c) Al regular la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento, se agrega la exigencia de que el informe que demuestra la falta debe ser puesto en conocimiento del trabajador con la carta de imputación de cargos, con el objeto de garantizar su derecho de defensa.

d) En lo referente a los actos de violencia, grave indisciplina y faltamiento de palabra, se precisa que en el caso de los representantes de los trabajadores que suscriban opiniones y pronunciamientos de las organizaciones sindicales, esta falta sólo podrá imputárseles cuando, previamente, se haya dictado sentencia firme que los condene por el delito de injuria o difamación en agravio del empleador o sus representantes. Esta adición persigue garantizar la libertad sindical, al proteger a los dirigentes sindicales frente a la represalia motivada por las declaraciones de los sindicatos, salvo cuando, un pronunciamiento judicial firme, haya establecido que tales declaraciones tienen un contenido delictivo.

e) Se tipifica como falta grave el acoso sexual, tanto en su modalidad de chantaje, es decir cuando el acosador se vale de la autoridad que ejerce sobre la víctima, cuanto en su modalidad de hostigamiento, en caso que el acosador tenga una situación de igualdad jerárquica con la persona afectada.

3. Derecho de defensa

El ALGT conserva el procedimiento previo de imputación de cargos y defensa del trabajador, variando, en el supuesto de falta grave, el plazo para el descargo de

---

[1] El artículo 11° del Código Penal señala que "Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley".

[2] La huelga "atípica" se regula en el artículo 387° del ALGT.

seis días naturales a cinco días hábiles y admitiendo la exoneración de este procedimiento únicamente cuando la naturaleza de la falta imputada haga irrazonable otorgar dicho plazo, en reemplazo del criterio de flagrancia actualmente aplicable.

Una innovación relevante, vinculada a la tutela de la libertad sindical, es la que establece que de tratarse de un dirigente sindical el empleador debe notificar, además, a la organización sindical y concederle, sin perjuicio del descargo del trabajador, una audiencia, con asistencia del interesado. Se pretende, como es obvio, reforzar los mecanismos de defensa del representante sindical y otorgar en ella participación al ente sindical.

4. La impugnación del despido injustificado

La impugnación del despido injustificado, por no acreditarse, en juicio, la causa justificada invocada por el empleador, se concreta en la interposición por el trabajador de la acción indemnizatoria, pues el ALGT mantiene la idea de dispensar, únicamente, una tutela resarcitoria, en el supuesto del despido injustificado. No se produce, en otras palabras, el temido paso o, cuando menos, apertura, hacia una tutela restitutoria, que supondría restablecer la reposición como medida reparadora del despido, sea con carácter obligatorio o como opción del trabajador, configurando un régimen de estabilidad laboral absoluta.

En esta materia, el cambio que trae el ALGT, se produce en la estructura de la indemnización, la cual se modifica con el propósito de reducir el carácter fuertemente regresivo de la actual escala indemnizatoria, que, en buena cuenta, sólo compensa los primeros 8 años de trabajo (a razón de sueldo y medio por año, con el tope de 12 sueldos), degradándose conforme la antigüedad del trabajador es mayor.[3] Con ese propósito, esta escala se conserva pero sólo para los primeros 8 años de antigüedad, agregándose un segundo tramo de otros 8 años que se compensan a razón de 1 sueldo por año y, finalmente, un tercer tramo, en que la indemnización se reduce a medio sueldo por año.

El efecto es que se compensa un período de servicios mayor, que en el supuesto más extenso, es decir 24 años, otorga al trabajador una indemnización de 24 remuneraciones, en lugar de los 12 que hoy percibiría, equivalente, a media remuneración por año. Para facilitar la aplicación de la indemnización está será calculada en días y no por remuneraciones mensuales.

---

[3] Así, por ejemplo, para un trabajador con 12 años de servicios la indemnización es equivalente a 1 sueldo por año y para un trabajador que laboró 24 años equivale a medio sueldo por año.

IV. El despido nulo

1. La noción del despido nulo

Esta figura experimenta un cambio trascendente en el ALGT, al reemplazarse el criterio restrictivo o mutilado del despido nulo, que lo circunscribe a un reducido número de supuestos de hecho o "motivos de nulidad" relativos a la vulneración de los derechos constitucionales a la libertad sindical, la interdicción de la discriminación y la tutela judicial efectiva, por un concepto amplio o integral del mismo, en virtud del cual la nulidad recae sobre todo despido que agravia los derechos fundamentales del trabajador. De este modo, cualquier lesión a los derechos fundamentales, laborales o inespecíficos, del trabajador, dará lugar a la nulidad del despido.

Esta concepción es coincidente con la que se ha plasmado en el artículo 27° del Proyecto de Reforma de la Constitución que señala, en su párrafo final, *"Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución"*.

De todas maneras, pero únicamente para enfatizar la especial relevancia que en la relación laboral tienen algunos de estos derechos, el ALGT, mantiene, con carácter enunciativo, una breve enumeración de motivos de nulidad del despido, similar a la actual, a la que, se agregan dos supuestos: a) impedir al trabajador ejercer su defensa en el procedimiento previo, y b) el fraude a la ley, en el caso del despido colectivo no autorizado o producido de hecho por no reanudarse las labores de la empresa al concluir el plazo de suspensión o tras haberlo ordenado la autoridad de trabajo y, finalmente, cuando el despido colectivo se produce mediante la modalidad de despidos individuales o plurales para despedir en un plazo de 12 meses a un número de trabajadores superior al diez por ciento, evadiendo el procedimiento establecido para el despido colectivo.

2. Impugnación del despido nulo

a) La impugnación es expresa, de modo que el trabajador deberá demandar específicamente la nulidad del despido, para que el juez pueda pronunciarse al respecto. Se mantiene, de esta forma, la especificidad de una vía procesal para la nulidad del despido, distinta a la acción indemnizatoria dirigida a impugnar su carácter injustificado. A diferencia de ésta última, en la acción de nulidad el onus probandi recae sobre el trabajador, ya que en este proceso no hay inversión de la carga de la prueba, salvo cuando el motivo de nulidad invocado por el demandante sea la vulneración de la libertad sindical o el

estado de embarazo de la mujer, en los que, por excepción, se presume, *iuris tantum*, el carácter constitucionalmente lesivo del despido y, por consiguiente, se invierte la carga de la prueba, debiendo al empleador acreditar la existencia de una causa justificada que descarte la presencia de un motivo ilícito en el despido.

b) Otro aspecto importante es la superación del esquema rígido y excluyente que actualmente conlleva la acción de nulidad, según el cual se impide al Juez calificar el despido en caso de no acreditarse su nulidad, al facultarlo para que, no obstante, pueda declarar el despido como injustificado y otorgar la indemnización, cuando, tampoco, el empleador que invocó una falta grave demuestre la existencia de ésta.

c) EL ALGT precisa los efectos restitutorios de la sentencia que declara nulo el despido:

- En primer lugar, como cuestión fundamental, la reposición del trabajador, pues en caso de nulidad del despido sólo corresponde otorgar la tutela restitutoria. La reposición tendrá lugar en el puesto que ocupaba al cesar, salvo imposibilidad material, que debe acreditarse ante el juez, en cuyo caso deberá ocupar otro puesto similar y de categoría no inferior, y, en cualquier caso, con reconocimiento del nivel remunerativo que tenía al cesar, incluyendo los aumentos otorgados y las condiciones de trabajo del puesto.
- El pago de las remuneraciones devengadas, hasta su reposición efectiva.
- El depósito de la compensación por tiempo de servicios devengada, con sus intereses.
- El reconocimiento del tiempo de servicios no laborado para todos sus efectos, excepto el récord vacacional.

3. Medidas cautelares en relación al despido nulo

Se rodea al despido nulo de medidas cautelares como las siguientes:

a) La suspensión del despido, que, a solicitud del trabajador el juez concederá, ordenando su reincorporación provisional, cuando aquel aporte indicios suficientes de la existencia de un motivo de nulidad, o la solicite luego de obtener sentencia de primera instancia favorable, aunque ésta sea impugnada.

b) La asignación económica provisional, cuyo pago no procede si el despido se suspende y el trabajador se reincorpora provisionalmente a la empresa.

V. Despido indirecto o por hostilidad del empleador

En esta clase de despido, se mantiene el esquema tradicional pero se amplían los supuestos de hostilidad del empleador, a los siguientes casos:

1) La vulneración de las garantías que establece el ALGT en los supuestos de traslado, destaque o desplazamiento del trabajador a otro puesto o centro de trabajo, materia ésta que es cuidadosamente tratada en los artículos 104° a 107°.
2) La discriminación por participar en actividades sindicales o políticas, que constituyen supuestos muy frecuentes de trato desigual, eliminados como causas de hostilidad en las reformas desreguladoras de la década del 90.
3) El acoso sexual, ya sea cometido por el empleador, sus representantes o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, o el cometido por cualquier trabajador equiparado jerárquicamente a la víctima, siempre, en este caso, que el empleador no hubiere adoptado medidas oportunas y adecuadas para impedirlo. La responsabilidad del empleador, en este supuesto, deriva del hecho de haber tolerado lo que se denomina "acoso sexual ambiental".
4) Disponer o aplicar controles o registros sobre la persona del trabajador que resulten lesivos a la dignidad o intimidad de este, en armonía con las normas del ALGT relativas a la protección de la dignidad e intimidad del trabajador.
5) En general, el incumplimiento deliberado y reiterado por el empleador de sus obligaciones legales y convencionales, pues tales incumplimientos lesionan la buena fe de las partes contratantes.

La acción contra el acto de hostilidad, se sustancia bajo el mismo sistema actual, es decir, mediante la opción entre la demanda de cese de hostilidad, sin ruptura del contrato de trabajo, y la acción indemnizatoria, previa terminación de la relación laboral.

VI. El despido por necesidades de funcionamiento de la empresa

En esta materia, los cambios que introduce el ALGT son significativos, pues, como antes se dijo, el tradicional cese colectivo o reducción de personal se reconduce hacia la figura de esta clase de despido determinado por la naturaleza de sus causas y no necesariamente por la cantidad de trabajadores afectados por él.

1. Las causas

Estas se enumeran como: i) las de carácter económico, técnico o estructural, ii) el caso fortuito y la fuerza mayor, iii) la reestructuración patrimonial, iv) la disolución de la empresa por insolvencia y v) la quiebra y la disolución y liquidación voluntaria o por mandato judicial.

Con todo, como es sabido, las de mayor relevancia en la vida de las empresas, son las primeras, esto es las económicas, técnicas o estructurales.

Con afán pedagógico el ALGT introduce ciertas nociones acerca del contenido de cada tipo de causa, precisando, como criterio rector, que la legitimidad del despido está condicionada a su "necesidad" para mantener la viabilidad de la empresa y su competitividad en el mercado, es decir cuando de no adoptarse esta medida se vería comprometido su futuro o no podría superarse una situación adversa presente.

2. Clases de despido

Quizás la mayor innovación en esta materia reside en la diferenciación entre el despido colectivo, que es la noción tradicionalmente asociada al despido fundado en este tipo de causas, y el despido individualizado.

a) El despido colectivo

Este despido tiene varias manifestaciones en función al tipo de causa de que se trate. Cuando esta es la de carácter económico, técnico o estructural, así como el caso fortuito y la fuerza mayor, el despido colectivo se sujeta a un procedimiento especial siempre que afecte a cinco trabajadores en empresas con hasta 50 trabajadores, o al diez por ciento en empresas entre 50 y 500 trabajadores o a más de 50 en empresas con más de 500 trabajadores. Si el despido comprende, cuando menos, a este número de trabajadores se configura como un despido autorizado, que para su materialización requiere la aprobación de la autoridad de trabajo, salvo que, en el curso del procedimiento, empleador y sindicato celebren sobre esta materia específica un convenio colectivo.

Se introducen al procedimiento administrativo para el despido colectivo cambios importantes, uno de los cuales consiste en suprimir la figura del silencio positivo que, en el procedimiento actual, desnaturaliza el carácter para-jurisdiccional del mismo, al otorgar una ventaja indebida a la parte empleadora, con evidente vulneración del principio de igualdad procesal de las partes.

En los supuestos de disolución y liquidación voluntaria o por mandato judicial, así como por insolvencia o quiebra y en la reestructuración patrimonial, se obvia este procedimiento, que se sustituye por un plazo de preaviso.

b) El despido individualizado

Despido individualizado es el que afecta a un trabajador o a varios, siempre que el número de estos no exceda el umbral legal a partir del cual debe considerarse un despido colectivo. En este supuesto la decisión extintiva del empleador no requiere una autorización previa de la autoridad de trabajo ni de un acuerdo con el sindicato o los trabajadores afectados, pudiendo ejecutarse en forma unilateral, directa e inmediata, lo que no obvia la exigencia formal de comunicación escrita y señalamiento de la causa del despido. Este despido sólo procede cuando las causas del mismo sean de índole económico, técnico o estructural o cuando medie el caso fortuito o la fuerza mayor.

De este modo, se reconduce la figura del despido individual por motivos económicos o, en general, de aquel vinculado a las necesidades de funcionamiento de la empresa, del campo del despido arbitrario (por incausado) indemnizado, conforme al artículo 34° LPCL,[4] al campo del despido causal, reconociendo su legitimidad, siempre que la existencia que le sirve de fundamento sea real y pueda demostrarse.

Y es que, en contrapartida, al reconocimiento al empleador de una facultad de despido directa e inmediata, el ALGT, somete dicha decisión –como en cualquier otro despido individual– al control judicial que tendrá lugar ante la impugnación del despido por el trabajador y cuyo objeto será establecer si la causa invocada tiene una existencia real y suficiente para justificar la extinción de la relación laboral.

3. El pago de indemnización

Un rasgo relevante del sistema propuesto para los despidos por motivos económicos y similares, consiste en el pago de una indemnización, sean colectivos o

[4] Este artículo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha sido inaplicado y declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de Julio de 2002, Expediente N° 1124-2001-AA/TC, habiéndose reiterado este criterio en la Sentencia TC del 13 de Marzo del 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC, por lo que la realización de despidos al amparo de esta norma ha quedado, virtualmente, impedida.

individualizados, salvo cuando las causas de éstos sean la reestructuración patrimonial y la disolución por insolvencia o quiebra. La indemnización se abona con arreglo a una escala propia, de estructura similar a la que corresponde al despido injustificado pero cuyo monto es un tercio menor a ésta.[5] El fundamento es que si bien en esta clase de despido no existe un incumplimiento del empleador, por tratarse de causas objetivas, tampoco existe responsabilidad imputable al trabajador, sea relativa a su capacidad o a su conducta, que es el supuesto en que se le niega dicha compensación. Como excepción, el ALGT admite, que el empleador pueda reducir hasta el 50% la indemnización, si alega grave desmedro económico.

Ahora bien, si el empleador incumple con abonar la indemnización al cese del trabajador, o no demuestra en juicio el grave desmedro alegado para reducirla a la mitad o la existencia de la causa invocada en caso de despido individualizado, el despido resulta equiparado al despido injustificado y el juez ordenará que el empleador pague la indemnización que corresponde a éste, con deducción de las sumas que hubiere cancelado. No obstante, el despido también puede ser declarado nulo si concurre algún supuesto de lesión a los derechos fundamentales. Con estas previsiones, se evita que el empleador recurra, artificialmente, al despido económico para abaratar el costo del despido.

[5] Equivale a 30 días por año por los primeros 8 años, 20 días por año por los segundos ocho años y 10 días por año por el trama final de 8 años adicionales..

El despido arbitrario en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo y en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

Víctor Ferro Delgado
Profesor Principal de Derecho del Trabajo
de la Facultad de Derecho de la Pontificia
Universidad Católica del Perú

I. Introducción

La estabilidad laboral es, incontrovertiblemente, el derecho más polémico en nuestro ordenamiento laboral. Desde su instauración en 1970 por el gobierno militar de ese entonces, y hasta el presente, no ha dejado de provocar encendidas polémicas sobre sus ventajas y desventajas, sus alcances y sus efectos. Para los sectores empresariales, es cuestionable cualquier restricción en su prerrogativa de cesar en el empleo a quien se juzgue necesario, por estimarse que constituye una seria afectación al poder directivo del patrono, mientras que un mandato judicial de reposición es percibido como una vulneración a su capacidad de conducir el centro de trabajo en la forma que resulte más conveniente para la consecución de sus metas productivas. Para los sectores laborales optar entre reposición o indemnización ante el despido sin justa causa debe quedar librado a la decisión del trabajador, habida cuenta que el mercado sólo ofrece remotas posibilidades de obtener otro empleo.

Así, después de 33 años en que la estabilidad laboral pasó a formar parte de nuestro ordenamiento legal, seguimos inmersos en un debate que ha impedido arribar a consensos de largo aliento. No obstante, deben destacarse dos propuestas que han intentado soluciones racionales a este controvertido tema. Una de ellas estuvo representada por el anteproyecto de Ley General de Trabajo (LGT) y otra por el anteproyecto de reforma de la Constitución de 1993.

II. El despido arbitrario en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

El anteproyecto de LGT, resultado del trabajo de un comité plural[1] designado por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, plantea la eliminación del despido incausado. Así, consagra el principio de causalidad para la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador, en virtud de lo cual sólo procederá el despido cuando medie causa justificada vinculada con la capacidad o con la conducta del trabajador, o con las necesidades de funcionamiento de la empresa. De esta forma, el despido *ad nutum,* o también denominado despido arbitrario, previsto en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), esto es, aquel que no tiene otro sustento que la mera voluntad del patrono, quedaría eliminado del ordenamiento legal por afectar el principio de causalidad en referencia.

La reposición, empero, se mantiene circunscrita a los despidos particularmente odiosos o discriminatorios, conforme al esquema vigente en la LPCL, pero extendiéndose la calificación de despido nulo a todos aquellos que agravien derechos fundamentales. En caso de despido injustificado, entendido como aquel en el que el empleador no acredita la existencia de la causa justa invocada en la carta de despido, el resarcimiento queda limitado al pago de una indemnización tarifada.

La indemnización por despido injustificado ha sido fijada en tres tramos, divididos en función de períodos de ocho años, en la forma siguiente:

- Por los primeros 08 años: 45 días de remuneración por cada año completo de servicios, con un mínimo de 90 días.
- Por los siguientes 08 años: 30 días de remuneración por cada año completo de servicios.
- Por los siguientes 08 años: 15 días de remuneración por cada año completo de servicios.

Como se podrá apreciar, el primer tramo corresponde al segmento en el cual se ubica la mayoría de trabajadores, De esta forma, la indemnización se mantiene en el mismo nivel previsto en la LCPL para el grueso del personal dependiente. Repárese que conforme al régimen vigente –una remuneración y media ordinaria mensual por cada año de servicios con un máximo de doce remuneraciones- sólo son indem-

[1] El Comité estuvo integrado por los doctores Carlos Blancas, Víctor Ferro, Javier Neves, Mario Pasco y Alfredo Villavicencio, con la coordinación del Dr. Adolfo Ciudad, asesor, en ese entonces, de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

nizados los primeros ocho años de servicios, en que se alcanza el referido tope. Ello determina que trabajadores con una antigüedad mayor no reciben ninguna compensación adicional por los servicios prestados luego de los primeros ocho años. El anteproyecto intenta corregir esta situación planteando un segundo tramo de ocho años que igualmente deberá ser indemnizado, aunque con un menor monto, esto es, con el importe correspondiente a treinta días de remuneración, o un sueldo, por año de servicios. Seguidamente, se crea un tercer tramo en que igualmente corresponderá una indemnización, aunque reducida a quince días, o medio sueldo, por año de servicios. Así, se obtiene una media de un sueldo por año de servicios para quien sea despedido injustificadamente con veinticuatro años de servicios:

III. El despido en el Anteproyecto de Reforma Constitucional

El anteproyecto de reforma constitucional de los derechos laborales a ser incluidos en la carta magna tuvo una génesis inédita en nuestro medio: para su elaboración fueron convocados los actores sociales, esto es, delegados de la principal central sindical de trabajadores, (CGTP), del organismo de mayor nivel de representación de los empleadores, (CONFIEP), así como delegados acreditados del Congreso de la República, del Poder Ejecutivo y de una comisión de especialistas, quienes en su mayoría eran los mismos que habían elaborado el proyecto de LGT. Este grupo de trabajo así conformado arribó a un consenso sin precedentes en la tarea encomendada, planteando, en el tema que nos ocupa, el siguiente texto:

"El trabajo es un derecho y un deber, base del bienestar social y medio de realización de la persona.

El trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de protección por el Estado, en especial el de la madre y del menor de edad. El Estado erradica toda forma de trabajo prohibido por la ley.

El despido requiere de causa justificada señalada en la ley. En caso de despido injustificado el trabajador tiene derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación, en la forma prevista por la ley. Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución"

Quedaba así plasmada la exigencia de causalidad para el despido y se preveían distintas formas de resarcimiento ante el despido injustificado, trasladándose a la

regulación infraconstitucional la determinación de los supuestos en los que correspondería la reposición, la indemnización, o alguna otra prestación. Empero, la nulidad de despido, y por ende, la reposición, resultaba procedente en todos aquellos casos en que se agravien derechos fundamentales.

La legitimidad de estas propuestas partía por reconocer que corresponderá al poder político, representado en el Congreso de la República, introducirlas en el ordenamiento jurídico a través de las modificaciones constitucionales y legales pertinentes. No podría ser de otra manera dada la implicancia y jerarquía de tales derechos.

IV. Las modificaciones introducidas por el Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) ha estimado que modificaciones sustanciales al régimen de despidos vigente en el país no requieren de una modificación constitucional ni una nueva ley sobre la materia porque considera que reinterpretando la Constitución vigente dichos cambios pueden llevarse a la práctica. Así, apartándose de los precedentes que consistentemente había expedido a lo largo de varios años, ha introducido una variación significativa en esta materia, la cual parece recoger algunos de los planteamientos contenidos en los dos anteproyectos antes referidos. De esta forma, el TC ha considerado que el despido incausado agravia derechos constitucionales, no obstante que, en innumerables oportunidades, ya había resuelto que en este supuesto el trabajador sólo tenía derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, limitándose a la reposición a los supuestos de despido nulo.

V. La doctrina del TC en materia de despidos

El TC ha emitido así un conjunto de sentencias que cambian radicalmente el régimen de despidos plasmado en el ordenamiento legal peruano. Cabe acotar que las más significativas tienen por común denominador el hecho que la parte demandada es Telefónica del Perú S.A.A.

Centraremos nuestro análisis en los siguientes fallos:

- Sentencia de fecha 11 de julio de 2002, Expediente Nº 1124-2001-AA/TC (Sindicato Únitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A y la Federación

de Trabajadores de Telefónica, y su aclaratoria de fecha 16 de setiembre de 2002);

- Sentencia de fecha 22 de agosto de 2002, Expediente N° 1001-2001-AA/TC (Jesús Mendieta y Ríos);
- Sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC (Eusebio Llanos Huasco).

De un análisis transversal de estos fallos pueden detectarse dos ejes centrales en la vinculación entre derechos constitucionales y despidos dispuestos por el empleador, en el sentido siguiente:

1. Es fundada la acción de amparo ante el despido incausado o arbitrario y ante el despido fraudulento, esto es, aquel que simula una renuncia o que adecuándose a aspectos formales, se basa en hechos notoriamente inexistentes, en falta no prevista por la ley o en un vicio de la voluntad.
2. La adecuada protección contra el despido arbitrario prevista en la Constitución admite dos vías para que el afectado haga valer el derecho: (i) una acción indemnizatoria ante la justicia laboral ordinaria, si se pretende una protección reparadora orientada al pago de la indemnización legal prevista para el despido injustificado; o, (ii) una acción restitutoria ante la jurisdicción constitucional a través de la acción de amparo.

Debe tenerse presente que en nuestro ordenamiento coexiste un régimen mixto de estabilidad laboral, conforme al cual se reconoce la estabilidad absoluta ante los despidos nulos y la estabilidad relativa para el resto de casos. En este orden de ideas, parecería ser que la innovación introducida por el TC se limita a ampliar los supuestos de estabilidad laboral absoluta a los casos de despido incausado o arbitrario y despido fraudulento.

De esta forma, un despido debidamente sustentado en causa justa señalada en la ley, cuya demostración esté razonablemente supeditada a la actuación de prueba, debería determinar la improcedencia de la acción de amparo porque en tal caso correspondería que el trabajador accione ante la justicia laboral ordinaria con el objeto de obtener, exclusivamente, la indemnización legal por despido ilícito[2].

[2] De la misma opinión es Blancas cuando afirma que la impugnación del despido que se produce con invocación de causa y respetando el derecho de defensa, debe sustanciarse en el procedimiento laboral, en cuyo caso, salvo que se trate de un despido nulo, el juez que declare fundada la demanda sólo puede disponer el pago de indemnización por despido. (BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. En: El derecho al trabajo y el despido arbitrario. Artículo publicado en la revista Ius et Veritas N° 25).

Desde esta perspectiva, podría estimarse, aparentemente, que la innovación introducida por los fallos del TC, no sería tan radical ni excesiva.

Sin embargo, creemos que se justifica profundizar el análisis, tratando de desentrañar el real alcance de los criterios propuestos por el TC, máxime si las resoluciones en materia de hábeas corpus y amparo sientan jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de carácter general y lo resuelto en definitiva sirve como precedente para situaciones análogas[3].

En la sentencia expedida el 11 de julio de 2002[4] el TC estima que un determinado cese colectivo, implementado a través de despidos incausados, afecta dos derechos: (i) la libertad de sindicación; y, (ii) el derecho al trabajo; y, que a su vez, resulta inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL.

Cabe precisar que para ejecutar un cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, la LPCL prevé que el empleador deba recurrir a un procedimiento de terminación de la relación de trabajo por causa objetiva ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y siempre que observe dos requisitos, cuales son, acreditar la causa objetiva invocada y afectar con la medida a no menos del 10% del total del personal de la empresa. Ceses colectivos de un porcentaje menor de trabajadores obligan al pago de la indemnización correspondiente al despido incausado, por cuanto la ley vigente no contempla que dicho procedimiento opere respecto de un menor número de trabajadores. Así, la lógica de la norma ha sido prevista en el sentido que si el cese colectivo abarca a menos del 10% de trabajadores, la empresa podrá afrontar el pago de la referida indemnización.

El pronunciamiento destaca la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales, a diferencia de otros sistemas, específicamente el español, en que la acción de amparo es residual y orientada contra actos de la administración, de manera que el litigante acciona en la vía ordinaria y sólo ante un fallo desfavorable puede recurrir a la acción de amparo, promoviéndola contra el Estado.

Analicemos la afectación de los derechos controvertidos:

i) Libertad Sindical:

Los trabajadores despedidos de la empresa eran afiliados a las organizaciones sindicales accionantes. Para el fallo, ello fue suficiente para concluir que el criterio

---

[3] (artículo 9° 23506 y artículo 5° 25398 –leyes que regulan y complementan las disposiciones en materia de hábeas corpus y amparo).

[4] Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A y la Federación de Trabajadores de Telefónica, y su aclaratoria de fecha 16 de setiembre de 2002.

de afiliación había sido determinante en los despidos. Repárese que la sentencia no desarrolló ningún otro raciocinio para determinar que los despidos en cuestión tuvieron por objeto la afectación de la libertad sindical, salvo el hecho que los despedidos tenían la condición de personal sindicalizado.

Sin embargo, no puede soslayarse que si en una empresa la mayoría del personal es sindicalizado, es claro que despidos, con características de cese colectivo, van a afectar, mayoritariamente, a dicho personal. En todo caso, tendrían que haberse actuado diligencias específicas orientadas a determinar el porcentaje del universo de trabajadores regidos por el convenio colectivo –sindicalizados o no- respecto del porcentaje del personal sindicalizado, y así evaluar si los despidos del personal sindicalizado representaban un porcentaje notoriamente superior al que correspondía respecto del universo del total de trabajadores regidos por el convenio colectivo. Ello hubiera permitido definir si los despidos habían incidido, particularmente, en el personal sindicalizado. A su vez, tendrían que haberse aportado elementos de juicio concretos que permitan concluir que los despidos habían tenido por motivo afectar la libertad sindical y no sólo el hecho que el personal separado se encontraba sindicalizado.

Todo ello corrobora que era indispensable actuar prueba específica para acreditar la afectación del derecho a la libertad sindical, lo que nos permite arribar a dos conclusiones: (i) los elementos de juicio que el fallo indica haber tenido en cuenta son notoriamente insuficientes para concluir que es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido; (ii) el tema controvertido hacía indispensable la actuación de prueba específica por lo que la acción de amparo no era el medio idóneo, por carecer de estación probatoria, para dilucidar el derecho controvertido.

Más aún, de este fallo puede, en rigor, colegirse un mensaje contrario a la libertad sindical en sentido negativo (derecho a la no afiliación). En efecto, si el criterio, tal como está planteado en el pronunciamiento, es que basta que el despido se haya efectuado respecto de trabajadores sindicalizados para que la libertad sindical resulte afectada, en buena cuenta se está induciendo a la afiliación sindical a fin de acceder a una mayor protección contra el despido.

ii) Derecho al Trabajo:

El Tribunal conceptúa que este derecho se manifiesta en dos aspectos: (i) el derecho a acceder a un puesto de trabajo; y, (ii) el derecho a no ser despedido sin justa causa. Así, considera que el precepto contenido en el artículo 27° de la Cons-

titución —que consagra la adecuada protección frente al despido arbitrario- no puede entenderse como "*facultad de despido arbitrario por el empleador*". De ahí que estime que vacía de contenido el derecho del trabajador a no ser despedido, salvo por justa causa, lo previsto en el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL, que establece que frente al despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación. Así, tacha este dispositivo de inconstitucional.

Cabe, primeramente, una delimitación de la referida inconstitucionalidad. Podría estimarse que, como quiera que los despidos materia de la controversia carecieron de causa, es este tipo de despidos los que el TC ha descalificado. Una segunda aproximación, aún más extrema, podría sostener que el segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL califica como despido arbitrario, indistintamente, tanto a aquél que no ha expresado causa como al que expresándola, no ha podido ser demostrada en juicio. Así, incluso el despido basado en causa, pero no demostrada, resultaría inconstitucional, en cuanto la legislación prevé, para este supuesto, únicamente, la protección reparadora. Por cierto, esta última tesis enfrenta la insalvable dificultad que los despidos que se discutieron en esta litis fueron incausados, por lo que parecería un exceso concluir que la descalificación que hace el TC de estos despidos se extiende a aquellos que habiéndose sustentado en causa justa, ésta no pudo ser acreditada en el proceso. Por lo demás, conforme fuera posteriormente precisado por la sentencia del 13 de marzo de 2003,[5] los efectos restitutorios (readmisión en el empleo) se limitan a los supuestos de despido nulo, despido incausado y despido fraudulento.

VI. Sentencias manipulativas sustitutivas

Siguiendo a Díaz Revorio, las sentencias manipulativas son aquellas en que el pronunciamiento modifica una parte del contenido normativo de una disposición[6], ya sea en forma explícita o de manera implícita. Dentro de las sentencias manipulativas se ubican las sustitutivas, en las que un precepto es declarado parcialmente inconstitucional, disponiéndose que la parte declarada inconstitucional sea sustituida por otra. En estas sentencias se distingue "*un aspecto ablativo (profilo*

[5] Sentencia Eusebio Llanos Huasco.

[6] Díaz Revorio, Javier. La interpretación Constitucional de la Ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional. Palestra Editores SRL Lima 2003. p. 207-208.

ablatorio), que produciría el efecto de crear un vacío normativo, acompañado de un efecto reconstructivo (profilo ricostruttivo) dirigido a llenar dicho vacío" [7].

En este contexto, el TC ha estimado que, como quiera que el acotado artículo 34° "*establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización como única reparación. No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha indemnización es incompatible con la Constitución...*"[8], es claro, pues, que la sentencia ha sustituido una parte del texto legal, que declara inconstitucional, por considerar que en dicho supuesto corresponde reconocer la protección restitutoria.

En buena cuenta, el TC estima que a la legislación le ha faltado prever la protección restitutoria ante el despido incausado, y por ende, para ese supuesto, admite la readmisión en el empleo. Para ello, sostiene que ese tipo de despidos agravian derechos fundamentales y que por tanto resulta procedente reponer las cosas al estado anterior a la violación del derecho.

De esta forma, los fallos en referencia crean un vacío normativo y lo acompañan de un efecto reconstructivo, conforme a la definición de Díaz Revorio.

Las sentencias interpretativas aditivas[9] y sustitutivas de la legislación son objeto de serias críticas por parte de la doctrina. Se sostiene que invaden competencias al convertir al magistrado constitucional en legislador positivo, violentando así la división de poderes que es precisamente el sustento de la arquitectura constitucional[10]. Así, la interpretación constitucional no puede usurpar la actuación del poder constituyente. Tampoco puede sustituir la de los poderes constituidos, y en particular la que corresponde al Poder Legislativo, porque ello implicaría violentar ámbitos de competencia que la propia carta fundamental ha delegado en otro órgano constitucional[11]. Más aún "*si la disciplina a adoptar frente a una omisión del legislador no deriva directamente de los preceptos constitucionales, existiendo*

---

[7] ibidem. p. 230.

[8] Sentencia de fecha 11 de julio de 2002 (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A y la Federación de Trabajadores de Telefónica.

[9] Son las que sin incidir en el texto de una disposición legal amplían su contenido normativo permitiendo su aplicación a supuestos no expresamente contemplados. Op. Cit. Díaz Revorio. p.227.

[10] Op. Cit Díaz Revorio, Javier. p 396.

[11] Huerta Guerrero, Luis Alberto. En: Derechos Fundamentales e interpretación constitucional. Comisión Andina de Juristas. Lima, 1997. p. 46.

una multiplicidad de soluciones, la intervención de la Corte invadiría la esfera de elección política del legislador..."[12]

En esta materia el Tribunal Constitucional español señaló que "*en un plano hay que situar las decisiones políticas y el enjuiciamiento político que tales decisiones merezcan, y en otro plano distinto la calificación de inconstitucionalidad, que tiene que hacerse con arreglo a criterios estrictamente jurídicos*"[13]. Si bien la interpretación constitucional no puede sustraerse de cierto matiz ideológico, ello no puede ser considerado como fundamento de la interpretación de la Constitución[14].

Trasladando estos conceptos a los pronunciamientos del TC, no puede obviarse que el ordenamiento establece una diversidad de reparaciones ante el despido, previendo la readmisión ante el despido nulo, y la reparación ante el despido injustificado y el incausado. La LPCL ha previsto, pues, protección reparadora y protección restitutoria en distintos supuestos, por lo que al existir una multiplicidad de soluciones no cabe que el TC invada la esfera de decisión política, descalificando lo que ha sido una opción legislativa ante un determinado tipo de despido, vale decir, la indemnización frente al despido incausado. El hecho que el TC considere que ante el despido incausado debería proceder la reposición, es una opinión plenamente respetable desde una perspectiva ideológica, pero se aparta de lo que corresponde a una interpretación jurídica.

A ello se agrega que no puede obviarse que, conforme al mandato contenido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. En consecuencia, el TC estaba obligado a interpretar la protección contra el despido dentro del marco de las soluciones previstas por el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito en la ciudad de San Salvador y aprobado en el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448. Este instrumento consagra la estabilidad de los trabajadores en sus empleos y prevé que en caso de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. En consecuencia,

[12] Ibidem p. 427.

[13] Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 11/1981 de fecha 8 de abril de 1981.

[14] Op. Cit. Huerta Guerrero. p. 39.

no cabía sostener que la protección reparadora frente al despido arbitrario vacía de contenido el derecho al trabajo, porque ello no deriva directamente del precepto constitucional previsto en el artículo 27° ("*la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*"), cuando el legislador había previsto una multiplicidad de soluciones ante el despido ilícito, y éstas mantenían consistencia con instrumentos internacionales sobre derechos humanos que debían ser integradas a la interpretación constitucional.

El fallo de 11 de julio de 2002 sale al frente de las argumentaciones sustentadas en el referido Protocolo -y el Convenio 158 de la O.I.T. sobre Terminación de la Relación de Trabajo por Iniciativa del Empleador- en cuanto ambos instrumentos reconocen a la indemnización como una forma válida de resarcir el despido injustificado. El TC ha considerado que dichos instrumentos, (en particular el primero de los nombrados, por cuanto es el único ratificado por el Perú) "*siempre pueden ser susceptibles de mayores niveles de protección y no pueden significar, en absoluto, el menoscabo de los derechos reconocidos por la Constitución ... ni mucho menos cuando ello conlleva el menoscabo del contenido esencial de los derechos constitucionales*"[15].

A nuestro juicio esta argumentación incurre en gruesas inconsistencias. De una parte, ya hemos mencionado que opera una invasión de facultades legislativas cuando el magistrado constitucional sustituye lo que ha sido una opción del legislador (la indemnización), remplazándola por la readmisión, que no estaba contemplada para el caso específico (despido incausado).

A ello se agrega que, efectivamente, corresponde a un axioma de las normas laborales internacionales que éstas consagran mínimos susceptibles de ser mejorados por el derecho nacional o por las propias partes. Sin embargo, resulta cuestionable que corresponda a la jurisprudencia constitucional arrogarse la facultad de mejorar instrumentos internacionales, máxime si las disposiciones constitucionales involucradas deben ser interpretadas de conformidad con los tratados internacionales sobre esta materia que expresamente admiten la reparación indemnizatoria ante el despido.

Tanto el despido arbitrario como el despido injustificado son formas no válidas de terminación del contrato de trabajo, que por ende el ordenamiento sanciona. Ergo, deben ser reparadas y para ello los instrumentos internacionales en referen-

[15] Sentencia de fecha 11/07/02 (Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica).

cia prevén dos vías: (i) la reparatoria (la indemnización); y, (ii) la restitutoria (la reposición), ambas igualmente válidas, pero el Tribunal Constitucional ha descalificado que el despido arbitrario pueda ser reparado a través de la indemnización, porque estima que ello vacía de contenido el derecho al trabajo. Como queda dicho, el TC considera que corresponde al contenido esencial del derecho al trabajo el no ser despedido sin justa causa. Empero, lo que en rigor corresponde a un salto dialéctico en el raciocinio del TC es concluir que el despido incausado o arbitrario determine, necesariamente, la opción restitutoria y no así la indemnizatoria.

La tesis adoptada por el TC, de pretender que se vacía de contenido el derecho al trabajo por limitar la reparación de los despidos incausados a la opción indemnizatoria, es, más bien, como queda dicho, una de contenido ideológico e invasora de la esfera que el propio ordenamiento constitucional reconoce al legislador.

VII. Carácter alternativo del amparo

El TC destaca que a diferencia del ordenamiento español o argentino, el proceso de amparo previsto en nuestro ordenamiento es alternativo y no residual (en que primero se debe acudir a vía ordinaria y sólo después al amparo). No puede obviarse que esta opción normativa es excepcional por cuanto en países tales como Estados Unidos, Alemania, España y Argentina, el procedimiento de amparo es vía residual *inter privatos*, esto es, que prima el concepto de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales.

Señala el TC que, antes que actuar pruebas, el juez debe juzgar sobre la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto sobre el cual se reclama. Estima que la protección de derechos fundamentales se extiende a toda órbita en que éstos pueden ser vulnerados, incluso en la relación laboral, en virtud de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales[16].

El TC considera que la adecuada protección contra el despido arbitrario prevista por el artículo 27° de la Constitución admite dos perspectivas: (i) sustantiva; y, (ii) procesal.

---

[16] El TC sustenta esta tesis en lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución: *"La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la Sociedad y del Estado"* y en el artículo 200°, inc. 2 de la acción: *"la acción de amparo ... procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier ... persona.*

i) Sustantiva, en base a dos vertientes:

- **Protección preventiva.-** Orientada a evitar el despido a través del ejercicio del derecho de defensa por parte del trabajador.
- **Protección reparadora.-** Destinada a compensar patrimonialmente el despido arbitrario. Precisa que esta protección es compatible con la Constitución si el trabajador hace efectiva la indemnización, o alternativamente, acciona en la vía laboral ordinaria reclamando su pago. Por ello considera que la indemnización ante el despido injustificado, conforme prevé el Protocolo de San Salvador, no es inconstitucional.

ii) Procesal, la cual admite dos tipos de acción:

- **Acción indemnizatoria.-** Vinculada a la protección reparadora por vía de la justicia ordinaria.
- **Acción restitutoria.-** A través de la acción de amparo, en la que no se discute sobre la causa justa de despido, sino que éste tenga por motivo determinante un acto ilícito que conlleve la violación de un derecho constitucional.

La acción restitutoria procederá ante: (i) el despido nulo, conforme a los supuestos previstos en la LPCL; (ii) el despido incausado, esto es, el arbitrario o sin expresión de causa; y, (iii) el despido fraudulento, entendido como aquél que se basa en hechos notoriamente inexistentes, o por faltas no previstas en la ley, o mediante "la fabricación de pruebas", o cuando media engaño o se produce la extinción de la relación laboral a través de un vicio de la voluntad. Todo ello, considera el TC, resulta equiparable al despido incausado.

Sin embargo, resulta meramente aparente considerar que existen dos vías procesales y alternativas para accionar contra el despido. En rigor, si una vía permite la reposición y el pago de remuneraciones devengadas -o de una indemnización por el daño sufrido (el TC y la Corte Suprema aún difieren sobre esta materia)- y la otra vía sólo permite acceder a una indemnización tarifada por la ley, es de suyo evidente que la primera resultará la opción preferente de los accionantes. En buena cuenta, la tesis del TC equivale a pretender que a los sectores laborales la estabilidad laboral absoluta y la relativa les resulta equivalente[17]. Así, la pretendida alter-

[17] Con la misma lógica, aunque de manera inversa, Blancas señala que de consistir las medidas reparadoras en el pago de una indemnización compensatoria del despido incausado, ya sea.../

nativa indemnizatoria pasa a ser meramente teórica, y -en un lenguaje caro al TC- vaciada de contenido real por su notorio desbalance respecto a la acción restitutoria que concede el amparo.

El efecto de ello es una ostensible *amparización* del derecho del trabajo. De ahí que desde la expedición de los fallos que venimos comentando, es ostensible que la mayoría de los litigios vinculados a despidos se promuevan a través de acciones de amparo –a cargo de jueces civiles- con la consiguiente pérdida de especialización en la administración de la justicia laboral. Así, no son extraños fallos de jueces civiles que evidencian desconocimiento de criterios básicos en materia de nociones básicas de derecho del trabajo[18]. A su vez, son cada vez más frecuentes las acciones de amparo que invocan despido fraudulento, esto es, que el despido se ha basado en hechos notoriamente inexistentes. Así, se constata desconcierto en los pronunciamientos que las instancias inferiores vienen expidiendo bajo esta sustentación en la medida que al carecer de estación probatoria, la acción de amparo no resulta ser la vía idónea para obtener certidumbre procesal sobre las afirmaciones de las partes. Esta situación acarrea relevantes consecuencias: el trabajador que opte por el amparo invocando despido fraudulento y no logre infundir certeza en el magistrado, previsiblemente obtendrá resultados adversos en el proceso y paralelamente habrá incurrido en la imposibilidad de acceder a la indemnización a través de la justicia laboral ordinaria porque habrá transcurrido el plazo de caducidad de 30 días naturales.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Son, pues, diversos y preocupantes los efectos que los recientes fallos del TC han ocasionado. Sin embargo, debe reconocérse que el TC ha sabido enmendar

---

/... porque no se reconoce al trabajador una acción para la reinstalación o reposición, o porque existiendo ésta la opción final se deja a criterio del empleador –lo que en la práctica se traducirá, en la mayoría de los casos en el abono de la reparación económica- debemos hablar de una *estabilidad relativa*. Blancas Bustamante, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano. ARA Editores Lima 2002. p. 96.

[18] A modo de ejemplo, la Resolución recaída en el expediente 1244-2002 de fecha 18 de octubre de 2002 emitida por la Quinta Sala Civil, que declaró fundada una acción de amparo por considerar que si a un trabajador se le descuenta los días de inasistencia al trabajo y además se le despide por abandono del trabajo, ello importa la aplicación de una doble sanción, y por ende le corresponde la reposición.

criterios cuando la opinión pública le ha hecho notar lo errado de algún pronunciamiento[19] [20].

Confiamos que, igualmente en estos casos, el TC rectifique su criterio y comprenda que no corresponde a la esfera de su actuación constitucional la modificación de la legislación que ha venido rigiendo en el país, en particular, en un tema tan polémico como el régimen de despidos, reconociendo así que corresponde a la opción que la nueva Constitución adopte, y al desarrollo legislativo que se confiera a este derecho, la introducción de modificaciones en el régimen de estabilidad laboral vigente en el país.

[19] Sentencia de fecha 6 de agosto de 2002 recaída en el expediente 156-2001-AA/TC en la acción promovida por Rosa Medina Pantoja y sentencia de fecha 18 de junio de 2003 recaída en el expediente 189-2002-AA/TC en la acción promovida por Carlos Maldonado Duarte.

[20] Sentencia Jesús Mendieta y Ríos y sentencia Eusebio Llanos Huasco que tuvieron resultados contradictorios. En estos dos casos el empleador despidió a dos trabajadores por la misma falta grave cometida con ocasión de los mismos hechos: habían exigido que el hostal en la cual se alojaban por cuenta de su empleador les otorgue una factura sobrevalorada. Luego de la vista de la causa, la empresa acompañó a los autos la carta por la cual el dueño del hostal le había denunciado el hecho. En la primera acción de amparo la vista de la causa se produjo el 22/08/02 y la sentencia se expidió en la misma fecha, pero fue notificada en febrero de 2003, esto es, seis meses después, declarándose fundada. En la segunda acción de amparo, declarada infundada, la vista de la causa fue el 21/08/02 (un día antes que la anterior) y la sentencia fue de fecha 13/03/03, y notificada el 07/04/03, (tres semanas después). Debe presumirse que ante las críticas recibidas por el primer fallo (un despido debidamente causado y no acreditado en juicio igualmente originaba la reposición), el TC optó por cambiar de criterio, sin decirlo expresamente, y para ello meritúa un documento que en ambos casos había sido presentado después de la vista de la causa y antes de la sentencia. Así, recurre al expeditivo argumento de indicar como fecha de la sentencia la misma que correspondía a la vista de la causa y que notifica seis meses después, mientras que en el segundo procedimiento indica que el referido documento fue presentado después de que se expidiera la sentencia correspondiente al primer procedimiento.

Reflexiones acerca de la promoción de la inversión privada y el régimen laboral, migratorio y tributario de los trabajadores extranjeros

Beatriz Alva Hart
Profesora de Derecho del Trabajo
Universidad de Lima

En el común de los días escuchamos acerca de la necesidad de implementar normas y políticas tendientes a incentivar y promover la inversión privada nacional e internacional. De la revisión del status quo de la regulación laboral que facilita la contratación de personal extranjero, nos encontramos con el Decreto Legislativo No. 689 y su Reglamento aprobado por D.S. 014-92-TR. Estas normas han ido ajustándose a las exigencias de la modernidad con el paso de los años.

Sin embargo, consideramos que esas modificaciones no son suficientes y no se condicen con las leyes que regulan temas paralelos pero consustanciales y que permitirán la viabilidad de la tan aludida promoción de la inversión privada nacional e internacional. Nos referimos al régimen migratorio regulado por el Decreto Legislativo N° 703, Ley de Extranjería y al régimen tributario normado básicamente por la Ley del Impuesto a la Renta.

Analicemos, entonces, cada una de estas temáticas:

I. Ley de Contratación de Extranjeros

El Decreto Legislativo N° 689, define al trabajador extranjero, como aquel que presta servicios en un país que no es el suyo, ni por nacimiento, ni por naturalización.

Señala que los empleadores deben dar prioridad a la contratación de trabajadores nacionales, señalando supuestos específicos para la contratación de trabajadores extranjeros. Para tal efecto, se puede contratar trabajadores extranjeros sólo si éstos no superan al 20% del total del número de trabajadores de la empresa y siempre que sus remuneraciones no excedan del 30% del total de la planilla de

pagos o, solicitando la exoneración de dichos porcentajes cuando se trate de un profesional especializado, o de un trabajador de dirección y/o gerencial de una nueva actividad empresarial, o de profesores, o cuando se trate de personal de empresas del sector público o de empresas privadas que tengan contratos celebrados con organismos o instituciones del sector público.

Adicionalmente, la ley recoge casos de excepción en virtud a los que se considera al extranjero como nacional, sólo para efectos laborales. Ello implica, entonces que para esos casos de excepción, los extranjeros no están sujetos a los límites porcentuales del número de trabajadores ni de monto de la remuneración, resultándoles de aplicación el régimen laboral común de la actividad privada. Los casos de excepción están referidos a los siguientes supuestos:

a) El extranjero con visa de inmigrante.
b) El extranjero con cuyo país exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad.
c) El personal de empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte, terrestre, aéreo o acuático con bandera y matrícula extranjera.
d) El personal extranjero que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos.
e) El personal extranjero que, en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el gobierno del Perú, prestaren sus servicios en el país.
f) El inversionista extranjero, haya o no renunciado a la exportación del capital y utilidades de su inversión, siempre que ésta tenga un monto permanente durante la vigencia del contrato no menor de 5 U.I.T.
g) Los artistas, deportistas y en general aquellos que actúen en espectáculos públicos en el territorio de la República, durante un período máximo de tres meses al año.

El reglamento, por su parte, precisa que los extranjeros que estén dentro de los supuestos a), b), c) y g) arriba mencionados, se sujetan a las mismas normas que aplican a trabajadores de nacionalidad peruana, es decir al régimen laboral de la actividad privada. En ese sentido, en dichos casos, los extranjeros pueden ser contratados a plazo indeterminado o por medio de un contrato sujeto a modalidad.

Sobre la base del conocimiento previo de lo señalado líneas arriba, tenemos que la contratación de un extranjero debe verificarse en un contrato de trabajo por un período inicial no mayor de 3 años, pudiendo prorrogarse sucesivamente por

períodos que no excedan a dicho plazo. Asimismo, se establece que los contratos de trabajo surtirán efectos, a partir de la fecha de su aprobación por la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante AAT), haciéndose la salvedad que no obstante dicha aprobación, el trabajador sólo podrá iniciar la prestación de sus servicios una vez obtenida la calidad migratoria habilitante.

Es en este momento que nos encontramos con la primera dificultad para facilitar la contratación de un extranjero, porque si bien pareciera meridianamente sencillo obtener la aprobación del contrato de trabajo ante la AAT, no corre la misma suerte la obtención de la visa de trabajo, que es precisamente la que permite al final que el extranjero pueda prestar sus servicios en el país.

II. Ley de Extranjería

La Ley de Extranjería establece una clasificación de condiciones migratorias y de visas y los procedimientos para obtenerlas, así como las normas para el ingreso, permanencia, residencia, salida, reingreso y control de extranjeros en el territorio de la República, estableciendo la política de inmigración y la política de emigración.

Para tales efectos, la norma señala que los extranjeros podrán ser admitidos con las siguientes calidades migratorias:

a) Diplomática, Consular u Oficial, para quienes el Estado Peruano a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, les reconoce la calidad de tales.
b) Asilado Político y Refugiado, para quienes el Estado Peruano, a través del Ministerio del Ministerio de Relaciones Exteriores, les otorga calidad de tales y se encuentran sujetos a disposiciones especiales.
c) Turista, que son aquellos que ingresan al país sin ánimo de residencia y que no pueden realizar actividades remunerativas o lucrativas.
d) Transeúnte, que son quienes ingresan de tránsito con destino a otros países.
e) Artista, que son aquellos que ingresan sin ánimo de residencia, con el propósito de desarrollar actividades remuneradas de carácter artístico o vinculadas a espectáculos, en virtud de un contrato autorizado por la autoridad correspondiente.
f) Religioso, son aquellos miembros de organizaciones religiosas reconocidas por el Estado Peruano que ingresan al país en cumplimiento de funciones vinculadas al credo que profesan.
g) Estudiante, aquellos que ingresan al país con fines de estudio en Instituciones o Centros Educativos reconocidos por el Estado Peruano.

h) Negocios, son aquellos que ingresan al país sin ánimo de residencia, que no pueden percibir renta de fuente peruana y que están permitidos de firmar contratos o transacciones.

i) Trabajo, son aquellos que ingresan al país con el fin de realizar actividades laborales en virtud de un contrato previamente aprobado por el Ministerio de Trabajo.

De la simple lectura, podríamos suponer que basta con tener el contrato de trabajo aprobado por la AAT para que automáticamente podamos contar con la visa de trabajo.

Sin embargo, la realidad es totalmente distinta. Si bien la calidad migratoria habilitante supone contar con la visa de trabajo, ésta visa no es otorgada por los Consulados Peruanos en los países de origen, aún cuando el extranjero presente copia del contrato de trabajo debidamente autorizado por la AAT.

Para iniciar el referido trámite el extranjero debe gestionar una visa de negocios ante el Cónsul del Perú en el país de origen o gestionar un permiso para firmar el trabajo, en caso haya ingresado con visa de turista.

Con la calidad migratoria respectiva, se presenta el contrato de trabajo aprobado con el pago de los derechos correspondientes ante la Dirección de Migraciones y Naturalizaciones de la Dirección General de Gobierno Interior solicitando el cambio de la calidad migratoria a visa de trabajo.

Este trámite que en principio tiene un plazo aproximado de 45 días, generalmente se extiende por razones no imputables a la Dirección de Migraciones y Naturalización, sino a los tiempos específicos que tienen los servicios de Interpol de cada país, y que además exige la permanencia del extranjero hasta obtener el cambio de calidad migratoria. De allí que si el extranjero necesita salir del país en el entretanto, requiere de un permiso especial que en muchos casos, suspende el trámite de la visa.

Y durante todo este tiempo, la pregunta natural que surge es ¿ qué hace el extranjero? Dado que teóricamente no puede trabajar y por lo tanto no contribuye en la generación de la renta de su empresa, pero sí a la generación de gastos que se generan como consecuencia de su estadía obligatoria.

Y la respuesta lógica es, en muchos casos, que el extranjero en forma esporádica y tangencial inicia la prestación efectiva de servicios, corriendo el riesgo que luego de una fiscalización de la Policía de Extranjería, se le deporte del país.

III. Ley del Impuesto a la Renta

En nuestros primeros comentarios de esta reflexión, hacemos alusión a una tercera norma que conforma este triunvirato regulatorio del régimen migratorio laboral, y es la Ley del Impuesto a la Renta, que contrariamente a las restricciones y exigencias destacadas en los párrafos precedentes, acepta que un extranjero con visa de negocios perciba rentas en el territorio nacional. En otras palabras, para la Administración Tributaria un extranjero con contrato de trabajo aprobado y con sólo visa de negocios puede trabajar y percibir renta por ello.

Así las cosas, la Ley del Impuesto a la Renta no considera como requisito para el inicio de las labores de un trabajador extranjero, el contrato de trabajo aprobado por la AAT y la calidad migratoria habilitante, que es la visa de trabajo.

El artículo 13° de la Ley del Impuesto a la Renta señala en su tercer párrafo lo siguiente:

> *"Los extranjeros en caso de ingresar con visa de negocios o de no imigrantes residente, y que cuenten con un contrato de trabajo aprobado o presentado antes las autoridades de trabajo pertinentes, entregarán a las autoridades migratorias, al momento de salir del país, una carta de garantía de sus empleadores o de los representantes legales de éstos, por medio de la cual certifiquen haber efectuado la retención de impuestos correspondiente y conste que, en todo caso, se responsabilizarán por cualquier tributo que pudiera adeudarse por dicho concepto."*

De allí que a la salida del país de un extranjero con visa de negocios, se le exige la presentación de una carta de la empresa certificando que le han efectuado las retenciones debidas, producto de la ejecución de labores o como sucede también en muchos casos, señalando que no ha realizado labor alguna y en consecuencia, no se ha generado renta.

Resulta evidente que del análisis de las normas bajo comentario, el sistema migratorio laboral no es claro, ya que por un lado las normas laborales y migratorias apuntan a privilegiar el status o condición del extrajero, por otro lado, la norma tributaria se ocupa de la generación de ingresos, estableciendo y permitiendo un supuesto negado por las anteriores.

La grave contradicción vigente en la normatividad nacional sobre este particular y las dificultades de los procedimientos, promueven el incumplimiento reiterado de las normas laborales y migratorias por parte de las empresas contratantes. Por consiguiente, es necesario consensuar los campos de aplicación de las disposicio-

nes bajo análisis, sus considerandos a efectos de conseguir un punto de equilibrio que permita por un lado, proteger al trabajador nacional, garantizar la idoneidad del trabajador extranjero y eliminar la evasión tributaria.

IV. Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Atendiendo, en consecuencia, a la problemática que se presenta diariamente en la contratación de personal extranjero, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo propone, en el artículo 46°, la modernización del procedimiento de aprobación de los contratos de trabajo de extranjeros, estableciendo la aprobación automática de los mismos, contra su sola presentación ante la AAT con los documentos de sustento requeridos, sin perjuicio de que ésta realice el control posterior, para verificar la autenticidad de los datos.

Adicionalmente, en el artículo 45° del Anteproyecto se señala que la autoridad competente al otorgar la visa correspondiente, tendrá en cuenta el plazo de duración del contrato. Esta salvedad, es muy importante, ya que de acuerdo a lo previsto en el artículo 34° de la Ley de Extranjería, el carnet de extranjería como documento de identidad del extranjero en nuestro país, tiene un plazo de un año, de tal manera que los contratos de trabajo por períodos menores no generan el derecho a dicho carné, sino solamente a un permiso temporal.

Ahora bien, consideramos que esta propuesta legislativa debería comprender también, un grado de flexibilidad en lo que respecta al trámite migratorio. Y así como se plantea la aprobación automática del contrato de trabajo sujeto a revisión posterior, debería plantearse también la posibilidad de una autorización temporal de trabajo, en tanto dure el trámite correspondiente ante la Dirección General de Migraciones y Naturalización y los servicios de Interpol, lo que supone que la empresa y el extranjero han cumplido con los requisitos exigidos por la AAT para la aprobación del contrato y que el trámite para la obtención definitiva de la visa de trabajo.

La resistencia a permitir la existencia de un permiso temporal para trabajar se basa en el temor a la proliferación de la informalidad en la contratación de personal extranjero y en la falta de control de la idoneidad de la persona. Si bien esta necesidad rigurosa de control es exigible, pensamos que para el caso de la contratación de personal extranjero, éste control se da previamente en dos momentos: el empleador quien elige al trabajador por sus cualidades personales y profesionales y la AAT, quién verifica la formalidad del empleador y las calificaciones profesionales del extranjero.

La implementación de la aprobación automática del contrato de trabajo y de la extensión de un permiso temporal para trabajar, previo a la visa de trabajo, otorgaría mayor flexibilidad y efectividad al sistema de contratación de personal extranjero y restringiría, cuando no eliminaría, cualquier indicio de corrupción que pueda darse tanto a nivel de la Dirección General de Migraciones y Naturalización y la Policía de Extranjería.

Este mayor dinamismo en la contratación de personal permitirá que la inversión privada, sea nacional o extranjera, pueda contar con el personal capacitado y calificado que requiere para sus actividades en el menor tiempo y sin los sobrecostos propios de la falta de articulación de la normatividad vigente.

Privilegios salariales en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Juan Carlos Cortés Carcelén
Profesor de Derecho del Trabajo
Pontificia Universidad Católica del Perú

I. Introducción

El Anteproyecto de Ley General de Trabajo regula en el Capítulo IV del Título III de la Primera Parte la protección y privilegios de remuneraciones y beneficios, en la que se regulan los límites a la embargabilidad, la prohibición de la reducción directa o indirecta de la remuneración, los descuentos de la misma, el caso de la devolución de los faltantes, la compensación de sumas otorgadas como liberalidad y los privilegios de los créditos laborales.

El objetivo de este artículo es tratar este último aspecto, para lo cual iniciamos nuestra exposición con la regulación actual y los problemas existentes, para luego analizar el contenido normativo del anteproyecto en esta materia. Sólo pretendemos plantear algunos temas que sirvan para la discusión de este importante proyecto.

1. Legislación vigente

La normativa vigente sobre los privilegios de los créditos laborales está contenida básicamente en tres normas. La primera es el artículo 24° de la Constitución de 1993, que establece en su segundo párrafo que *"El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del trabajador"*.

Este punto de partida no se modificaría en esencia si es que se promulgará el proyecto de Constitución que se debate en el Congreso, ya que el artículo 33° que fuera aprobado por el Pleno el 26 de noviembre de 2002, recoge una fórmula similar. Ésta es:

*"**Artículo 33°.-** El pago de las remuneraciones, beneficios sociales y otros créditos laborales de los trabajadores es preferente a cualquier otra obligación del empleador, conforme a ley."*

Los cambios en este caso son la inclusión de otros créditos laborales distintos a las remuneraciones y beneficios sociales, la modificación del término prioridad por la de preferente y finalmente su remisión a la ley.

En la legislación de desarrollo, el Decreto Legislativo N° 856 (publicado el 4 de octubre de 1996) regula el alcance de los créditos laborales, la preferencia o prioridad de los mismos y los casos en los que procede el derecho persecutorio.

También regula la prioridad de las acreencias laborales la Ley General del Sistema Concursal (LGSC), Ley 27809, publicada el 8 de agosto de 2002, que establece como opera la preferencia en los casos en los que un empleador-deudor se encuentra acogido (por voluntad propia o por iniciativa de un acreedor) en un procedimiento concursal.

Aparentemente el desarrollo legislativo vigente opta por dos esferas normativas, una que se da dentro del sistema concursal y otra fuera del mismo, y que tienen algunos puntos de conexión. A efectos de mostrar esta situación señalaremos las diferencias y conexiones de estas regulaciones:

a) Créditos laborales.

La Constitución vigente opta por declarar el pago preferente de las remuneraciones y beneficios sociales. Al respecto un primer tema para debatir está referido al alcance de los conceptos señalados. Si bien nuestra legislación ha optado por una definición de remuneración (artículos 6 y 7 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), no hace lo propio con el concepto de beneficio social, el cual ha sido interpretado en varios sentidos:

- los conceptos referidos en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales;
- equiparándolo a los beneficios establecidos en la ley; y,
- en una interpretación más amplia considerando todos aquellos beneficios que tienen una vocación de generalidad, incluyendo los legales como los convencionales.

Las resoluciones judiciales y administrativas (en el marco de la labor del INDECOPI en materia concursal) han sido dispares y no han provisto sino de soluciones al caso concreto, para la incorporación o no de conceptos dentro del

término beneficios sociales. Así por ejemplo, se ha determinado que la participación de los trabajadores en las utilidades es un beneficio social, y que las liberalidades no lo son, etc.

En cuanto al reconocimiento expreso de los créditos laborales hay una primera diferencia entre las dos normas legales. La LGSC distingue entre los créditos de origen laboral, que son aquellos invocados por el trabajador o extrabajador, de los créditos que tienen primer orden de preferencia en los que se encuentran las remuneraciones, los beneficios sociales y créditos vinculados a los sistemas de jubilación. Es decir, existen créditos laborales que no tendrán derecho preferente y que en el esquema de la LGSC no tendrán prelación ya que se ubican en el último orden (quinto). En cambio el Decreto Legistativo N° 856 señala en su artículo 1° cuáles constituyen los créditos laborales, no haciendo mención a que existen otros créditos laborales que no tienen esa preferencia.

En el listado de los considerados como créditos laborales preferentes hay diferencias entre las normas, siendo las principales las siguientes:

- La LGSC hace mención, siguiendo la terminología empleada por la Constitución, a remuneraciones y beneficios sociales adeudados a los trabajadores, mientras que el D.Leg. 856 hace referencia a las remuneraciones, la compensación por tiempo de servicios, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que se le adeudan a los trabajadores. La amplitud de una u otra fórmula depende del concepto amplio o restringido que se tenga de beneficios sociales. Asimismo, en el D. Leg. 856 se ha discutido si la mención a indemnizaciones hace alusión únicamente a las contenidas en la ley o también a las que tienen origen distinto, y al parecer habría una posición mayoritaria que considera esta última opción, ya que la referencia a beneficios establecidos en la ley no alcanza a esas indemnizaciones, por lo que, por ejemplo, se incluiría a aquellas indemnizaciones especiales pactadas en el contrato de trabajo. También se discute alrededor del artículo 1° del D. Leg. 856 si la mención a la ley, debe ser considerada como ley formal o como ley material, a efectos de incluir o excluir los beneficios contenidos en un convenio colectivo distintos de la remuneración. Por un lado, se señala que no resulta coherente que se excluyan a los beneficios en un convenio colectivo debiendo ser éste el instrumento de regulación principal de las relaciones de trabajo, y por otro lado, se señala que son únicamente los contenidos en la ley formal porque hay una opción legislativa de dar preferencia únicamente a esos beneficios y porque los conceptos remunerativos contenidos en un convenio colectivo ya estarían incluidos por la mención inicial.

- Si bien ambas normas incluyen los aportes al Sistema Privado de Pensiones, la LGSC no incluye como crédito de primer orden las comisiones que cobran las Administradoras de Fondo de Pensiones, lo que sí es considerado por el D. Leg. 856. Al respecto se ha señalado, por un lado, que la opción asumida por la ley concursal no es adecuada porque toda la retención es parte de la remuneración del trabajador y no se puede distinguir al interior de la misma, y porque la exclusión no es equitativa frente a la retención en el sistema nacional de pensiones, en donde no se discrimina el porcentaje que cobra la ONP para la administración del fondo; y por otro lado, la opción de la norma ha sido que no se trata de un crédito laboral y por ende no debe tener esa preferencia en tanto es la AFP quien puede reclamar ese pago y que al momento de la retención por parte del empleador dicho monto deja de ser un crédito laboral.
- La LGSC incluye como crédito de primer orden a los aportes impagos a los regímenes previsionales administrados por la ONP, la Caja de Beneficios y Seguridad del Pescador y otros regímenes previsionales creados por Ley, mientras que el D. Leg. 856 solamente incluye a los aportes al Sistema Nacional de Pensiones.

b) Oportunidad de ejercer la preferencia.

El orden de preferencia contenido en la LGSC es aplicable al supuesto en el cual la Junta de Acreedores ha decidido la disolución y liquidación del deudor, o cuando por la situación económica del deudor ha ingresado al sistema concursal desde el principio a una disolución y liquidación. Así el artículo 88.1 de la LGSC señala:

> *"El Liquidador, bajo responsabilidad, está obligado a pagar en primer término los créditos reconocidos por la Comisión conforme al orden de preferencia establecido en el artículo 42° hasta donde alcanzare el patrimonio del deudor".*

La preferencia no opera en el caso que la Junta de Acreedores haya optado por la reestructuración, salvo en un caso específico. Así, el artículo 69.1 de la LGSC dispone:

> *"El orden de preferencia establecido el Artículo 42° para el pago de los créditos no será de aplicación en los casos en que se hubiese acordado la reestructuración, con excepción de la distribución entre los acreedores del producto de la venta o transferencia de activos fijos del deudor".*

Como se desprende del articulado anteriormente citado, el pago preferente supone una actividad por parte del acreedor laboral, ésta es, solicitar ante la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI su reconocimiento, para lo cual se establece un procedimiento determinado.

También una expresión de la preferencia se desarrolla al momento de señalar el cronograma de pagos que debe contener el Plan de Reestructuración, cuando la Junta de Acreedores opta por la reestructuración. Así los artículos 66.3° y 66.4° disponen:

"El Plan debe contener un cronograma de pagos que comprenda, bajo sanción de nulidad, la totalidad de las obligaciones del deudor, y el modo, monto, lugar y fecha de pago de los créditos de cada acreedor. Igualmente, establecerá un régimen de provisiones de los créditos contingentes o los que hubieren sido reconocidos y sean materia de impugnación".

''En dicho cronograma de pagos se deberá precisar, bajo sanción de nulidad del Plan, que de los fondos o recursos que se destinen al año para el pago de los créditos, por lo menos un 30% se asignará en partes iguales al pago de las obligaciones laborales que tengan el primer orden de preferencia, conforme el artículo 42°. La determinación del pago en partes iguales implica que el derecho de cobro de cada acreedor laboral se determine en función del número total de acreedores laborales reconocido en dicha prelación".

De lo expuesto queda claro que la ley concursal establece los supuestos en los que ejercita la preferencia de las acreencias laborales.

En el caso del D.Leg. 856, esta norma señala que los créditos tienen prioridad sobre cualquier obligación de la empresa o empleador, y que los bienes de éste se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. También establece la forma de pago (a prorrata) y la extensión del privilegio a quien sustituya total o parcialmente al empleador en el pago directo de las obligaciones.

Un aspecto importante que se discute es la oportunidad en la cual se puede hacer uso de este privilegio, es decir, si la aplicación del privilegio puede utilizarse en cualquier momento, sin necesidad de una situación especial de la empresa (falta de pago, crisis económica, etc.), o si más bien, se aplica el privilegio en un momento determinado en el que existe una amenaza de que las acreencias laborales no puedan cobrarse o cuando el empleador por una causa objetiva o subjetiva deje de abonar un monto determinado de las acreencias.

Este es un tema no resuelto, que se trata de manera particular en cada caso concreto, pero que debería estar resuelto por la normativa.

c) Derecho persecutorio

El D. Leg 856 regula el derecho persecutorio que tiene el acreedor laboral de perseguir los bienes transferidos por el deudor para hacerse pago de sus acreencias. Este derecho excepcional se establece en dos supuestos.

El primero de ellos tiene relación con la ley concursal. La norma establece que se otorga la facultad cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra, alcanzando la acción a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuados dentro de los 6 meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor.

Al respecto, un primer tema que se presenta es que la terminología que se emplea está referida a la norma concursal anterior (La Ley de Reestructuración Patrimonial), por lo que la declaración de insolvencia o la mención al insolvente debe considerarse como referida al deudor acogido al procedimiento concursal ordinario.

El período de 6 meses al que hace alusión la norma casa con el denominado período de sospecha que en la anterior norma concursal era del mismo plazo y que actualmente ha sido incrementado a un año[1]. Este período pretende evitar que los actos fraudulentos de parte del deudor, antes de acogerse al sistema concursal, generen un perjuicio mayor a los acreedores[2].

No hay una correspondencia exacta entre las dos normas de tal manera que se presentan problemas en la posibilidad de aplicar el derecho persecutorio. Por ejemplo, puede darse el caso de un grupo de trabajadores que trate de ejercitar el derecho persecutorio por deudas anteriores al acogimiento al procedimiento concursal y pretendan ejercer su derecho sobre un bien que ha sido transferido durante los 6

---

[1] No creemos que en el caso del derecho persecutorio se haya ampliado a un año, en tanto, no existe una remisión a la ley concursal.

[2] El artículo 19.1 de la LGSC señala: "El juez declarará ineficaces y, en consecuencia, inoponibles frente a los acreedores del concurso, los gravámenes, transferencias, contratos y demás actos jurídicos, sean a título gratuito u oneroso, que no se refieran al desarrollo normal de la actividad del deudor, que perjudiquen su patrimonio y que hayan sido realizados o celebrados por éste dentro del año anterior a la fecha en que se presentó su solicitud para acogerse a alguno de los procedimientos concursales, fue notificado de la resolución de emplazamiento o fue notificado del inicio de la disolución y liquidación".

meses anteriores al inicio del procedimiento concursal. De lograr los trabajadores esa situación se enfrentarían con algunos problemas legales, el primero es que los créditos que se encuentran dentro de la masa concursal deben ser pagados de acuerdo a las reglas establecidas en la normativa especial; el segundo, es que el bien transferido debería regresar al deudor a efectos de satisfacer las acreencias del concurso, donde es probable que los trabajadores accionantes se beneficien también con el inmueble recuperado; y, vinculado con lo anterior, ese grupo de trabajadores no podría beneficiarse únicamente con dicho bien, sino que el valor del mismo debe satisfacer por igual a todas las acreencias laborales sujetas al concurso. En consecuencia, la falta de compatibilidad entre las normas tiene como consecuencia la casi inaplicabilidad de las mismas.

c) Límites

Un elemento en común de ambas normas es que no establecen límites o excepciones a los créditos laborales privilegiados. Los más generalizados en otros paises corresponden a establecer como privilegiados los créditos generados durante un período determinado de tiempo, señalar topes máximos a los créditos laborales o excluir a determinados grupos de trabajadores, principalmente aquellos que son personal de dirección de la empresa[3].

La duda sobre este tema es si la Constitución actual, en la formulación que tiene, permite o no el establecimiento de esos límites o exclusiones, lo que podría resolverse con el Proyecto de Constitución en tanto hay una remisión legal[4].

Como puede observarse existen importantes diferencias entre estas dos esferas normativas y un contacto que como hemos visto resulta confuso, de ahí la necesidad de replantear la regulación sobre esta materia.

2. Anteproyecto de Ley General de Trabajo

A continuación tratamos los principales temas abordados por el Anteproyecto en materia de privilegios y preferencias.

---

[3] Al respecto ver OIT. Protección del salario. Normas y salvaguardas relativas al pago de la remuneración de los trabajadores. OIT. Ginebra, 2003, pgs. 183 y ss.

[4] En la discusión en el Pleno del Congreso, casi no se mencionó el artículo 33° del Proyecto, salvo para el tema del plazo de prescripción. Sin embargo, una intervención sugirió la eliminación de la remisión a la ley, en tanto considero que podría significar una restricción.

a) Los tipos de privilegios

El Anteproyecto distingue dos tipos de privilegio, el absoluto y el relativo. El absoluto se concede a:

- Las remuneraciones ordinarias impagas correspondientes a 1 año de trabajo que no excedan de 150 remuneraciones mínimas vitales en total por trabajador.
- Las demás remuneraciones (no ordinarias[5]), derechos y beneficios económicos no remuneratorios, nacidos de disposición legal o de convenio colectivo, *''hasta un importe igual al antes señalado''*[6].

El privilegio relativo corresponde a las remuneraciones y otros derechos y beneficios no remunerativos que excedan los montos indicados en el párrafo anterior.

Una de las aplicaciones de la diferencia es su ubicación en el orden de preferencia en el caso de la insolvencia[7], estableciendo que las acreencias con privilegio absoluto son calificadas en primer orden y las de privilegio relativo son de tercer orden.

Como habíamos apuntado, en el marco de la actual Constitución podría discutirse la constitucionalidad de la diferencia que se realiza, en tanto si bien hay siempre un privilegio, existe una diferencia entre los créditos que debe ser justificada.

Adicionalmente a esta discusión no aparece claramente la ventaja de hacer la distinción entre los tipos de privilegio, porque el desarrollo de la normativa no toma mucho en cuenta esta distinción y porque colocar algunos créditos laborales en el tercer orden no satisface la crítica que cuestiona el ''superprivilegio'' del crédito laboral[8], ya que coloca estos créditos laborales en el mismo nivel que los créditos garantizados.

b) Afectación de bienes

La propuesta señala que los bienes que integran el activo del empleador o que están en posesión o uso de éste y son de propiedad de sus socios o accionistas o pertenecen al mismo grupo de empresas, están afectos al pago preferente de sus

---

[5] Aunque en el anteproyecto no aparece claramente esta clasificación de ordinarias y no ordinarias, como si se hace con otras clasificaciones.

[6] Al parecer el límite temporal no se aplicaría en este caso.

[7] Cuya terminología debería ajustarse a la ley concursal vigente.

[8] Que a nuestro entender se explica por la opción constitucional y porque el trabajador no puede comportarse como un acreedor diligente debido a su especial situación frente al empleador.

deudas laborales. También se afecta a los bienes que se encuentran en posesión o uso por el empleador, por más de 6 meses y que se utilizan para el desarrollo de sus actividades, salvo que se acredite, con documento de fecha legalmente certificada, que pertenecen a un tercero no vinculado.

Al respecto, en primer lugar, no se hace ninguna diferencia entre los créditos privilegiados de manera absoluta y los que están de manera relativa, pero debería entenderse que primero deberían pagarse aquellos con privilegio absoluto. En segundo lugar, incorpora una novedad en nuestra legislación y es extender la afectación a bienes que no pertenecen a la empresa sino a los socios o accionistas de la misma, es decir, la obligación del pago de los créditos laborales se extiende a personas distintas de la empresa. Asimismo, crea una presunción con respecto a los bienes que son utilizados por la empresa en sus actividades por más de un período determinado (6 meses), debiendo la empresa o el propietario (que no sea socio o accionistas, sino estaríamos en el otro supuesto) probar que se trata de un bien que no es de la empresa.

La extensión y la presunción que se realizan son novedades del anteproyecto, que responden a experiencias concretas sucedidas en el país en las que se ha evadido el pago de las acreencias laborales. Ciertamente éste es uno de los puntos que creará más discusión en cuanto quiebra instituciones tradicionales como el de la responsabilidad limitada de los accionistas, y crea una presunción de propiedad.

Cabe señalar que el privilegio contenido en el anteproyecto, al igual que normativa vigente, es de carácter general en cuanto afecta a todos los bienes del deudor, a diferencia del privilegio especial que está relacionado con un bien específico.

c) Carácter persecutorio

Se establecen cinco supuestos en los que se ejerce el carácter persecutorio de los bienes del negocio, no distiguiéndose entre el privilegio absoluto y relativo.

El primer caso se refiere al mismo supuesto que el regulado por el inciso a) del artículo 3° del D. Leg. 856, al cual hemos hecho referencia anteriormente y a cuyos comentarios nos remitimos.

El segundo supuesto es la reiteración del inciso b) artículo 3° del D. Leg. 856, que establece el caso de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, al comprobarse que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de

trabajo. El objetivo es evitar que los trabajadores queden desamparados por la acción ilícita del empleador ya sea ésta abierta o encubierta de legalidad.

El tercer supuesto regulado es el referido al caso del empleador que ha sido sujeto de embargo por un tercio o más de los activos de éste o solicitado la ejecución de garantías respecto de igual proporción de los activos. Se entiende aunque no está claramente determinado en la norma que el derecho de persecución se podrá dar en dos circunstancias, la primera referida a la persecución de bienes distintos a los embargados o ejecutados que son transferidos, o la segunda relacionada a los propios bienes que son materia de embargo, remate y transferencia y a los bienes que son ejecutados y transferidos a terceras personas. La opción ha sido la de establecer un límite bastante bajo a efectos de permitir la oportuna acción de los trabajadores. Si bien esta norma está referida al derecho persecutorio, debería hacerse mención a que también es posible ejercer el derecho de preferencia antes de la transferencia de los bienes y en los mismos supuestos. Esto dentro de la lógica del propio proyecto.

El cuarto supuesto está referido al caso del empleador que reiteradamente incumple el pago de las remuneracions y beneficios. Se establece que opera el derecho persecutorio en el supuesto de un empleador que adeuda 50% o más de las remuneraciones y beneficios de sus trabajadores durante más de tres meses consecutivos. De acuerdo a la norma hay dos condiciones para que este supuesto opere. El primero referido a un porcentaje de la deuda y el segundo a una temporalidad. Si bien ésta es la opción asumida, quizás una fórmula más simple, como puede ser una referencia al monto global de la planilla (el valor de una planilla y media o dos planillas), ya que podría burlarse la norma manteniendo por un tiempo largo una deuda equivalente al 45% de la planilla.

El quinto caso se refiere al supuesto en el que el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda. La norma reitera el artículo 4° del D.Leg. 856 sólo que además de la preferencia o prioridad le otorga carácter persecutorio.

Aparte de la inclusión de nuevos supuestos en los cuales los trabajadores podrían utilizar el carácter persecutorio de los bienes, debería aclararse algunos temas, como por ejemplo, si el derecho persecutorio involucra también los bienes que se han extendido o se presumen del negocio, como se ha señalado en el punto anterior. Adicionalmente si existe un período determinado en el cual se pueda ejercer el carácter persecutorio y los mecanismos para utilizar el mismo.

Finalmente en el mismo artículo sobre el carácter persecutorio se señala que en los casos de reestructuración empresarial, el convenio deberá garantizar el respeto al privilegio de los créditos laborales. Al respecto la ubicación no resulta la más adecuada en cuanto este tema no se refiere al derecho persecutorio; en segundo lugar, no queda claro si la referencia es a la reestructuración patrimonial dentro de un procedimiento concursal o si se trata de cuaquier reestructuración empresarial; en tercer lugar, si fuera el supuesto de la reestructuración patrimonial en un procedimento concursal, como se ha visto, en la legislación concursal vigente el privilegio de las acreencias laborales está reservado a un caso concreto (transferencia de bienes de la empresa) y a la obligación de establecer en el plan de reestructuración un cronograma de pagos que considere un pago mínimo de por lo menos 30% de las acreencias laborales. En consecuencia, no queda claro si el artículo se ve satisfecho con este desarrollo de la ley concursal o pretende dar una mayor garantía. Y por último, si se refiere a la reestructuración patrimonial, aunque es un tema menor, la legislación concursal,en el caso de reestructuración, denomina al acuerdo de reestructuración como Plan, mientras que para el acuerdo de liquidación de la empresa usa el término convenio.

d) Liquidación y reconocimiento del crédito laboral

Un último aspecto que trata es el referido a la liquidación y reconocimiento del crédito laboral disponiendo que en los casos en los que se faculta a utilizar el privilegio con carácter persecutorio de los bienes del negocio, así como en todo caso de liquidación judicial o extrajudicial, ni el empleador ni los liquidadores pueden realizar los bienes sociales sin reconocer previamente los créditos laborales, en su orden de prelación. Adicionalmente señala que la liquidación de tales créditos es efectuada por la autoridad administrativa de trabajo, y por esa razón tiene mérito ejecutivo y es suficiente para sustentar la tercería de derecho preferente de pago que pudieran interponer los trabajadores.

Sobre este artículo, en primer lugar, pareciera que está referido a casos distintos no vinculados a la legislación concursal donde existe una obligación de los liquidadores de respetar un orden de preferencia y donde el reconocimiento de los créditos es realizado por la autoridad administrativa concursal. En segundo lugar, trata de dos temas distintos, el primero referido a la obligación de reconocer los créditos laborales en su orden de prelación, y el segundo a la liquidación de los créditos laborales en el sentido de determinación de la existencia de créditos laborales y el cálculo de los mismos. En tercer lugar, no queda claro la mención a que en

los casos del derecho persecutorio el empleador o el liquidador tienen que reconocer los créditos laborales en su orden de prelación previamente a realizar los bienes, en tanto que no está claro si se refiere al orden de prelación entre el privilegio absoluto y privilegio relativo, o está referido a otro orden de prelación, y en todo caso, no se trata del reconocimiento previo de los créditos laborales sino el del pago privilegiado. En cuarto lugar, tampoco resulta clara la mención a la necesidad en que en todos los supuestos el trabajador tenga que pasar por una liquidación de sus créditos ante la autoridad administrativa de trabajo, ni siquiera para sustentar la tercería de derecho preferente de pago que podría hacerse con otro título. En consecuencia el objeto de la norma no resulta de fácil entendimiento.

Concluyendo puede decirse, que en el caso del anteproyecto se mantienen las dos esferas de regulación distintas con algunos puntos de comunicación pero no claramente definidos, como el orden de preferencia según se trate de privilegio absoluto o relativo, uno de los supuestos de carácter persecutorio y la mención a la obligación de respetar el privilegio en los casos de reestructuración empresarial, si esa hubiera sido la intención.

De lo expuesto, sostenemos que si la idea es mantener esa distinción de esferas jurídicas debería establecerse con mayor precisión porque de lo contrario se corre el riesgo que se trate de una normativa que tenga serias limitaciones en su aplicación. A pesar de esto, resultan interesantes las innovaciones planteadas y generan una discusión totalmente saludable para las relaciones laborales en el país.

Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo*

Alfredo Villavicencio Ríos
Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla,
profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica,
integrante del equipo profesional del Consorcio Justicia Viva
y miembro de la Comisión de Expertos que redactó
el Anteproyecto de Ley General del Trabajo

I. La alternativa democrática frente al modelo histórico reglamentarista y restrictivo

El siglo XXI nos encuentra sin variaciones sustanciales respecto a la consideración del sindicato como un sujeto todavía bajo sospecha, al que hay que marcarle el ámbito de actuación y tenerlo siempre bajo control. Así, desde comienzos de la actividad gremial a fines del siglo XIX y hasta la fecha, la negociación colectiva ha sido admitida a regañadientes y cuando no había más remedio porque la mayoría absoluta de los trabajadores se encontraba sindicado, y, en consecuencia, el espacio que se le ha otorgado ha estado referido centralmente a las condiciones de trabajo emblemáticas: remuneraciones y tiempo de trabajo, sin que en ningún caso pudiera desarrollar toda su virtualidad en el campo aludido y más allá de él, en los ámbitos *gubernamental* (dictado de las normas sobre las que se asienta el poder normativo de los sujetos colectivos) y *organizacional* (de adaptación del factor trabajo a la organización del trabajo y viceversa). Además de ello, la consideración patológica del conflicto llevó a intentar reducir el ámbito de la huelga a su mínima expresión, lo que se grafica claramente en la actual regulación, que encuentra en el capítulo dedicado a la huelga la expresión más paradigmática del modelo histórico reglamentarista y restrictivo.

---

* Este artículo toma como base las reflexiones esbozadas por el autor en su trabajo "La refundación de las relaciones colectivas de trabajo según el Anteproyecto de Ley General del Trabajo", Revista del Trabajo N° 12, Lima, abril del 2003.

Desde este prisma, se consideró imprescindible materializar la primera reforma integral de la regulación de las relaciones colectivas de trabajo de nuestra historia, dado que desde 1913, año en que se produce la primera norma sobre huelga, hasta la fecha, el signo había sido el mismo. Y ello se ha dado al margen del carácter democrático o autocrático de los gobiernos: no ha interesado si estábamos en democracia o en dictadura, las relaciones colectivas no se tocaban y si lo hacían era para perfeccionar aún más este modelo controlista y limitador. Muestra de ello son las 16 observaciones formuladas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT al actual decreto ley que regula las relaciones colectivas de trabajo, en función a vulneraciones bastante graves de la libertad sindical, entendida en su real y compleja dimensión, es decir, no sólo como sindicación, sino también comprendiendo sus manifestaciones dinámicas de negociación colectiva y huelga.

A partir de esta realidad, se ha buscado poner los cimientos de un sistema democrático de relaciones laborales basado en el impulso de sujetos institucionalizados, vitales y sólidos, que ordenen las relaciones laborales de la manera más adecuada para poder afrontar los retos de la especialización flexible que nos trae la globalización (tomando en cuenta lo previsto por la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998), generando las regulaciones diversificadas, adaptables, versátiles y coherentes con un modelo de incremento permanente de productividad, sin descuidar los equilibrios básicos de todo Estado Social de Derecho.

¿Y qué se entiende por sistema democrático de relaciones laborales? Así como la democracia implica autodeterminación, en el terreno laboral un sistema democrático de relaciones laborales implica la presencia gravitante de la autonomía colectiva, como la institución en la que se expresa el papel preponderante que deben tener las representaciones de trabajadores y de empleadores para autoregular sus intereses contrapuestos[1]. De allí que telegráficamente podríamos afirmar que se trata de «un sistema de autonomía máxima y de heteronomía limitada»[2], convir-

---

[1] En este sentido, ALONSO GARCIA ha sostenido que «un modelo democrático de relaciones de trabajo será, por tanto, traspasar parcelas de poder regulador de dichas relaciones a quienes ostenten la condición de sujetos de las mismas» ("Aproximación a un modelo democrático de relaciones laborales y el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo", en VVAA. *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Instituto de Relaciones Laborales de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1980, p. 17).

[2] SAGARDOY BENGOECHEA, J. A. Y DEL VALLE VILLAR, M., "La negociación colectiva en el ordenamiento jurídico español", en Actas del XI Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Tema I, Volumen II, Caracas, 1985, p. 285. Al respecto, ha sostenido ALONSO.../

tiendo a la negociación colectiva en el «sistema normal de fijación de los contenidos de la relación laboral y considerando excepcional la intervención normativa del Estado en este ámbito».[3]

Estamos, pues, ante la configuración de la negociación colectiva como «instrumento básico y preeminente de regulación de las relaciones laborales»[4], en donde «el convenio colectivo no es una meramente complementaria y accesoria, sino una fuente principal, cuantitativa y cualitativamente, para regular las relaciones laborales»[5]. En otras palabras, hay que reconocer que «en un modelo democrático de relaciones laborales el centro de gravedad del sistema es la contratación colectiva, y en ella se unifican factores de distinta clase para generar las normas del sistema»[6]

En estos términos, la negociación colectiva trasciende el papel de regular las condiciones de trabajo (que, en su expresión más amplia, viene a denominarse por la doctrina norteamericana como *función de compraventa*), para incorporar diversas y complejas materias a la esfera autonómica, llevando a que los sujetos colectivos dominen el proceso de negociación en sus diversas fases y vicisitudes. En este marco, la negociación colectiva extiende su papel al ámbito del autogobierno de las relaciones laborales, ocupándose de crear y regular una dinámica red de relaciones entre las partes dirigida a producir, aplicar, interpretar, adaptar e integrar los dis-

---

/... GARCÍA, que «un modelo democrático de relaciones de trabajo (...) equivaldrá a reconocer el máximo de poder de autonomía a aquéllos (sujetos colectivos) en la toma de decisiones que aseguren acuerdos o pongan fin a discrepancias surgidas entre los intereses encarnados por unos y otros; representará, en definitiva, la posibilidad de reducir al mínimo la intromisión del poder político en el dominio de tales relaciones, no en aras de la resurrección de un liberalismo de otros tiempos, sino en función de cuanto conlleva la necesaria presencia de unas organizaciones representativas que sean las verdaderas ordenadoras de los intereses en disputa» (ob. cit., pp. 17-18).

[3] OJEDA AVILES, Antonio, "Barrenado de convenios y contenido esencial del derecho de negociación colectiva", en VV.AA., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*, Actualidad Editorial, Madrid. 1995. p. 214.El el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español desde la sentencia N° 31/1984, de 7 de marzo.

[4] GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, "Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo", Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 124.

[5] RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, "Norma estatal y norma colectiva", Relaciones Laborales, 1987, Tomo II, p. 63.

[6] RIVERO LAMAS, Juan, Prólogo al libro "Hacia un modelo democrático de relaciones laborales", cit., p. 7.

tintos acuerdos colectivos, señalando los sujetos legitimados, las materias, la estructura de la negociación colectiva, el procedimiento, etc. (*función gubernamental*). A lo que se debe añadir la *función organizacional*, que le permite ocuparse de materias vinculadas a la actuación de la empresa como sujeto económico, no desde el punto de vista estricto de las relaciones laborales sino en su actividad como organización económica (opciones productivas, política de inversiones, reconversiones, reestructuraciones, incorporación de nuevas tecnologías, etc.)[7].

A partir de todo lo escuetamente dicho, creemos firmemente que no sólo se debe ir a un cambio dentro de las reglas legales vigentes, sino que debemos caminar hacia una refundación de las relaciones entre el Estado y las representaciones colectivas, cuyo eje central debe ser el reconocimiento unánime de las señaladísimas funciones que cumple la actuación colectiva en cualquier estado democrático; funciones que sintéticamente podríamos decir, se expresan en los campos *equilibrador y compensador* de la asimetría de poder que se produce en las relaciones individuales; *compositivo o pacificador*, respecto del conflicto inmanente que caracteriza a las relaciones laborales; *normativo*, estableciendo reglas apropiadas para cada unidad productiva; *de vigencia del propio Derecho del Trabajo*, en la medida en que las disposiciones imperativas que mayoritariamente conforman nuestra disciplina tienen una genética baja tasa de aplicación cuya mejoría depende fundamentalmente de la existencia y actuación de las organizaciones sindicales; y, finalmente, *democratizador y de cohesión social,* habida cuenta que resulta fundamental para que la democracia formal dé pasos concretos en el camino de convertirse en una democracia material, en la que (también) se toman en cuenta los intereses de los trabajadores.

Ahora bien, el propuesto modelo democrático de relaciones laborales no recusa la intervención del Estado y se adhiere a lo que serían los modelos de "*abstention of law*", sino que requiere que el estado participe, pero jugando un rol inverso al que hasta ahora ha venido desempeñando, un rol no intervencionista y restrictivo, sino fundamentalmente garantista y promotor, coherente además con el mandato constitucional expreso de garantizar la libertad sindical y fomentar la negociación colectiva. Hay pues que cambiar el siglo de la intervención estatal y otorgarle no sólo un rol de eliminación de obstáculos respecto de los sujetos colectivos y su actuación,

[7] Un desarrollo mucho más profundo y detallado de las funciones de la negociación colectiva puede verse en VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, "Los acuerdos marco sobre la estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido", Editorial Comares, Granada, 1998, pp. 4-37.

sino también de generar los canales para garantizar el ejercicio de estos derechos y para otorgar las facilidades a fin de que desplieguen su máxima eficacia.

Finalmente, este rol garantista tiene que actuar en los tres componentes centrales en que se expresa la autonomía colectiva, habida cuenta de su interdependencia: en el del surgimiento y configuración de los sujetos colectivos (la sindicación o autoorganización, como presupuesto de la autonomía colectiva), en el de la producción de normas pactadas (la negociación colectiva o autorregulación, como expresión del poder normativo de que está investida) y en el de las medidas de presión (la huelga o autotutela, como garantía de su eficacia). De no ser así, por limitarse excesivamente alguno o algunos de estos componentes (como ha sucedido acentuadamente en el Perú), el modelo se vacía totalmente de contenido y no pasa de tener una simple apariencia democrática.

II. Rasgos generales del sistema democrático propuesto

Si vamos a las características centrales que informan el modelo propuesto en el Anteproyecto de Ley General del Trabajo, tenemos que, en primer lugar, se debe señalar que se enmarca dentro del nuevo contexto latinoamericano de impulso de la autonomía colectiva que se vive en Brasil, República Dominicana, Paraguay y Uruguay.

En segundo lugar, se busca que sea una ley aprobada por el parlamento, con la pluralidad que ello importa, lo que sólo resulta resaltable porque nunca ha sucedido ello a lo largo de nuestra historia.

En tercer lugar, en su elaboración se está consultando a los actores sociales; habiéndose sostenido, incluso, reuniones conjuntas entre los integrantes de la Comisión de Trabajo del Consejo Nacional del Trabajo (CNT) y la Comisión de Expertos encargada de la elaboración del Anteproyecto. El objetivo máximo sería obtener el aval social y político necesario para que se convierta en una expresión de legislación negociada, pero como ello depende de muchas variables, no se ha descuidado la discusión concreta de sus regulaciones en el seno del CNT.

En cuarto lugar, estamos ante una propuesta de regulación bastante *oitiana*, en la medida en que muestra un respeto muy grande a las normas internacionales y su desarrollo e interpretación a través de los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ello, a su vez, nos hace ver que, acorde con el carácter mínimo de las normas internacionales, se está en un primer peldaño normativo, lo que va a tono

con el estadio de refundación y con lo posible en la coyuntura actual. También, nos lleva a resaltar que habida cuenta del carácter tripartito de la OIT, el respeto de las normas y pronunciamientos internacionales viene a darle un aval social indirecto.

Además de ello, se propone un modelo que todavía tiene una autonomía externa limitada, es decir, en el que el papel de la regulación estatal todavía es muy fuerte en el ámbito de la autonomía colectiva, lo que responde a nuestras coordenadas históricas, aunque se han abierto todas las puertas para que sean las partes sociales las que vayan reclamando para sí la regulación no sólo sustantiva sino también estructural y organizacional de las relaciones laborales.

En sexto lugar, y en el ámbito de la autonomía interna, se busca generar las condiciones para que el sistema pueda contar con una negociación colectiva articulada que nos permita aprovechar los beneficios de la negociación sectorial y de la negociación empresarial, relativizando los lados menos favorables que tiene cada uno de estos niveles.

En séptimo lugar, es un modelo que impulsa la paulatina sustitución del modelo descentralizado y disfuncional para el funcionamiento del país, estableciendo una cierta preferencia por la negociación sectorial que le dé racionalidad económica, amplíe su cobertura y evite el *dumping* social como instrumento de competencia entre empresas.

Finalmente, es un modelo que aborda el conflicto sin hipocresía, sin considerarlo patológico *sotto voce*, sino inherente a la naturaleza de las relaciones laborales, por lo que busca que sus expresiones no sean negadas *a priori* sino que sean procesadas a través de instrumentos de composición que le permitan jugar el rol dinámico y de tutela de los intereses de los trabajadores que le corresponde.

A continuación, veamos como se concretan estas líneas maestras en la regulación específica de la sindicación, negociación colectiva y huelga, debiendo hacer la salvedad que por las exigencias de espacio, nos veremos obligados a presentar únicamente las regulaciones más importantes, destacando desde el comienzo que una parte muy significativa de la propuesta normativa comentada se caracteriza por eliminar un significativo elenco de regulaciones que encorsetaban abusivamente las expresiones de la autonomía colectiva.

III. Sindicación

En lo que hace al derecho de sindicación, se comienza con ánimo principista y pedagógico señalando el contenido complejo de este derecho y sus principales ma-

nifestaciones individual, colectiva, positiva, negativa, de organización, de actividad; desarrollando explícitamente el principio democrático y sus manifestaciones más resaltantes, como principal límite impuesto desde fuera al principio de autoorganización.

En este marco, dividiremos la presentación en dos partes: una referida al régimen jurídico sindical, en la que se verán los temas de estructura sindical, mayor representatividad, número mínimo de afiliados y personalidad jurídica; y la otra, a la protección de la libertad sindical.

En el ámbito de la estructura sindical, por primera vez en nuestra historia se formula una tipología abierta de organizaciones sindicales posibles, acorde con el derecho a constituir las "*organizaciones que estimen convenientes*", que consagra el artículo 2 del Convenio 87 de la OIT[8]. Por tanto, no sólo será posible constituir cualquiera de las organizaciones expresamente listadas en la norma, sino que tendrán cabida otras que los titulares del derecho encuentren más adecuadas a la defensa y promoción de sus intereses.

Esta amplitud institucional asociada a un modelo tradicional de pluralidad sindical, hace imprescindible abordar el tema de la mayor representatividad, frente al cual se ha mantenido el criterio histórico de la consistencia afiliativa, a partir de privilegiar la necesidad de esperar todavía un desarrollo mayor de las relaciones colectivas para intentar criterios más complejos. Habría que señalar, asimismo, que la condición de organización más representativa sólo concede prerrogativas en el ámbito de la negociación colectiva de eficacia general (*erga omnes*), por lo que éstas sólo podrían extenderse adicionalmente al campo de la representación institucional y de la consulta con las autoridades públicas, a partir de los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT.

De otro lado, en materia de número mínimo se ha establecido de consenso que para organizaciones supraempresariales es de 50, reduciendo el número anterior (100) que había sido cuestionado por OIT y aceptado por la Ley 27912, de 8 de enero de 2003. En lo que hace a las organizaciones de ámbito empresarial o infraempresarial, nos encontramos con uno de los dos disensos que tiene este proyecto: tres integrantes de la comisión lo estimaron en 10 y dos de ellos en 20, siendo que ambos respetan lo que el Comité de Libertad Sindical ha dispuesto.

---

[8] En el mismo sentido, hay que tener presente que el propio artículo 10 del Convenio 87 señala que están bajo su amparo todas las organizaciones cuya finalidad seda la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores.

Finalmente, dentro de esta escueta presentación del régimen jurídico sindical, está el tema de la personalidad jurídica. Al respecto, se mantiene el sistema del registro para el otorgamiento de la misma, pero se propone un procedimiento rápido y sin espacio para la injerencia política, habida cuenta que éste es uno de los terrenos más importantes y, por ello mismo, más habituales de la intervención estatal limitativa.

De allí que el proyecto se haya acogido al sistema francés de depósito de estatutos y automática obtención de personalidad jurídica, superando también al régimen actual en el campo de las dimensiones de ésta, que ahora son plenas (o para todo efecto legal), en tanto que la regulación precedente establece una dualidad de personalidades jurídicas: una gremial que se obtiene a través del registro sindical y franquea la capacidad de actuar en el mundo de las relaciones laborales; y otra común, que se obtiene a través del registro como asociación civil, para poder actuar en el resto de planos. Esta duplicidad, sólo explicable en un contexto normativo en que se reconoció, muy cuestionablemente, que la autoridad que tenía a su cargo el registro sindical contaba con facultades para cancelarlo[9], no tiene sustento confesable alguno (ya que sólo traía disfuncionalidades entre los dos sujetos), por lo que había que eliminarla, como había sido reclamado por el propio Comité de Libertad Sindical de la OIT.

En el campo de la protección de la libertad sindical, que, sin lugar a dudas, es un componente central del derecho de libertad sindical, no sólo se han eliminado los obstáculos para su ejercicio (*tutela negativa*), sino que se ha establecido una protección genérica y una protección específica, dirigidas a permitir un desarrollo eficaz de actividad sindical (*tutela positiva*). Se trata, pues, de asumir la visión moderna al respecto que entiende la protección de la libertad sindical como una premisa para la existencia del derecho, puesto que el buen funcionamiento de las medidas de protección de la actividad sindical, determina la vigencia efectiva de este derecho y especialmente el eficaz desarrollo de actividad sindical[10].

En el ámbito de la protección genérica, por primera vez en el Perú se reconoce la universalidad subjetiva y objetiva de la protección de la libertad sindical, poniéndonos a tono con el Convenio 98 de la OIT, luego de 53 años de su aprobación. En

---

[9] La Ley 27912 ha terminado con esta facultad señalando que la cancelación del registro sólo procede una vez disuelta judicialmente una organización sindical.

[10] Como sostitene ERMIDA URIARTE, Oscar, "La protección contra los actos antisindicales", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 23.

tal sentido, se protege a todos los trabajadores que desarrollen alguna actividad sindical, respecto de todos los perjuicios que pudieran sufrir a causa de ello, y sea quien fuere el agente infractor.

Frente a sujetos más expuestos la protección requiere de mayor intensidad, por lo que se ha previsto una tutela procesal específica para determinados dirigentes o promotores sindicales (los mismos que en la actual regulación gozan de fuero sindical), que consiste en abrirles la posibilidad de conseguir la suspensión del despido, traslado o desplazamiento que se considere antisindical, si es que el empleador no prueba que la razón de cualquiera de estos tres actos fue totalmente ajena al ejercicio de la libertad sindical del trabajador. En este mismo caso, cuando la sentencia sea favorable al trabajador, debe cesar la violación, sin perjuicio de la apelación que pudiese plantearse.

Además de ello, se mantiene la regulación referente a la nulidad de los despidos antisindicales, estableciéndose en la parte correspondiente, la inversión de la carga de la prueba como mecanismo también fundamental para la tutela de la libertad sindical. Finalmente, se anuncia la regulación futura de un proceso sumario y preferente de tutela de la libertad sindical, empeño que no ha podido afrontarse porque no era el cometido de la Comisión de Expertos.

En cuanto a las facilidades para el ejercicio de la actividad sindical, que en la actualidad forman parte indisoluble de los medios de protección, se positiviza lo consagrado por el Convenio 135 y la Recomendación 143 de la OIT, habida cuenta que el convenio mencionado no ha sido ratificado por el Perú.

IV. Negociación colectiva

En relación con el tema de la negociación colectiva, presentaremos también los cambios más resaltantes, debiendo señalar que en materia de procedimiento son más bien pocos.

Tras definir a la negociación colectiva como conjunto de tratativas que tiene lugar entre empleadores y organizaciones de trabajadores, encaminadas a celebrar un convenio colectivo de trabajo, la regulación propuesta aborda en primer lugar los presupuestos de la negociación colectiva: el deber de negociar de buena fe, el derecho de información y la fijación del nivel negocial, a los que se agrega, como medida de fomento de la negociación colectiva, la posibilidad que el Estado conceda un tratamiento tributario más ventajoso o reconozca incentivos específicos a los beneficios económicos otorgados mediante convenio colectivo.

En el terreno de lo que significa la obligación de negociar de buena fe, se precisan sus alcances en los terrenos de recepción del pliego, entrega oportuna de información económica, concurrencia a las reuniones, realización de todos los esfuerzos para la consecución del convenio colectivo y la abstención de toda actividad lesiva frente a la contraparte.

Se regula luego el derecho de información, tanto en su plazo de solicitud y entrega (con 120 días de anticipación al vencimiento del convenio y entregada a los 30 días de solicitada), cuanto en las materias (estados financieros auditados, planillas de remuneraciones del semestre anterior y última memoria anual, en el caso de negociaciones de ámbito empresarial), las sanciones por su incumplimiento (inexistentes en la regulación actual), la posibilidad de regular el tema vía convenio colectivo y el deber de reserva absoluta que deben guardar los negociadores respecto de la información recibida.

En el campo de la elección del nivel de negociación, se establece que lo determinarán las partes de común acuerdo, relacionando la estructura sindical con los ámbitos negociales. Si no se consigue el acuerdo de las partes, la discrepancia será resuelta arbitralmente, a no ser que no exista un convenio colectivo previo, en cuyo caso, y excepcionalmente, el nivel será el planteado por la representación de los trabajadores, para evitar de esta manera que una negativa cerrada a negociar en determinado nivel deje sin cobertura colectiva a los trabajadores involucrados.

En materia de procedimiento si bien no hay grandes innovaciones, puesto que se busca darle la máxima expresión a la negociación directa, las mayores novedades son las que se presentan en el arbitraje. En este terreno, de un lado se establece el arbitraje potestativo, sin perjuicio del derecho de huelga de los trabajadores, y, de otro, se mantiene el sistema de arbitraje por la última posición de las partes, aunque con una variación sustancial: la propuesta final no se presenta al inicio del arbitraje, sino luego de haberse actuado las pruebas pertinentes, de manera que cada participante pueda recoger todos los elementos de juicio posibles.

En el ámbito de la regulación de los efectos del convenio colectivo hay cambios importantes, puesto que, tras señalar que no podrá contener menores derechos que los previstos por normas imperativas, se establece que tendrá la vigencia que las partes decidan (sin duración mínima), retornando al tema de la duración indefinida de las cláusulas, salvo que las partes les otorguen una duración determinada. Se termina de alejar así de la regla de "*caducidad*" del convenio colectivo a su vencimiento, que rompió el régimen histórico de duración indefinida y no ha tenido apli-

cación práctica por su irracionalidad[11]. Asimismo, se deja claramente establecido el carácter normativo (obliga a las partes que lo celebraron y a quienes éstas representan, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad y a las empresas comprendidas en su ámbito) y obligatorio del convenio colectivo (su primacía sobre la voluntad individual), así como su nulidad en el supuesto que infrinja disposiciones legales imperativas.

En el caso de transmisión de empresas, se dispone que la vigencia del convenio colectivo continuará hasta su sustitución por otro que involucre a los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación.

Finalmente, se permite que el Ministerio de Trabajo resuelva los conflictos como árbitro si es que ninguna de las partes plantea otro arbitraje o declara la huelga, con la finalidad de evitar que el tema de los costos del arbitraje, que impidió en muchos casos que se llevara a cabo, continúe afectando la solución de los conflictos laborales de intereses. En el mismo sentido, también hay una disposición, que señala que cuando el arbitraje es solicitado por la empresa y aceptado por el sindicato, la empresa paga dos terceras partes del costo y los trabajadores el restante tercio.

V. Huelga

Con una regulación mucho más reducida cuantitativamente que la precedente y con una orientación muy apegada a lo edictado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y por el Comité de Libertad Sindical de la OIT, el capítulo dedicado a la huelga comienza definiendo este derecho constitucional como la abstención colectiva en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, acordada de manera democrática y ejercitada pacíficamente, en defensa y promoción de los intereses de los trabajadores.

Así, desde el comienzo, se trata de darle al mecanismo que garantiza la eficacia de la autonomía colectiva el espacio que le corresponde, salvando los cuestionamientos de la OIT, cuyos órganos de control han impugnado expresa y reiteradamente las restricciones planteadas por la regulación actual, tanto en el campo de la definición como en el de la prohibición total de las modalidades atípicas, que sólo deberían limitarse cuando pierden su carácter pacífico.

[11] Que ha sido dejada de lado por la Ley 27912.

En el terreno de los requisitos numéricos para declarar la huelga, se ha eliminado el de contar necesariamente con el respaldo de la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa o ámbito superior de que se trate, pasando a un sistema en el que caben las huelgas minoritarias, en cuyo caso la decisión sólo involucrará al conjunto del colectivo que tomó la decisión de declararla. En otras palabras, si la decisión ha sido tomada por la mayoría absoluta de trabajadores de una empresa u otro ámbito, la medida de presión involucrará a todos los trabajadores de tales unidades, en tanto que si la huelga es declarada por una organización sindical minoritaria sólo afectará al conjunto de afiliados de la convocante.

En cuanto a la calificación de la huelga, se elimina el doble trámite de improcedencia e ilegalidad actualmente existente, modificándose, además, y las coordenadas procedimentales, en la medida en que la calificación de ilegalidad (que es la única que quedaría) ya no se realiza de oficio, sino a pedido de parte: la empresa o los emplazados pueden plantear una solicitud de declaración de ilegalidad, fundamentando las razones para ello, por lo que en el Anteproyecto la prueba de la legalidad de la huelga recae en el sujeto empresarial.

Las causas de la ilegalidad de la huelga son las siguientes: cuando no cumpla con alguno de los requisitos para su declaratoria, no cumpla con los servicios mínimos, se convoque con motivos político partidarios o por cuestiones desvinculadas con los intereses económicos y sociales de los trabajadores, derive en actos de violencia sobre las personas o destrucción de bienes y no se levante después de haberse sometido la controversia a arbitraje.

De todos modos, y como contrapeso que impida un recurso desmedido a estas modalidades, se ha previsto el procedimiento de calificación de una huelga como abusiva, que opera a solicitud de parte y cuya calificación final dio lugar a la segunda discordia de toda la regulación de las relaciones colectivas de trabajo. Así, para algunos de sus integrantes el carácter abusivo de una huelga debe ser señalado por la autoridad administrativa de trabajo, en tanto que para otros esta calificación tiene que provenir necesariamente de una decisión judicial.

Finalmente, se ha revisado el tema de los servicios esenciales definiéndolos (como aquellos cuya suspensión puede afectar la vida, salud o seguridad de todo o parte de la población), y estableciendo una lista dentro de los parámetros internacionales, así como estableciendo que las discrepancias alrededor de los alcances del servicio mínimo que debe continuar prestándose, deben ser resueltas por el órgano que para estos efectos establezca el Consejo Nacional del Trabajo. Igual tratamiento tienen los servicios mínimos que deben prestarse cuando se trata de evitar que

una huelga afecte los bienes, la seguridad o los procesos productivos en una o varias empresas. En ambos casos se ha salvado de este modo los cuestionamientos que al respecto nos había formulado la OIT.

En conclusión, se trata de un esfuerzo académico en el que han confluido cinco sensibilidades diferentes, que sin embargo tienen en común la convicción de que hay que refundar las relaciones entre el Estado, las organizaciones de trabajadores y los empleadores y sus organizaciones, con el fin no sólo de mantener los equilibrios sociales fundamentales en cualquier democracia moderna, sino de afrontar en las mejores condiciones posibles el reto de la productividad y competitividad, para encontrar la mejor inserción posible en la economía globalizada.

Derecho de huelga y servicios esenciales

Adolfo Ciudad Reynaud
Especialista Principal en Legislación y Administración
del Trabajo de la OIT para los Países Andinos[1]

El tema de la huelga y de los servicios públicos esenciales ha sido objeto de importantes debates doctrinarios en atención a las distintas concepciones que de estos últimos se han ido desarrollando, así como a los variados límites que los sistemas de relaciones de trabajo han establecido para el ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de estos servicios. La importancia del debate está dada no sólo porque la huelga es uno de los tres pilares sobre los que se estructura el Derecho Colectivo del Trabajo, sino porque es considerada uno de los medios fundamentales de autotutela de las organizaciones sindicales, y como mecanismo equilibrador de las relaciones de trabajo.

La huelga, definida como *"el incumplimiento colectivo y concertado de la prestación laboral debida, adoptada como medida de conflicto"*,[2] es una de las formas en las que se manifiesta un conflicto colectivo de trabajo, y es sin duda una de las más características y típicas, en el sentido que la huelga exterioriza el conflicto de manera más clara, abierta y patente. Además, se trata de un fenómeno social de gran importancia y con consecuencias sobre la economía nacional, y cuando se trata de huelgas en los servicios esenciales, las consecuencias comprenden también intereses fundamentales de la vida en comunidad.

La huelga ha sido recogida por la mayor parte de la Constituciones Políticas de los países de la región, así como por la normativa internacional de la más diversa terminología (Pactos, Convenciones o Cartas), promulgadas y adoptadas a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Es más, "en el constitucionalismo

---

[1] Las opiniones expresadas en este documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT.

[2] OJEDA AVILÉS, Antonio, *Derecho Sindical*, Tecnos, segunda edición, Madrid, 1984, pág. 321.

moderno no se concibe la posibilidad de instituir un sistema democrático sin el reconocimiento de ese singular instrumento de promoción y defensa de los intereses de los trabajadores en que consiste el derecho de huelga."[3] No obstante, la huelga no es un derecho absoluto, sino uno cuya utilización debe entrar en diálogo y coordinarse con otros derechos, así como ejercitarse en forma compatible con aquéllos imprescindibles para la vida en comunidad. Al respecto, se ha enfatizado que "La huelga no constituye un valor absoluto al que pueda sacrificarse cualquier otro ... pero sí un valor fundamental, que tan sólo consiente sacrificios proporcionados a los que han de sufrir otros derechos de igual condición constitucional."[4]

Por otra parte, la acción de la legislación y de la jurisprudencia nacionales, así como los principios básicos y criterios desarrollados por los órganos de control de la OIT, han venido definiendo los límites admisibles para el ejercicio de la huelga cuando afecta los denominados servicios esenciales para la comunidad. Así, cuando se hace referencia a los servicios esenciales, se alude a "un núcleo de actividades, servicios y sectores no susceptibles de ser interrumpidos o de serlo tan sólo bajo determinadas condiciones pues, de otro modo, quedarían lesionados intereses generales, se atentaría contra principios de valor constitucional o se dañarían derechos fundamentales de los ciudadanos."[5]

En lo que respecta a la OIT, sin perjuicio de tratar el tema con más detalle en el punto 5 de este ensayo, baste indicar que de acuerdo con lo expresado por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEARC), "El principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios esenciales perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa. Al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva; la Comisión estima, por tanto, que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción po-

---

[3] VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, "Derecho de huelga: interés comunitario y defensa de los derechos fundamentales", en *Asesoría Laboral*, Lima, setiembre 1998, pág. 14. Tal trabajo recoge la ponencia presentada al XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Panamá entre los días 27 al 30 de abril de 1998.

[4] BAYLOS GRAU, Antonio, *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1988, pág. 18, citando la sentencia del Tribunal Constitucional 41 / 1984, de 21 de marzo.

[5] Op. Cit. VALDÉS, pág. 14.

dría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población."[6]

En consecuencia, las orientaciones generales de la CEACR sobre esta materia serían las siguientes:

a) No resulta conveniente definir los servicios esenciales de forma demasiado extensa, sino más bien restrictiva;

b) Sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población;

c) No es conveniente elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales.

No obstante, queda pendiente la difícil y compleja tarea de determinar en qué consiste una definición de servicios esenciales que cumpla, en términos generales, con tales características y alcances. El propósito del presente trabajo consiste en aportar algunos elementos técnicos que contribuyan a tal cometido.

En primer término nos referiremos a los antecedentes históricos del concepto de servicios esenciales y a su evolución; en segundo lugar aludiremos a la justificación de las restricciones al derecho de huelga en el caso de los servicios esenciales; en tercer lugar trataremos el tema de las técnicas legislativas para la individualización de los servicios esenciales; en cuarto lugar nos ocuparemos de las garantías de no interrupción de tales servicios; y en quinto lugar nos referiremos a los criterios sobre los servicios esenciales desde el punto de vista de los órganos de control de la OIT, incluyendo pronunciamientos sobre casos concretos.

I. Antecedentes del concepto de servicios esenciales

La primera configuración sistemática de la noción de servicio público se dio en el primer cuarto del siglo XX por Duguit y la Escuela de Burdeos. Según este autor, el Estado no se justifica sino por ser titular de servicios públicos y para que sirva directamente a la comunidad. Así, se concibe al Estado como "una coopera-

[6] OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Conferencia Internacional del Trabajo, 81.° reunión, 1994, Ginebra, pág. 75, párrafo 159.

ción de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes", quienes no pueden hacer nada que suponga un obstáculo cualquiera "para la satisfacción de las necesidades comunes a todos los hombres."[7]

En lo que se refiere al servicio público, éste fue definido en aquella época como toda actividad cuyo cumplimiento debe asegurarse, regularse y controlarse por la Administración, "porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desarrollo de la interdependencia (o solidaridad) social, y es de tal naturaleza que sólo puede realizarse completamente mediante la intervención de la fuerza gobernante."[8] De ahí que la continuidad sea uno de los caracteres esenciales del servicio público; se trata, al decir de los autores de la época, de actividades de tal importancia para la colectividad que no pueden interrumpirse ni un solo instante.

Así, dentro de esta concepción de servicios públicos, la huelga y la continuidad de tales servicios públicos se tornan en conceptos excluyentes. El servicio público se manifestaba como una actividad intangible, y en consecuencia, todo atentado al mismo era un atentado directo contra el Estado que no podía permitirse. No obstante, esta situación de absoluta incompatibilidad entre ambas nociones no se sostuvo en el tiempo debido a la crisis de la noción del servicio público como definidor del Estado, y de otra parte, por el reconocimiento constitucional del derecho de huelga.

Se comenzó a producir así la conciliación entre el principio de continuidad de los servicios públicos y el derecho de huelga. La experiencia francesa resulta bastante interesante en la medida que fue donde se arraigó con más fuerza la teoría del servicio público en los términos antes expuestos y donde más temprano se dio el reconocimiento constitucional del derecho de huelga, en el Preámbulo de la Constitución de la IV República. Este hecho obligó a transferir el análisis a un plano diferente desterrando la antítesis entre huelga y continuidad del servicio. De esta manera, ambas categorías se fueron conciliando a través de la regulación normativa del derecho de huelga en los servicios esenciales.[9]

Fue así que el Consejo de Estado francés abandonó su tradicional postura prohibitiva de la huelga en los servicios públicos y elaboró una nueva doctrina por la cual el Gobierno, responsable del buen funcionamiento de los servicios públicos debía adoptar las medidas necesarias para evitar un uso del derecho de huelga

---

[7] Op. Cit. BAYLOS, págs. 88 y 89.

[8] BAYLOS, Ibídem.

[9] Cfr. BAYLOS, Op. Cit., págs. 90 y 91.

abusivo o contrario a las necesidades del orden público. En consecuencia, la Administración tenía el derecho de fijar la extensión y las modalidades del derecho de huelga en los servicios públicos con arreglo a estas dos nociones: abuso de derecho y orden público.[10]

El derecho de huelga en el esquema anterior distinguió entre diferentes grados de continuidad. En primer lugar, a través del establecimiento de limitaciones al ejercicio del derecho de huelga, mediante la determinación de aquellos servicios indispensables y de las personas indispensables dentro de ellos, con lo que se establece un doble control que relativiza realmente la continuidad del servicio como característica rígida y absoluta.

En efecto, la noción de continuidad se flexibiliza con la introducción de la noción del servicio mínimo, esto es, la obligación de mantener en caso de huelga, un mínimo funcionamiento del servicio, concretado caso por caso en atención a las circunstancias del servicio y de la propia huelga.[11]

Además de la evolución registrada en la noción de servicio público, es menester hacer referencia a otro elemento diferenciador en atención a circunstancias objetivas, consistente en el interés general en oposición a los intereses privados.

II. Justificación de restricciones al derecho de huelga en los servicios esenciales

La concepción del Estado como poder público que se sitúa por encima de todos contrapone el interés de éste, el interés general, a los intereses de los trabajadores huelguistas, con lo que se produce una tensión o contradicción entre el derecho de huelga y otros derechos fundamentales de los ciudadanos. En otras palabras, es la confrontación entre los intereses privados que persiguen los huelguistas y los intereses generales a los que sirve el Estado.[12]

a) El interés general en oposición a los intereses privados

Los intereses superiores de la comunidad posibilitan la intervención de los poderes públicos, quienes actúan publificando una serie de intereses sociales concre-

[10] Cfr. BAYLOS, Ibídem.

[11] BAYLOS, Op. Cit., pág. 92.

[12] Cfr. VALDÉS, Op. Cit., pág. 16.

tos, dotándolos de medios de gestión y tutela. La determinación de cuáles de entre ellos adquirirán la categoría de fundamentales dependerá del sistema institucional concreto. Es pues precisa una mediación por el poder político de los intereses sociales relevantes para ser calificados y tutelados como los de "todos" los ciudadanos.[13]

Además, debe tenerse presente que el derecho de huelga está elevado al supremo rango de derecho constitucional en la mayoría de los países de la región, reconociéndosele como un interés colectivo que debe ser tutelado por los poderes públicos, quienes deben ponderar también otros intereses públicos, de otro grupo o grupos sociales que entran en colisión con aquél. El resultado de esta contraposición de intereses es que los poderes públicos deben imponer como límite al derecho de huelga el establecimiento de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

No obstante, el derecho de huelga debe ser respetado y protegido en función de su reconocimiento con jerarquía constitucional, aún cuando junto a él existen otros intereses públicos que se materializan también en derechos fundamentales que pueden enfrentarse en su actuación con el referido derecho de huelga. La ponderación de este conflicto ha sido resuelta por el legislador constituyente en algunos países, y por el legislador infraconstitucional en otros, estableciéndose garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales, como veremos en la última parte de este trabajo referida al análisis comparado del tratamiento constitucional y legislativo de la huelga y los servicios esenciales. Protegido el derecho de huelga al más alto nivel, la expresión servicios esenciales se llena de un contenido bastante preciso, esto es, aquéllos que satisfagan necesidades fundamentales reconocidas constitucionalmente al mismo nivel que el derecho de huelga.

Un criterio diferenciador adicional en atención a circunstancias objetivas es el de los efectos de la huelga sobre el conjunto de la población.

b) Efectos de la huelga sobre el conjunto de la población

Otro de los criterios que componen las explicaciones objetivas que permiten restricciones en el ejercicio del derecho de huelga en los servicios esenciales, son los efectos dañosos que la interrupción del servicio ocasiona o puede ocasionar a la población usuaria. A este respecto, la sustituibilidad o insustituibilidad del servicio

[13] Cfr. BAYLOS, Op. Cit., pág. 110.

esencial "constituye un elemento decisivo a la hora de ponderar la intensidad de la restricción impuesta al ejercicio del derecho de huelga." Para ilustrar el asunto debe tenerse en cuenta que no son idénticos los perjuicios causados a los consumidores por la interrupción de un servicio esencial gestionado en régimen de monopolio, institucional o de hecho, que de otro prestado en régimen de libre competencia.[14] Cuando los ciudadanos o consumidores tienen menos opciones para satisfacer sus necesidades en razón de la concentración con que tales servicios son prestados, los efectos de una huelga serán mayores que cuando cuenta con otras opciones.

Al respecto, Baylos señala que con frecuencia se invoca como justificación de las limitaciones y restricciones a las huelgas en los servicios públicos, el perjuicio que sufren los usuarios de los mismos, que en realidad son "entes ajenos y neutrales en un conflicto en el que no son parte interesada." Asimismo señala que la huelga en los servicios públicos "no es un simple enfrentamiento entre dos –el Estado y los trabajadores- sino que interviene un tercer protagonista, el público, el usuario." Este usuario, considerado a veces "rehén" de los huelguistas se convierte en detonante de una "decidida intervención estatal restrictiva de la huelga que se fundamenta justamente en el perjuicio causado a los usuarios y en la indignación del público."[15] En tal situación el ciudadano puede sentirse cautivo al percibir que se le utiliza con vistas a obtener, por parte del colectivo de trabajadores en conflicto, una presión adicional en la defensa de sus intereses.[16]

III. Técnicas de individualización de los servicios esenciales

En un sentido muy amplio, los servicios esenciales siempre han estado vinculados a la atención de necesidades muy importantes de los individuos, y por consiguiente, su interrupción impediría de manera inmediata y a muy corto plazo la satisfacción de tales necesidades.

Por esto, la concepción de servicios esenciales va a estar a su vez influenciada por las técnicas de individualización de los servicios esenciales que la legislación de cada país adopte. Son tres grandes sistemas los que han prevalecido: el del

[14] Cfr. VALDÉS, Op. Cit., pág. 17.

[15] BAYLOS, Op. Cit., págs. 121 y 122.

[16] Cfr. Op. Cit. VALDÉS, pág. 15.

listado cerrado, el de cláusula general, y el de listado abierto. No obstante, en todos los casos puede ser restrictiva, si se liga solamente con prestaciones relacionadas con la vida, salud y seguridad de las personas, o amplia, si comprende supuestos más generales.

a) Sistema de listado cerrado

Por una parte, el sistema de listado ofrece la ventaja de aportar seguridad jurídica en la medida que los servicios valorados como esenciales están delimitados con anticipación a la ocurrencia de los hechos, y de esta manera se disminuyen las posibilidades de aplicaciones prácticas restrictivas para el ejercicio del derecho de huelga. En ese sentido Valdés señala que la seguridad jurídica que aporta el sistema del listado "no se trata de una ventaja de nota menor o desdeñable".[17] No obstante, otra corriente importante de la doctrina señala que no es deseable dar un contenido rígido a la expresión servicios esenciales, por lo que no resulta conveniente decidir en forma apriorística cuáles son aquellos, o establecer criterios inamovibles para calificar un sector como esencial. Al respecto, Torrente señala que proceder de esa forma "no deja de ser una forma de imponer una excesiva severidad al ordenamiento."[18]

b) Sistema de cláusula general

El sistema que no se basa en un listado sino en una cláusula general, corre el riesgo de ensanchar el concepto más allá de sus contornos sustantivos o de restringirlo, dependiendo de variables políticas o sociales imperantes en un momento histórico determinado. Por esto se afirma que la delimitación del servicio esencial mediante un sistema de cláusula general reporta una mayor "elasticidad aplicativa." Pero el evidente rendimiento de esta fórmula contiene implícitas sus desventajas, pues "la ausencia de un previo catálogo de servicios esenciales produce una situación de inseguridad jurídica, que a su vez potencia y multiplica los conflictos de la autoridad gubernativa con las organizaciones sindicales en diversas secuencias: en la fase de convocatoria de la huelga, al identificarse en concreto un servicio como

---

[17] VALDÉS, Op. cit., pág. 19.

[18] TORRENTE, Susana, "El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales", en *Relaciones laborales en el siglo XI, Sobre la huelga en los servicios públicos*, primera edición, 2000, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Estudios Doctrinales, Nº 191, Universidad Autónoma de México, pág. 226.

esencial, en la fase de celebración de la huelga, al discutirse las medidas ordenadas a garantizar el mantenimiento de un servicio cuya esencialidad se discute, y, en fin, en la fase de control judicial de las decisiones acordadas por los poderes públicos o de las reacciones adoptadas por los sindicatos."[19]

c) Sistema de listado abierto

Por otra parte, el sistema de listado ofrece también la posibilidad de configurarse no sólo en forma cerrada sino con carácter abierto, como el caso del ordenamiento italiano cuya ley de 1990 ha acogido la noción de servicio esencial, definiendo su ámbito a través de la técnica "del doble círculo" o criterio. Por una parte la ley identifica mediante una relación cerrada los derechos de la persona constitucionalmente protegidos que pueden verse afectados por el ejercicio del derecho de huelga, considerándose como tales: la vida, la salud, la libertad y seguridad, la libertad de circulación, la asistencia y previsión social, la instrucción y la libertad de comunicación. De esta manera, los derechos fundamentales afectados pertenecen a la esfera jurídica de las personas, quedando excluidos los derechos de contenido económico-patrimonial.

Pero, a la misma vez, se fijan mediante el sistema de la lista abierta, los servicios esenciales o actividades productivas específicas cuyo desarrollo afecta al disfrute de los derechos constitucionalmente tutelados. En este sentido, para ilustrar esta afirmación Valdés señala como ejemplo que la legislación italiana establece que, en el ámbito de la libertad de comunicación (derecho fundamental cuyo disfrute se garantiza), los servicios esenciales son: correos, telecomunicación e información radiotelevisiva pública.[20]

IV. Garantías de no interrupción de los servicios esenciales

El enfrentamiento de los derechos en conflicto -con el objeto de lograr cierta compatibilidad entre el derecho fundamental de la huelga con otros derechos protegidos también con jerarquía constitucional- sólo puede ser resuelto con un repertorio o catálogo básico de garantías que varía en función del ordenamiento estableci-

[19] VALDÉS, Op. cit., pág. 19.

[20] Cfr. VALDÉS, ibidem.

do de país a país y que actúan restringiendo el derecho de huelga con mayor o menor intensidad.

Por ejemplo, la exigencia de un plazo de preaviso de la huelga mayor al establecido para las huelgas ordinarias, o la obligación de someter el conflicto a conciliación o mediación sea de la autoridad administrativa de trabajo o de particulares, o el establecimiento de un arbitraje obligatorio administrativo o privado. Estas medidas se combinan con la fijación de servicios mínimos, que normalmente es la garantía más típica y recurrente, por lo que está presente en la mayoría de las legislaciones. La imposición de un servicio mínimo, sin impedir el ejercicio del derecho de huelga, debe ser capaz de asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales, de manera tal que no se interrumpan las actividades comunitarias que satisfacen derechos fundamentales de las personas.

La utilización de una u otra garantía va a depender, básicamente, de las circunstancias particulares de la huelga (como su extensión territorial y personal, momento de realización, si incide en la libertad de circulación de los ciudadanos, entre otros), y en la repercusión de la interrupción de prestaciones esenciales en los ciudadanos. En función de tales circunstancias particulares de la huelga y de la repercusión que ésta tenga deberían establecerse con criterio de proporcionalidad determinadas restricciones a quienes son titulares del derecho de huelga. A este respecto parecería existir la regla que a mayor dificultad de sustitución del servicio esencial, la garantía en particular que se adopte tiende a ser más rigurosa y estricta, mientras que cuanto mayores son las facilidades para una prestación alternativa de servicios, menor intensidad necesitará alcanzar esa garantía, que incluso puede hacerse innecesaria si no compromete el libre ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos.[21]

El servicio mínimo reduce el número de trabajadores adherentes a la huelga, sustrae una parte del colectivo que se encuentra dentro del ámbito de la huelga impidiéndole su participación en ella. Debe tenerse presente que el servicio mínimo no niega la titularidad del derecho de huelga sino que simplemente limita su ejercicio al imponer la obligación de continuar ejecutando las labores imprescindibles para mantener el servicio esencial. En cada caso tendrá que examinarse el nivel de actividad laboral necesario para la fijación del servicio mínimo que debe salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero que tampoco debe de ser de tal intensidad o extensión que haga imperceptible o impracticable una huelga.

---

[21] Cfr. VALDÉS, Op. Cit., pág. 22.

A este respecto "el nivel de cobertura de los servicios mínimos se sitúa así en un área móvil y cambiante, limitada por dos fronteras infranqueables: la huelga total y el funcionamiento regular y normal del servicio esencial. Aquélla deja inerme los intereses comunitarios a los que sirven los servicios esenciales; esta otra anula el derecho de huelga, vaciándolo de su contenido."[22] Muy difícil es encontrar consenso respecto de la extensión de los servicios mínimos pues los servicios esenciales están muchas veces imbricados con situaciones que hasta comprometen la gobernabilidad de países que están en pleno proceso de reafirmación democrática y donde los ordenamientos laborales tienen diversos temas pendientes de ajuste o armonización con los derechos fundamentales del trabajo.

El servicio mínimo sólo es factible de establecerse una vez que una actividad determinada es calificada de esencial y sólo garantiza una parte de la actividad laboral que cuando queda interrumpida amenaza derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. No obstante este criterio admite excepciones, como se desprende de algunos pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT que admite la imposición de servicios mínimos aún cuando no se trate de actividades consideradas como servicios esenciales.[23]

Asimismo debe tenerse presente que el establecimiento de servicios mínimos sólo es factible disponerse para cada caso, para cada conflicto en particular y teniendo en cuenta las circunstancias que lo singularizan. Por esta razón no es posible una determinación indefinida de servicios mínimos para cualquier tipo de conflictos. Las circunstancias específicas y particulares de cada caso, y en especial la sustituibilidad, no permiten determinar el nivel mínimo de cobertura para todo tipo de huelga. Dependiendo de las circunstancias de cada caso los servicios mínimos de actividad laboral serán mayores o menores.

---

[22] VALDÉS, ibidem.

[23] Véase al respecto numerosos ejemplos concretos en que el CLS consideró que concurrían las circunstancias para poder imponer un servicio mínimo de funcionamiento, aún cuando determinados servicios no constituían un servicio esencial, pero que por determinadas circunstancias específicas su interrupción ocasionaría dificultades y molestias muy importantes a la población (párrafos 563 y siguientes de OIT, *La libertad sindical*, Op. Cit. Véase también tales pronunciamientos en el punto 5 de este trabajo.

V. Los servicios esenciales en la doctrina de los órganos de control de la OIT

a) Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

Como es sabido, la Comisión de Expertos es el organismo técnico a través del cual se lleva a cabo el procedimiento regular de la aplicación de los convenios y recomendaciones en base a las memorias sobre los convenios ratificados (en algunos casos sobre los convenios no ratificados también) y a la información complementaria prevista en los formularios del Consejo de Administración. La Comisión debe examinar si los Estados miembros cumplen con las obligaciones impuestas por la Constitución de la OIT en materia normativa, y en especial, indicar en qué medida la situación legal y de hecho existente en ellos se ajusta o no a los convenios ratificados.

Derecho de huelga

Sobre el derecho de huelga la referida Comisión ha expresado que la prohibición de la huelga a trabajadores distintos de los funcionarios que actúan como órganos del poder político "...puede constituir una limitación importante de las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales." Asimismo ha indicado que "Una prohibición general de la huelga constituye una restricción considerable de las oportunidades que se ofrecen a los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros (artículo 10 del Convenio núm. 87) y del derecho de los sindicatos a organizar sus actividades", y que "el derecho de huelga constituye uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y defender sus intereses económicos y sociales. Estos derechos no sólo comprenden la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que abarcan también la búsqueda de soluciones a cuestiones de política económica y social y a problemas relativos a la empresa que interesan directamente a los trabajadores." En consecuencia, según la Comisión "el derecho de huelga es pues considerado como una actividad de las organizaciones de trabajadores en el sentido del artículo 3", y a su vez, "es un corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el Convenio núm. 87."[24]

---

[24] OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, OIT, Ginebra, 1994, págs. 69 a 71.

No obstante, tras esas aclaraciones sobre el derecho de huelga, la Comisión ha puesto de relieve que el derecho de huelga no puede considerarse como un derecho absoluto y que la huelga no sólo puede, en circunstancias realmente excepcionales, ser objeto de una prohibición general, sino que también puede ser reglamentada por medio de disposiciones que impongan modalidades de ejercicio de ese derecho fundamental o restricciones a ese ejercicio.[25] En efecto, a este respecto En el indicado Estudio General la Comisión de Expertos ha señalado:

«152. La prohibición general de recurrir a la huelga que existe en ciertos países puede estar basada en disposiciones específicas de la legislación.[26] Esa prohibición también puede dimanar de disposiciones adoptadas en virtud de poderes excepcionales o en casos de urgencia, en que el Gobierno invoca una situación de crisis para justificar su intervención. Dado que las prohibiciones generales de este tipo obstaculizan de forma considerable uno de los medios esenciales de que disponen los trabajadores y sus organizaciones para fomentar y defender sus intereses, tales prohibiciones sólo pueden justificarse en una situación de crisis nacional aguda e, incluso en ese caso, por un período de tiempo limitado, y sólo en la medida de lo necesario para hacer frente a la situación. Esto significa que debe existir una auténtica situación de crisis, como la que se produce en casos de conflicto graves, de insurrección o incluso de catástrofe natural, en los que dejan de concurrir las condiciones normales de funcionamiento de la sociedad civil.

153. En la práctica, pueden observarse prohibiciones del derecho de huelga menos generales, pero también muy graves, como consecuencia del efecto acumulativo de las disposiciones relacionadas con la solución de conflictos colectivos del trabajo, según las cuales es obligatorio, en caso de que una de las partes así lo solicite o por iniciativa de las autoridades públicas,[27] someter los conflictos a un procedimiento de arbitraje que conduzca a una sentencia defini-

---

[25] OIT, *Libertad sindical...*, párrafo 151.

[26] Por ejemplo, la Comisión solicitó al Gobierno de Chad que derogara específicamente la ordenanza núm. 30, de 26 de noviembre de 1975 «que suspende todo movimiento de huelga en el país» (ICE, 1993, pág. 203).

[27] Por ejemplo, Antigua y Barbuda: arts. 19, 20 y 21 de la ley de 1976 sobre el Tribunal del Trabajo. Honduras: art. 555 (2) del Código del Trabajo. Kuwait: art. 88 del Código del Trabajo. Malta: arts. 27 y 34 de la ley de 1976 sobre las relaciones de trabajo. Trinidad y Tobago: art. 65 de la ley sobre las relaciones de trabajo, enmendada en 1978.

tiva que tenga fuerza vinculante para las partes interesadas.[28] Tales sistemas permiten prohibir en la práctica todas las huelgas o suspenderlas con toda rapidez; ahora bien, semejante prohibición limita considerablemente los medios de que disponen los sindicatos para fomentar y defender los intereses de sus miembros, así como su derecho de organizar sus actividades y de formular su programa de acción, por lo que no es compatible con el artículo 3 del Convenio núm. 87.»

Restricciones al derecho de huelga

En lo que respecta específicamente a las restricciones relativas a los servicios esenciales la Comisión ha señalado:

"159. Muchos países tienen disposiciones que limitan o prohíben las acciones de huelga en los servicios esenciales, noción que varía según las diferentes legislaciones nacionales. Esas disposiciones contienen desde una simple enumeración limitativa bastante breve de esos servicios[29] hasta una larga lista incorporada en la propia legislación[30]. A veces, se trata de definiciones, desde la más restrictiva a la más amplia, que engloban todas las actividades que el gobierno considera apropiado incluir en la noción de servicios esenciales o todas las huelgas que, en su opinión, podrían ser perjudiciales para el orden público, el interés general o el desarrollo económico[31]. En los casos extremos, la legislación dispone que una simple declaración de las autoridades en este

---

[28] Por ejemplo, Bolivia: art. 113, c), de la Ley General del Trabajo, de 1939. Colombia: arts. 448 (3) y (4), y 450 (1), g), del Código Sustantivo del Trabajo. Côte d'Ivoire: art. 183 del Código del Trabajo. Dominica: art. 59 (1) de la ley núm. 18 sobre las relaciones de trabajo, de 1986, en su tenor modificado. Filipinas: art. 263, g) e i), del Código del Trabajo. Guyana: art. 3 de la ley sobre el arbitraje en los servicios públicos y de salud pública. Nigeria: decreto núm. 7, de 1976, sobre los conflictos de trabajo. Senegal: arts. 238 a 245 del Código del Trabajo. Swazilandia: art. 63 (1) de la ley de 1980 sobre las relaciones de trabajo.

[29] Por ejemplo, Argelia, República Dominicana, Haití, Hungría, Lesotho.

[30] Por ejemplo, Bolivia: decreto supremo núm. 1598, de 1950. Colombia: arts. 430 y 450 (1), a), del Código Sustantivo del Trabajo y decretos núms. 414 y 437, de 1952; 1543, de 1955; 1593, de 1959; 1167, de 1963; 57 y 534 de 1967. Ecuador: art. 503 de la ley núm. 133 por la que se reforma el Código del Trabajo. Etiopía: art. 136 (2) de la proclama núm. 42/1993 del trabajo. Grecia: art. 4 de la ley núm. 1915, de 1990. Malí: decreto núm. 90-562/P-RM, de 22 de diciembre de 1990. Swazilandia: art. 65 (6) de la ley de 1980 sobre las relaciones de trabajo.

[31] Por ejemplo, Côte d'Ivoire: art. 183 del Código del Trabajo. Dominica: art. 59 (1), b), de la ley núm. 18, de 1986, sobre las relaciones de trabajo, en su tenor modificada. Trinidad y Tobago: art. 65 de la ley sobre las relaciones de trabajo. Túnez: art. 384 del Código del Trabajo.

sentido basta para justificar el carácter esencial del servicio[32]. El principio según el cual el derecho de huelga puede verse limitado, o incluso prohibido, en los servicios esenciales perdería todo sentido si la legislación nacional definiese esos servicios de forma demasiado extensa. Al tratarse de una excepción del principio general del derecho de huelga, los servicios esenciales respecto de los cuales es posible obtener una derogación total o parcial de ese principio deberían definirse de forma restrictiva; la Comisión estima, por lo tanto, que sólo pueden considerarse servicios esenciales aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población[33]. Además, a juicio de la Comisión, sería poco conveniente, e incluso imposible, pretender elaborar una lista completa y definitiva de los servicios que pueden considerarse como esenciales."[34]

"160. La Comisión recuerda la importancia fundamental que concede al carácter universal de las normas, pero estima que es necesario tener en cuenta las circunstancias especiales que puedan darse en los diferentes Estados Miembros, ya que si bien la interrupción de ciertos servicios podría, en el peor de los casos, ocasionar problemas económicos en algunos países, en otros podría tener efectos desastrosos y crear en poco tiempo situaciones en que se verían comprometidas la salud, la seguridad o la vida de la población; así, una huelga en los servicios portuarios o de transporte marítimo podría ocasionar más rápidamente graves perturbaciones en una isla, que depende en gran parte de esos servicios para el suministro de productos básicos a su población, que en un país continental. Además, un servicio no esencial en el sentido estricto del término puede convertirse en esencial si la huelga que repercute en el mismo dura más de un cierto período o adquiere tal dimensión que pueden correr peligro la salud, la seguridad o la vida de la población (por ejemplo, en los servicios de recolección de basura). Con el fin de evitar daños irreversibles o que no guar-

---

[32] Por ejemplo, Filipinas: art. 263, g) e i), del Código del Trabajo. Guatemala: art. 243, d), del Código de Trabajo. Pakistán: art. 33 (1) de la ordenanza de 1969 sobre las relaciones de trabajo. Rumania: arts. 38 a 43 de la ley núm. 15, de 1991, sobre la solución de los conflictos colectivos del trabajo.

[33] *Estudio general, 1983*, párrs. 213 y 214. Véase también la observación de la Comisión sobre este punto en lo que se refiere al Ecuador (ICE, 1993, pág. 207). En lo que respecta a Lesotho, la Comisión ha tomado nota con satisfacción de que el Código de Trabajo de 1992 define en su art. 232 (1) los servicios esenciales en el sentido indicado a continuación (ICE, 1993, págs. 221-222).

[34] OIT, *Libertad sindical...*, párrafo 159.

den proporción alguna con los intereses profesionales de las partes en el conflicto, así como de no causar daños a terceros, es decir, los usuarios o los consumidores que sufren las consecuencias económicas de los conflictos colectivos, las autoridades podrían establecer un régimen de servicio mínimo en otros servicios que son de utilidad pública, en vez de prohibir radicalmente las acciones de huelga, prohibición que debería limitarse a los servicios esenciales en el sentido estricto del término."[35]

Condiciones del servicio mínimo

Sobre las condiciones que el servicio mínimo debería tener, la Comisión se ha referido a su alcance, así como al procedimiento de adopción, en los siguientes términos:

"161. En opinión de la Comisión, este servicio debería satisfacer, por lo menos, dos condiciones. En primer lugar, y este aspecto es de la mayor importancia, debería tratarse real y exclusivamente de un servicio mínimo, es decir, un servicio limitado a las actividades estrictamente necesarias para cubrir las necesidades básicas de la población o satisfacer las exigencias mínimas del servicio, sin menoscabar la eficacia de los medios de presión. En segundo lugar, dado que este sistema limita uno de los medios de presión esenciales de que disponen los trabajadores para defender sus intereses económicos y sociales, sus organizaciones deberían poder participar, si lo desean, en la definición de este servicio, de igual modo que los empleadores y las autoridades públicas. Sería sumamente conveniente que las negociaciones sobre la definición y la organización del servicio mínimo no se celebraran durante los conflictos de trabajo, a fin de que todas las partes interesadas pudieran negociar con la perspectiva y la serenidad necesarias. Las partes también podrían prever la constitución de un organismo paritario o independiente que tuviera como misión pronunciarse rápidamente y sin formalismos sobre las dificultades que plantea la definición y la aplicación de tal servicio mínimo y que estuviera facultado para emitir decisiones ejecutorias."[36]

---

[35] OIT, *Libertad sindical...*, párrafo 160.

[36] OIT, *Libertad sindical...*, párrafo 161.

Servicios esenciales y servicio mínimo

La Comisión hace también una clara distinción entre los conceptos servicios esenciales y servicio mínimo, de la manera siguiente:

"162. Debido a la diversidad de términos utilizados en las legislaciones nacionales y en los textos sobre este asunto, se ha observado, en algunos casos, una cierta confusión entre los conceptos de servicio mínimo y de servicios esenciales; por consiguiente, es importante definir con precisión esos conceptos. Cuando la Comisión utiliza la expresión "servicios esenciales" en el presente Estudio o en sus informes, se refiere únicamente a los servicios esenciales en el sentido estricto del término, es decir, a aquellos definidos en el párrafo 159, en los cuales podría estar justificado imponer restricciones e incluso prohibiciones, las cuales deberían ir acompañadas, no obstante, de garantías compensatorias. El servicio mínimo que se propone en el párrafo 161 como solución sustitutiva de la prohibición total, sería adecuado en las situaciones en que no parece justificada una limitación importante o la prohibición total de la huelga y en que, sin poner en tela de juicio el derecho de huelga de la gran mayoría de los trabajadores, podría tratarse de asegurar la satisfacción de las necesidades básicas de los usuarios o el funcionamiento continuo y en condiciones de seguridad de las instalaciones[37]. Por otra parte, nada impide a las autoridades, si ellas consideran que tal solución resulta más apropiada a las condiciones nacionales, el establecer un servicio mínimo en los servicios considerados como "esenciales" por los órganos de control, según los criterios arriba mencionados, donde podrían justificarse mayores restricciones o incluso la prohibición de las huelgas."[38]

b) Comité de Libertad Sindical

El Comité de Libertad Sindical es el organismo que examina las quejas que se reciben sobre violación de la libertad sindical a través de un procedimiento establecido por el propio Comité con aprobación del Consejo de Administración, pudiendo recomendar diversas acciones si se hubiese comprobado una violación de la libertad sindical.

---

[37] Por ejemplo, en la industria siderúrgica, el funcionamiento continuo de los altos hornos. Véase también: CLS, 273.er informe, caso núm. 1521 (Turquía) párr. 39; 268° informe, caso núm. 1486 (Portugal) párr. 187.

[38] OIT, *Libertad sindical...*, párrafo 162.

A lo largo de su actuación el Comité de Libertad Sindical ha ido produciendo una serie de decisiones en relación a la huelga y a los servicios esenciales que constituyen precedentes que se invocan posteriormente en casos de naturaleza similar, por lo que los incluimos a continuación:[39]

Casos en que la huelga puede ser objeto de restricciones o incluso de prohibición y garantías compensatorias

"526. El derecho de huelga puede limitarse o prohibirse: 1) en la función pública sólo en el caso de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado, o 2) en los servicios esenciales en el sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población)."

(Véanse 294.o informe, caso núm. 1629 (República de Corea), párrafo 262, y Recopilación de 1985, párrafo 394.)

(...)

c) Servicios esenciales

540. Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población.

(Véase 279.o informe, caso núm. 1576 (Noruega), párrafo 114.)

541. Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población.

(Véase 265.o informe, caso núm. 1438 (Canadá), párrafo 398.)

542. El principio sobre prohibición de huelgas en los «servicios esenciales» podría quedar desvirtuado si se tratara de declarar ilegal una huelga en una o varias empresas que no prestaran un «servicio esencial» en el sentido estricto

[39] OIT, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cuarta edición (revisada), Ginebra, 1996.

del término, es decir, los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 400.)

543. No parece apropiado que todas las empresas del Estado sean tratadas sobre la misma base en cuanto a las restricciones al derecho de huelga, sin distinguir en la legislación pertinente entre aquellas que son auténticamente esenciales y las que no lo son.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 395.)

544. Pueden ser considerados como servicios esenciales:

- el sector hospitalario (véase Recopilación de 1985, párrafo 409);
- los servicios de electricidad (véase 238.o informe, caso núm. 1307, párrafo 325);
- los servicios de abastecimiento de agua (véanse Recopilación de 1985, párrafo 410; 281.er informe, caso núm. 1593 (República Centroafricana), párrafo 268, y 284.o informe, caso núm. 1601 (Canadá/Quebec), párrafo 52);
- los servicios telefónicos (véanse Recopilación de 1985, párrafo 427, 279.o informe, caso núm. 1532 (Argentina), párrafo 284, y 294.o informe, caso núm. 1686 (Colombia), párrafo 294);
- el control del tráfico aéreo (véase Recopilación de 1985, párrafo 412).

545. No constituyen servicios esenciales en el sentido estricto del término:

- la radio–televisión (véase 230.o informe, casos núms. 988 y 1033, párrafo 370);
- los sectores del petróleo y de los puertos (carga y descarga) (véase 254.o informe, caso núm. 1417, párrafo 502, véase también Recopilación de 1985, párrafo 405);
- los bancos (véase 230.o informe, casos núms. 988 y 1033, párrafo 370);
- los servicios de informática para la recaudación de aranceles e impuestos (véase 259.o informe, caso núm. 1443 (Dinamarca), párrafo 192);
- los grandes almacenes y los parques de atracciones (véase 259.o informe, caso núm. 1431 (Indonesia), párrafo 706);
- la metalurgia y el conjunto del sector minero (véase Recopilación de 1985, párrafo 406);
- los transportes, en general (véase Recopilación de 1985, párrafo 407);

- las empresas frigoríficas (véase 284.o informe, caso núm. 1656 (Paraguay), párrafo 1063);
- los servicios de hotelería (véase 286.o informe, caso núm. 1620 (Colombia), párrafo 380);
- la construcción (véase 291.er informe, caso núm. 1693 (El Salvador), párrafo 513);
- la fabricación de automóviles (véase 294.o informe, caso núm. 1629 (República de Corea), párrafo 261);
- la reparación de aeronaves, las actividades agrícolas, el abastecimiento y la distribución de productos alimentarios (véase Recopilación de 1985, párrafo 402);
- la Casa de la Moneda, la Agencia Gráfica del Estado y los monopolios estatales del alcohol, de la sal y del tabaco (véase Recopilación de 1985, párrafo 403);
- el sector de la educación (véanse Recopilación de 1985, párrafo 404, y 277.o informe, caso núm. 1528 (Alemania), párrafo 285);
- los transportes metropolitanos (véase Recopilación de 1985, párrafo 408);
- los servicios de correos (véase 268.o informe, caso núm. 1451, párrafo 98 y 291.er informe, caso núm. 1692, párrafos 224 y 225).

d) Garantías compensatorias en caso de prohibición de la huelga en la función pública o en los servicios esenciales

546. Cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deben gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 396.)

547. En cuanto a la índole de las «garantías apropiadas» en caso de restricción del derecho de huelga en los servicios esenciales y en la función pública, la limitación de la huelga debe ir acompañada por procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y en los que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 397.)

548. El hecho de que las facultades presupuestarias estén reservadas a la autoridad legislativa, no debería tener por consecuencia impedir la aplicación de un laudo dictado por el tribunal de arbitraje obligatorio. Apartarse de esta práctica implicaría menoscabar la aplicación efectiva del principio según el cual, cuando se restringen o prohiben las huelgas de los trabajadores ocupados en servicios esenciales, tal restricción o prohibición debería ir acompañada de un mecanismo de conciliación y un procedimiento imparcial de arbitraje cuyos laudos sean en todos los casos obligatorios para ambas partes.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 398.)

549. En caso de mediación y arbitraje en conflictos colectivos, lo esencial es que todos los miembros de los órganos encargados de esas funciones no sólo sean estrictamente imparciales, sino que también lo parezcan, tanto a los empleadores como a los trabajadores interesados, para obtener y conservar la confianza de ambas partes, de lo cual depende realmente el funcionamiento eficaz del arbitraje, aun cuando sea obligatorio.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 399.)

550. El nombramiento por el ministro en último término de los cinco miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales pone en tela de juicio la independencia e imparcialidad de dicho Tribunal, así como la confianza de los interesados en tal sistema. Las organizaciones representativas de trabajadores y de empleadores deberían poder, respectivamente, elegir a los miembros del Tribunal de Arbitraje de los Servicios Esenciales que los representan.

(Véase 295.o informe, caso núm. 1775 (Belice), párrafo 517.)

551. Los empleados privados del derecho de huelga porque realizan servicios esenciales deben beneficiarse de garantías apropiadas destinadas a salvaguardar sus intereses: por ejemplo, negativa del derecho de cierre patronal, establecimiento de un procedimiento paritario de conciliación y, cuando la conciliación no logre su finalidad, la creación de un sistema paritario de arbitraje.

(Véase 279.o informe, caso núm. 1526 (Canadá/Quebec), párrafo 268.)

552. Refiriéndose a su recomendación según la cual ciertas restricciones al derecho de huelga serían aceptables si van acompañadas de procedimientos de conciliación y arbitraje, el Comité precisó que esta recomendación no concierne a la prohibición absoluta del derecho de huelga, sino a la restricción de este

derecho en los servicios esenciales o en la función pública, en cuyo caso estableció que deberían estar previstas las garantías apropiadas para proteger los intereses de los trabajadores.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 386.)

553. El arbitraje obligatorio para poner término a un conflicto colectivo de trabajo y a una huelga sólo es aceptable cuando lo han pedido las dos partes implicadas en el conflicto o en los casos en que la huelga puede ser limitada, e incluso prohibida, es decir, en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado o en los servicios esenciales en el sentido estricto del término, o sea los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida o la seguridad de la persona en toda o parte de la población.

(Véase 256.o informe, caso núm. 1430 (Canadá/Columbia Británica), párrafo 181.)

Situaciones en que puede imponerse un servicio mínimo para garantizar la seguridad de las personas y las instalaciones (servicio mínimo de seguridad)

554. Las restricciones impuestas al derecho de huelga en ciertos sectores con el fin de hacer respetar los reglamentos de seguridad constituyen restricciones normales.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 413.)

555. Con respecto a una legislación que obligaba a las organizaciones profesionales de todas las actividades a procurar que siga prestando sus servicios el personal necesario para la seguridad de las instalaciones y la prevención de accidentes, previéndose que las divergencias que puedan surgir con respecto a este personal deben ser zanjadas por el tribunal administrativo de arbitraje, el Comité consideró admisibles estas limitaciones del derecho de huelga.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 414.)

Situaciones y condiciones en que podría imponerse un servicio mínimo de funcionamiento

556. El establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga sólo debería poder ser posible en: 1) aquellos servicios cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la

población (servicios esenciales en el sentido estricto del término) (véanse 254.o informe, caso núm. 1403 (Uruguay), párrafo 444, y 291.er informe, casos núms. 1648 y 1650 (Perú), párrafo 467); 2) en aquellos servicios no esenciales en el sentido estricto en los que huelgas de una cierta extensión y duración podrían provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro (véanse Recopilación de 1985, párrafo 415 y 291.er informe, caso núm. 1692 (Alemania), párrafo 225), y 3) en servicios públicos de importancia trascendental (véanse 292.o informe, caso núm. 1679 (Argentina), párrafos 92 y 98, y 292.o informe, caso núm. 1731 (Perú), párrafo 781).

557. Es legítimo requerir un servicio mínimo en caso de una huelga cuya magnitud y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda, pero en este último caso las organizaciones sindicales deberían poder participar en su definición, junto con los empleadores y las autoridades públicas.

(Véanse 248.o informe, caso núm. 1356 (Canadá/Quebec), párrafo 144 y 256.o informe, caso núm. 1430 (Canadá/Columbia Británica), párrafo 187.)

558. Un servicio mínimo puede establecerse en casos de huelgas cuya extensión y duración pudieran provocar una situación de crisis nacional aguda tal que las condiciones normales de existencia de la población podrían estar en peligro; para ser aceptable, dicho servicio mínimo debería limitarse a las operaciones estrictamente necesarias para no comprometer la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población y debería posibilitar, por otra parte, en lo que se refiere a su determinación, la participación de las organizaciones de trabajadores así como de los empleadores y de las autoridades públicas.

(Véase al respecto 234.o informe, caso núm. 1244 (España), párrafos 153 y 154; 244.o informe, caso núm. 1342, párrafo 150; 279.o informe, caso núm. 1566 (Perú), párrafo 87, y 297.o informe, caso núm. 1788 (Rumania), párrafo 360.)

559. El Comité ha insistido en la importancia de que las disposiciones relativas a los servicios mínimos a aplicar en caso de huelga en un servicio esencial se determinen en forma clara, se apliquen estrictamente y sean conocidas a su debido tiempo por los interesados.

(Véase 233.er informe, caso núm. 1203, párrafo 95.)

560. En la determinación de los servicios mínimos y del número de trabajadores que los garanticen deberían poder participar no sólo las autoridades públi-

cas, sino también las organizaciones de trabajadores y de empleadores interesadas. En efecto, ello no sólo permite un ponderado intercambio de puntos de vista sobre lo que en una situación concreta puede considerarse como servicios mínimos limitados a lo estrictamente indispensable, sino que también contribuye a garantizar que el alcance de los servicios mínimos no tenga por resultado que la huelga sea inoperante en la práctica en razón de su escaso impacto, así como a disipar posibles impresiones de las organizaciones sindicales en el sentido de que una acción de huelga se ha visto frustrada en razón de servicios mínimos concebidos demasiado ampliamente y fijados unilateralmente.

(Véanse, por ejemplo, 244.o informe, caso núm. 1342 (España), párrafo 154 y 248.o informe, caso núm. 1374, párrafo 270; véanse también 234.o informe, caso núm. 1244 (España), párrafos 153 a 155 y 244.o informe, caso núm. 1342 (España), párrafo 151 y 268.o informe, caso núm. 1466 (España), párrafo 148.)

561. Respecto al alegato relativo a la exigencia legal de un servicio mínimo cuando se trate de una huelga en los servicios públicos esenciales, y cuya divergencia en cuanto al número y ocupación es resuelta por la autoridad del trabajo, en opinión del Comité, la legislación debería prever que dicha divergencia fuese resuelta por un órgano independiente y no por el Ministerio de Trabajo o el ministerio o empresa pública concernida.

(Véanse 291.er informe, casos núms. 1648 y 1650 (Perú), párrafo 467; 291.er informe, casos núms. 1648 y 1650 (Perú), párrafo 467, y 292.o informe, caso núm. 1679 (Argentina), párrafo 93.)

562. Un pronunciamiento definitivo y con completos elementos de apreciación sobre si el nivel de servicios mínimos fue o no el indispensable sólo puede realizarse por la autoridad judicial, toda vez que supone en particular un conocimiento en profundidad de la estructura y funcionamiento de las empresas y establecimientos concernidos y del impacto efectivo que tuvieron las acciones de huelga.

(Véanse 254.o informe del Comité, caso núm. 1403 (Uruguay), párrafo 447, y 292.o informe, caso núm. 1679 (Argentina), párrafo 97.)

Ejemplos concretos en que el Comité consideró que concurrían las circunstancias para poder imponer un servicio mínimo de funcionamiento

563. El servicio de transbordadores no constituye un servicio esencial. Sin embargo, dadas las dificultades y molestias que pueden causar a los habitantes de

las islas a lo largo de la costa la interrupción de los servicios de transbordador, puede imponerse un servicio mínimo a mantener en caso de huelga.

(Véase 291.er informe, caso núm. 1680 (Noruega), párrafo 156.)

564. Los servicios que presta la Empresa Nacional de Puertos no constituyen servicios esenciales, si bien por tratarse de un servicio público importante podría preverse el mantenimiento de un servicio mínimo en caso de huelga.

(Véase 292.o informe, caso núm. 1731 (Perú), párrafo 781.)

565. En relación con las huelgas de trabajadores de la empresa de subterráneos el establecimiento de servicios mínimos en caso de falta de acuerdo de las partes debería corresponder a un órgano independiente.

(Véase 292.o informe, caso núm. 1679 (Argentina), párrafo 98.)

566. El transporte de pasajeros y mercancías no es un servicio esencial en el sentido estricto del término; no obstante, se trata de un servicio público de importancia trascendental en el país y, en caso de huelga, puede justificarse la imposición de un servicio mínimo.

(Véase 292.o informe, caso núm. 1679 (Argentina), párrafo 92.)

567. Es legítimo el establecimiento de un servicio mínimo en caso de huelga en el sector del transporte ferroviario.

(Véase 234.o informe, caso núm. 1244 (España), párrafo 153).

568. En los servicios de correos puede preverse el mantenimiento de un servicio mínimo.

(Véanse 268.o informe del Comité, caso núm. 1451 (Canadá), párrafo 98, y 291.er informe, caso núm. 1692 (Alemania), párrafos 224 y 225.)

Incumplimiento de los servicios mínimos

569. Aunque la decisión final de suspender o cancelar la personería gremial corresponda a un órgano judicial independiente, tales medidas no deberían adoptarse en caso de incumplimiento de los servicios mínimos.

(Véase 292.o informe, caso núm. 1679 (Argentina), párrafo 96.)

Orden de reanudar el trabajo, contratación de trabajadores durante la huelga, movilización

570. La contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del

término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical.

(Véase 241.er informe, caso núm. 1282, párrafo 418.)

571. Si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el libre ejercicio de los derechos sindicales.

(Véase 278.o informe, caso núm. 1543 (Estados Unidos), párrafo 93.)

572. Cuando la suspensión total y prolongada del trabajo dentro de un sector importante de la economía pueda provocar una situación que ponga en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población, podría ser legítimo impartir a determinada categoría de personal la orden de reanudar el trabajo si, por su magnitud y duración, la huelga pudiera provocar dicha situación. En cambio, exigir que se reanude el trabajo en los casos no comprendidos bajo esta condición es contrario a los principios de la libertad sindical.

(Véanse 256.o informe, caso núm. 1430 (Canadá/Columbia Británica), párrafo 189, y 265.o informe, caso núm. 1438 (Canadá), párrafo 398.)

573. El uso de la fuerza armada y la movilización de huelguistas con el fin de acabar con una huelga de reivindicaciones profesionales, salvo en el caso de los servicios esenciales o en circunstancias de la más alta gravedad, constituyen una violación grave de la libertad sindical.

(Véase 239.o informe, caso núm. 1201, párrafo 120.)

574. La utilización de las fuerzas armadas o de otro grupo de personas para desempeñar funciones que han quedado abandonadas con motivo de un conflicto laboral sólo podrá justificarse, si la huelga es además legal, por la necesidad de asegurar el funcionamiento de servicios o de industrias cuya paralización creare una situación de crisis aguda. Que el gobierno utilice mano de obra ajena a la empresa para sustituir a los trabajadores en huelga entraña un riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar al libre ejercicio de los derechos sindicales.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 429.)

575. Aun reconociendo que la suspensión del funcionamiento de servicios o empresas tales como las empresas de transportes, ferrocarriles, podría conducir a una perturbación de la vida normal de la comunidad, resulta difícil admitir

que la suspensión de dichos servicios o empresas conduzca necesariamente a una crisis nacional aguda. El Comité estimó, en consecuencia, que la movilización de los trabajadores adoptada en ocasión de conflictos en esos servicios restringía el derecho de huelga de éstos como medio de defensa de sus intereses profesionales y económicos.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 426.)

576. La movilización de los ferroviarios, la amenaza de despedir a los piquetes de huelga y el reclutamiento de trabajadores con salarios más bajos y prohibiéndoles la sindicalización con el fin de romper huelgas legítimas y pacíficas en servicios que no son esenciales en el sentido estricto del término no son conformes con el respeto de la libertad sindical.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 425.)

577. Cuando un servicio público esencial, como el servicio telefónico, se ve interrumpido por una huelga ilegal, el gobierno puede verse obligado, en aras del interés general, a asumir la responsabilidad de su funcionamiento y para ello recurrir a las fuerzas armadas o a otro grupo de personas para que desempeñen las funciones abandonadas, así como a adoptar las medidas destinadas a permitir a estas últimas personas el ingreso en los locales en que deben ejercer tales funciones.

(Véase Recopilación de 1985, párrafo 427.)"

VI. Los servicios esenciales en el Anteproyecto de Ley General del Trabajo (2002)

Como puede apreciarse el Anteproyecto de Ley General del Trabajo (2002), se optó por el sistema de listado abierto en cuanto a las distintas técnicas legislativas para la individualización de los servicios esenciales. Por una parte el Anteproyecto recoge un concepto de los servicios esenciales conforme a lo establecido por los órganos de control de la OIT, al señalar en el artículo 388° que «Son servicios esenciales para la comunidad aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población, en particular: ...».

A continuación se incluye un listado de actividades que a juicio de la Comisión Redactora fueron considerados como servicios esenciales, incluyéndose los siguien-

tes: 1) los que se desarrollan en centros asistenciales relacionados directamente con la salud de los ciudadanos; 2) los de electricidad, agua y desagüe; 3) los de limpieza y saneamiento; 4) los de necropsias e inhumaciones; 5) los de comunicaciones y telecomunicaciones; 6) los de control de tráfico aéreo; y, 7) los de establecimientos penales.

Se propone así una solución para lograr la compatibilidad entre el derecho fundamental de la huelga con otros derechos protegidos también con jerarquía constitucional.

Todas las actividades antes indicadas están conformes con el concepto escogido de servicios esenciales, así como con la doctrina de los órganos de control de la OIT, salvo el caso de los de limpieza y saneamiento, que parecería exceder el alcance de este concepto. Conforme a la doctrina de los órganos de control que se ha tratado en el punto 5 de este trabajo, los servicios de limpieza y saneamiento podrían quedar incluidos en dicha lista en la medida que la interrupción de tales servicios afecte gravemente la salud de la población. Este sería uno de los casos en que se admite la imposición de servicios mínimos aún cuando no se trate de actividades consideradas como servicios esenciales.

De otra parte, el artículo 389° del Anteproyecto que señala que cuando el empleador o empleadores brinden servicios esenciales para la comunidad, los trabajadores deberán proveer personal indispensable para impedir la interrupción total de las laboras y asegurar la continuidad de las actividades que así lo exijan, en realidad está haciendo referencia a los servicios mínimos cuya determinación se aborda en el artículo 391° del Anteproyecto.

Este concepto implícito de servicio mínimo se encuentra conforme con la doctrina sobre el particular a la que se ha hecho referencia en el punto 4 de este ensayo referente a las garantías de no interrupción de los servicios esenciales, pues el servicio mínimo no niega la titularidad del derecho de huelga sino que únicamente limita su ejercicio cuando se impone la obligación de continuar ejecutando las labores imprescindibles para mantener el servicio esencial. Como se indicó anteriormente, en cada caso tendrá que examinarse el nivel de actividad necesario para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero cuidando que sea de tal intensidad o extensión que haga imperceptible o impracticable una huelga.

Justamente este es el problema que aborda el artículo 391° del Anteproyecto cuando se remite al convenio colectivo la determinación del número de trabajadores, categoría u ocupación, turnos o áreas que los servicios mínimos deberán cubrir. Se opta de esta forma por una solución autónoma de las propias partes. En

defecto de ese acuerdo, se establece un procedimiento en que los empleadores comunican a la representación de trabajadores, en el mes de diciembre de cada año, la relación de trabajadores que deben cubrir los servicios mínimos. En caso de divergencia, se ha indicado será el órgano tripartito constituido por el Consejo Nacional de Trabajo el que resuelva lo pertinente, salvando de esta manera la observación de los órganos de control de la OIT respecto de la normativa vigente que confiere tal facultad a la autoridad administrativa de trabajo.

De otra parte, en relación a la sanción por abstención de labores de personal de servicios mínimos, de que trata el artículo 392° del Anteproyecto, parecería ser demasiado severa cuando se indica que incurrirá en falta grave causante de despido. Podría considerarse la imposición de una sanción disciplinaria, no necesariamente el despido, esto es, que se trata de una falta pero no necesariamente grave. Las ausencias, en tal circunstancia, podrían correr la misma suerte de las ausencias injustificadas consecutivas. Este es un tema que habría que revisar.

Finalmente, la ubicación del artículo 390°, relativa a los servicios de mantenimiento, podría ser revisada pues en estricto este tema es ajeno al capítulo III relativo a «Huelga en servicios esenciales y servicios mínimos» y podría reubicarse en el capítulo II sobre «Efectos y calificación de la huelga».

CAJERO global net



La red de cajeros para todos los bancos y más.

- Más de 270 ubicaciones a nivel nacional.
- Siempre en lugares convenientes y seguros.
- Las 24 horas del día a tu disposición.

Global Net, en el Perú con Interbank.

Consulte a su banco si aplican cobros. Tarjeta del Banco de la Nación no incluida.

Documentos

Comisión de Trabajo
del Congreso de la República

Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Lima, Febrero de 2003

Contenido

TÍTULO PRELIMINAR

Ámbito de aplicación 281
Principios 282
Fuentes 283
Vigencia de la ley en el espacio 285
Vigencia de la ley en el tiempo 286

PRIMERA PARTE: DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

TÍTULO I
CONTRATO DE TRABAJO 289
Capítulo I: Definición y objeto 289
Capítulo II: Sujetos del contrato de trabajo 290
Sub-capítulo I *El empleador* 290
Sub-capítulo II *El trabajador* 291
Capítulo III: Elementos y eficacia del contrato de trabajo 292
Capítulo IV: *Duración del contrato de trabajo* 293
Sub-capítulo I *Contrato de trabajo de duración indeterminada* 293
Sub-capítulo II *Contrato de trabajo de duración determinada* 294
Capítulo V: Contratos de trabajo especiales 296
Sub-capítulo I *Contrato de trabajo a tiempo parcial* 296
Sub-capítulo II *Contrato de trabajo a domicilio* 297
Sub-capítulo III *Contrato de trabajo a distancia* 299
Sub-capítulo IV *Contrato de trabajo de extranjeros* 300
Capítulo VI: Derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo 302
Sub-capítulo I *Derechos y obligaciones de los trabajadores* 302
Sub-capítulo II *Derechos y obligaciones de los empleadores* 305
Capítulo VII: Prestación de servicios con intervención de terceros 308
Sub-capítulo I *Empresas de servicios temporales* 309

Sub-capítulo II *Empresas de servicios complementarios* 310
Sub-capítulo III *Disposiciones comunes a las empresas de servicios* 310
Sub-capítulo IV *Registro Nacional de Empresas de Servicios Temporales y Servicios Complementarios* 312
Sub-capítulo V *Subcontratación de obras o servicios* 315
Capítulo VIII: Modalidades formativas 316
Sub-capítulo I *Modalidades formativas* 316
Sub-capítulo II *Contrato de aprendizaje* 316
Sub-capítulo III *Capacitación laboral juvenil* 317
Sub-capítulo IV *Prácticas pre-profesionales* 320
Sub-capítulo V *Normas comunes a las modalidades formativas* 321

TÍTULO II
DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO 323
Capítulo I: Período de prueba 323
Capítulo II: Ascenso 324
Capítulo III: Modificación de la relación de trabajo 325
Capítulo IV: Suspensión de la relación de trabajo 327
Capítulo V: Extinción de la relación de trabajo 330
Sub-capítulo I *Causas de extinción* 330
Sub-capítulo II *Causas justas de despido* 331
Sub-capítulo III *Despido por causas relativas a la conducta o la capacidad del trabajador* 332
Sub-capítulo IV *Motivos de nulidad del despido* 336
Sub-capítulo V *Actos de hostilidad* 336
Sub-capítulo VI *Impugnación del despido* 337
Sub-capítulo VII *Despido por causas relativas al funcionamiento de la empresa* 341

TÍTULO III
REMUNERACIONES Y BENEFICIOS SOCIALES 348
Capítulo I: Remuneración 348
Sub-capítulo I *Remuneraciones en general* 349
Sub-capítulo II *Remuneraciones mínimas vitales* 352
Sub-capítulo III *Gratificaciones de fiestas patrias y Navidad* 353

Sub-capítulo IV *Asignación familiar* 354
Capítulo II: Beneficios sociales 354
Sub-capítulo I *Seguro de vida* 354
Sub-capítulo II *Compensación por tiempo de servicios o CTS* 356
Sub-capítulo III *Participación en las utilidades* 359
Capítulo III: Pago de la remuneración y los beneficios 362
Capítulo IV: Protección y privilegios 363
TÍTULO IV
CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO 363
Capítulo I: Jornada de trabajo y sobretiempos 363
Sub-capítulo I *Jornada de trabajo* 363
Sub-capítulo II *Trabajo en sobretiempo* 369
Capítulo II: *Descansos remunerados* 371
Sub-capítulo I *Descanso semanal obligatorio* 371
Sub-capítulo II *Días feriados* 372
Sub-capítulo III *Vacaciones anuales* 374
Capítulo III: Normas especiales para grupos ocupacionales específicos 378
Sub-capítulo I *Trabajo de mujeres* 378
Sub-capítulo II *Trabajo de menores* 380
Sub-capítulo III *Trabajo de discapacitados* 384
Capítulo IV Personal de dirección 385
Capítulo V: Seguridad, salud, bienestar y medio ambiente en el trabajo 386
TÍTULO V
PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD 387
SEGUNDA PARTE:
DE LAS RELACIONES COLECTIVAS DEL TRABAJO 391
TÍTULO VI
DERECHO DE SINDICACIÓN 391
Capítulo I: Contenido de la libertad sindical 391
Capítulo II: Organizaciones sindicales 392

Capítulo III: Órganos sindicales y del patrimonio sindical 396
Capítulo IV: Protección de la libertad sindical 398
Capítulo V: Disolución y liquidación de las organizaciones sindicales 402
TÍTULO VII
DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA 403
Capítulo I: Bases de la negociación colectiva 403
Capítulo II: Aspectos generales del procedimiento de negociación colectiva 405
Capítulo III: Negociación directa 406
Capítulo IV: Conciliación 407
Capítulo V: Convenio colectivo 408
Capítulo VI: Arbitraje 410
TÍTULO VIII
DERECHO DE HUELGA 414
Capítulo I: Huelga y sus requisitos 414
Capítulo II: Efectos y calificación de la huelga 415
Capítulo III: Huelga en servicios esenciales y servicios mínimos 418
Capítulo IV: Otros medios de solución de conflictos durante la huelga 419
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS
Disposiciones complementarias 424
Disposiciones transitorias 426

Presentación

Es una aspiración de los trabajadores, empresarios, estudiosos, y de la comunidad en general, la emisión de un conjunto de normas laborales sistematizadas y que con orden por primera vez, regulen la actividad laboral del país.

En ese sentido, resultó muy acertada la decisión del congresista Luis Negreiros Criado, en su calidad entonces de presidente de la Comisión de Trabajo, de crear una Comisión Especial de Expertos para que elaboren el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo.

Culminada la importante labor de este equipo de expertos, el Anteproyecto fue puesto a disposición de la Comisión de Trabajo así como del Consejo Nacional de Trabajo para su difusión y debate.

Con este propósito, la comisión que me honro en presidir pone a conocimiento público el Anteproyecto en referencia para la opinión de las instituciones y personas interesadas en el tema a fin de recoger sus aportes previos a la elaboración del proyecto final.

La intención que nos motiva, no tiene otro corolario sino el dar al país una ley general de trabajo que a la par de reivindicar derechos laborales promueva el empleo y, como tal, se convierta en un instrumento para el desarrollo productivo del país.

Lima, febrero de 2003

CARLOS ALMERI VERAMENDI
Presidente de la Comisión de Trabajo
del Congreso de la República

Miembros de la Comisión de Expertos

Carlos Blancas Bustamante
Adolfo Ciudad Reynaud
Víctor Ferro Delgado
Javier Neves Mujica
Mario Pasco Cosmópolis
Alfredo Villavicencio Ríos

ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO

TÍTULO PRELIMINAR

Título Preliminar

Ámbito de aplicación

Artículo I.- La presente Ley regula las prestaciones personales, subordinadas y remuneradas de servicios, nacidas de un contrato verbal o escrito, cualquiera fuera la denominación o modalidad de éste.

Artículo II.- Son prestaciones personales de servicios aquellas en las que el trabajador es una persona natural, que debe ejecutar su prestación sin contar con sustitutos ni auxiliares a su cargo. No se pierde la condición de trabajador cuando este cuente con el apoyo brindado por familiares directos, que dependan económicamente de él, en el caso del trabajo a domicilio previsto por esta Ley. Tampoco se pierde cuando se encubra una prestación personal a través de la actuación de una persona jurídica.

Artículo III.- Son prestaciones subordinadas de servicios aquellas en las que el trabajador se desenvuelve dentro del ámbito de organización y dirección del empleador o de un tercero en los supuestos permitidos de prestación de servicios con intervención de terceros.

Artículo IV.- La duración de la relación laboral, la concurrencia al centro de trabajo, la extensión de la jornada de trabajo o el número de empleadores, no son elementos esenciales para calificar una relación como laboral, aunque pueden servir como indicios de su existencia o para determinar la aplicación de ciertos derechos.

Artículo V.- Se presume que toda prestación personal y remunerada de servicios es subordinada. Asimismo, se presume la existencia de un

vínculo laboral entre quien presta un servicio al interior de un centro de trabajo y quien lo aprovecha. La carga de la prueba en ambos supuestos corresponde al empleador.

Artículo VI.- Las prestaciones de servicios, autónomas y retribuidas, cumplidas por personas naturales o jurídicas, se rigen por el ordenamiento civil o mercantil. No obstante, el ordenamiento laboral puede resultar aplicable, en todo o en parte, a quienes prestan un servicio personal, autónomo y retribuido, si se les extiende por ley expresa.

Artículo VII.- La presente Ley es aplicable a los trabajadores independientes en lo que resulte pertinente.

Artículo VIII.- Los regímenes especiales de trabajo se rigen por la presente Ley, salvo en lo que establezcan sus propias normas.

Artículo IX.- Los socios trabajadores de las cooperativas de trabajadores se rigen por la presente Ley, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas de su vínculo asociativo.

Artículo X.- No están comprendidos en esta Ley: el servicio militar, el servicio derivado de las obligaciones cívicas, el trabajo penitenciario, el trabajo voluntario no retribuido y el trabajo por cuenta propia.

Principios

Artículo XI.- Son principios del ordenamiento laboral:

1. Interpretación más favorable al trabajador en caso de duda sobre el significado de una norma. De haber oscuridad en el sentido de una cláusula del contrato de trabajo, se prefiere igualmente el sentido más ventajoso para el trabajador.
2. Norma más favorable al trabajador cuando dos o más normas regulen en forma incompatible un mismo hecho. Este principio no se aplica para resolver los conflictos entre normas estatales de distinto rango, caso en que prevalece la superior. La comparación entre las normas en conflicto se hace por instituciones.
3. Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador nacidos de normas imperativas.

4. Condición más beneficiosa para conservar las ventajas alcanzadas a partir de contratos de trabajo, concesiones unilaterales no normativas del empleador o consolidación por el transcurso del tiempo, frente a nuevas normas que las supriman o rebajen. Sólo pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de partes.
5. Igualdad ante la ley, de trato y de oportunidades. Ningún empleador puede tratar desigualmente a trabajadores iguales o a la inversa. Está proscrita la discriminación directa o indirecta por razón de sexo, raza, origen, religión, opinión, idioma, estado civil, responsabilidades familiares, edad, discapacidad, ser portador del VIH/SIDA, condición económica o de cualquier otra índole.

   No constituyen discriminación las acciones positivas adoptadas por el Estado destinadas a lograr una igualación efectiva entre diversas colectividades que tengan notorias desigualdades materiales.
6. Primacía de la realidad para preferir los hechos sobre las formas y las apariencias.
7. Fomento por el Estado de la autonomía colectiva como instrumento de regulación equilibrada de las relaciones laborales y generación de paz social.
8. Fomento de la formalidad que permite al Estado verificar el cumplimiento de lo previsto por el ordenamiento laboral, como requisito para contratar con el sector público o acceder a determinados beneficios, incentivos o licencias.
9. Los demás derivados de la dignidad de la persona y de su protección por el Estado.

Fuentes

Artículo XII.- Las relaciones individuales y colectivas de trabajo se regulan por:

1. La Constitución;
2. Los tratados aprobados y ratificados;
3. Las leyes y los decretos legislativos;

4. Los reglamentos;
5. Los convenios colectivos;
6. Los reglamentos internos de trabajo;
7. Las costumbres;
8. La jurisprudencia; y,
9. Los contratos de trabajo.

Artículo XIII.- Los tratados sobre derechos humanos, en especial los Convenios Internacionales del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo, complementan la enumeración de derechos fundamentales contenida en la Constitución y sirven para interpretar el significado de los derechos consagrados en ella y en esta Ley.

Artículo XIV.- Los decretos de urgencia, al regular materia económica y financiera, sólo pueden comprender derechos laborales cuando se trate de trabajadores públicos regidos por la Ley de Presupuesto.

Artículo XV.- La parte normativa de los convenios colectivos regula las relaciones individuales y genera derechos y obligaciones para los trabajadores y el empleador; así como los niveles de la propia negociación colectiva. La parte obligacional regula los demás aspectos de las relaciones colectivas y genera derechos y obligaciones para las organizaciones sindicales y el empleador. La parte delimitadora fija los ámbitos personal, espacial y temporal de vigencia.

Artículo XVI.- Las costumbres se producen cuando existen prácticas reiteradas que generan conciencia de obligatoriedad, de modo abstracto y general. Son válidas las costumbres que complementan, mejoran o reemplazan a otras normas, pero no las que las contrarían. Si se generan derechos para destinatarios concretos y singulares se producen consolidaciones por el transcurso del tiempo.

Artículo XVII.- En lo no previsto por la presente Ley se aplican supletoriamente las disposiciones del Código Civil, siempre que no haya oposición de naturaleza.

Vigencia en el espacio

Artículo XVIII.- La presente Ley regula las relaciones laborales cumplidas en el Perú y nacidas de contratos de trabajo celebrados en el Perú.

Artículo XIX.- Son relaciones laborales internacionales aquellas en las que un elemento relevante, sea la contratación, sea la ejecución, se produce en los territorios del Perú y de otro Estado; o aquellas que se materializan en sedes diplomáticas de Estados extranjeros o de organismos internacionales acreditadas en el Perú.

Artículo XX.- En el caso de las relaciones laborales internacionales en las que el contrato se celebra en un país y la relación se cumple en otro, siendo el Perú alguno de ellos, la competencia jurisdiccional y la legislación aplicable se determinan en función de los tratados suscritos entre los Estados involucrados. A falta de tratado, se rigen por las siguientes reglas:

1. El juez peruano es competente cuando el demandado domicilia en el Perú. No obstante, es competente también si el contrato de trabajo se celebra o la relación laboral se ejecuta en el Perú o las partes se someten expresa o tácitamente a la jurisdicción peruana.
2. La ley peruana es aplicable a las relaciones laborales cumplidas en el Perú, cualquiera fuera el lugar de celebración del contrato de trabajo o a las relaciones laborales cumplidas en el extranjero, cuando el contrato de trabajo se hubiera celebrado en el Perú.
3. Para efecto de las reglas anteriores, se considera como territorio peruano, además del suelo, subsuelo, el dominio marítimo y el espacio aéreo que los cubre, las naves o aeronaves peruanas cuando se desplacen por aguas o aires internacionales, sobre las que ningún Estado ejerza soberanía.

Artículo XXI.- En el caso de las relaciones laborales internacionales realizadas en las sedes diplomáticas de Estados extranjeros o de organismos internacionales acreditados en el Perú, estas se rigen por la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas y los Acuerdos de Sede, respectivamente. Sin embargo, los reclamos deriva-

dos de la celebración de contratos de trabajo o la ejecución de relaciones laborales no disfrutan de exención jurisdiccional, porque se trata de actos de gestión y no de imperio.

VIGENCIA EN EL TIEMPO

Artículo XXII.- La nueva norma se aplica inmediatamente a las situaciones y relaciones jurídicas existentes. No tiene efectos retroactivos, salvo cuando lo declara expresamente y es más favorable al trabajador[1]. Los convenios colectivos rigen retroactivamente, del modo previsto en la parte correspondiente de esta Ley.

Artículo XXIII.- Sólo hay derechos adquiridos en materia laboral respecto de beneficios nacidos de contratos de trabajo, concesiones unilaterales no normativas del empleador y consolidación por el transcurso del tiempo.

[1] Con cargo a la modificación de la Constitución.

PRIMERA PARTE:

DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

Primera Parte
De la Relación Individual de Trabajo

TÍTULO I
DEL CONTRATO DE TRABAJO

CAPÍTULO I
Definición y objeto

Artículo 1° Definición

Por el contrato de trabajo, el trabajador se obliga a prestar personalmente servicios para un empleador, bajo la subordinación de éste, a cambio de una remuneración.

Artículo 2° Objeto

Pueden ser objeto del contrato de trabajo toda clase de servicios, materiales o intelectuales, siempre que no sean contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Artículo 3° Interdicción de discriminación

En la contratación queda prohibida la discriminación por cualquiera de los motivos a que se refiere el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar.

El empleador que discrimine a un postulante en cualquiera de las fases del proceso de acceso al empleo, está obligado a indemnizarlo, debiendo el juez especializado de trabajo fijar el monto con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, para lo cual puede tomar como referencia la remuneración anual ofrecida.

CAPITULO II
Sujetos del contrato de trabajo

Sub-capítulo I
El empleador

Artículo 4° Empleador

Empleador es la persona natural o jurídica, con o sin fin de lucro y de naturaleza privada o pública que contrata servicios regulados por esta Ley.

Artículo 5° Representantes del empleador

Son representantes del empleador quienes en nombre y por cuenta de aquél ejercen funciones jerárquicas de dirección o administración, frente a los trabajadores o terceros, y que pueden sustituirlo, en todo o en parte, en sus funciones de administración y control, y en general, quienes ejercitan actos de representación con el asentimiento expreso o tácito del empleador.

Artículo 6° Grupo de empresas

Hay un grupo de empresas cuando varias empresas, jurídicamente independientes, constituyen o actúan como una unidad económica y productiva de carácter permanente y están sujetas a una dirección única de contenido general.

Cuando un trabajador ha prestado servicios en varias empresas que conforman un grupo, éstas son solidariamente responsables por sus derechos.

Artículo 7° Presunción de grupo de empresas

Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

1. Desarrollen en conjunto actividades que evidencian su integración económica o productiva;
2. Exista relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;
3. Los órganos de dirección de las empresas estén conformados, en proporción significativa, por las mismas personas; o,

4. Utilicen una idéntica denominación, marca o emblema.

Artículo 8° Transferencia de trabajadores

La transferencia de trabajadores entre empresas que forman un grupo no afecta las remuneraciones ni la antigüedad del trabajador.

Artículo 9° Transmisión de la empresa o sustitución del empleador

Si hay transmisión de empresa, por actos de fusión, absorción u otros similares, las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados. Los cambios de titular, nombre o giro, no constituyen transmisión de empresa ni afectan las relaciones laborales vigentes.

Si el empleador persona natural fallece y sus herederos continúan con el negocio, las relaciones laborales prosiguen. También prosiguen cuando el empleador, persona natural, transfiere el negocio.

Artículo 10° Efectos laborales de la trasmisión de empresa

El empleador sustituido, y en su defecto el adquirente, está obligado a notificar la transmisión de la empresa a los trabajadores y a sus representantes.

Ambos responden solidariamente de las obligaciones que a la fecha de la transmisión sean exigibles al empleador sustituido, por las obligaciones derivadas de los contratos de trabajo, convenios colectivos o de la ley nacidas antes de la fecha de su sustitución.

El adquirente asume los derechos y obligaciones laborales del cedente y responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

La renuncia del trabajador meramente formal o aparente no afecta la aplicación de estos derechos.

Sub-capítulo II
El trabajador

Artículo 11° El trabajador

Trabajador es la persona natural que voluntariamente presta servicios a un empleador en los términos establecidos en la presente Ley.

Los trabajadores son iguales ante la ley y gozan de la misma protección y garantías. No existe distinción jurídica entre trabajadores por razón del carácter intelectual o material de la labor ni por su forma de retribución.

Artículo 12° Representantes del empleador

Los representantes del empleador están sujetos a las normas especiales que esta Ley contempla. La condición de socio, accionista, director, apoderado o mandatario no excluye la de trabajador cuando haya prestación personal, subordinada y remunerada de servicios.

CAPITULO III
Elementos y eficacia del contrato de trabajo

Artículo 13° Capacidad para contratar

Pueden contratar la prestación de su trabajo:

1. Quienes tengan plena capacidad de ejercicio, conforme a lo dispuesto por el Código Civil.
2. Los menores de dieciocho años que cuenten con la edad mínima a que se refieren los artículos 283° y 284°.
3. Los extranjeros, dentro de los límites y con los requisitos previstos por esta Ley.

Artículo 14° Forma del contrato de trabajo

El contrato de trabajo se puede celebrar por escrito o verbalmente.

Se celebran por escrito los contratos de trabajo cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, los contratos de duración determinada, a tiempo parcial, a domicilio, de extranjeros y los formativos.

La omisión de la forma escrita, excluye al contrato de trabajo de las normas específicas aplicables a dichas modalidades.

Artículo 15° Inejecución del contrato de trabajo

El contrato de trabajo cuya ejecución no se realice por incumplimiento de cualquiera de las partes, dará derecho a la parte perjudicada a exigir una indemnización de daños y perjuicios.

Artículo 16° Nulidad del contrato

Son nulas las estipulaciones del contrato de trabajo contrarias a la Constitución, las leyes, los convenios colectivos de trabajo y demás normas imperativas. La nulidad de una o varias cláusulas del contrato, no invalida las restantes. En defecto de las cláusulas nulas, rigen las normas correspondientes.

En caso el contrato resulte nulo en su integridad, el trabajador tiene derecho a que se le abone la remuneración que corresponda a la labor efectivamente prestada.

CAPITULO IV
Duración del contrato de trabajo

Sub-capítulo I
Contrato de trabajo de duración indeterminada

Artículo 17° Duración del contrato

El contrato de trabajo se presume celebrado por tiempo indeterminado. Puede celebrarse por tiempo determinado en los casos previstos por esta Ley.

Artículo 18° Contratos intermitente y de temporada

Se considera contratos de trabajo de duración indeterminada:

El contrato intermitente, para cubrir las necesidades de la actividad de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas.

El contrato de temporada, celebrado con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetición en períodos cíclicos en función a la naturaleza de la actividad productiva. En este contrato deberá constar lo siguiente:

a) La duración de la temporada;

b) La naturaleza de la actividad de la empresa; y,

c) La naturaleza de las labores del trabajador.

En uno y otro caso, el período en que el trabajador no preste servicios efectivos es considerado como suspensión perfecta de los efec-

tos del contrato de trabajo. El tiempo de servicios y los derechos que deriven del mismo se determinarán en función del período efectivamente laborado.

Sub-capítulo II
Contrato de trabajo de duración determinada

Artículo 19° Causa del contrato de duración determinada

Los contratos de trabajo de duración determinada pueden celebrarse cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se va a ejecutar. Debe constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa las causas objetivas determinantes de la contratación, su duración, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Una copia de los contratos será presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los treinta días naturales de su celebración, para efectos de su registro y verificación de la veracidad de los datos consignados en el mismo.

Artículo 20° Clases de contratos

Son contratos de duración determinada:

1. El contrato por necesidades del mercado;
2. El contrato ocasional;
3. El contrato de suplencia;
4. El contrato por obra determinada o para servicio específico;
5. El contrato expresamente autorizado por norma especial.

Artículo 21° Contrato por necesidades del mercado

El contrato por necesidades del mercado se celebra con el objeto de atender incrementos coyunturales de la actividad de la empresa, originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado y que no pueden ser satisfechas con su personal permanente, aún cuando se trate de labores que formen parte de la actividad ordinaria de la empresa.

La duración máxima de este contrato es de un año.

Artículo 22° Contrato ocasional

El contrato ocasional es aquel celebrado para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis (6) meses, salvo que la causa que lo origine sea el caso fortuito o la fuerza mayor, en cuyo caso se extinguirá cuando dicha causa haya sido superada.

Artículo 23° Contrato de suplencia

El contrato de suplencia es celebrado con el objeto de sustituir a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada.

Esta modalidad también procede para cubrir el puesto de un trabajador desplazado para reemplazar a otro.

En tales casos el empleador deberá reservar el puesto a su titular, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia.

Artículo 24° Contrato por obra determinada o para servicio específico

En los contratos por obra determinada o para servicio específico, la duración está sujeta a la conclusión de la obra o del servicio específico para el que fue contratado.

Artículo 25° Período de prueba

En los contratos de duración determinada rige el período de prueba conforme a lo previsto en la presente Ley.

Artículo 26° Conversión de los contratos

Los contratos de trabajo celebrados a tiempo determinado se consideran como de duración indeterminada:

1. Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado;
2. Cuando se trata de un contrato por obra determinada o para servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra o servicio materia del contrato;
3. Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional para la reserva de su puesto;

4. Cuando el contrato es simulado o ha sido celebrado en fraude a la ley;
5. Cuando la celebración del contrato no consta por escrito o no se ha registrado ante la autoridad de trabajo, dentro del plazo legal.

Artículo 27° Prohibición de contratar a trabajadores permanentes que cesen

Los trabajadores sujetos a un contrato de duración indeterminada que cesen no podrán ser contratados nuevamente mediante contratos de duración determinada salvo que haya transcurrido un año desde la extinción de su relación de trabajo.

Artículo 28° Igualdad de derechos

Los trabajadores contratados a tiempo determinado tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, convenio colectivo o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminada, del respectivo centro de trabajo y a no ser despedido sin causa durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba.

CAPITULO V
Contratos de trabajo especiales

Sub-capítulo I
Contrato de trabajo a tiempo parcial

Artículo 29° Definición

Por el contrato de trabajo a tiempo parcial el trabajador se obliga a prestar servicios durante un número de horas al día o a la semana inferior a la jornada ordinaria de trabajo vigente en el centro de trabajo o, en su defecto, a la jornada máxima establecida legalmente.

Artículo 30° Duración y Forma del contrato

El contrato de trabajo a tiempo parcial puede celebrarse por tiempo indeterminado o por duración determinada, en los supuestos previstos por esta Ley para esta clase de contratación. Este contra-

to será celebrado necesariamente por escrito, y se registrará ante la autoridad administrativa de trabajo dentro de los quince (15) días siguientes a su suscripción.

Artículo 31° Derechos de los trabajadores

Los trabajadores contratados a tiempo parcial gozan de los derechos que la ley reconoce a los trabajadores contratados a tiempo completo, con excepción de aquellos para cuya percepción se exija laborar un número mínimo de horas.

Estos trabajadores tienen la condición de asegurados obligatorios en los sistemas de seguridad social, debiendo calcularse las aportaciones respectivas sobre la base de la remuneración efectivamente percibida en función del tiempo trabajado. Para determinar los períodos de aportación se computarán exclusivamente las horas trabajadas.

Sub-capítulo II
Contrato de trabajo a domicilio

Artículo 32° Definición

Por el contrato de trabajo a domicilio el trabajador se obliga a ejecutar su prestación en su domicilio o en el lugar que libremente designe, sin supervisión directa e inmediata del empleador. Este tiene la facultad de establecer las regulaciones de la metodología y técnicas del trabajo a realizarse.

Artículo 33° Forma de la remuneración

La remuneración es fijada por las partes en el contrato de trabajo o por convenio colectivo en base a criterios de remuneración por producción.

El empleador sólo podrá deducir hasta un veinticinco por ciento (25%) mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, en caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes a que se refiere el numeral 6 del artículo 35, hasta cumplir el pago del valor respectivo.

Artículo 34° Forma del contrato

El contrato de trabajo a domicilio se celebra por escrito y en triplicado, una de cuyas copias se registra ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, dentro de los 15 días siguientes a su suscripción.

Artículo 35° Obligación del empleador de llevar registro

El empleador, sin perjuicio de lo señalado en el artículo anterior, está obligado a llevar un Registro de Trabajo a Domicilio, cuya copia será entregada al trabajador. Este registro sustituye para todos sus efectos al libro de planilla de remuneraciones del régimen laboral común.

En el Registro de Trabajo a Domicilio se consignarán los datos siguientes:

1. Los relativos a la identificación del trabajador;
2. Las fechas de suscripción del contrato de trabajo a domicilio y de su registro ante la autoridad administrativa de trabajo;
3. Los relativos a la inscripción del trabajador en el sistema nacional o privado de pensiones así como en el Seguro Social de Salud (ESSALUD);
4. La calidad y naturaleza de la obra encomendada y la remuneración convenida, indicando los factores intervinientes en su fijación;
5. El monto y fecha de pago de la remuneración y de cualquier otro beneficio que se le abone, en cada oportunidad en que éste se realiza;
6. De ser el caso, el suministro de los materiales, herramientas, maquinarias o útiles para la producción, así como la modalidad y título en los que otorga estos últimos; y,
7. Cualquier otra indicación o precisión relativa a la relación laboral y que las partes estimen conveniente consignar.

Artículo 36° Derechos sociales

El trabajador a domicilio tiene derecho a percibir los derechos sociales siguientes:

1. La remuneración por el Primero de Mayo, equivalente a una treintava parte de las remuneraciones totales percibidas el mes inmediato anterior laborado, siempre que el trabajador tenga derecho acumulado de los beneficios de los numerales 2 y 3 de este artículo;
2. Vacaciones, equivalente al ocho por ciento con treinta y tres centésimos (8.33%) del total de las remuneraciones percibidas durante el año cronológico anterior de servicios prestados al empleador.

   Este beneficio se paga conjuntamente con la remuneración del mes al que corresponde el año cronológico de servicios cumplidos; y
3. Compensación por Tiempo de Servicios.

Artículo 37° Pago adelantado de derechos sociales

El trabajador podrá solicitar al empleador el pago adelantado de los beneficios señalados en el artículo anterior, cuando la prestación de servicios se interrumpa o suspenda por un período igual o mayor de un mes. En este caso, el cálculo se efectuará teniendo como base el total de las remuneraciones percibidas durante el período realmente laborado. El pago adelantado de cualquiera de dichos beneficios tiene efecto cancelatorio.

Artículo 38° Régimen de seguridad social

El trabajador a domicilio es asegurado obligatorio en cualquiera de los sistemas de pensiones y en el Seguro Social de Salud en la forma que establecen las leyes de la materia.

Sub-capítulo III
Del contrato de trabajo a distancia

Artículo 39° Definición

El contrato de trabajo a distancia regula el desempeño de labores sin la presencia física del trabajador en la empresa, con la que mantiene conexión por medios informáticos y de telecomunicaciones y análogos, a través de los cuales se ejercen, a su vez, el control y la supervisión de las mismas.

Artículo 40° Subordinación

Son elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado del trabajo a distancia la continuidad en la ejecución de la prestación, la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros.

Artículo 41° Derechos

Son aplicables al trabajo a distancia los artículos 32°, 35°, 36° y 37°.

Sub-capítulo IV
Contrato de trabajo de extranjeros

Artículo 42° Límite a la contratación de trabajadores extranjeros.

Los empleadores sólo podrán contratar personal extranjero en una proporción que no podrá exceder del veinte por ciento (20%) del número total de los trabajadores que les prestan servicios.

Artículo 43° Trabajadores no considerados extranjeros

No será considerado como extranjero el trabajador:

1. Que tenga cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos peruanos;
2. Que tenga visa de inmigrante;
3. Con cuyo país de origen exista convenio de reciprocidad laboral o de doble nacionalidad;
4. Que labore como tripulante para empresas extranjeras dedicadas al servicio internacional de transporte terrestre, aéreo o acuático con bandera o matrícula extranjera;
5. Que labore en las empresas de servicios multinacionales o bancos multinacionales, sujetos a las normas legales dictadas para estos casos específicos;
6. Que en virtud de convenios bilaterales o multilaterales celebrados por el Gobierno del Perú, preste sus servicios en el país;

Asimismo, los artistas, deportistas y, en general, aquellos que actúen en espectáculos públicos en el territorio nacional, durante un período máximo de tres meses al año.

Los trabajadores antes mencionados no serán tomados en cuenta para establecer el número total de trabajadores de la empresa, a efectos de establecer el porcentaje a que se refiere el artículo 42°.

Artículo 44° Exoneración de los límites a la contratación

Los empleadores podrán solicitar exoneración de los porcentajes limitativos prescritos en el artículo 42° en los casos siguientes:

1. Personal de dirección, profesionales o personal técnico especializado, contratado para laborar en una nueva actividad empresarial o en casos de reconversión empresarial; y
2. Profesores contratados para la enseñanza básica, secundaria o superior o para centros especializados de enseñanza de idiomas

Artículo 45° Forma y duración del contrato

El contrato de trabajo con extranjeros deberá celebrarse por escrito y por duración determinada, la que no podrá exceder de tres años, prorrogables sucesivamente, sin que la prórroga pueda pactarse por períodos mayores. En el contrato deberá estipularse la obligación del trabajador de capacitar personal nacional en la misma ocupación. La autoridad competente al otorgar la visa correspondiente tendrá en cuenta el plazo de duración del contrato.

Tendrá validez, el contrato de trabajo suscrito en el extranjero, que sea presentado a la autoridad de trabajo en copias autenticadas, siempre que en el mismo documento u otro adicional, conste el sometimiento a la ley peruana y su plazo de duración.

Artículo 46° Aprobación y registro de los contratos

El contrato se considera aprobado a la presentación de la solicitud respectiva a la autoridad administrativa de trabajo, sin perjuicio de que ésta realice el control posterior, para verificar la autenticidad de los datos.

Artículo 47° Límite a las remuneraciones de los trabajadores extranjeros

Las remuneraciones que, individual o conjuntamente, perciban los trabajadores extranjeros que laboran para el mismo empleador no podrán exceder del treinta por ciento (30%) del monto total de la planilla de sueldos y salarios.

CAPÍTULO VI
Derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo

Sub-capítulo I
Derechos y obligaciones de los trabajadores

Artículo 48° Derechos de los trabajadores

En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho a:

1. La ocupación efectiva;
2. La protección de su vida, salud e integridad física en el trabajo;
3. El respeto de su dignidad, honor e intimidad, comprendiendo la protección contra el acoso sexual y otras ofensas similares;
4. La igualdad de trato y de oportunidades y a la no discriminación por cualquiera de los motivos a que se refiere el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar;
5. Ocupar una categoría acorde con su titulación profesional, especialización u oficio, a la conservación de ésta y al ascenso en los términos que establece esta Ley;
6. El pago puntual e íntegro de su remuneración, así como de los demás beneficios que le corresponden;
7. A no ser despedido sin causa justificada, señalada por esta Ley;
8. El ejercicio de los derechos colectivos de sindicación, negociación colectiva y huelga, conforme a lo que dispone la Segunda Parte de esta Ley;
9. Formular peticiones y reclamos ante su empleador y ejercer las acciones que corresponda ante las autoridades judiciales y administrativas, para la defensa de sus derechos; y,
10. Los demás que establece la presente Ley o que se deriven específicamente del contrato de trabajo.

Artículo 49° Interdicción de la discriminación en las relaciones laborales

Son nulas y sin efecto legal las disposiciones de los convenios colectivos y del reglamento interno, los pactos o convenios individuales y los actos unilaterales del empleador que contengan discriminaciones favorables o desfavorables en materia de remunera-

ciones, ascensos y promociones o condiciones de trabajo, que vulneren lo dispuesto por el artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar.

Artículo 50° Protección de la dignidad e intimidad del trabajador

Sólo pueden realizarse registros sobre la persona del trabajador y sus efectos particulares, cuando ello sea necesario para la protección de las personas o de los bienes del empleador y los trabajadores, debiendo, en tal caso, respetarse la dignidad e intimidad del trabajador.

Artículo 51° Obligaciones de los trabajadores

Son obligaciones de los trabajadores:

1. Ejecutar personalmente las labores asignadas por el empleador, bajo la dirección de éste, con diligencia y eficiencia;
2. Cumplir el reglamento interno de trabajo y acatar las órdenes e instrucciones que dicte el empleador en relación a sus labores, salvo que pongan en notorio peligro su vida o su salud, conlleven la comisión de un delito o de un acto ilícito o inmoral, afecten sus derechos fundamentales o lesionen su dignidad e intimidad,
3. Observar una conducta apropiada y respetar y mantener el orden y la disciplina del centro de trabajo; y presentarse a sus labores, libre del efecto de bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes, salvo, en este último caso, prescripción médica, que deberá poner en conocimiento inmediato del empleador;
4. Guardar el debido respeto a sus superiores, sin perjuicio de formular quejas y reclamos mediante la forma y procedimientos establecidos;
5. Cumplir las normas sobre seguridad e higiene vigentes en el centro de trabajo y abstenerse de todo acto que ponga en peligro su propia seguridad, la de los demás trabajadores o la de terceras personas, así como la del centro de trabajo;
6. Abstenerse de revelar a terceros o aprovechar en beneficio propio, sin autorización expresa, la información reservada de la empresa, de la cual tenga conocimiento por el desempeño de sus labores;

7. No realizar, en beneficio propio o de terceros, actividades idénticas a las que realiza para su empleador, sin autorización expresa de éste;
8. Proporcionar al empleador información veraz sobre los hechos y situaciones relacionadas con sus labores específicas, así como cualquier otra de carácter personal que tenga relación directa con el cumplimiento de sus obligaciones; asimismo, informar oportunamente de toda situación que pueda producir daños o generar perjuicios a la producción o a los bienes de la empresa;
9. Concurrir puntualmente a sus labores, dentro de la jornada y horario fijados por el empleador, salvo por motivo justificado, que deberá comunicar en forma inmediata;
10. Cuidar y conservar en buen estado los instrumentos y útiles que se le hubieren proporcionado para ejecutar sus labores, así como los bienes encomendados a su custodia, no siendo responsable del deterioro de estos objetos originado por el uso, desgaste natural, caso fortuito, mala calidad o deficiente construcción de los mismos;
11. Observar una conducta apropiada y respetuosa respecto de los demás trabajadores, debiendo abstenerse de actos de violencia, faltamientos de palabra u ofensas de naturaleza sexual;
12. Participar en las actividades de capacitación que dentro de la jornada de trabajo organice la empresa, para su desarrollo técnico y profesional y mejorar su producción y productividad; y,
13. Las demás que establece la presente Ley y las que se deriven de la relación de trabajo.

Artículo 52° Pacto de no competencia

La obligación del trabajador de no realizar actividades que supongan competencia con su anterior empleador después de extinguida la relación laboral, sólo tendrá validez si consta por escrito, se acredita que éste tiene un efectivo interés económico o comercial en ello y se otorga al trabajador una compensación económica.

El convenio de no competencia tendrá una duración máxima de un año para el personal técnico y de dos años para el personal de dirección.

Artículo 53° Pactos de permanencia y de exclusividad

Los pactos de exclusividad y de permanencia tienen validez cuando son celebrados por escrito y constan en el contrato de trabajo o en un convenio independiente.

Por el pacto de exclusividad el trabajador se obliga a no prestar otros servicios en régimen de subordinación o autonomía ni realizar actividad por cuenta propia, a cambio de una compensación económica. Si el trabajador incumple lo pactado, pierde el derecho a percibir dicha compensación.

Por el pacto de permanencia el trabajador se obliga a continuar laborando durante determinado tiempo para el empleador cuando éste sufrague el costo de los estudios de especialización o perfeccionamiento y otorgue al trabajador licencia con o sin goce de remuneración. La permanencia se fijará en proporción al costo y tiempo de los estudios. Si el trabajador extingue la relación laboral antes del vencimiento del plazo pactado, el empleador tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Sub-capítulo II
Derechos y obligaciones de los empleadores

Artículo 54° Derechos de los empleadores

Son derechos de los empleadores:

1. Organizar, dirigir y administrar el trabajo en la empresa;
2. Dictar las órdenes e instrucciones necesarias para la ejecución de las labores;
3. Dictar el reglamento interno de trabajo;
4. Adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control de la labor de sus trabajadores, con respeto a la dignidad e intimidad de éstos;
5. Introducir modificaciones en las condiciones de trabajo, dentro de los límites que establece esta Ley;
6. Sancionar disciplinariamente, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, las infracciones o incumplimiento de sus obligaciones en que incurra el trabajador.

7. Suspender las actividades y labores de la empresa en los casos permitidos por esta Ley;
8. Conceder permisos y licencias al trabajador; y,
9. Los demás que establezca esta Ley y que se deriven de la relación de trabajo.

Artículo 55° Reglamento interno de trabajo

Todo empleador que ocupe a más de cincuenta trabajadores está obligado a contar con un reglamento interno de trabajo, que es aprobado por la autoridad administrativa de trabajo.

El reglamento interno de trabajo es elaborado por el empleador, previa consulta al sindicato respectivo o, a falta de éste, a los representantes de los trabajadores. Cumplido este requisito, es presentado a la autoridad administrativa de trabajo para su aprobación. Dentro de los quince días de la presentación del reglamento, el sindicato o los representantes de los trabajadores pueden formular directamente sus observaciones a dicha autoridad, salvo que el empleador, al solicitar la aprobación, acredite fehacientemente que el sindicato o los representantes de los trabajadores no formularon observaciones. En este caso, la autoridad de trabajo aprobará el reglamento sin conceder plazo alguno para presentar observaciones.

Artículo 56° Facultad disciplinaria del empleador

Las sanciones disciplinarias que imponga el empleador tendrán en cuenta la naturaleza de la falta, los antecedentes del trabajador, la reincidencia, las circunstancias en que se cometió la falta y la responsabilidad del trabajador en la empresa.

Dichas sanciones no pueden consistir en multas o medidas que reduzcan la remuneración del trabajador o modifiquen sus condiciones de trabajo. En caso de imponerse la medida de suspensión, ésta no puede exceder de cinco días.

El reglamento interno de trabajo debe establecer el régimen disciplinario en lo relativo a faltas, sanciones y procedimiento interno de aplicación y reclamo.

El trabajador puede impugnar judicialmente las sanciones que se le impongan.

Artículo 57° Obligaciones de los empleadores

Son obligaciones de los empleadores:

1. Dar ocupación efectiva a los trabajadores contratados, debiendo, para ello, asignarles un puesto de trabajo y, encomendarles tareas propias de éste;
2. Proteger la vida, integridad física y salud del trabajador, aplicando las medidas de higiene y seguridad que sean necesarias
3. Guardar a los trabajadores el respeto y consideración debida a su dignidad, honor e intimidad;
4. Pagar la remuneración y los beneficios sociales, en la oportunidad y monto que corresponda;
5. Proporcionar a los trabajadores el espacio y los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo;
6. Abstenerse de cualquier acto o conducta que interfiera o afecte el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores;
7. Proporcionar a los trabajadores capacitación en el trabajo, para su desarrollo técnico y profesional y la mejora de su producción y productividad;
8. Efectuar puntualmente los aportes que le corresponda como empleador a los sistemas de seguridad social a que estén afiliados los trabajadores y, asimismo, hacer entrega a la entidad respectiva de los aportes de éstos que esté obligado a retener;
9. Suministrar a la organización sindical la información sobre la marcha de la empresa, a que ésta tiene derecho conforme a lo que establece el artículo 343°;
10. Otorgar al trabajador, al extinguirse la relación de trabajo, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes, un certificado en que se indique, entre otros aspectos, su tiempo de servicios, labores desempeñadas y en caso que él lo solicite, la apreciación de su conducta o rendimiento y motivo de cese; y,
11. Las demás que establece esta Ley y las que se deriven de la relación de trabajo.

CAPÍTULO VII
Prestación de servicios con intervención de Terceros

Artículo 58° Prestaciones admitidas

La prestación de servicios con intervención de terceros sólo es válida para los supuestos de subcontratación de personal para servicios temporales, servicios complementarios y subcontratación de obras y servicios previstos en este capítulo.

No procede el destaque de personal para la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria, salvo lo dispuesto en el Sub-capítulo I siguiente.

Artículo 59° Empresas autorizadas

Los servicios temporales o complementarios sólo pueden ser prestados por empresas especiales constituidas como personas jurídicas conforme a la Ley General de Sociedades, o como Cooperativas, con arreglo a la Ley General de Cooperativas, y que tienen como objeto exclusivo la prestación de uno o ambos servicios.

La referencia a empresas de servicios, a efectos del presente Capítulo, incluye a las cooperativas y, en general, a toda persona jurídica que brinda a terceros servicios temporales, complementarios o subcontratación de obras o servicios.

Artículo 60° Socios trabajadores de cooperativas

Para efectos de lo dispuesto en el presente Capítulo la expresión trabajadores incluye a los socios trabajadores de las cooperativas regidas por el mismo.

Artículo 61° Infracción de los supuestos de prestación de servicios con intervención de terceros

La prestación de servicios con intervención de terceros que importe infracción, debidamente comprobada por la autoridad administrativa de trabajo, de los supuestos de procedencia establecidos en el presente Capítulo determina que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que los trabajadores destacados han tenido relación de trabajo con la empresa usuaria desde el inicio de su prestación de servicios.

Artículo 62° Protección del ejercicio de derechos colectivos

La contratación con intervención de terceros es nula de pleno derecho cuando tiene por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa usuaria o de las empresas a que se refiere el presente Capítulo. En tal caso, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 63° Exclusiones

No pueden celebrarse contratos entre una empresa de servicios y una empresa usuaria que tengan por objeto:

1. La sustitución de trabajadores en huelga en la empresa usuaria;
2. El reemplazo de trabajadores de la empresa usuaria cuyos puestos de trabajo hayan sido suprimidos dentro de los doce (12) meses anteriores; y,
3. Para ceder trabajadores de una a otra entidad.

Sub-capítulo I
Empresas de servicios temporales

Artículo 64° Definición

Las empresas de servicios temporales son personas jurídicas que destacan trabajadores a una empresa usuaria, para cumplir las labores de naturaleza ocasional o de suplencia a que se refieren los artículos 22° y 23°.

Artículo 65° Dirección y control

Los trabajadores de empresas de servicios temporales están sujetos a las facultades de dirección y control de la empresa usuaria durante su destaque. La facultad disciplinaria es ejercida por la empresa de servicios temporales.

Artículo 66° Límite máximo

El número de trabajadores de empresas de servicios temporales destacados a la empresa usuaria no puede exceder del veinte por ciento (20%) del total de trabajadores de ésta.

Sub-capítulo II
Empresas especiales de servicios complementarios

Artículo 67° Definición

Las empresas de servicios complementarios son personas jurídicas que brindan servicios en actividades de carácter auxiliar, secundario o no vinculado a la actividad principal de la empresa usuaria, a través del destaque de sus trabajadores. Están incluidas las que prestan servicios que requieren de un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados.

Constituye actividad principal de la empresa usuaria la que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el normal desarrollo del mismo.

Constituyen actividades complementarias, entre otras, las de vigilancia, seguridad, mantenimiento y limpieza.

Sub-capítulo III
Disposiciones comunes a las empresas de servicios

Artículo 68° Extensión de derechos

Los trabajadores de las empresas de servicios temporales y complementarios tienen derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores, durante el tiempo que fueren destacados a ésta.

La extensión procede cuando las remuneraciones y condiciones de trabajo son de alcance general a la categoría ocupacional o función desempeñada. No son extensivas únicamente las que deriven de calificaciones o condiciones personales.

No procede la extensión cuando las labores desarrolladas por los trabajadores destacados no son efectuadas por ningún trabajador de la empresa.

Artículo 69° Fianza

Las empresas de servicios deben otorgar una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales, incluidas eventua-

les indemnizaciones por despido, y de seguridad social de sus trabajadores destacados a empresas usuarias.

La fianza es regulada por las normas reglamentarias.

Artículo 70° Responsabilidad solidaria

En caso que la fianza otorgada por la empresa de servicios resulte insuficiente para el pago de los derechos de los trabajadores destacados y correlativas obligaciones de seguridad social, la empresa usuaria es solidariamente responsable de su pago por los generados durante el tiempo que corresponde al destaque.

Artículo 71° Obligaciones de las empresas usuarias

1. Las empresas usuarias que contraten con una empresa de servicios se encuentran obligadas a solicitar a ésta la constancia de su inscripción vigente, debiendo conservar copia de la misma durante la vigencia del contrato que las vincule.
2. En caso que operen con sucursales, oficinas, centros de trabajo o en general cualquier otro establecimiento de la empresa de servicios, la usuaria, además, deberá requerir copia de la comunicación a la cual se refiere el artículo 75°.
3. En el contrato de locación de servicios que celebren las empresas de servicios con las empresas usuarias se incluirán las siguientes cláusulas:
   a) Descripción de las labores a realizar por el personal destacado, fundamentando la naturaleza temporal o complementaria del servicio, en relación con el giro del negocio de la empresa usuaria.
   b) Términos del contrato del personal destacado.

El incumplimiento de estas obligaciones será sancionado por la autoridad administrativa de trabajo. El reglamento establecerá el grado de las infracciones, a efectos de calificarlas dentro de la escala establecida por el Decreto Legislativo N° 910.

Sub-capítulo IV
Registro de las empresas de servicios

Artículo 72° Carácter obligatorio del Registro

Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas de servicios deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas de Servicios Temporales y Complementarios, creado por la Ley N° 27626, a cargo de la autoridad de administrativa de trabajo.

La inscripción en el Registro debe realizarse ante la autoridad administrativa de trabajo competente del lugar donde la empresa desarrollará sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.

Artículo 73° Inscripción en el Registro

Las empresas de servicios deben solicitar su inscripción en el Registro adjuntando la documentación que señale el reglamento y acreditar un capital social suscrito y pagado no menor al valor de cuarenta y cinco (45) Unidades Impositivas Tributarias, o su equivalente en certificados de aportación, al momento de su constitución y, en los casos que corresponda, copia de la resolución de autorización o de registro del sector competente.

Las cooperativas deben presentar, además copia del registro o de la autorización del sector competente, en el caso de ser necesario debido al tipo de actividades que desarrollan.

La autoridad administrativa de trabajo realiza las diligencias necesarias para constatar la veracidad de la información y, en caso de comprobar la falsedad de ésta, denegar la inscripción o, de ser el caso, cancelar el registro, sin perjuicio de ejercer las acciones judiciales pertinentes.

De proceder la inscripción, la autoridad administrativa de trabajo expedirá una constancia de inscripción, indicando el plazo de vigencia de ésta, del o los domicilios de la empresa y las actividades a las cuales ésta puede dedicarse.

La inscripción tiene vigencia máxima de doce (12) meses, plazo a cuyo vencimiento queda sin efecto de forma automática.

La obtención del registro para la realización de determinadas actividades no determina por sí mismo que éstas tengan naturaleza temporal o complementaria en los términos previstos en este Capítulo, cuando tales actividades no se adecuan a las características específicas de la actividad de la empresa usuaria.

Artículo 74° Registro de los contratos

Las empresas de servicios están obligadas a registrar los contratos de locación de servicios suscritos con las empresas usuarias, así como a presentar los contratos celebrados con sus trabajadores destacados a la empresa usuaria.

El reglamento establece el procedimiento y plazos para cumplir esta obligación.

Artículo 75° Deber de información

Las empresas de servicios se encuentran obligadas a presentar trimestralmente a la autoridad administrativa de trabajo información según el formato que para tal efecto apruebe ésta.

Asimismo, deben comunicar a dicha autoridad la variación de su domicilio o razón social o la ampliación de su objeto social, dentro de los cinco (5) días de producida la modificación.

En caso que la empresa con posterioridad a su registro, establezca sucursales, oficinas o, en general, cualquier centro de trabajo, debe comunicarlo dentro de los cinco (5) días del inicio de su funcionamiento. Si estos se encuentran ubicados en un ámbito de competencia distinto de aquel en el cual se registró la empresa, esta debe comunicarlo a la autoridad administrativa de trabajo de la jurisdicción donde funcionarán, adjuntando copia de su constancia de registro.

El incumplimiento de esta obligación determina la inmediata cancelación del Registro, que conlleva la inhabilitación de la empresa infractora para desarrollar sus actividades.

Artículo 76° Renovación de la inscripción en el Registro

Las empresas de servicios, antes de vencer su inscripción en el Registro, pueden solicitar su renovación, adjuntando una Declaración Jurada del cumplimiento de los requisitos exigidos por ley y

señalar el domicilio actual. La verificación de los requisitos se realiza mediante visita de inspección.

La constancia de renovación de la inscripción consigna como fecha de inicio el día inmediato posterior al término de la vigencia de la anterior.

Artículo 77° Pérdida de vigencia de la inscripción en el Registro

La inscripción queda sin efecto en los siguientes casos:

1. Vencimiento de su plazo, sin que se haya tramitado oportunamente su renovación;
2. Incumplimiento reiterado o de particular gravedad de sus obligaciones laborales, determinado de acuerdo a lo establecido por la presente norma;
3. Incumplimiento del deber de información;
4. Pérdida de alguno de los requisitos legales necesarios para su constitución o subsistencia;
5. Solicitud de la propia empresa; y,
6. Otros señalados por norma expresa.

En el caso del numeral 1, la inscripción queda sin efecto de forma automática; en los demás, es cancelada por resolución expresa de la autoridad administrativa de trabajo.

La resolución que cancela la inscripción puede ser apelada dentro del plazo de los tres (3) días de su notificación. El recurso es resuelto en segunda y última instancia por la autoridad que precise el reglamento.

Artículo 78° Incumplimiento de las obligaciones laborales que origina la pérdida del Registro

Para efectos de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 77° constituye incumplimiento de obligaciones laborales:

1. La transgresión de los derechos y beneficios del trabajador, constatados en un procedimiento de inspección y que hayan dado lugar a la aplicación de multa;
2. El incumplimiento de un acuerdo conciliatorio suscrito en un procedimiento tramitado ante la autoridad administrativa de trabajo;

3. El incumplimiento de un laudo o resolución judicial firme que ordene el pago de derechos y beneficios a los trabajadores o de las obligaciones contenidas en el acta de conciliación suscrita de acuerdo a la Ley de Conciliación Extrajudicial; y,
4. Otros casos de incumplimiento manifiesto establecidos en el Reglamento.

Sub-capítulo V
Subcontratación de obras o servicios

Artículo 79° Definición

Es admisible la subcontratación de obras o servicios a ser prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que éstas asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables por los resultados de sus actividades, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos típicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, el equipamiento propio, la inversión de capital y la forma de retribución de la obra o servicio.

En ningún caso se admite la simple provisión de personal. En caso de incumplimiento resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 61°.

Artículo 80° Responsabilidad solidaria

La empresa que contrate o subcontrate con terceros la realización de obras o servicios correspondientes a su actividad principal, es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social de los trabajadores de las contratistas y subcontratistas.

Dicha solidaridad se extiende por el plazo de un año posterior a la terminación de las labores del trabajador, en beneficio de la empresa contratante.

CAPÍTULO VIII
Modalidades formativas

Sub-capítulo I
Modalidades formativas

Artículo 81° Modalidades formativas

Las modalidades formativas, en tanto se dicta la ley que regula el Sistema Nacional de Formación Profesional, son tipos especiales de contratación laboral de naturaleza mixta, que combinan el cumplimiento de labores propias de la actividad del empleador con instrucción teórica y el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación profesional.

Tales modalidades son:

1. De aprendizaje;
2. De capacitación laboral juvenil; y,
3. De prácticas preprofesionales.

Las modalidades formativas no están sujetas a la normativa general de esta Ley, sino a la específica que el presente capítulo contiene.

Sub-capítulo II
Contrato de aprendizaje

Artículo 82° Contrato de aprendizaje

Por el contrato de aprendizaje el aprendiz se obliga a prestar servicios a un empleador por tiempo determinado, a cambio de que éste le proporcione los medios para adquirir formación profesional sistemática e integral de la ocupación para cuyo desempeño ha sido contratado y le abone la retribución mensual convenida. El aprendizaje se lleva a cabo con intervención de una entidad especializada en calificación profesional, a cuyos programas deben ajustarse los respectivos contratos de aprendizaje.

Pueden celebrar contratos de aprendizaje las personas mayores de 14 y menores de 24 años, siempre que acrediten como mínimo haber concluido sus estudios primarios.

Artículo 83° Entidades especializadas

Corresponde a las entidades especializadas en calificación profesional planificar, dirigir y conducir, a nivel nacional, las actividades de capacitación, perfeccionamiento y especialización de los aprendices en el ámbito de sus competencias.

A tal efecto, son entidades especializadas los centros de formación profesional debidamente acreditados por el Ministerio de Educación; los servicios sectoriales de formación profesional, tales como el Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial –SENATI-, para la industria manufacturera, el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción –SENCICO–, para la construcción civil, el Centro de Formación en Turismo –CENFOTUR–, para el turismo, el Instituto Nacional de Investigación y Capacitación de Telecomunicaciones, para las telecomunicaciones; y otros que se creen con igual finalidad y a los que la ley les otorgue tales atribuciones. Asimismo, los servicios de formación profesional debidamente acreditados por el sector de competencia, gestionados por organizaciones, empresas, gremios empresariales y sindicatos que reúnan los requisitos de calidad y pertinencia según los lineamientos de la política nacional de formación profesional. Dichas entidades se rigen por sus normas especiales y las que señala la presente Ley.

Sub-capítulo III
Capacitación laboral juvenil

Artículo 84° Capacitación laboral juvenil

La capacitación laboral juvenil tiene por objeto proporcionar a los jóvenes entre 16 y 21 años de edad, que no han culminado sus estudios escolares o los han interrumpido, o que habiéndolos culminado no siguen estudios técnicos o superiores, los conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo a fin de incorporarlos a la actividad económica en una ocupación específica.

El número de jóvenes en capacitación laboral no podrá exceder al veinte por ciento (20%) del total de personal del área u ocupación

específica ni del diez por ciento (10%) del total de trabajadores de la empresa.

En caso de empresas con menos de diez (10) trabajadores y de más de tres (3), se podrá contratar bajo esta modalidad a un (1) trabajador.

Artículo 85° Requisitos para el empleador

Para poder celebrar contratos de capacitación laboral juvenil, el empleador debe acreditar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Estar al día en el pago de las aportaciones de Essalud y en los depósitos CTS;
2. No haber despedido injustificadamente, dentro de los noventa días anteriores, a trabajadores que desempeñaran tareas equivalentes o similares a las del joven a capacitar; y,
3. Cumplir el respectivo programa de capacitación laboral juvenil

Artículo 86° Programa de capacitación laboral juvenil

En enero de cada año, el empleador debe presentar a la autoridad administrativa de trabajo su programa de capacitación laboral juvenil para aprobación y registro. Si el programa es adoptado como un convenio colectivo de duración o renovación anual, no requiere aprobación, bastando el registro. Si por necesidades de ampliación de mercado o expansión de la empresa, ésta diseña un programa extraordinario de capacitación laboral juvenil, debe presentarlo a la autoridad administrativa de trabajo para su aprobación y registro, la que contará para este fin con la participación de consejos consultivos sectoriales de formación profesional y capacitación laboral de composición tripartita.

El programa de capacitación laboral juvenil debe contemplar, como mínimo, lo siguiente:

1. Determinación de las ocupaciones a ser cubiertas;
2. Plan de capacitación, que debe contener un mínimo de seis (6) horas semanales de instrucción teórica, concentrada o alternada, y controles periódicos. Esta instrucción puede ser sustituida por estudios externos conducentes a la culminación de ciclos de la educación obligatoria;

3. Plazos de duración de la capacitación, que deben ser adecuados a la naturaleza de las respectivas ocupaciones, los que no podrán ser mayores a seis (6) meses en ocupaciones de escasa calificación o complejidad y niveles menores de responsabilidad en el ejercicio de la ocupación, y hasta doce (12) meses en las que requieren mayor calificación por ser más complejos y tener niveles de responsabilidad más intensos. En el caso de ampliación de la duración por convenio colectivo, éste determina los plazos correspondientes; y,
4. Requisitos para la obtención del certificado de capacitación.

El programa de capacitación laboral juvenil debe ajustarse a los lineamientos generales establecidos en los planes nacionales de capacitación laboral que fija la autoridad administrativa de trabajo, en coordinación con las organizaciones laborales y empresariales representativas dentro de cada rama de actividad económica, en forma directa o a través de consejos sectoriales tripartitos.

Artículo 87° Supervisión del programa

Cuando el programa de capacitación laboral juvenil es adoptado en forma unilateral por el empleador, su fiscalización está a cargo de la autoridad administrativa de trabajo para verificar su observancia. Cuando dicho programa es de carácter bilateral, el convenio colectivo determina el órgano interno o externo encargado de tal función.

Artículo 88° Contrato de capacitación laboral juvenil

El contrato de capacitación laboral juvenil se celebra con carácter individual y por escrito y contiene los siguientes datos:

1. Nombre o razón social de la persona natural o jurídica que patrocine la capacitación laboral;
2. Nombre, edad y datos personales del joven que se acoge a la capacitación y de su representante legal en el caso de los menores;
3. Ocupación materia de la capacitación específica;
4. Monto de la retribución económica mensual; y,
5. Causales de modificación, suspensión y terminación del contrato.

El contrato es puesto en conocimiento de la dependencia correspondiente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, dentro de los quince (15) días de su iniciación.

El contrato de capacitación laboral juvenil tiene una duración no mayor a doce (12) meses, prorrogables por otros doce cuando ello está previsto en el Programa de capacitación laboral juvenil y éste es adoptado por convenio colectivo. Los períodos de capacitación laboral juvenil intermitentes o prorrogados no pueden exceder en su conjunto de doce (12) o veinticuatro (24) meses, según corresponda, en la misma empresa.

Artículo 89° Sede de la capacitación

La capacitación laboral juvenil debe impartirse preferentemente en el propio centro de trabajo o en escuelas-taller o similares implementados en las empresas para los jóvenes que estén cursando sus estudios escolares con la cooperación y apoyo técnico del Ministerio de Trabajo y Promoción Del Empleo y de los centros educativos que así lo dispongan.

Artículo 90° Habilitación técnica

El titular del certificado de capacitación laboral puede obtener con el mismo su correspondiente habilitación técnica, previo cumplimiento de los requisitos que fije el Ministerio de Educación.

Sub-capítulo IV
Prácticas preprofesionales

Artículo 91° Prácticas preprofesionales

Las prácticas preprofesionales tienen por objeto brindar orientación y capacitación técnica y profesional a estudiantes y egresados de cualquier edad, de universidades e institutos superiores, así como de entidades públicas o privadas que brinden capacitación especializada o superior en las áreas que correspondan a su formación académica. En el caso de los egresados, la práctica preprofesional es por un plazo no mayor al exigido por el centro de estudios como requisito para obtener el grado o título respectivo; dicho plazo corre desde la fecha de egreso.

Artículo 92° Convenio de prácticas preprofesionales

Las prácticas preprofesionales se efectúan en mérito del convenio escrito que se suscribe entre el empleador y el estudiante, previa presentación de éste por la institución de enseñanza a la que pertenece. El convenio es puesto en conocimiento de la dependencia competente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y de la institución en la que cursa estudios el practicante.

Sub-capítulo V
Normas comunes a las modalidades formativas

Artículo 93° Obligaciones de las personas en formación

Son obligaciones de las personas en formación:

1. Suscribir el respectivo contrato o convenio con el empleador, obligándose a acatar las disposiciones formativas que se le asignen;
2. Cumplir con diligencia las obligaciones convenidas;
3. Observar las normas y reglamentos que rijan en el empleador;
4. Cumplir con el desarrollo del programa que aplique el empleador; y,
5. Sujetarse a las disposiciones administrativas internas que le señale el empleador.

Artículo 94° Derechos de las personas en formación

Los aprendices, jóvenes en capacitación y practicantes tienen derecho a:

1. Una retribución mensual;
2. Una jornada en ningún caso superior a la máxima legal;
3. Descanso semanal y en días feriados;
4. Descanso vacacional de quince días naturales por año completo;
5. Cobertura contra los riesgos de enfermedad o accidente;
6. Afiliarse voluntariamente, en calidad de afiliado facultativo, a un sistema pensionario;

7. Preferencia para su admisión como personal común, previa evaluación, en y por el empleador con el cual se haya realizado su formación; y,
8. Los que se establezcan por convenio colectivo.

Artículo 95° Obligaciones del empleador

Son obligaciones del empleador:

1. Adoptar y cumplir los planes y programas que rijan la formación respectiva;
2. Proporcionar la dirección técnica y los medios necesarios para la formación laboral sistemática e integral en la actividad materia del contrato o convenio;
3. Pagar puntualmente la retribución mensual convenida;
4. No cobrar suma alguna por la formación;
5. Cubrir los riesgos de enfermedad y accidentes a través de Essalud o de un seguro privado o asumir directamente el costo de estas contingencias;
6. Emitir, cuando corresponda, los informes que requiera la entidad especializada en capacitación o el centro en que cursa estudios el practicante; y,
7. Otorgar el respectivo certificado al término del período de formación.

Artículo 96° Monto de la retribución mensual y exención de gravámenes y descuentos

La retribución mensual no puede ser inferior a la remuneración mínima legal, siempre y cuando se cumpla el horario habitual establecido en el centro de trabajo. En caso de ser inferior, el pago será proporcional.

La retribución no está sujeta al pago de impuestos, contribuciones ni aportaciones de ningún tipo a cargo del empleador, salvo que éste voluntariamente se acoja al régimen de prestaciones de Essalud, caso en el cual debe abonar la respectiva contribución.

Del mismo modo, la retribución no está sujeta a ningún tipo de retención a cargo del beneficiario, salvo que éste voluntariamente

se acoja, como afiliado facultativo, a algún sistema pensionario.

Artículo 97° Registro

Los aprendices, jóvenes en capacitación y practicantes deben ser inscritos en un registro especial a cargo del empleador y autorizado por la dependencia competente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Los respectivos contratos y convenios se inscriben además en el registro correspondiente ante la oficina competente del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Artículo 98° Restricciones a la contratación

No es permitido incluir o transferir a ninguno de las modalidades formativas contempladas en esta Ley, a personas que tengan relación laboral común con las respectivas empresas.

No es permitido, tampoco, contratar jóvenes para cubrir ocupaciones para las que hayan sido previamente capacitados, con el mismo u otro empleador, y obtenido el respectivo certificado.

Artículo 99° Desnaturalización de las modalidades formativas

Se desnaturalizan las modalidades formativas y se entiende que existe una relación laboral común cuando se incumple con cualquiera de las disposiciones aplicables a ellas.

TÍTULO II
DESENVOLVIMIENTO DE LA RELACIÓN INDIVIDUAL DE TRABAJO

CAPÍTULO I
Período de prueba

Artículo 100° Duración y características

El período de prueba es de tres meses. En el caso de trabajadores contratados para desempeñar cargos de dirección las partes pueden pactar, por escrito, su ampliación por un término mayor que, en conjunto con el período inicial, no puede exceder de seis meses.

Cuando el trabajador reingrese, se suma el tiempo laborado en cada oportunidad hasta completar la duración del período de prue-

ba, salvo que el reingreso tenga lugar después de transcurridos tres años desde el cese.

Cumplido el período de prueba el trabajador adquiere el derecho a no ser despedido sin causa justificada, computándose su antigüedad desde la fecha de su ingreso.

Artículo 101° Exoneración

Están exonerados del período de prueba los trabajadores que pacten con el empleador la exoneración y quienes reingresen al servicio del mismo empleador, salvo a un puesto notoria y cualitativamente distinto o a un cargo de dirección o cuando el reingreso tenga lugar antes de transcurridos tres años desde el cese.

CAPÍTULO II
Ascenso

Artículo 102° Derecho al ascenso

El derecho al ascenso, para ocupar cargos o puestos vacantes de mayor jerarquía, dentro de su categoría u otra superior, debe tener en cuenta la formación profesional, desempeño, probidad y antigüedad del trabajador, así como otros criterios objetivos que establezca el empleador según las necesidades de la empresa, los que no pueden ser discriminatorios.

Artículo 103 Ascenso a cargo de mayor jerarquía

El trabajador que accede a un cargo de mayor jerarquía puede retornar, por acuerdo de partes, al puesto o cargo que desempeñó anteriormente o a otro de la misma categoría, con derecho a percibir los incrementos remunerativos y demás beneficios concedidos a éste. En caso de ascenso a un cargo de mayor jerarquía el empleador puede establecer que la diferencia remunerativa entre ambos cargos se abone mediante una bonificación, condicionada al ejercicio de dicho cargo.

CAPÍTULO III
Modificación de la relación de trabajo

Artículo 104° Traslado y destaque funcional

El empleador, puede cambiar de puesto al trabajador, por traslado definitivo o destaque temporal, cuando medie causa económica, técnica o estructural que justifique su decisión, sin que ninguna de dichas medidas pueda conllevar la rebaja de su categoría o remuneración ni perjudicar su formación profesional.

En situaciones de emergencia, y únicamente por el tiempo indispensable para superar dicha situación, el trabajador puede ser destacado a cumplir funciones correspondientes a puestos o cargos de una categoría inferior, sin reducción de su remuneración ni de otros beneficios que estuviere percibiendo.

El encargo provisional de funciones correspondientes a cargos o puestos de una categoría superior otorga al trabajador el derecho a percibir una bonificación diferencial para equiparar la remuneración de dicho cargo o puesto mientras lo desempeñe, y a reclamar el ascenso a este, siempre que lo haya ocupado durante más de seis meses en un año o más de ocho en dos años consecutivos.

Artículo 105° Traslado a otro centro de trabajo

Por causa económica, técnica o estructural, el empleador puede disponer el traslado del trabajador a otro centro de trabajo siempre que no conlleve cambio de su lugar de residencia y no le ocasione perjuicio.

Esta disposición no comprende a los trabajadores específicamente contratados para prestar servicios que, por su naturaleza, implican la ejecución de sus labores en centros de trabajo de la empresa ubicados en localidades diferentes o para realizar labores de representación, gestión, promoción y otras similares en una parte o en la totalidad del territorio nacional.

El empleador debe comunicar el traslado al trabajador con una anticipación no menor a diez días, precisando el lugar en que prestará sus servicios y el puesto o cargo que desempeñará.

Artículo 106° Destaque a otro centro de trabajo

Los trabajadores que por causa económica, técnica o estructural o por situaciones de emergencia, son destacados temporalmente a prestar servicios en otros centros de trabajo, debiendo para ello residir en localidades distintas a aquella en que se encuentra su domicilio, tienen derecho a percibir, adicionalmente, el importe de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación que corresponda, así como una bonificación de monto adecuado, fijada por convenio colectivo o, a falta de éste, por acuerdo de partes.

El destaque es comunicado al trabajador con el mismo plazo y contenido a que se refiere el numeral anterior, salvo que obedezca a situaciones de emergencia, en cuyo caso se le comunica con tres días de anticipación.

Por motivos de salud o de índole familiar, debidamente justificados, el trabajador será dispensado de la obligación de cumplir el destaque. En caso de negativa del empleador, el trabajador puede recurrir a la autoridad administrativa de trabajo, quien resuelve sobre la procedencia de la dispensa.

El destaque, sea continuo o discontinuo, no puede exceder, en total, de seis meses en un período de doce.

Cuando el destaque dure más de dos meses, el empleador debe otorgar al trabajador dos días laborables de permiso con goce de haber más los de viaje por cada mes adicional, debiendo asumir los gastos de transporte.

Artículo 107° Traslado o destaque de carácter colectivo

Cuando el traslado definitivo o el destaque temporal abarque a, por lo menos, el diez (10%) por ciento de los trabajadores de la empresa y, en todo caso, a cincuenta o más trabajadores, el empleador debe realizar consultas con la organización sindical o, a falta de esta, con los representantes de los trabajadores. De no estar conforme con la decisión del empleador, el sindicato respectivo o los representantes de los trabajadores, pueden recurrir contra ésta ante la autoridad administrativa de trabajo, quien resuelve sobre la procedencia de la medida.

Artículo 108° Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar la forma y modalidad de la prestación de las labores y el sistema u organización del trabajo, de acuerdo a las necesidades de la empresa, dentro de criterios de razonabilidad y con respeto a lo establecido en la ley y el convenio colectivo.

Los trabajadores afectados por la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo pueden impugnar la decisión del empleador en la forma siguiente:

1. Tratándose de una modificación de naturaleza colectiva, el sindicato o a falta de éste, los trabajadores afectados o sus representantes, pueden recurrir a la autoridad administrativa de trabajo, por la vía del procedimiento administrativo trilateral; y,
2. Tratándose de una modificación de naturaleza individual, el trabajador puede proceder de conformidad con lo dispuesto por el artículo 142°.

CAPÍTULO IV
Suspensión de la relación de trabajo

Artículo 109° Suspensión perfecta e imperfecta

Se suspende la relación de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que se extinga la relación laboral.

Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar la remuneración sin contraprestación efectiva de labores.

Artículo 110° Causas de suspensión

Son causas de suspensión de la relación de trabajo:

1. La invalidez temporal;
2. La enfermedad y el accidente comprobados;
3. El descanso pre y post natal;

4. La licencia por adopción de hijo menor de doce años;
5. El descanso vacacional;
6. La licencia para desempeñar cargo cívico o público, de representación nacional y para cumplir el servicio militar;
7. El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales y de representación de los trabajadores;
8. El ejercicio del derecho de huelga;
9. El permiso o licencia concedidos por el empleador;
10. La sanción disciplinaria, que no podrá exceder de cinco días;
11. La inhabilitación administrativa o judicial por período no superior a tres meses;
12. La detención del trabajador, salvo en caso de condena privativa de la libertad, por delito doloso;
13. Los períodos de inactividad de la empresa en los contratos de trabajo intermitente y de temporada;
14. La causa económica, técnica o estructural;
15. El caso fortuito y la fuerza mayor;
16. La declaración de insolvencia del empleador, conforme a la Ley de Reestructuración Patrimonial, y la intervención de las empresas financieras o de seguros; y,
17. Otros establecidos por norma expresa.

La suspensión de la relación de trabajo se regula por las normas que corresponden a cada causa y por lo dispuesto en esta Ley.

Artículo 111° Invalidez temporal

La invalidez absoluta temporal suspende la relación de trabajo por el tiempo de su duración. La invalidez parcial temporal sólo la suspende si impide el desempeño normal de las labores. Debe ser declarada por el Seguro Social de Salud (ESSALUD) o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador.

Artículo 112° Inhabilitación

La inhabilitación impuesta por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe el trabajador en el

centro de trabajo, por un período no superior a tres meses, suspende la relación de trabajo por el lapso de su duración.

Artículo 113° Suspensión por causa económica, técnica o estructural

Procede la suspensión de las relaciones de trabajo por causa económica, técnica o estructural, cuando el empleador acredite que esta medida es indispensable para la superación de una situación de carácter coyuntural de la empresa y la preservación de los puestos de trabajo.

La autorización de esta medida se sujeta al procedimiento establecido en el artículo 147°.

La suspensión no puede exceder de seis meses en un período de doce, salvo convenio colectivo en contrario. Es nula la que se efectúe sin contar con autorización.

Artículo 114° Caso fortuito y fuerza mayor

El caso fortuito y la fuerza mayor facultan al empleador, sin necesidad de autorización previa, a la suspensión temporal perfecta, total o parcial, de las labores hasta por un máximo de noventa (90) días, con comunicación inmediata a la autoridad administrativa de trabajo. Debe, sin embargo, de ser posible, otorgar vacaciones cumplidas o anticipadas y, en general, adoptar medidas que razonablemente eviten agravar la situación de los trabajadores.

La autoridad administrativa de trabajo bajo responsabilidad verifica dentro del sexto día la existencia y procedencia de la causa invocada. De no proceder la suspensión ordena la inmediata reanudación de las labores y el pago de las remuneraciones por el tiempo de suspensión transcurrido.

Artículo 115° Declaración de insolvencia e intervención

Cuando la empresa es declarada en estado de insolvencia, sin encontrarse en proceso de disolución y liquidación, conforme a la Ley de Reestructuración Patrimonial, o se produce su intervención por la Superintendencia de Banca y Seguros, en el caso de las empresas financieras o de seguros, el empleador o los interventores, según el caso, están facultados a proceder en la forma señalada en el artículo anterior, debiendo acreditar ante la autoridad ad-

ministrativa de trabajo la existencia de dicha declaración. En este caso, la suspensión de labores puede permanecer vigente hasta que la junta de acreedores o la Superintendencia de Banca y Seguros, resuelvan, acerca de la continuidad de las actividades de la empresa o su disolución y liquidación.

CAPÍTULO V
Extinción de la relación de trabajo

Sub-capítulo I
Causas de extinción

Artículo 116° Causas de extinción

Son causas de extinción de la relación de trabajo:

1. El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
2. La renuncia del trabajador;
3. La terminación de la obra o servicio y el vencimiento del plazo en los contratos celebrados a duración determinada;
4. El acuerdo extintivo entre trabajador y empleador;
5. La invalidez absoluta permanente;
6. La jubilación; y,
7. El despido en los casos y forma permitidos por la Ley.

Artículo 117° Fallecimiento del empleador

El fallecimiento del empleador extingue la relación si este es persona natural y los herederos no continúan con el negocio, sin perjuicio de que el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación de aquel. El plazo convenido no puede exceder de un año, debe constar por escrito y se presenta a la autoridad administrativa de trabajo para efectos de registro.

Artículo 118° Renuncia del trabajador

La renuncia es el acto voluntario y unilateral por el cual el trabajador, sin obligación de expresar causa, extingue la relación de tra-

bajo. El trabajador debe comunicar su renuncia por escrito, con treinta (30) días de anticipación. El empleador puede exonerarlo de este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador. En este último caso, la solicitud se entiende aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día.

Artículo 119° Acuerdo extintivo

El acuerdo de partes para poner término a la relación de trabajo debe constar por escrito.

Artículo 120° Invalidez absoluta permanente

La invalidez absoluta permanente extingue de pleno derecho y automáticamente la relación de trabajo desde que es declarada conforme a lo establecido en el artículo 111°.

Artículo 121° Jubilación obligatoria

La jubilación es obligatoria e inmediata al cumplir el trabajador setenta años de edad, salvo decisión en contrario del empleador. La jubilación obligatoria procede cuando:

1. El trabajador tiene derecho a pensión de jubilación, con prescindencia del trámite que estuviera siguiendo para el otorgamiento de aquella; y,
2. El empleador contrata a otro trabajador para que ocupe el puesto que deja vacante el trabajador que se jubila.

Sub-capítulo II
Causas justas de despido

Artículo 122° Exigencia de causa justificada para el despido

Sólo puede despedirse a un trabajador cuando exista causa justificada establecida por la Ley.

La causa justificada debe estar relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa.

Sub-capítulo III
Despido por causas relativas a la conducta o la capacidad del trabajador

Artículo 123° Causas relativas a la capacidad

Son causas justificadas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

1. El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de prueba no puede alegarse con posterioridad a este. Tampoco puede invocarse esta causa en caso que el trabajador sea asignado para desempeñar funciones distintas a las habituales;
2. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares. En caso de aplicarse nueva tecnología o introducirse innovaciones en el puesto de trabajo, esta causa sólo puede ser imputada después de transcurridos no menos de tres meses desde que se aplicó dicha tecnología o se introdujo la innovación, siempre que en dicho período el empleador haya proporcionado al trabajador capacitación adecuada para el desempeño de la actividad que realiza; y,
3. La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación de trabajo, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por la autoridad de salud o el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Artículo 124° Causas relativas a la conducta

Son causas justificadas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

1. La comisión de falta grave;
2. La condena penal por delito doloso; y,
3. La inhabilitación del trabajador.

Artículo 125° Falta grave

Son faltas graves que facultan al empleador a despedir al trabajador:

1. El incumplimiento injustificado de las obligaciones del puesto de trabajo, la reiterada resistencia a las ordenes relacionadas con sus labores y la inobservancia del reglamento interno de trabajo o del reglamento de seguridad e higiene, que revistan gravedad;
2. La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en el puesto de trabajo, ya sea del volumen o de la calidad de la prestación, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos de la autoridad administrativa de trabajo, quien puede solicitar el apoyo del sector al que corresponde la actividad de la empresa. El informe sustentatorio es puesto en conocimiento del trabajador con la carta de imputación de cargos;
3. La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;
4. El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;
5. La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes y, aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial presta su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considera como reconocimiento de dicho estado, lo que se hace constar en el atestado policial respectivo;
6. Los actos de violencia, grave indisciplina, y el faltamiento de palabra, verbal o escrita, en agravio del empleador, de sus representantes, del personal de dirección o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral;

En el caso de los representantes de los trabajadores que suscriban las opiniones y pronunciamientos de las organizaciones sindicales, esta falta sólo puede ser imputada cuando exista sentencia firme que los condene por el delito de injuria o difamación en agravio del empleador o sus representantes;

7. El daño intencional o por negligencia inexcusable a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta;
8. El acoso sexual, con independencia de que la víctima se encuentre bajo la autoridad del autor del acoso o tenga igual o similar ubicación que éste en la estructura jerárquica de la empresa;
9. El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos y las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendarios o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso; y,
10. La impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas.

Artículo 126° Configuración de la falta grave

La faltas graves señaladas en el artículo anterior se configuran con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.

Artículo 127° Comisión de delito doloso

El despido por la comisión de delito doloso se produce al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que este haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.

Artículo 128° Inhabilitación

La inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un período de tres meses o más.

Artículo 129° Derecho de defensa del trabajador

El empleador no puede despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo no menor de cinco días para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos en que por la naturaleza de la falta grave no resulte razonable tal posibilidad, o de treinta días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Cuando el trabajador es dirigente sindical el empleador notifica simultáneamente la carta de imputación de cargos a la organización sindical y a solicitud de esta concede, adicionalmente al descargo que el trabajador pudiera efectuar, y dentro del mismo plazo, audiencia a los dirigentes del sindicato respectivo, a la que asiste el interesado. De esta audiencia se levanta un acta que contiene los acuerdos a que se hubiera arribado o se deja constancia de la falta de acuerdo.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

Artículo 130 Comunicación del despido

El despido debe ser comunicado al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso los hechos que lo motivan y la fecha del cese. Si el trabajador se niega a recibirla le es remitida por intermedio de notario o de Juez de Paz, o de la policía a falta de aquellos.

El empleador no puede invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido; sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación puede reiniciar el trámite.

Artículo 131° Falta cometida por varios trabajadores

Tratándose de la comisión de una misma falta por varios trabajadores, el empleador puede imponer sanciones diversas a todos ellos, pudiendo incluso remitir u olvidar la falta, según su criterio, respetando los criterios establecidos en el artículo 56°.

Sub-capítulo IV
Motivos de nulidad del despido

Artículo 132° Despido nulo

Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales, en especial el que tenga por motivo:

1. La afiliación a un sindicato, la participación en actividades sindicales, ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
2. La discriminación, por cualquiera de las razones enumeradas en el Artículo XI, numeral 5, del Título Preliminar;
3. El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa (90) días posteriores al parto, siempre que se acredite que el empleador tuvo conocimiento de dicho estado; y,
4. Presentar un reclamo al empleador o accionar ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Asimismo, es nulo el despido cuando se impida al trabajador ejercer su derecho de defensa en el procedimiento de despido o se produzca en fraude a la ley, en el caso del artículo 153°.

Sub-capítulo V
Actos de hostilidad

Artículo 133° Actos de hostilidad

Son actos de hostilidad:

1. La reiterada falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;

2. La rebaja de la categoría y la reducción de la remuneración sin consentimiento expreso del trabajador, salvo el caso de las remuneraciones complementarias sujetas a condición;
3. El traslado, destaque o desplazamiento del trabajador a otro puesto o centro de trabajo, dispuesto o realizado en contravención a lo que establecen los artículos 104°, 105°, 106° y 107°;
4. La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y salud del trabajador;
5. El acto de violencia o el faltamiento de palabra, verbal o escrita, en agravio del trabajador o de su familia;
6. La discriminación por la participación en actividades sindicales o políticas, así como por cualquiera de las razones enumeradas en el articulo XI, numeral 5, del titulo preliminar;
7. El acoso sexual cometido por el empleador, sus representantes o por quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador que tenga igual o similar ubicación que la víctima del acoso en la estructura jerárquica de la empresa, siempre que el empleador no haya adoptado oportunamente las medidas adecuadas para impedirlo o sancionarlo;
8. Disponer o aplicar controles y registros sobre la actividad o persona del trabajador que sean lesivos a su dignidad o intimidad;
9. Obligar al trabajador a realizar actos inmorales o ilícitos y cualquier otro que afecte su dignidad y honor; y
10. El incumplimiento deliberado y reiterado por el empleador de sus obligaciones legales y convencionales.

Sub Capítulo VI
Impugnación del despido

Artículo 134° Despido injustificado

El despido es declarado injustificado cuando el trabajador lo impugna como tal y el empleador no prueba en el juicio la existencia de la causa invocada en su carta de despido. En este caso el traba-

jador tiene derecho al pago de la indemnización a que se refiere el siguiente artículo. Puede demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

Artículo 135° Indemnización por despido injustificado

La indemnización por despido injustificado es equivalente a cuarenta y cinco (45) días de remuneración ordinaria por cada año completo de servicios, con un mínimo de noventa (90), hasta un máximo de ocho (8) años; a treinta (30) días de remuneración ordinaria por cada año adicional hasta un máximo de ocho (8) años. Las fracciones se abonan por dozavos y treintavos, siempre que la indemnización sea superior al monto mínimo. Su abono procede superado el período de prueba.

Artículo 136° Nulidad del despido

El despido es declarado nulo cuando el trabajador lo impugna expresamente como tal y prueba en el juicio que tiene como motivo alguno de los enumerados en el artículo 132°. No obstante, cuando el motivo invocado por el trabajador es alguno de los señalados en los numerales 1 y 3 de dicho artículo, se presume que el despido obedece a éstos, correspondiendo al empleador probar la existencia de causa justificada.

Si el despido es declarado nulo, el trabajador es repuesto en su empleo, sin afectar su categoría anterior, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el artículo 135°. El ejercicio de esta opción no priva al trabajador del derecho al pago de las remuneraciones devengadas a que se refiere el artículo 138°.

En caso que el trabajador no acredite que el despido tuvo como motivo alguno de los enumerados en el artículo 132° y el empleador no demuestre la existencia de la causa invocada para el despido, éste es declarado injustificado, sin condena en costas.

Artículo 137° Inobservancia de formalidades

La inobservancia de formalidades no esenciales del despido, no inhibe al juez de pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Artículo 138° Efectos de la sentencia que declara nulo el despido

La sentencia que declara nulo el despido ordena:

1. La reposición del trabajador en el mismo puesto que venía desempeñando al producirse el despido salvo imposibilidad material, situación que deberá ser acreditada ante el juez, determinando que el trabajador sea readmitido en otro puesto similar y de categoría no inferior;

   La reposición conlleva el derecho a la remuneración que percibía en la fecha en que se produjo el despido, incluyendo los incrementos y otros beneficios económicos que por ley, convenio colectivo o acto unilateral del empleador de efectos generales le hubieran correspondido, así como las condiciones de trabajo propias del puesto a desempeñar;

2. El pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la de la reposición efectiva del trabajador, con deducción de los períodos de inactividad procesal no imputables a las partes; y,

3. Los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios y sus intereses.

El período dejado de laborar por el trabajador cuyo despido es declarado nulo, es considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo aquellos beneficios cuya percepción está condicionada a la prestación efectiva de labores, excepto para el derecho vacacional.

Artículo 139° Suspensión del despido

A solicitud del trabajador, y después de la audiencia única, el juez podrá disponer la suspensión provisional del despido y la reincorporación de aquel en su puesto habitual de trabajo, siempre que existan indicios suficientes acerca de la existencia de un motivo de nulidad del despido. En todo caso, es procedente el pedido de suspensión de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada.

Artículo 140° Asignación económica provisional

A pedido del demandante el juez puede ordenar el pago de una asignación provisional y fijar su monto, que no puede exceder de la última remuneración ordinaria mensual percibida por el trabajador. Dicha asignación es pagada por el empleador hasta alcanzar el saldo de la reserva o depósito de la compensación por tiempo de servicios que conserve en su poder. Si ésta resultare insuficiente, la asignación es pagada por el depositario de la misma hasta agotar el importe del depósito y sus intereses.

Si la sentencia ordena la reposición, en caso de despido nulo, el empleador restituye el depósito más los respectivos intereses con cargo a las remuneraciones devengadas a que se refiere el artículo 138°, numeral 2.

No procede la asignación provisional cuando se ha dispuesto la suspensión del despido del demandante. Si esta medida se dicta posteriormente, se suspende el pago de la asignación provisional que se hubiera otorgado.

Artículo 141° Ejecución de la reposición

El empleador que no cumple el mandato de reposición dentro del tercer día de notificado, es requerido judicialmente bajo apercibimiento de multa, cuyo monto se incrementa progresivamente en treinta por ciento (30%) a cada nuevo requerimiento judicial, hasta la cabal ejecución del mandato.

Producida la reposición del trabajador, el juez ejecutor ordena el archivamiento del expediente cuando se hayan ejecutado íntegramente todas las prestaciones a que obliga la sentencia, estando facultado en caso contrario a aplicar los apercibimientos de ley.

Artículo 142° Impugnación del acto de hostilidad

El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 133° debe emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, y otorgarle un plazo no menor de cinco días para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Vencido dicho plazo, el trabajador puede optar excluyentemente por:

1. Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda se declara fundada se ordena el cese de la hostilidad y la restitución del trabajador en la situación anterior; o,
2. La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso se aplican las reglas referidas a la impugnación del despido injustificado.

Artículo 143° Aplicación a contratos de duración determinada

Las disposiciones del presente sub-capítulo son aplicables a la terminación de los contratos de trabajo de duración determinada con excepción de lo referente al monto de la indemnización por despido, la que será igual a la remuneración del período dejado de trabajar por la resolución anticipada e injustificada del contrato, con un mínimo de tres (3) y un máximo de doce (12) remuneraciones ordinarias mensuales.

Sub-capítulo VII
Despido por causas relativas al funcionamiento de la empresa

Artículo 144° Causas relativas al funcionamiento de la empresa

Son causas relativas a las necesidades de funcionamiento de la empresa, que justifican el despido:

1. La económica, técnica o estructural;
2. El caso fortuito y la fuerza mayor;
3. La reestructuración patrimonial;
4. La disolución y liquidación de la empresa por insolvencia y la quiebra; y,
5. La disolución y liquidación voluntaria o por mandato judicial.

Artículo 145° Contenido de las causas

La causa económica procede cuando se acredite que el despido es necesario para superar una situación económica negativa de la empresa o amortizar un puesto de trabajo. La técnica o estructural cuando se demuestre que el despido es necesario para garantizar la viabilidad futura de la empresa y su competitividad.

Se configura el caso fortuito o la fuerza mayor cuando el hecho invocado tiene carácter inevitable, imprevisible e irresistible.

La reestructuración patrimonial, la disolución y liquidación y la quiebra se configuran en los términos previstos por las leyes que las regulan.

Artículo 146° Tipos de despido

Cuando el despido afecta simultáneamente a cinco trabajadores en empresas en que laboran hasta cincuenta trabajadores, o al diez por ciento en empresas entre cincuenta y quinientos trabajadores, o a más de cincuenta trabajadores en empresas con más de quinientos trabajadores, es procesado como despido colectivo, sujeto al procedimiento previsto en el artículo 147°. Si afecta a un número inferior a los indicados, es efectuado en forma individualizada, con arreglo al artículo 154°.

Artículo 147° Despido colectivo por causa económica, técnica, estructural, caso fortuito o fuerza mayor

El despido colectivo por las causas señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo 144° se sujeta al siguiente procedimiento:

1. La empresa debe presentar al sindicato o, a falta de éste, a los representantes de los trabajadores su propuesta de despido colectivo, incluyendo la información pertinente con indicación precisa de los motivos que invoca, la nómina de los trabajadores afectados y la documentación sustentatoria de su propuesta. En caso que la nómina incluya dirigentes sindicales la propuesta debe contener la justificación específica del despido de éstos. Asimismo, está obligada a proporcionar la información o documentación adicional que el sindicato o los representantes de los trabajadores le soliciten, siempre que esté directamente relacionada a la propuesta de despido. En caso de negativa del empleador, la autoridad administrativa de trabajo resuelve sobre la procedencia de su entrega.

   El empleador da cuenta de todo ello a la autoridad administrativa de trabajo al solo efecto de la apertura del respectivo expediente.

2. La empresa entabla negociaciones con el sindicato o, a falta de éste, con los representantes de los trabajadores para acordar las condiciones del despido o las medidas que puedan adoptarse

para evitarlo o limitarlo. Tales medidas pueden ser la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación, provisional o definitiva, de las condiciones de trabajo; la revisión o suspensión de los convenios colectivos; la reducción, acumulación o postergación del descanso vacacional; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa. El acuerdo que adopten tiene naturaleza de convenio colectivo.

3. De no llegarse a un acuerdo en negociación directa, el empleador comunica este hecho a la autoridad administrativa de trabajo, y solicita la aprobación de su propuesta, a cuyo efecto debe acompañar un dictamen técnico independiente que la sustente.
4. La autoridad administrativa de trabajo, dentro de los tres (3) días siguientes, pone el dictamen en conocimiento del sindicato o los representantes de los trabajadores y convoca a reuniones de conciliación, que deben llevarse a cabo dentro de los siguientes diez (10) días. En dicho lapso, aquellos pueden formular observaciones al dictamen presentado por el empleador o presentar otro dictamen técnico independiente. Del mismo modo, la autoridad administrativa de trabajo puede solicitar la opinión técnica de una entidad estatal competente.
5. De no arribarse a un acuerdo y aún en caso de no haberse recibido dictamen de la entidad estatal, la autoridad administrativa de trabajo emite resolución respecto de la propuesta del empleador, dentro de los ocho (8) días siguientes, autorizándola, total o parcialmente, o denegándola.
6. Contra la resolución expresa o el silencio administrativo negativo, cabe recurso de apelación dentro de un plazo de tres (3) días. El recurso debe ser resuelto en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo responsabilidad.
7. El empleador notifica por escrito, en forma individual, a los trabajadores comprendidos en la autorización de despido, señalando la fecha precisa en que deben cesar. Simultáneamente, pondrá a su disposición la indemnización correspondiente, así

como el depósito de la compensación por tiempo de servicios que conserve en su poder o que les adeuda. De no hacerlo en un plazo de cinco(5) días, la resolución que autoriza el despido queda sin efecto.

Artículo 148° Despido colectivo por caso fortuito o fuerza mayor

Si el caso fortuito o la fuerza mayor son de tal gravedad que implican la desaparición o cesación total o parcial de actividades, el empleador puede proceder en forma directa a la suspensión conforme al artículo 114°, y proponer el despido colectivo, total o parcial, de los trabajadores.

En tal caso, se sigue el procedimiento indicado en el artículo anterior, sustituyendo la conciliación por la inspección que la propia autoridad administrativa de trabajo o, a su solicitud, el Ministerio del Sector llevarán a cabo con audiencia de partes.

Si el cierre o clausura definitiva de la empresa constituye sanción por la comisión de un delito o de una infracción administrativa, los trabajadores despedidos tienen derecho a percibir la indemnización a que se refiere el artículo 135°.

Artículo 149° Vigencia de la autorización de despido

La autorización para el despido colectivo, acordada por las partes o expedida por la autoridad administrativa de trabajo, caduca a los treinta (30) días contados desde su fecha de suscripción o desde la notificación al empleador de la resolución que pone fin al procedimiento, según el caso, salvo que la propuesta del empleador haya previsto expresamente un período mayor para efectuar los despidos, lo que constará en el instrumento pertinente. Vencidos los plazos autorizados, el convenio o resolución no ejecutados caducan.

Artículo 150° Despido por causa de disolución y liquidación voluntaria o por mandato judicial

El despido por las causas previstas en el numeral 5 del artículo 144°, procede en los casos de disolución o liquidación voluntaria o por mandato judicial por tener fines o actividades contrarias al orden público.

Acordada o resuelta la disolución y liquidación, el despido se comunica por escrito una vez inscrito en el registro el acuerdo de disolución o designados los liquidadores por la junta o asamblea general, respectivamente.

Los trabajadores tienen primera opción para adquirir los activos e instalaciones de la empresa en liquidación que les permita continuar o sustituir su fuente de trabajo.

Las remuneraciones y beneficios sociales y la indemnización por despido se pueden aplicar en tal caso a la compra de dichos activos e instalaciones hasta su límite, o a la respectiva compensación de deudas.

Artículo 151° Despido por insolvencia o quiebra

En los casos de reestructuración patrimonial o disolución y liquidación por insolvencia de la empresa o de quiebra, el despido es comunicado por escrito a los trabajadores con un plazo de treinta (30) días de anticipación. En las empresas sometidas a la Ley de Reestructuración Patrimonial, dicho plazo se cuenta a partir de la fecha en que la junta de acreedores aprueba el plan de reestructuración o su disolución y liquidación, de conformidad con dicha ley. En el caso de las empresas de los sistemas financiero o de seguros sujetas a intervención por la Superintendencia de Banca y Seguros, el cómputo del plazo se inicia al dictarse la resolución que disuelve la empresa.

Artículo 152° Impugnación del despido colectivo

El convenio colectivo que autoriza un despido colectivo puede ser impugnado por los trabajadores despedidos en caso de transgredir la legalidad.

La resolución equivalente de la autoridad administrativa de trabajo puede ser impugnada, por la misma razón, mediante la acción contencioso-administrativa.

Artículo 153° Despidos fraudulentos

Es nulo el despido colectivo que se materializa sin contar con previa autorización, por convenio colectivo o resolución administrativa, en los casos en que son exigidos por la presente Ley, y aquel

que se produce de hecho al no reanudarse las labores al concluir el plazo de la suspensión u ordenarlo la autoridad administrativa de trabajo

Asimismo, cuando en un período de doce (12) meses el empleador realice despidos al amparo de lo dispuesto en el artículo siguiente, que en conjunto excedan los límites previstos en el artículo 146° los despidos efectuados en exceso de dicho límite son nulos por fraude a la ley.

Artículo 154° Despido individualizado por causa económica, técnica o estructural, caso fortuito o fuerza mayor

Por las causas señaladas en los numerales 1 y 2 del artículo 144° el empleador puede despedir directamente al trabajador, mediante carta que precise el motivo específico que invoca para el despido así como la fecha del cese.

Al cesar el trabajador, el empleador debe abonarle la indemnización a que se refiere el artículo 156° y, en su caso, efectuar el depósito de la compensación por tiempo de servicios que tuviera en su poder o que le adeudara. Si el empleador no efectúa el pago, depósito o consignación de estas sumas dentro de los cinco (5) días siguientes al despido, queda obligado al pago de la indemnización prevista en el artículo 135°.

Artículo 155° Impugnación del despido

El despido a que se refiere el artículo anterior puede ser impugnado para que se declare injustificado o nulo, salvo que el trabajador haya cobrado la indemnización a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 156° Indemnización por despido por causas relativas al funcionamiento de la empresa

El trabajador despedido, en forma colectiva o individual, por alguna de las causas contempladas en los numerales 1, 2, y 5 del artículo 144° tiene derecho a percibir una indemnización equivalente a treinta (30) días de remuneración ordinaria por cada año completo de servicios, con un mínimo de sesenta (60), hasta un máximo de ocho (8) años; a veinte (20) días de remuneración por cada

año adicional hasta un máximo de ocho (8) años, y a diez (10) días por cada año adicional hasta un máximo de ocho (8) años. Las fracciones se abonan por dozavos y treintavos, siempre que la indemnización sea superior al monto mínimo. Su abono procede superado el período de prueba.

Artículo 157° Grave desmedro

Si la causa del despido colectivo o individualizado es económica o caso fortuito o fuerza mayor y el empleador alega grave desmedro, la indemnización a que se refiere el artículo anterior se reduce en cincuenta por ciento (50%). No obstante, si el despido es impugnado y el empleador no demuestra el desmedro, queda obligado al pago de la indemnización por despido injustificado prevista en el artículo 135°.

Por las mismas razones, puede autorizarse su pago hasta en doce armadas mensuales, pero sólo por convenio colectivo o acuerdo individual.

Artículo 158° Derecho de preferencia para la readmisión

Los trabajadores despedidos en forma colectiva o individualizada gozan del derecho de preferencia para su readmisión en el empleo si el empleador decidiera contratar, directa o indirectamente, nuevo personal para ocupar puestos iguales o similares, dentro de un año de producido. En tal caso, el empleador debe notificar por escrito al ex trabajador, con quince (15) días naturales de anticipación, en el domicilio que el trabajador haya señalado a la empresa. En caso de incumplimiento, se le entenderá despedido injustificadamente y tendrá derecho al pago de la indemnización correspondiente a éste, con deducción de la indemnización que hubiere cobrado, de ser el caso.

TÍTULO III
DE LA REMUNERACIÓN Y LOS BENEFICIOS SOCIALES

CAPÍTULO I
Remuneración

Artículo 159° Definición

Constituye remuneración el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. Tal concepto es aplicable para todo efecto legal, tanto para el cálculo y pago de los beneficios previstos en la presente Ley, cuanto para impuestos, aportes y contribuciones de la seguridad social y similares que gravan las remuneraciones, con la única excepción del Impuesto a la renta que se rige por sus propias normas.

Artículo 160° Conceptos que no constituyen remuneración

No constituyen remuneración para ningún efecto legal los siguientes conceptos:

1. Las gratificaciones extraordinarias u otros pagos eventuales, otorgados a título de liberalidad por el empleador, o que hayan sido establecidos como tales por convenio colectivo o instrumento sucedáneo, y que no se abonen en forma fraccionada, incluida la bonificación pactada por término de la negociación colectiva o cierre de pliego;
2. Cualquier forma de participación en las utilidades de la empresa;
3. El refrigerio;
4. El valor de la movilidad al centro de trabajo, supeditada a la asistencia efectiva y a que razonablemente cubra el respectivo traslado. Se incluye en este concepto el monto fijo que el empleador otorgue por pacto individual o convenio colectivo, si cumple con los requisitos antes mencionados;
5. La asignación o bonificación por educación, que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada. Del

mismo modo, el pago total o parcial de cursos de capacitación o perfeccionamiento del trabajador, que se relacionen con la actividad de éste en la empresa o con futuros ascensos o promociones;

6. Las asignaciones o bonificaciones por cumpleaños, matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquéllas de semejante naturaleza; igualmente, las asignaciones que se abonen con motivo de determinadas festividades y provengan de convenio colectivo;
7. La canasta de Navidad y similares, así como también los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para su consumo directo y de su familia;
8. Las primas por seguros contra accidentes o para cobertura de salud del trabajador y sus familiares directos; asimismo, las de seguro de vida, siempre que se trate de póliza temporal y no universal.
9. La compensación por reducción del descanso vacacional y la indemnización por frustración del mismo; y,
10. Las condiciones de trabajo, entendidas como aquellos pagos o entregas al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como transporte, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que, en forma y monto razonables, cumpla tal objeto.

Sub-capítulo I
Remuneraciones en general

Artículo 161° Determinación de la remuneración

La remuneración puede ser establecida por unidad de tiempo, por unidad de obra, o en forma mixta.

La remuneración por unidad de tiempo puede ser establecida por mes, quincena, semana, día u hora.

En las otras formas de remuneración, la conversión a unidad de tiempo de las mismas se efectúa sobre la base del promedio de

meses completos de trabajo. De haber meses no trabajados o incompletos, se computan los meses anteriores hasta alcanzar por lo menos seis (6) completos. Si el tiempo de servicios es menor a dicho lapso, se computa el promedio resultante de la totalidad del mismo.

Artículo 162° Estructura de la remuneración

Las remuneraciones pueden ser básica o complementarias. Las remuneraciones complementarias responden a las características del trabajo realizado, a las condiciones personales o a la situación de la empresa.

Artículo 163° Remuneraciones fijas, variables y ocasionales

Remuneración fija es la que se abona por el mismo monto o con referencia a un factor permanente. Su inclusión o cómputo dentro de cualquier derecho o beneficio se efectúa con el monto vigente al momento del pago.

Remuneración variable es aquella que sufre fluctuaciones en el tiempo debido a factores predeterminados. Se incluyen en este concepto las comisiones, el destajo y otros similares.

Remuneración ocasional es aquella que puede generarse o no según se presente la causa que la origina, tal como sobretiempo y análogas.

El cómputo de las remuneraciones variables y ocasionales se efectúa sobre la base del promedio.

Artículo 164° Cómputo de pagos anuales o semestrales

Para el cómputo de remuneraciones o beneficios de periodicidad anual o semestral, al haber básico deben adicionarse las otras remuneraciones fijas, así como un dozavo (1/12) o un sexto (1/6), respectivamente, de las remuneraciones variables u ocasionales percibidas en dicho lapso. No se incluyen en el cómputo aquellas otras de periodicidad anual o semestral.

Artículo 165° Remuneración por día o por hora

Cuando en un instrumento legal o convencional la remuneración es expresada en días o en horas, el valor respectivo se obtiene dividiendo la remuneración ordinaria percibida en forma semanal, quincenal o mensual, entre siete, quince o treinta, respectivamente,

para el día; y éste dividido entre el número de horas comprendidas en la jornada ordinaria a la cual se encuentra sujeto el trabajador, para la hora.

Artículo 166° Remuneración en dinero y en especie

La remuneración debe pagarse en moneda de curso legal. Una porción no superior a treinta por ciento (30%) puede ser pagada, por acuerdo de partes, en especie o en cualquier forma que no implique entrega de dinero siempre que se trate de bienes útiles para el trabajador o su familia. Su justiprecio se determina de manera razonable por las partes o, a falta de acuerdo, por su valor de mercado.

Artículo 167° Alimentación principal

La alimentación otorgada en crudo o preparada y las sumas que por tal concepto se abonen a un concesionario o directamente al trabajador tienen naturaleza remuneratoria cuando constituyen la alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o cena.

Se excluye aquella que sea indispensable para la prestación de los servicios o derive de mandato legal o del uso y costumbre.

Artículo 168° Vivienda

Constituye remuneración la entrega en uso de vivienda, salvo en los casos en que, por la naturaleza de las labores o la ubicación del centro de trabajo, ello constituya una necesidad ineludible o derive de mandato legal.

Artículo 169° Remuneración indirecta

Cuando la empresa asume el pago del impuesto a la renta o del aporte para pensiones o, en general, cualquier gravamen obligatorio de cargo del trabajador, constituye remuneración el monto bruto que hubiera correspondido si las retenciones se efectuaran directamente al trabajador.

Artículo 170° Remuneración integral

El empleador puede pactar con el trabajador una remuneración integral, computada por período anual, que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables en la empresa, con excepción de la participación en las utilidades, a condición de que

el monto no sea inferior a doscientas cincuenta (250) remuneraciones mínimas vitales mensuales.

Artículo 171° Bono salarial

Por convenio colectivo se puede establecer el pago de un bono salarial no afecto a aporte pensionario ni a tributos a cargo del empleador, ni para subsidios por enfermedad o similares.

El monto del bono salarial no puede exceder de veinte por ciento (20%) de la remuneración básica del trabajador registrada en el respectivo libro de planillas.

Sub-capítulo II
Remuneraciones mínimas vitales

Artículo 172° Definición

Remuneración mínima vital es la cantidad menor fijada con arreglo a ley a que tiene derecho todo trabajador que labora una jornada ordinaria de trabajo completa. Se entiende por tal la que se cumple usualmente en la empresa o centro de trabajo.

En caso de jornada inferior o de trabajo por horas, la remuneración mínima se abona en forma directamente proporcional al tiempo efectivo trabajado.

Cuando la remuneración es variable, debe garantizarse una cuantía no inferior a la remuneración mínima vital, en una jornada ordinaria de trabajo.

Artículo 173° Rubros comprendidos

Forman parte de la remuneración mínima vital todos los pagos o entregas que, conforme a la presente Ley, tienen naturaleza de remuneración. Sin embargo, los alimentos y entregas en especie no pueden representar en conjunto más del veinte por ciento (20%) del total.

Artículo 174° Fijación de las remuneraciones mínimas

Las remuneraciones mínimas son fijadas y reajustadas, a propuesta del Consejo Nacional del Trabajo, mediante decreto supremo, el cual no puede modificarla cuando es adoptada en forma unánime.

Artículo 175° Salarios mínimos diferenciados

Por norma reglamentaria se pueden determinar las regiones o áreas del territorio nacional, las actividades económicas y la dimensión de las empresas cuyas características permiten considerarlas separadamente para la fijación de la respectiva remuneración mínima.

El Consejo Nacional del Trabajo puede establecer consejos regionales o por actividades productivas, integrados en forma tripartita, para que dictaminen en forma previa las propuestas que les correspondan.

Sub-capítulo III
Gratificaciones de fiestas patrias y Navidad

Artículo 176° Contenido

El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones por año, que se abonan una en el mes de julio, con ocasión de fiestas patrias, y otra en el mes de diciembre, con ocasión de Navidad, de cada año, por un importe equivalente al de una remuneración mensual, en la forma prevista en el artículo 164°.

Artículo 177° Período adquisitivo y remuneración variable

El periodo adquisitivo y las remuneraciones variables y ocasionales se computan de enero a junio, respecto de la gratificación por Fiestas Patrias, y de julio a diciembre, de la de Navidad. En este último caso, el pago de la parte correspondiente al último mes tiene carácter de adelanto y debe ser objeto de compensación o reajuste al término de dicho mes.

Artículo 178° Oportunidad de pago y monto proporcional

La gratificación se abona dentro de la primera quincena del mes correspondiente.

En caso de haberse trabajado en forma parcial o incompleta dentro del período adquisitivo, la gratificación se abona en monto proporcional a los meses completos trabajados. A tal efecto, se considera mes completo aquel en que se laboró más de la mitad de los días hábiles. El mes incompleto no es computable.

Igual regla se aplica en caso de cese producido antes de la oportunidad del pago, en que se abonará conjuntamente con los demás beneficios.

Sub-capítulo IV
Asignación familiar

Artículo 179° Procedencia y monto

A falta de previsión expresa en el convenio colectivo, que establezca un beneficio superior, el trabajador con uno o más hijos menores de edad o que cursan estudios superiores y hasta la edad máxima de veinticuatro (24) años, tiene derecho a una asignación familiar, adicional a las otras remuneraciones.

El monto de la asignación familiar es equivalente a diez por ciento (10%) de la remuneración mínima vital. Para quien percibe menos de la remuneración mínima vital por no trabajar en jornada ordinaria completa, la asignación es equivalente a diez por ciento (10%) de su remuneración.

CAPÍTULO II
Beneficios sociales

Sub-capítulo I
Seguro de vida

Artículo 180° Derecho al seguro de vida

El trabajador tiene derecho a un seguro de vida a cargo de su empleador, una vez cumplidos cuatro años de trabajo al servicio del mismo. En caso de reingreso, se computa acumulativamente el tiempo de servicios prestado con anterioridad.

El empleador está facultado a contratar el seguro a partir de los tres meses de servicios del trabajador.

Artículo 181° Modalidad de la póliza y beneficiarios

El seguro de vida es de grupo o colectivo y se toma en favor de los herederos legales del trabajador, y a falta de éstos, de la persona a

quien el trabajador designe como beneficiario, por declaración jurada, con firma legalizada.

Artículo 182° Cobertura

La póliza debe cubrir lo siguiente:

1. Un importe equivalente a dieciséis (16) remuneraciones mensuales, en caso de fallecimiento natural del trabajador;
2. Un importe equivalente a treinta y dos (32) remuneraciones mensuales, en caso de fallecimiento por causa de accidente;
3. Un importe equivalente a treinta y dos (32) remuneraciones mensuales, que será abonado directamente al trabajador o, por impedimento de él, a su cónyuge, curador o apoderado especial, en caso de invalidez total y permanente originada por accidente.

   En todos los casos, el cómputo de las remuneraciones variables u ocasionales se determina en función de los últimos doce meses de servicios.

Artículo 183° Remuneraciones computables

El monto de las remuneraciones asegurables para el pago del capital o póliza se establece con base en lo señalado por el artículo 164° y comprende todas las percibidas de manera regular, con exclusión de gratificaciones, compensación vacacional adicional y cualesquiera otras de abono no mensualizado.

Artículo 184° Sanción por incumplimiento

Si el empleador no hubiera cumplido con contratar la póliza o incurriera en incumplimiento en el pago de las primas, queda obligado directamente al pago que corresponda conforme al artículo 182°.

Artículo 185° Sustitución de beneficiario

Producido el fallecimiento del trabajador, el empleador comunica a los beneficiarios que la póliza está a su disposición. Si transcurre un año y ninguno de éstos hubiera ejercido su derecho, el empleador puede cobrar el capital asegurado.

A falta de aviso, se aplica lo dispuesto en el artículo anterior.

Artículo 186° Responsabilidad y solidaridad

Los beneficiarios que cobren la póliza son responsables mancomunadamente por el pago de la alícuota correspondiente en caso aparecieran otros beneficiarios.

Artículo 187° Intereses

La compañía de seguros queda obligada al pago de los intereses legales vencidos cinco (5) días de presentada la solicitud por los beneficiarios y, de no haberse presentado ésta, desde los quince (15) días de la ocurrencia del fallecimiento, salvo que consigne su importe, lo que no podrá ejecutar antes de transcurridos treinta (30) días del deceso. La consignación se efectúa a nombre del empleador, quien, llegado el caso, debe endosar la consignación a favor de los beneficiarios.

Artículo 188° Continuación del seguro

El trabajador que cese en el empleo y decida mantener en vigor su seguro asume por su cuenta el pago de la prima, en la parte proporcional que le corresponda. Este pago puede ser hecho al empleador o a la compañía de seguros.

Sub-capítulo II
Compensación por tiempo de servicios o CTS

Artículo 189° Contenido

La compensación por tiempo de servicios o CTS tiene por objeto prioritario la previsión de las contingencias que origina el cese del trabajador, y es equivalente al ocho y treinta y tres centésimas por ciento (8.33%) de lo percibido por el trabajador en cada mes, incluyendo el total de las remuneraciones fijas, variables y ocasionales pagadas.

El empleador debe depositar este importe, dentro de los cinco (5) primeros días del mes siguiente, en la entidad bancaria o financiera designada por el trabajador y puede ser efectuado, a elección de éste, en moneda nacional o extranjera.

El depósito tiene efecto cancelatorio del tiempo de servicios al que corresponde, sin perjuicio del derecho al reintegro en caso de pago diminuto.

Artículo 190° Sanción por incumplimiento

En caso de omisión o retardo en el depósito, el empleador queda obligado al pago de intereses, con la tasa activa promedio del sistema financiero, según las tablas que publica la Superintendencia de Banca y Seguros y de acuerdo al tipo de moneda elegido por el trabajador.

Artículo 191° Interés con tasa preferencial

Para poder recibir depósitos CTS, los bancos y entidades financieras deben otorgar una tasa de interés superior en por lo menos dos puntos a la que confieren al depósito a plazo fijo de un año.

Artículo 192° Inembargabilidad

Los depósitos CTS, incluidos sus intereses, son inembargables, excepto por alimentos, en que son embargables hasta el 60%.

Artículo 193° Intangibilidad y retiros autorizados

La CTS sólo puede ser cobrada al cese del trabajador. El depósito respectivo y sus intereses son absolutamente intangibles en cincuenta por ciento (50%). El trabajador podrá disponer hasta del cincuenta por ciento (50%) restante del depósito, únicamente en los casos y con los límites siguientes:

1. Por contraer matrimonio, hasta cincuenta por ciento (50%) de la porción disponible;
2. Por razón de enfermedad grave del propio trabajador, de su cónyuge, ascendientes o descendientes, hasta sesenta por ciento (60%) de la porción disponible;
3. Para financiar estudios básicos, técnicos o profesionales, hasta cincuenta por ciento (50%) de la porción disponible;
4. Para financiar total o parcialmente la adquisición, construcción o ampliación de vivienda propia, el ciento por ciento (100%) de la porción disponible.

Los porcentajes indicados no son acumulativos. Si se han efectuado retiros o afectado fondos por alguno de tales conceptos, para efectuar nuevos retiros o afectar el depósito por otro motivo debe respetarse el límite máximo que a éste corresponde.

La porción disponible se calcula en base a la integridad del depósito correspondiente a todo el tiempo de servicios del trabajador y los intereses efectivamente generados.

Artículo 194° Compensación de sumas adeudadas

Las cantidades que deba el trabajador a su empleador por concepto de préstamos, adelantos de remuneraciones, venta o suministro de mercaderías pueden ser compensadas con el depósito CTS, siempre que no excedan del saldo remanente después de aplicar el artículo anterior y en ningún caso del ciento por ciento (100%) de la porción disponible del depósito.

Artículo 195° Inafectabilidad

Los depósitos CTS no pueden ser afectados para garantizar deudas del trabajador frente a terceros ni frente al depositario. Sólo pueden serlo respecto de las contraídas con el empleador por concepto de préstamos, adelantos de remuneración y adquisición de bienes producidos por éste dentro del límite establecido. Todo pacto en contrario es nulo.

Artículo 196° Retenciones indebidas

Si el empleador ordenara retener cantidades distintas de las taxativamente previstas en los artículos 194° y 195°, debe reintegrar al trabajador la suma retenida o cobrada en exceso, con el interés señalado en el artículo 190° y, adicionalmente, un interés moratorio calculado con la misma tasa, por concepto de indemnización por el daño ocasionado.

Artículo 197° Constancia de cese

El empleador debe otorgar la constancia de cese dentro de los cinco (5) días de producido el mismo, el que constituye el único documento válido para el retiro del depósito.

Artículo 198° Retención por falta grave

Si el trabajador es despedido por comisión de falta grave que haya originado perjuicio económico al empleador, éste puede retener la emisión de la constancia de cese y notificar al depositario para que la CTS y sus intereses queden retenidos en su custodia, por el monto que corresponda, a las resultas del juicio que promueva al empleador.

La acción legal de daños y perjuicios debe interponerse dentro de los treinta (30) días naturales de producido el cese ante el juzgado especializado de trabajo respectivo conforme a lo previsto en la Ley Procesal del Trabajo, debiendo acreditar el empleador ante el depositario el inicio de la citada acción judicial con copia de la demanda.

Vencido el plazo en mención sin presentarse la demanda, caduca el derecho de retención del empleador.

Artículo 199° Demanda por daños y perjuicios

Si el empleador no presenta la demanda dentro del plazo indicado, queda obligado, en calidad de indemnización, al pago de remuneración por el tiempo que el trabajador estuvo impedido de retirar su CTS, así como a entregar la constancia de cese de la relación laboral. De no efectuarse el pago o no entregarse la certificación se procede de acuerdo a lo previsto en el artículo 196.

Sub-capítulo III
Participación en las utilidades

Artículo 200° Empresas obligadas a distribuir utilidades entre sus trabajadores

Están obligadas a otorgar participación en las utilidades a sus trabajadores las empresas generadoras de rentas de tercera categoría, con las excepciones siguientes:

1. Las que tengan menos de veinte (20) trabajadores a su servicio;
2. Las de carácter cooperativo y autogestionario, que se regirán al respecto por sus propias normas;
3. Las sociedades civiles o de personas; y,
4. Las empresas excluidas por disposición legal expresa.

Artículo 201° Porcentajes de participación

Los porcentajes de participación, según tipo de actividad, son los siguientes:

1. Diez por ciento (10%) en las empresas industriales, pesqueras y de telecomunicaciones;

2. Ocho por ciento (8%) en las empresas mineras, financieras, bancarias y de seguros, de comercio al por mayor y por menor, y restaurantes; y,
3. Cinco por ciento (5%) en las empresas que realizan otras actividades.

La determinación de la actividad se realiza de conformidad con la Clasificación Internacional Industrial Uniforme (CIIU) de las Naciones Unidas vigente al inicio de cada ejercicio.

Artículo 202° Renta neta

La participación de los trabajadores se aplica sobre la renta neta del ejercicio antes del impuesto a la renta.

En caso de existir pérdidas de ejercicios anteriores, el monto de la suma a distribuir conforme al artículo anterior se reduce en cincuenta por ciento (50%), hasta que las pérdidas sean compensadas aplicando los plazos y reglas que regulan el impuesto a la renta.

Artículo 203° Forma de distribución

La participación en las utilidades se distribuye en la forma siguiente:

1. Cincuenta por ciento (50%) en proporción al número total de horas trabajadas de manera real y efectiva en el respectivo ejercicio; y,
2. Cincuenta por ciento (50%) en proporción a las remuneraciones individuales.

Artículo 204° Cómputo en caso de readmisión

En caso de impugnación de un despido por causa de nulidad, la empresa está obligada a computar transitoriamente, como trabajadas, las horas correspondientes al tiempo del litigio y efectuar la respectiva provisión en la participación. Concluido el proceso y según su resultado, efectúa el pago o redistribución de la suma provisionada.

Artículo 205° Participación adicional

Los porcentajes señalados en el artículo 201° pueden ser incrementados por convenio colectivo o decisión unilateral del empleador. En tal caso, la participación adicional puede ser distri-

buida con base en otros factores tales como rendimiento o productividad individuales, a condición de que tales factores no resulten discriminatorios.

Artículo 206° Límite proporcional a la participación individual

Ningún trabajador puede recibir, como participación, un monto mayor a quince (15) veces la de otro trabajador que haya laborado igual número de horas ordinarias en el respectivo ejercicio. El exceso acrece la masa y se redistribuye con base en la misma forma que la participación inicial.

Artículo 207° Límite individual a la participación

La participación individual no puede exceder de doce (12) veces la remuneración ordinaria mensual.

El exceso resultante en cada caso individual se incorpora, como aporte adicional con fin previsional, en la cuenta individual de capitalización que el trabajador posea en la administradora de fondos de pensiones a la que está afiliado. De no estar afiliado a ninguna, se incorpora a su depósito CTS como una porción independiente, de carácter no disponible y absolutamente intangible.

Artículo 208° Oportunidad del pago

La participación de los trabajadores debe ser pagada dentro de los treinta (30) días naturales siguientes al vencimiento del plazo establecido legalmente para la presentación de la declaración jurada anual del impuesto a la renta.

En caso de mora, el pago devengará un interés calculado con la tasa activa promedio en moneda nacional del sistema financiero, según tablas de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Artículo 209° Sucesión de empresas

En caso de fusión o escisión de empresas, se efectúa un corte a la fecha del otorgamiento de la escritura pública, para determinar los montos a pagar a los trabajadores de cada una de las empresas. Por el período posterior la participación se calcula sobre la base de la nueva situación empresarial resultante.

Artículo 210° Participación no cobrada

Al vencer el plazo de prescripción, la participación no cobrada por algún trabajador se agrega al monto a distribuir del ejercicio en que venció dicho plazo.

Artículo 211° Tratamiento tributario

La participación en las utilidades otorgada en cumplimiento de esta Ley o de un convenio colectivo o individual es deducible como gasto a efectos del impuesto a la renta.

CAPÍTULO III
Pago de la remuneración y los beneficios

Artículo 212° Pago directo y personal

El pago de remuneraciones, reintegros y beneficios debe efectuarse al trabajador en forma personal y directa, en el centro de trabajo y en día laborable. También puede hacerse a través del sistema bancario, siempre y cuando el trabajador pueda disponer de inmediato y sin costo alguno de la suma depositada.

Es válido el pago a mandatario con poder específico al respecto siempre que tenga la calidad de padre o madre, cónyuge o concubino, hijo o hermano del trabajador mayores de edad.

Carece de valor cancelatorio el pago efectuado en contravención de estas disposiciones.

Artículo 213° Oportunidad de pago en caso de cese

Los beneficios derivados de la terminación de la relación de trabajo y, en general, toda obligación económica pendiente a favor del trabajador deben ser pagados dentro de los cinco (5) días de producido el cese. Si el trabajador no se apersona a cobrarlos, el importe debe ser consignado a su nombre dentro de los dos (2) días siguientes al vencimiento del señalado plazo.

Artículo 214° Mora automática y pago de intereses

Salvo norma expresa en esta Ley que determine una tasa de interés distinta, el crédito laboral no pagado oportunamente devenga, de

modo automático, el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva; dicho interés no es capitalizable.

Artículo 215° Registro y constancia del pago

El pago de las remuneraciones y demás derechos económicos del trabajador se registra en las planillas, debidamente autorizadas en la forma establecida por las normas reglamentarias. En las mismas se registra, además, el pago de cualesquiera otros conceptos abonados al trabajador, aunque no tengan carácter remuneratorio.

El empleador entrega al trabajador una boleta con los mismos datos que figuran en las planillas, y recaba de éste un duplicado firmado, en constancia del pago.

Artículo 216° Efectos de la omisión en el registro

Los pagos efectuados al trabajador que no son registrados en las planillas no son deducibles como gasto para efectos tributarios.

CAPÍTULO IV
Protección y Privilegios

Artículo 217° Protección de las remuneraciones y beneficios

La remuneración y los beneficios contemplados en la presente Ley son embargables sólo en los casos y con los límites siguientes:

1. Por obligaciones alimentarias, hasta un máximo de sesenta por ciento (60%); y,
2. Por deudas comunes, sólo hasta una cuarta parte de lo que exceda de cinco (5) remuneraciones mínimas vitales y después de aplicar la retención alimentaria.

En uno y otro caso, los porcentajes se aplican una vez deducidos los descuentos establecidos por ley, incluido el impuesto a la renta.

Artículo 218° Prohibición de reducción injustificada

No es válida la reducción directa o indirecta de la remuneración, salvo acuerdo expreso y por escrito con el trabajador, el que no puede afectar las remuneraciones otorgadas por norma imperativa, ni tener efecto retroactivo.

Artículo 219° Descuentos en las remuneraciones

La remuneración no puede ser objeto de retenciones o descuentos, salvo por mandato judicial en caso de deuda alimentaria, o disposición legal por concepto de aportación a un sistema de pensiones, impuesto a la renta, cuota sindical, devolución de adelantos o préstamos efectuados por el empleador, y pago del valor de compra de artículos producidos o comercializados por éste y los que, previa autorización del trabajador, se realicen por concepto de cuotas a cooperativas, mutuales o entidades con fines análogos.

Artículo 220° Devolución de faltantes

La devolución de faltantes en dinero o de bienes o productos bajo responsabilidad directa del trabajador no puede afectar más de diez por ciento (10%) de las remuneraciones de éste. Si el trabajador impugna tal retención, el empleador está obligado a consignar las sumas retenidas, a las resultas del litigio y como requisito para su apersonamiento en el proceso.

Artículo 221° Compensación de sumas otorgadas como liberalidad

Las sumas entregadas por el empleador a título de liberalidad, con ocasión o posteriormente al cese del trabajador, son compensables con cualquier obligación que pudiera declararse posteriormente a favor del trabajador, siempre que hayan sido otorgadas expresamente con tal carácter y no como contraprestación o incentivo por el cese.

Artículo 222° Privilegio absoluto

Las remuneraciones ordinarias impagas correspondientes a un (1) año de trabajo gozan de privilegio absoluto hasta por un importe que, en total, no sobrepase de ciento cincuenta (150) remuneraciones mínimas vitales en total por trabajador. Gozan de idéntico privilegio las demás remuneraciones, derechos y beneficios económicos no remuneratorios, nacidos de disposición legal o de convenio colectivo, hasta por un importe igual al antes señalado.

En caso de insolvencia, los créditos con privilegio absoluto son calificados en el primer orden de prelación y deben pagarse íntegramente, incluyendo sus intereses, antes que los demás créditos.

Artículo 223° Privilegio relativo

Las remuneraciones y otros derechos y beneficios no remunerativos que excedan los montos indicados en el artículo anterior gozan de privilegio relativo. En caso de insolvencia, son calificados en el tercer orden de prelación.

Artículo 224° Afectación de bienes

Los bienes que integran el activo del empleador o que están en posesión o uso de éste y son de propiedad de sus socios o accionistas o pertenecen al mismo grupo de empresas, están afectos al pago preferente de sus deudas laborales; así mismo, lo están los que se encuentren aplicados al desarrollo de sus actividades, cuya posesión o uso sea superior a seis (6) meses, salvo que se acredite, con documento de fecha legalmente certificada, que pertenecen a un tercero no vinculado.

Artículo 225° Carácter persecutorio

El privilegio de los créditos laborales se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio en los siguientes casos:

1. Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;
2. En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, al comprobarse que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo;
3. Cuando los acreedores del empleador hayan embargado un tercio o más de los activos de éste o solicitado la ejecución de garantías respecto de igual proporción de los activos;

4. Cuando el empleador adeuda cincuenta por ciento (50%) o más de las remuneraciones y beneficios de sus trabajadores durante más de tres meses consecutivos; y,
5. Cuando en un proceso judicial el empleador no ponga a disposición del juzgado bien o bienes libres suficientes para responder por los créditos laborales adeudados materia de la demanda.

En los casos de reestructuración empresarial, el convenio deberá garantizar el respeto al privilegio de los créditos laborales.

Artículo 226° Liquidación y reconocimiento del crédito laboral

En los casos previstos en el artículo anterior, así como en todo caso de liquidación judicial o extrajudicial, ni el empleador ni los liquidadores pueden realizar los bienes sociales sin reconocer previamente los créditos laborales, en su orden de prelación. La liquidación de tales créditos es efectuada por la autoridad administrativa de trabajo, tiene mérito ejecutivo y es suficiente para sustentar la tercería de derecho preferente de pago que pudieran interponer los trabajadores.

TÍTULO IV
CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO

CAPÍTULO I
Jornada de trabajo y sobretiempos

Sub-capítulo I
Jornada de trabajo

Artículo 227° Concepto de jornada de trabajo

La jornada de trabajo es el tiempo durante el cual el trabajador presta el servicio contratado con el empleador. Integran dicha jornada los períodos de inactividad requeridos por la prestación contratada.

Artículo 228° Duración máxima de la jornada

La jornada máxima de trabajo es de ocho (8) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) horas semanales.

En caso de jornadas atípicas o acumulativas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente debe observar dicho máximo. Para establecer el promedio respectivo deberá dividirse el total de horas laboradas entre el número de días del ciclo o período completo, incluyendo los días de descanso. El ciclo o período completo del personal nacional no puede exceder de seis (6) semanas.

Las jornadas atípicas o acumulativas compensan el descanso semanal remunerado del trabajador en la proporción a que se refiere el artículo 245° y los días feriados no laborables.

El incumplimiento de la jornada máxima de trabajo por el empleador constituye una grave infracción laboral y se sanciona de conformidad con la ley de la materia.

Artículo 229° Intervalo mínimo entre jornadas

Entre la conclusión de la jornada diaria de trabajo y el comienzo de la siguiente debe mediar, como mínimo, un intervalo de doce (12) horas.

Artículo 230° Exclusión de la jornada máxima

No se encuentran comprendidos en la jornada máxima de trabajo el personal de dirección, los trabajadores que prestan servicios sin fiscalización inmediata y quienes realizan labores intermitentes de vigilancia, custodia o espera que incluyen de manera alternada lapsos de inactividad.

Artículo 231° Trabajos preparatorios o complementarios

Las labores preparatorias o complementarias que necesariamente deban ejecutarse fuera del horario del centro de trabajo se remuneran como sobretiempo.

Artículo 232° Facultades del empleador

Son facultades del empleador:

1. Establecer la jornada de trabajo diaria o semanal, así como los horarios correspondientes;

2. Modificar la jornada o el horario de trabajo;
3. Establecer jornadas atípicas o acumulativas de trabajo y descanso; o jornadas compensatorias de trabajo, de tal forma que en algunos días la jornada diaria sea mayor y, en otras, menor de ocho (8) horas; o jornadas variables, que reduzcan o amplíen el número de días de la jornada semanal de trabajo, prorrateándose las horas dentro de los restantes días de la semana. En cualquier caso, la jornada semanal no puede exceder en promedio de cuarenta y ocho (48) horas, con arreglo a lo previsto en el artículo 228°.
4. Extender la jornada de trabajo sin exceder el máximo previsto el artículo 228°, incrementando la remuneración en forma proporcional al tiempo adicional.

Estas facultades pueden ser ejercidas a falta de convenio colectivo.

Artículo 233° Distribución irregular de la jornada de trabajo

Por convenio colectivo se puede acordar la distribución irregular de la jornada a lo largo del año, respetándose en todo caso los descansos diario y semanal previstos en la Ley.

Artículo 234° Requisitos de procedencia

El ejercicio de las facultades previstas en los incisos 3) y 4) del artículo 232° debe sustentarse en que las labores son realizadas por equipos o turnos de trabajo, o en razones objetivas vinculadas a las necesidades operativas del centro de trabajo.

Artículo 235° Procedimiento de consulta e impugnación

Cuando el ejercicio de alguna de las facultades previstas en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 232° implique la modificación colectiva del régimen aplicable a los trabajadores, el empleador, con una anticipación no menor a diez (10) días a su ejecución, deberá comunicarla al sindicato o, a falta de éste, a los representantes de los trabajadores, y, en cualquier caso, al personal afectado, indicando los motivos que la sustentan.

Dentro de los cinco (5) días de recibida la comunicación, el sindicato o, a falta de éste, los representantes de los trabajadores, po-

drán plantear alternativas u observaciones a la modificación propuesta, las que deberán ser debatidas en la reunión que al efecto convocará el empleador en forma previa a que la medida entre en vigor. A falta de acuerdo, el empleador está facultado a introducir la modificación propuesta, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a impugnarla ante la autoridad administrativa de trabajo, dentro de los diez (10) días siguientes de ejecutada la modificación, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 108°.

Artículo 236° Refrigerio

Cuando la jornada de trabajo se cumpla en horario corrido, el trabajador goza de un período para tomar sus alimentos, de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo. Su duración no podrá ser menor a cuarenticinco (45) minutos, y no forma parte de la jornada de trabajo, salvo pacto en contrario. En caso de turnos que cubren las veinticuatro (24) horas el refrigerio es de treinta (30) minutos y forma parte integrante de la jornada de trabajo.

Artículo 237° Trabajo Nocturno

Los turnos de trabajo que comprenden jornadas en horario nocturno, deben, en lo posible, ser rotativos. El valor hora en horario nocturno no podrá ser inferior a la parte proporcional de la remuneración mínima vital con una sobretasa del treinta y cinco por ciento (35%).

La jornada nocturna abarca el tiempo trabajado entre las 10:00 p.m. y las 6:00 a.m.

Artículo 238° Registro de la jornada y del sobretiempo

El empleador está obligado a registrar el trabajo prestado en jornada ordinaria y en sobretiempo mediante la utilización de medios técnicos o manuales seguros y confiables.

Sub-capítulo II
Trabajo en sobretiempo

Artículo 239° Sobretiempo u horas extras

El tiempo laborado que exceda a la jornada de trabajo diaria o semanal se considera sobretiempo u hora extra, y se compensa con

un recargo mínimo de veinticinco por ciento (25%) sobre el valor hora por las dos (2) primeras horas y de treinticinco por ciento (35%) por las horas adicionales que excedan la jornada diaria de trabajo.

El trabajo prestado en sobretiempo podrá ser igualmente compensado con el otorgamiento de períodos de descanso de igual extensión al sobretiempo realizado.

En caso de trabajadores remunerados en forma semanal o mensual el pago del sobretiempo se efectúa en la semana o mes inmediato posterior a su prestación, respectivamente.

Artículo 240° Límite al trabajo en sobretiempo

El trabajo en sobretiempo no puede exceder de cuatro (4) horas en un día ni de un tercio del total de horas ordinarias en un mes.

Artículo 241° Voluntariedad del sobretiempo

El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación y se sujeta al límite previsto en el artículo anterior, salvo que resulte indispensable por caso fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas, los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

Artículo 242° Cálculo de la sobretasa

Para efectos de la sobretasa, el valor hora es igual a la remuneración de un (1) día dividida entre el número de horas de la jornada del trabajador.

Artículo 243° Sobretasa del 100%

La falta de pago del trabajo en sobretiempo, o su imposición por el empleador, o la prestación en exceso del límite previsto en el artículo 240° da lugar al pago de una sobretasa del 100% del valor hora y es considerada una infracción grave que se sanciona conforme a la ley de la materia.

Artículo 244° Autorización tácita

De acreditarse la prestación de servicios en calidad de sobretiempo, se presume la autorización del empleador, salvo que se haya prestado en contravención a disposición expresa.

CAPÍTULO II
Descansos remunerados

Sub-capítulo I
Descanso semanal obligatorio

Artículo 245° Descanso semanal

El trabajador tiene derecho como mínimo a veinticuatro (24) horas consecutivas de descanso remunerado en cada semana, el que se otorgará preferentemente en día domingo.

Por acuerdo de partes, podrá acumularse el descanso semanal correspondiente a dos (2) semanas.

Artículo 246° Descanso semanal sustitutorio

Cuando por requerimientos de la producción el empleador designe como día de descanso uno distinto al domingo, debe simultáneamente determinar el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva.

Artículo 247° Remuneración por el día de descanso semanal

La remuneración por el día de descanso semanal equivale a la de una jornada ordinaria y se abona en forma directamente proporcional al número de días efectivamente trabajados en la semana.

La remuneración de los trabajadores remunerados por quincena o mes se encuentra incluida en la remuneración quincenal o mensual.

La de los trabajadores que prestan servicios a destajo, es equivalente a la suma que resulte de dividir la remuneración semanal entre el número de días de trabajo efectivo.

Artículo 248° Días de cómputo para el pago del descanso semanal

Para efectos del pago del día de descanso semanal, se consideran días efectivamente trabajados los de suspensión imperfecta del contrato de trabajo.

Artículo 249° Sobretasa del 100%

Los trabajadores que laboren en su día de descanso sin sustituirlo por otro día en la misma semana, serán remunerados con la retribución correspondiente a la labor efectuada más una sobretasa del

ciento por ciento (100%), salvo el acuerdo de acumulación previsto en el artículo 245°.

Artículo 250° Exclusiones

El pago por el descanso semanal omitido no alcanza al personal de dirección, a los trabajadores que prestan servicios sin fiscalización inmediata, ni a los que perciban no menos del treinta por ciento (30%) del importe de la tarifa de los servicios que cobra el establecimiento o negocio del empleador.

Sub-capítulo II
Días feriados

Artículo 251° Descanso remunerado por días feriados

Los trabajadores tienen derecho a descanso remunerado por los días feriados señalados en esta Ley, así como por los que se determinen mediante norma legal específica.

Artículo 251° Relación de días feriados

Son días feriados los siguientes:

1. Año Nuevo (1° de enero);
2. Jueves Santo y Viernes Santo (movibles);
3. Día del Trabajo (1° de mayo);
4. San Pedro y San Pablo (29 de junio);
5. Fiestas Patrias (28 y 29 de julio);
6. Santa Rosa de Lima (30 de agosto);
7. Combate de Angamos (8 de octubre);
8. Todos los Santos (1° de noviembre);
9. Inmaculada Concepción (8 de diciembre); y,
10. Navidad del Señor (25 de diciembre).

Artículo 253° Traslado de días feriados

Los feriados de Año Nuevo, Jueves y Viernes Santo, Día del Trabajo, Fiestas Patrias y Navidad del Señor se celebran en la fecha respectiva.

Los demás feriados y cualquier otro feriado de ámbito no nacional o gremial, se harán efectivos el día lunes más próximo, anterior o posterior, a la fecha, aun cuando corresponda con el descanso del trabajador. No obstante, si el feriado coincide con el día lunes, se hará efectivo en la misma fecha.

Los feriados no nacionales o gremiales que, por los usos y costumbres, se celebran en la fecha correspondiente, no son trasladables, salvo acuerdo de partes.

Las horas dejadas de laborar por días no laborables establecidos por norma legal específica que no conlleven el pago de remuneración, serán recuperadas en la forma y oportunidad que acuerden las partes.

Por acuerdo de partes podrán establecerse otras fechas para el goce de días no laborables o de cualquiera de los feriados referidos en el artículo anterior.

Artículo 254° Remuneración por el día feriado

Los trabajadores tienen derecho a percibir por el día feriado la remuneración ordinaria correspondiente a un día de trabajo. Su abono se rige por lo dispuesto en el artículo 274°, salvo el Día del Trabajo, que se percibirá sin condición alguna.

Artículo 255° Trabajo en día feriado

El trabajo efectuado en los días feriados se rige por lo dispuesto en el artículo 249°.

Artículo 256° Trabajo en día feriado y día laborable

Se considera que se ha trabajado en feriado cuando el turno de trabajo se inicia en día feriado y concluye en día laborable. Inversamente, no se considera que se ha trabajado en feriado cuando el turno de trabajo se inicia en día laborable y concluye en día feriado.

Artículo 257° Día del Trabajo del trabajador destajero

La remuneración por el Día del Trabajo del trabajador destajero es igual al salario promedio diario correspondiente a los últimos treinta (30) días naturales por los que el trabajador haya percibido remuneración, sean consecutivos o alternados. Cuando el servidor no

cuente con treinta (30) días naturales computables de trabajo, el promedio se calcula desde su fecha de ingreso.

Sub-capítulo III
Vacaciones anuales

Artículo 258° Descanso vacacional

El trabajador tiene derecho a treinta (30) días naturales de descanso vacacional remunerado por cada año completo de servicios en que cumpla con el récord vacacional.

Artículo 259° Descanso vacacional por días hábiles

Las partes pueden pactar que el descanso vacacional se calcule y disfrute en un determinado número de días laborables, no necesariamente consecutivos, siempre que no resulte afectado su derecho a gozar de treinta (30) días de vacaciones en el año, y que al menos uno (1) de los períodos fraccionados de descanso no sea inferior al límite previsto en el artículo siguiente.

Artículo 260° Período mínimo de descanso

En cualquier caso de fraccionamiento de descanso vacacional, al menos uno (1) de los períodos no será inferior a siete (7) días naturales consecutivos.

Artículo 261° Récord vacacional

Por cada año de servicios, el récord vacacional del trabajador se considera cumplido:

1. Al haber realizado labor efectiva por un mínimo de doscientos sesenta (260) o doscientos diez (210) días, según que la jornada ordinaria sea de seis (6) o cinco (5) días a la semana, respectivamente;
2. Al no haber excedido de diez (10) inasistencias injustificadas, en los casos en que la jornada ordinaria se desarrolle en sólo cuatro (4) o tres (3) días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas. Se consideran inasistencias injustificadas las ausencias no computables para el récord vacacional.

El cumplimiento del récord vacacional debe computarse proporcionalmente en caso de reducción de la jornada semanal o jornadas atípicas o acumulativas.

Artículo 262° Cómputo del año de servicios

El año de servicios se computará desde la fecha de ingreso del trabajador. El empleador puede, sin embargo, compensar por dozavos y treintavos la fracción de servicios correspondiente al primer año, aplicando la remuneración computable vigente a la fecha en que hace efectiva la compensación.

Artículo 263° Cómputo del récord vacacional

Para efectos del récord vacacional se considera como días efectivos de trabajo los siguientes:

1. La jornada ordinaria de trabajo;
2. La labor cumplida en día de descanso, cualquiera que sea el número de horas laborado;
3. Las horas de sobretiempo en número de cuatro (4) en un (1) día;
4. Las inasistencias por enfermedad o accidente de trabajo, hasta un máximo de sesenta (60) días al año, en conjunto;
5. El descanso pre y post natal;
6. El permiso sindical y las licencias sindicales;
7. Las inasistencias remuneradas autorizadas por ley o convenio colectivo o decisión del empleador;
8. El descanso vacacional; y,
9. Los días de huelga, salvo que haya sido declarada ilegal o abusiva, en cuyo caso no son de cómputo para el récord vacacional los días de inasistencia injustificada a que se refiere el artículo 386°.

Artículo 264° Oportunidad del descanso vacacional

El descanso vacacional se hace efectivo dentro de los doce (12) meses siguientes al cumplimiento del año de servicios.

Artículo 265° Acuerdo de partes y rol vacacional

La oportunidad del descanso vacacional será fijada por acuerdo entre el empleador y el trabajador y consignarse en el rol vacacional que el empleador deberá publicar en lugar visible del centro de trabajo dentro de los treinta (30) días previos al inicio del año calendario.

A falta de acuerdo, sobre la oportunidad del descanso vacacional la decisión será adoptada por el empleador, sin perjuicio del derecho del trabajador a impugnarla por vía del procedimiento trilateral dentro de los diez (10) días siguientes de notificada la decisión.

Cuando el empleador decida la oportunidad del descanso vacacional, su inicio no deberá coincidir con el día de descanso semanal, con un feriado o con un día no laborable en el centro de trabajo.

Artículo 266° Descanso vacacional e incapacidad

El descanso vacacional no puede coincidir con el descanso pre y post natal o la incapacidad o accidente, salvo cuando sobrevengan durante el período de vacaciones.

Artículo 267° Acumulación de descansos vacacionales

Después de un (1) años de servicios el trabajador puede convenir por escrito con su empleador en acumular hasta dos (2) descansos vacacionales consecutivos, sin perjuicio del descanso mínimo a que se refiere el artículo 260°.

Tratándose de personal de dirección o de trabajadores contratados en el extranjero, la acumulación puede exceder de dos (2) años.

Artículo 268° Limitación del descanso vacacional

Las partes pueden pactar que el descanso vacacional se limite hasta quince (15) días, pagándose adicionalmente la compensación por reducción del descanso remuneración vacacional y los días trabajados por efecto de la reducción.

Artículo 269° Reducción del descanso vacacional

Dentro del proceso a que se refiere el artículo 147°, por convenio colectivo, la extensión del descanso vacacional remunerado puede reducirse, acumularse o postergarse. La cláusula correspondiente

es de duración no mayor a un (1) año y queda automáticamente sin efecto si no se renueva a su vencimiento.

Artículo 270° Trabajo intermitente o de temporada

En los casos de trabajo intermitente o de temporada cuya duración fuere inferior a un (1) año continuo y no menor a un (1) mes, el trabajador debe optar entre:

1. Acumular el tiempo laborado en forma efectiva con aquél que cumpla posteriormente, hasta completar el récord vacacional aplicable; o,
2. Cobrar las fracciones de año a razón de dozavos y treintavos de la remuneración vacacional correspondiente.

Artículo 271° Registro del descanso vacacional

El empleador está obligado a hacer constar expresamente en el libro de planillas y en las boletas de pago el monto de la remuneración vacacional y la fecha de inicio y término del descanso vacacional.

Artículo 272° Remuneración vacacional

La remuneración vacacional es equivalente a la remuneración ordinaria que el trabajador hubiera percibido habitualmente de continuar laborando, incluyendo la proporción de las imprecisas o variables y excluyendo las periódicas.

Artículo 273° Pago de la remuneración vacacional

El pago de la remuneración vacacional se efectuará antes del inicio del descanso pero no alterará la oportunidad en que corresponda el pago de los impuestos o aportaciones que gravan las remuneraciones ni de la prima del seguro de vida.

Artículo 274° Vacaciones truncas

La fracción de año del trabajador que ha laborado más de un (1) mes y no ha completado doce (12) meses del respectivo año de servicios, se compensa por el récord trunco a razón de dozavos y treintavos de la remuneración vacacional correspondiente, salvo que no completase el récord vacacional proporcional a los meses trabajados.

Artículo 275° Incumplimiento del descanso

En caso de no disfrutar el descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en que adquiere el derecho, el trabajador, en adición a la remuneración por el trabajo prestado, percibirá lo siguiente:

1. Una (1) remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado;
2. Una (1) remuneración con carácter de indemnización por la frustración del descanso, la cual no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación o tributo; y,
3. La remuneración aplicable es la que el trabajador se encuentre percibiendo en la oportunidad que se efectúe el pago o la última percibida antes de la suspensión o extinción del contrato de trabajo.

La indemnización a que se refiere el numeral 1 no alcanza al personal de dirección, cuando goza de capacidad de decisión sobre la oportunidad de su descanso vacacional.

CAPÍTULO III
Normas especiales para grupos ocupacionales específicos

Sub-capítulo I
Trabajo de mujeres

Artículo 276° Descanso por maternidad

La trabajadora gestante goza de cuarenta y cinco (45) días de descanso prenatal y cuarenta y cinco (45) días de descanso postnatal. El goce de descanso prenatal puede ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado con el postnatal, a decisión de la trabajadora. Esa decisión debe ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto.

En caso de nacimiento múltiple, el descanso postnatal se extiende por treinta (30) días naturales.

Artículo 277° Comunicación e informe médico

La comunicación a que se refiere el artículo anterior debe estar acompañada del informe médico que certifique que la postergación del descanso prenatal no afecta en modo alguno a la trabajadora gestante o al concebido.

La postergación del descanso prenatal no autoriza a la trabajadora gestante a variar o abstenerse del cumplimiento de sus labores habituales, salvo acuerdo con el empleador.

Artículo 278° Acumulación del descanso

En los casos en que se produzca adelanto del alumbramiento respecto de la fecha probable del parto fijada para establecer el inicio del descanso prenatal, los días de adelanto se acumulan al descanso postnatal. Si el alumbramiento se produce después de la fecha probable del parto, los días de retraso son considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales.

Artículo 279° Período vacacional

La trabajadora gestante tiene derecho a que el período de descanso vacacional por récord ya cumplido y aún pendiente de goce, se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso postnatal. Tal voluntad debe comunicarse al empleador con una anticipación no menor de quince (15) días calendario al inicio del goce vacacional.

Artículo 280° Trabajos exceptuados

La trabajadora gestante está exenta de realizar tareas que, por requerir esfuerzos físicos considerables o por otras circunstancias análogas, sean capaces de producir el aborto o impedir el desarrollo normal del feto.

Artículo 281° Permiso por lactancia materna

La madre trabajadora, al término del período post natal, tiene derecho a una hora diaria de permiso remunerado por lactancia materna hasta que su hijo tenga un año de edad. Este permiso se considera como efectivamente laborado para todo efecto legal, puede

ser fraccionado en dos tiempos iguales y es otorgado dentro de la jornada de trabajo.

La madre trabajadora y su empleador pueden convenir el horario en que se ejerce este derecho, pero no puede ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio.

Artículo 282° No afectación de beneficios más favorables

Los beneficios establecidos en el presente sub-capítulo no afectan los beneficios sobre la materia otorgados por ley específica, convenio colectivo o costumbre.

Artículo 283° Prohibición de exámenes de embarazo

En ningún caso el empleador puede exigir a la mujer aspirante a un empleo que se someta a exámenes médicos destinados a diagnosticar el embarazo, ni pedirle la presentación de certificados médicos con ese fin.

Sub-capítulo II
Trabajo de menores

Artículo 284° Edad mínima

La edad mínima de admisión al trabajo no es inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince (15) años. Excepcionalmente se puede reducir a catorce (14) por norma reglamentaria con previo acuerdo unánime del Consejo Nacional de Trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior, la edad mínima de admisión para trabajos ligeros puede reducirse hasta trece (13) años de edad en trabajos ligeros, siempre que no sean susceptibles de perjudicar la salud o desarrollo del menor.

Artículo 285° Edad mínima en trabajos peligrosos

La edad mínima de admisión a cualquier tipo de trabajo que pueda resultar peligroso para la salud, seguridad o moralidad de los menores, es de dieciocho (18) años. No obstante, por norma reglamentaria con previo acuerdo unánime del Consejo Nacional de Trabajo, puede autorizarse el empleo o trabajo a partir de los dieciséis (16) años, siempre que queden garantizadas la salud, seguri-

dad y moralidad de los menores, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada.

Artículo 286° Competencia para autorizar el trabajo de menores

El trabajo de menores requiere autorización de sus padres o responsables y de la autoridad administrativa de trabajo.

Se presume que los menores están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de éstos.

Artículo 287° Requisitos

Para otorgar autorización para el trabajo de menores se requiere:

1. Que el trabajo no perjudique o perturbe la asistencia regular a la escuela; y,
2. Que el certificado médico acredite la capacidad física, mental y emocional del menor para realizar las labores. Este certificado será expedido gratuitamente por los servicios médicos del sector salud o del seguro social.

Ningún menor podrá ser admitido al trabajo sin la debida autorización.

Artículo 288° Registro

Las instituciones responsables de autorizar el trabajo de los menores llevan un registro especial en el que se hace constar lo siguiente:

1. Nombre completo del menor;
2. Nombre de sus padres, tutores o responsables;
3. Fecha de nacimiento;
4. Dirección y lugar de residencia;
5. Labor que desempeña;
6. Remuneración;
7. Horario de trabajo;
8. Escuela a la que asiste, horario de estudios y grado de instrucción;
9. Número de certificado médico; y,
10. Cualquier otro que el Ejecutivo determine por norma reglamentaria.

Artículo 289° Jornada de trabajo y vacaciones

La jornada de trabajo de los menores entre los trece (13) y quince (15) años de edad no excederá de cuatro (4) horas diarias ni de veinticuatro (24) horas semanales.

La jornada de trabajo de los menores de más de quince (15) y menos de dieciocho (18) años no excederá de seis (6) horas diarias ni de treinta y seis (36) horas semanales.

El descanso vacacional remunerado se concede en los meses de vacaciones escolares.

Artículo 290° Trabajo nocturno

Esta prohibido el trabajo nocturno de menores de edad, salvo autorización excepcional del juez que puede autorizar el trabajo nocturno de menores entre quince (15) y dieciocho (18) años, siempre que éste no exceda de cuatro horas diarias. Para este efecto se entiende por trabajo nocturno el que se realiza entre las 19:00 y las 7:00 horas.

Artículo 291° Trabajos prohibidos

Está prohibido el trabajo de los menores en subsuelo, en labores que conlleven la manipulación de pesos excesivos o sustancias tóxicas y en actividades en las que su seguridad o la de las otras personas esté bajo su responsabilidad.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en consulta con el Consejo Nacional de Trabajo, establece periódicamente una relación de trabajos y actividades peligrosas o nocivas para su salud física o moral, prohibidos para los menores.

Artículo 292° Remuneración

El menor trabajador no percibirá una remuneración inferior a la de los demás trabajadores de su misma categoría para trabajos similares. Está prohibido establecer el pago de la remuneración de los menores por obra, por pieza, a destajo o por cualquier otra modalidad de rendimiento.

Artículo 293° Trabajo doméstico o trabajo familiar no remunerado

Los menores que trabajan en el servicio doméstico o que desempeñen trabajo familiar no remunerado tienen derecho a un descanso

de doce (12) horas diarias continuas. Los empleadores, patronos, padres o parientes están en la obligación de proporcionarles todas las facilidades para garantizar su asistencia regular a la escuela.

Toda persona que emplee menores en servicio doméstico está en la obligación de notificarlo a la autoridad administrativa de trabajo dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la contratación. Esta autoridad deberá verificar que el menor reciba la educación debida y que la prestación del servicio se cumpla en las condiciones establecidas en el presente capítulo.

Artículo 294° Examen médico

Los menores trabajadores serán sometidos periódicamente a exámenes médicos. Para los trabajadores independientes y domésticos los exámenes serán gratuitos y estará a cargo del sector salud.

Artículo 295° Libreta del menor trabajador

Los menores que trabajan deben estar provistos de una libreta otorgada por quien confirió la autorización para el trabajo. En esta constarán los datos señalados en el artículo 288°.

Los establecimientos que contraten menores deben llevar un registro que contenga los mismos datos.

Artículo 296° Seguridad Social

Los menores que trabajan tienen derecho a la seguridad social obligatoria, por lo menos en el régimen de prestaciones de salud.

Los menores trabajadores independientes podrán acogerse a este beneficio abonando sólo el diez por ciento (10%) de la cuota correspondiente a la remuneración mínima vital del trabajador adulto.

Artículo 297° Capacidad civil

Los menores de edad tienen capacidad jurídica para celebrar actos y contratos relacionados con su actividad laboral y con el ejercicio de su derecho de asociación o sindicación.

Pueden además reclamar ante las autoridades administrativas y judiciales el cumplimiento de las normas legales o convencionales relacionadas con su actividad laboral o económica, sin necesidad de apoderado.

Artículo 298° Programas de capacitación

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los municipios están en la obligación de crear programas especiales de capacitación para el trabajo y de orientación vocacional para los menores trabajadores.

Sub-capítulo III
Trabajo de discapacitados

Artículo 299° Definición de la persona con discapacidad

Persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias físicas, mentales o sensoriales, sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales.

Artículo 300° Planes permanentes de capacitación, actualización y reconversión profesional

El discapacitado tiene acceso a los planes permanentes de capacitación, actualización y reconversión profesional y técnica, que el organismo correspondiente coordine con el fin de facilitar la obtención, conservación, y progreso laboral dependiente o independiente.

Artículo 301° Fomento del Empleo

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en coordinación con los organismos respectivos, promueve las medidas de fomento del empleo y los programas especiales para personas con discapacidad, dentro del marco legal vigente.

Los programas especiales para personas con discapacidad atienden al tipo de actividad laboral que éstos puedan desempeñar, de acuerdo con sus niveles de calificación.

Artículo 302° Deducción de gastos sobre el importe total de remuneraciones

Las empresas públicas o privadas que emplean personas con discapacidad, obtienen deducción de renta bruta sobre sus remuneraciones, en un porcentaje adicional que es fijado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Artículo 303° Bonificación en el concurso de méritos para conseguir vacantes

En los concursos para la contratación de personal del sector público, las personas con discapacidad tienen una bonificación de quince (15) puntos en el concurso de méritos para cubrir la vacante.

Artículo 304° Créditos preferenciales o financiamiento a micro y pequeñas empresas

El Estado promueve el otorgamiento de créditos preferenciales o financiamiento a las micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad, procedentes de organismos financieros internacionales o nacionales.

Artículo 305° Preferencia a productos y servicios de empresas promocionales

Las empresas e instituciones del sector público otorgan preferencia a los productos manufacturados y servicios provenientes de micro y pequeñas empresas integradas por personas con discapacidad, tomando en cuenta similar posibilidad de suministro, calidad y precio para su compra o contratación.

CAPÍTULO IV
Personal de dirección

Artículo 306° Personal de dirección

Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Su calificación corresponde al empleador, el cual la pone en conocimiento de la autoridad de trabajo y del interesado; la falta de calificación formal no es impedimento para aplicarle las reglas especiales que le corresponden, si de la naturaleza del cargo se desprende objetivamente su condición. Si el trabajador discrepara de su calificación, puede recurrir contra ella a través del procedimiento administrativo trilateral, dentro de los treinta (30) días naturales siguientes de haber sido informado.

Artículo 307° Régimen del personal de dirección

El régimen del personal de dirección está regulado por las normas especiales siguientes:

1. En materia de jornada, no está sujeto a la jornada máxima legal, cuando su horario no está sujeto a control por el empleador.
2. En caso de vacaciones no gozadas, no tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 257°, salvo que conste que la falta de descanso se produjo por orden expresa del empleador.
3. El otorgamiento de cualesquiera beneficios de carácter individual o personal debe constar en el contrato de trabajo, debidamente registrado ante la autoridad administrativa de trabajo. En caso de omisión de tal requisito, los beneficios son exigibles a la empresa, pero no gozan de privilegio ni de prelación frente a otros acreedores.
4. No puede integrar el sindicato de empresa, salvo que el estatuto del mismo expresamente lo permita.
5. No se le aplican las estipulaciones de los convenios colectivos, salvo que pertenezca a un sindicato que admita su afiliación y el convenio expresamente lo establezca.
6. En caso de huelga, no paraliza sus actividades.
7. En el caso del gerente general, las condiciones relativas a su cese, incluido el monto de las indemnizaciones por despido, se fijan en el contrato individual de trabajo. La ley se le aplica sólo supletoriamente, en defecto de estipulación expresa.

Capítulo V
Seguridad, salud, bienestar y medio ambiente de trabajo

Artículo 308° Promoción de la seguridad y salud en el trabajo

El empleador promueve la gestión de la seguridad y la salud en el trabajo en forma integrada a la gestión de la empresa.

El trabajador tiene derecho a que en el centro de trabajo donde labora se promuevan condiciones de trabajo dignas que le garanti-

cen un estado de vida saludable, física y mentalmente. A tal efecto, se debe propender a que:

1. El trabajador tenga un ambiente de trabajo seguro y saludable; y,
2. Las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores.

El costo de las medidas de seguridad y salud en el trabajo son asumidas por el empleador.

Artículo 309° Deber general de prevención

El empleador, en aplicación del deber general de prevención, observa los siguientes principios generales en materia de seguridad:

1. Planificar la prevención de los riesgos, evitar los riesgos laborales y tratar adecuadamente los que no se puedan eludir;
2. Tener en cuenta la evolución de la técnica para incorporar las medidas de protección adecuadas; y,
3. Proporcionar las debidas instrucciones a los trabajadores.

Artículo 310° Información y capacitación preventiva

El empleador brinda, dentro de la jornada de trabajo, una adecuada información y capacitación preventiva a los trabajadores de aquello que pudiera ser potencialmente riesgoso o genere daños sobre la salud y vida de los trabajadores.

TÍTULO V
PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD

Artículo 311° Plazo de prescripción

La prescripción de la acción de cobro de las remuneraciones, beneficios sociales y otros créditos laborales de los trabajadores tiene plazo de un año y se inicia al extinguirse la relación laboral.

Artículo 312° Suspensión del plazo de prescripción

La prescripción se suspende, además de las causales previstas en el Código Civil, por el emplazamiento al obligado por vía notarial, siempre que la respectiva demanda sea interpuesta dentro de los treinta (30) días siguientes.

Artículo 313° Caducidad de derechos del trabajador

Caduca el derecho del trabajador:

1. A los sesenta (60) días, para impugnar el despido, cualquiera fuera su causa, así como demandar las consecuencias que del mismo derivan;
2. A los treinta (30) días, para imputar la hostilidad, desde que se cometió el hecho infractorio;
3. A los treinta (30) días, para demandar por hostilidad, vencido el plazo otorgado al empleador para que enmiende su conducta.

Artículo 314° Caducidad del derecho a imputar la falta

Caduca la facultad del empleador de sancionar una falta:

1. A los treinta (30) días desde que ésta fue cometida, cuando la misma es sancionable con amonestación o suspensión;
2. A los sesenta (60) días de conocida o investigada una falta grave y, en todo caso, a los seis (6) meses de haberse producido.

SEGUNDA PARTE:

DE LA RELACIONES COLECTIVAS DE TRABAJO

Segunda Parte
De las Relaciones Colectivas de Trabajo

TÍTULO VI
DERECHO DE SINDICACIÓN

CAPÍTULO I
Contenido de la libertad sindical

Artículo 315° Libertad sindical individual

El Estado reconoce y garantiza a los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, el derecho a constituir las organizaciones que estimen conveniente, así como los de afiliarse a ellas libremente y desarrollar actividad sindical, para la defensa y promoción de sus intereses económicos y sociales, con la sola obligación de observar los estatutos de las mismas.

La afiliación es voluntaria.

Artículo 316° Autonomía sindical

Las organizaciones sindicales tienen autonomía para organizarse y actuar libremente, en función de lo cual pueden redactar sus estatutos y reglamentos, elegir a sus representantes, organizar su administración y actividades y formular su programa de acción. El Estado, los empleadores y sus organizaciones deberán abstenerse de cualquier intervención o injerencia en la constitución y actuación de las organizaciones sindicales.

Artículo 317° Principio democrático

Las organizaciones sindicales, en la relación institucional con sus afiliados, guían su accionar en base a la aplicación de principios democráticos.

Son derechos de los afiliados a los sindicatos:

1. Elegir a sus representantes, ser elegidos y postular candidatos;
2. Participar en la vida interna del sindicato y en la adopción de las decisiones institucionales, según los procedimientos previstos en el estatuto;
3. Solicitar y recibir información del órgano directivo sobre la gestión del sindicato;
4. No ser sancionado por causa no establecida en el estatuto y sin respetar el debido proceso; y,
5. Recibir, sin discriminación alguna, las prestaciones y servicios que el sindicato brinde a sus afiliados, conforme al estatuto.

CAPÍTULO II
Organizaciones sindicales

Artículo 318° Sindicatos

Los sindicatos son organizaciones sin fines de lucro que agrupan directamente trabajadores que tengan intereses sociales y económicos comunes. En tal sentido, no pueden distribuir en forma alguna rentas o bienes del patrimonio sindical.

Artículo 319° Tipos de sindicatos

Pueden constituirse sindicatos:

1. De empresa, formados por trabajadores que presten servicios para un mismo empleador en uno o más centros de trabajo, unidades, áreas o categorías;
2. De grupos de empresas, conforme a lo previsto sobre éstos en el Título Preliminar;
3. De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la

misma rama de actividad, o que concurren en una misma actividad;

4. De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad;
5. De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad; y,
6. De cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen conveniente.

Artículo 320° Secciones sindicales

Cuando el sindicato involucre a diversos centros de trabajo de una empresa o a diversas empresas, podrá constituir en tales ámbitos secciones sindicales, para el cumplimiento de sus fines en tales ámbitos.

La sección sindical representa al sindicato en el ámbito correspondiente y su relación con éste se regula por el estatuto del sindicato. La sección sindical estará representada por dos delegados elegidos por y entre los trabajadores afiliados en el ámbito de ésta.

Son aplicables a las secciones sindicales las normas de esta Ley en cuanto resulten pertinentes.

Artículo 321° Fines y funciones de los sindicatos

Son fines y funciones de las organizaciones sindicales:

1. Representar, ante el empleador o ante las autoridades administrativas, judiciales o políticas, a los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, en las controversias de naturaleza colectiva. En el caso de controversias individuales podrá representar a sus afiliados, salvo que el trabajador accione directamente, pudiendo actuar el sindicato en calidad de asesor;
2. Negociar colectivamente y celebrar convenios colectivos de trabajo, exigir su cumplimiento y ejercer los derechos y acciones que de tales normas se originen;
3. Participar en la vida política, económica y social de la nación;
4. Integrar aquellos organismos públicos o sociales en los que se encuentre prevista la participación de los trabajadores;

5. Realizar actividades que contribuyan al fortalecimiento institucional y a la obtención de recursos para ser destinados íntegramente a lograr sus fines sociales;
6. Promover la creación y fomentar el desarrollo de cooperativas, cajas, fondos y, en general, organismos de auxilio y promoción social de sus miembros; y,
7. En general, todos los que no estén reñidos con sus fines esenciales ni con las leyes.

Artículo 322° Mayor representatividad

El sindicato que afilie a la mayoría absoluta podrá representar a la totalidad de los trabajadores de su ámbito en la negociación colectiva y en las controversias derivadas de la aplicación o interpretación de convenios colectivos de eficacia general.

Si se requiere más de una organización para llegar a la mayoría mencionada anteriormente, los sindicatos coaligados ejercerán esa representación proporcionalmente al volumen de afiliación de cada uno, salvo que opten por otro criterio. De no constituirse una representación mayoritaria cada uno de los sindicatos representa sólo a sus afiliados.

Artículo 323° Número mínimo de afiliados[1]

Para constituir un sindicato se requiere tener el número mínimo de afiliados siguiente:

1. En los sindicatos previstos en el numeral 6 del artículo 319°, diez (10), cuando la empresa tenga hasta cincuenta (50) trabajadores, y veinte (20), cuando la empresa tenga más de cincuenta (50) trabajadores; y,
2. Cincuenta (50), en los demás sindicatos.

Artículo 324° Representantes de los trabajadores

En la empresa en que no se haya constituido sindicato y tenga hasta cincuenta (50) trabajadores, así como en aquella que tenga menos de diez (10) trabajadores, éstos tienen derecho a elegir dos

[1] El Artículo 323° fue aprobado por mayoría.

representantes ante su empleador y ante las autoridades administrativas y judiciales.

La elección de los representantes debe ser comunicada al empleador y a la autoridad administrativa de trabajo.

Artículo 325° Constitución del sindicato

La constitución de un sindicato se hará en asamblea, en la que se aprobará el estatuto y se elegirá a la junta directiva.

Artículo 326° Contenido del estatuto

El estatuto del sindicato contendrá al menos:

1. La denominación de la organización, que no podrá coincidir o inducir a confusión con otra legalmente registrada;
2. El domicilio y ámbito funcional y territorial del sindicato;
3. Los órganos de gobierno y su funcionamiento así como el régimen de provisión electiva de cargos, que deberá ajustarse a principios democráticos;
4. Los requisitos y procedimientos para la adquisición y pérdida de la condición de afiliado;
5. El régimen de modificación del estatuto, de fusión y disolución de sindicatos; y,
6. El régimen económico de la organización, que establezca el carácter, procedencia y destino de sus recursos, así como los medios que permitan a los afiliados conocer la situación económica.

Artículo 327° Registro y procedimiento de depósito

Los sindicatos, para fines de su registro, depositarán ante la Autoridad de Trabajo los siguientes documentos:

1. Copia legalizada del acta de la asamblea de constitución, con indicación del número de trabajadores asistentes y la nómina de la junta directiva elegida;
2. Copia de su estatuto aprobado en la referida asamblea de constitución, que deberán desarrollar al menos el contenido formal establecido en esta Ley; y,
3. Nómina completa de sus afiliados, debidamente identificados. Si se trata de un sindicato pluriempresarial, debe indicarse el nombre de los respectivos empleadores.

Los actos de modificación de sus estatutos y la designación y los cambios de los integrantes de la junta directiva, se depositarán siguiendo el mismo trámite.

El registro es un acto meramente formal y no puede ser denegado. Se efectúa en forma automática al sólo depósito de los documentos respectivos.

Artículo 328° Personalidad jurídica

El registro de un sindicato le confiere personalidad jurídica para todo efecto legal.

Artículo 329° Responsabilidad de los organizaciones sindicales

Las organizaciones sindicales responderán por los actos o acuerdos adoptados por sus órganos estatutarios en la esfera de sus respectivas competencias. No responderán por los actos individuales de sus afiliados, salvo que aquéllos se produzcan en el ejercicio regular de las funciones representativas o se pruebe que dichos afiliados actuaban por cuenta del sindicato.

Artículo 330° Federaciones y confederaciones

Los sindicatos tienen el derecho de constituir o integrar organizaciones de grado superior, así como afiliarse a las organizaciones internacionales de trabajadores que elijan. Las federaciones y confederaciones se rigen por las normas establecidas para los sindicatos, en lo que les sea aplicable.

Artículo 331° Requisitos de constitución de federaciones y confederaciones

Para constituir una federación se requiere la unión de no menos de dos (2) sindicatos registrados y para una confederación al menos de dos (2) federaciones igualmente registradas.

CAPÍTULO III
Órganos y patrimonio sindical

Artículo 332° La asamblea general

La asamblea general es el órgano máximo del sindicato y tiene las atribuciones que señale el estatuto. En los sindicatos de empresa

está constituida directamente por sus miembros. En los demás, así como en aquellos cuyos miembros laboran en localidades distintas, se estará a lo que dispongan las respectivas normas estatutarias.

Artículo 333° La junta directiva

Para ser miembro de la junta directiva de un sindicato de empresa se requiere tener vínculo laboral vigente, a excepción del caso previsto en el numeral 5 del artículo 344°. Tal requisito no será exigible respecto de las demás organizaciones sindicales.

La junta directiva tiene la representación legal del sindicato, que se ejercerá en la forma establecida en los estatutos. La representación procesal del sindicato corresponde al secretario general, salvo disposición distinta del estatuto.

Artículo 334° Patrimonio sindical

El patrimonio del sindicato está constituido:

1. Por las cuotas sindicales ordinarias y extraordinarias que se acuerden en asamblea general;
2. Por las contribuciones voluntarias de sus miembros o de terceros;
3. Por el producto de las actividades dirigidas a obtener recursos para ser destinados a lograr sus fines sociales; y,
4. Por los demás bienes que adquiera a título gratuito u oneroso.

Artículo 335° Descuento de cuotas sindicales por planillas

El acto de afiliación conlleva la autorización al empleador para el descuento de las cuotas sindicales ordinarias y extraordinarias, cuando, en este último caso, sean comunes a todos los afiliados. El empleador queda obligado a descontar por planillas tales cuotas, una vez que la organización sindical le comunique la afiliación del trabajador.

Los montos resultantes de dichas deducciones serán depositados en la cuenta bancaria de cada organización sindical que haya sido puesta en conocimiento del empleador.

CAPÍTULO IV
Protección de la libertad sindical

Artículo 336° Protección genérica de la libertad sindical

Son nulos y carentes de todo efecto los preceptos normativos, los actos administrativos, las cláusulas de convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales de los empleadores, y en general todo acto, que contenga o suponga cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o perjudiciales, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio de actividades sindicales.

Cualquier trabajador u organización sindical que considere lesionados o inminentemente amenazados sus derechos de libertad sindical, podrá accionar a través del proceso sumario y preferente de tutela de la libertad sindical.

Artículo 337° Protección específica de la libertad sindical: titulares

Gozan de tutela específica:

1. La totalidad de los miembros de los sindicatos en formación, desde treinta (30) días antes de la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después;
2. Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales y los representantes de los trabajadores a que se refiere el artículo 324°, hasta seis (6) meses después de la fecha en que cesen en sus cargos; y,
3. Los candidatos a cargos sindicales y de representantes, un mes antes y tres (3) meses después de la elección.

Artículo 338° Alcance de la tutela específica

La tutela específica a que se refiere el numeral 35° del artículo precedente, salvo regulación más favorable del convenio colectivo, comprende:

1. En el sindicato de empresa y de grupos de empresas, hasta tres (3) dirigentes sindicales si el número de trabajadores a quienes

representa no alcanza a cincuenta (50), adicionándose dos (2) por cada cincuenta (50) trabajadores que sobrepasen dicho límite, sin exceder en ningún caso de doce (12);

2. En el caso de los representantes de los trabajadores, hasta un máximo de dos (2);
3. En la federación, hasta dos (2) dirigentes sindicales por cada sindicato que agrupe y hasta un máximo de quince (15);
4. En la confederación, hasta dos (2) dirigentes sindicales por cada federación que agrupe y hasta un máximo de veinte (20); y,
5. A los dirigentes sindicales que representen a los trabajadores en la negociación colectiva hasta tres (3) meses después de culminada la misma.

Artículo 339° Protección específica de la libertad sindical: contenido

En el caso de despido, traslado o desplazamiento de cualquiera de los trabajadores mencionados en el artículo anterior, en el proceso que corresponda, el juez podrá disponer, la suspensión de los efectos del acto impugnado, siempre que el trabajador lo solicite en el escrito de demanda o posteriormente. En este caso, el juez correrá traslado del pedido del empleador dentro de los dos días siguientes, otorgándole un plazo de tres días para que pruebe que los motivos del acto impugnado no eran antisindicales. Con su contestación o sin ella, el Juez resolverá dentro de los dos días siguientes, concediendo o denegando la suspensión solicitada. Esta resolución es apelable en un solo efecto.

La sentencia que declare fundada la demanda ordenará el cese inmediato del acto o conducta lesiva y la reposición de la situación al estado anterior a la violación o amenaza de la libertad sindical, sin perjuicio de disponer la reparación de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado.

Artículo 340° Prelación en caso de cese

Los dirigentes sindicales tendrán prelación para continuar su relación laboral en los casos de despido colectivo. Para su inclusión en la nómina se requiere justificación específica.

Artículo 341° Facilidades para la actividad sindical

Los dirigentes sindicales de todo nivel y de las organizaciones de grado superior gozarán de las siguientes facilidades para el mejor desenvolvimiento de su actividad sindical:

1. Ingresar al centro de trabajo o coordinar entre sí, con los delegados de sección o de planta, así como con cualquier trabajador afiliado, previo aviso al empleador o a su representante cuando se efectúe en horas de labor, en todo caso sin perturbar la actividad normal de la empresa;
2. Entrevistarse directamente con los representantes del empleador, cuando resulte necesario, para tratar los problemas que se presenten en el centro de trabajo;
3. Realizar actividades de difusión y publicidad de las medidas de presión que acuerden o implementen, respetando la libertad de trabajo del personal que decidió no sumarse a ellas.
4. Contar con medios de comunicación físicos o electrónicos con sus afiliados y el conjunto de los trabajadores;
5. Si la empresa tiene más de 100 trabajadores facilitará el uso en sus instalaciones o, alternativamente, en locales próximos, de un ambiente adecuado para que los dirigentes sindicales desarrollen sus actividades gremiales;
6. Utilizar un ambiente para realización de asambleas de afiliados o de trabajadores; y,
7. Gozar de permisos y licencias sindicales remunerados para la realización fuera del centro de trabajo de actos inherentes a su cargo, en la forma que establece esta Ley.

Artículo 342° Permisos y licencias remuneradas

Los permisos o licencias sindicales deben ser remunerados abonándose al trabajador su remuneración ordinaria, asignaciones, bonificaciones y beneficios complementarios que le correspondería percibir como si estuviera laborando efectivamente durante toda la jornada ordinaria de trabajo.

Los permisos se conceden para actos de concurrencia obligatoria.

Las licencias se entenderán trabajadas para todos los efectos legales y contractuales hasta un máximo anual en horas equivalente a treinta (30) jornadas ordinarias por dirigente, salvo que la convención colectiva establezca un beneficio mayor. Tales licencias serán de libre disposición del sindicato y los disfrutarán los mismos dirigentes que se encuentra bajo el amparo de la protección específica de la libertad sindical.

Los dirigentes sindicales con derecho a disfrutar de licencia sindical son en número al menos los que disfrutan de la protección específica de la libertad sindical.

Artículo 343° Información periódica

Los empleadores proveerán al sindicato de información sobre la situación de la empresa, en la forma y oportunidad que establezca el convenio colectivo, particularmente aquella vinculada a las relaciones laborales en el centro de trabajo. Si no hay acuerdo de partes, se proporcionará a los sindicatos, por lo menos, la siguiente información:

1. Número total de trabajadores que laboran dentro del la empresa, contratados bajo cualquier modalidad, directamente o a través de terceros;
2. Los despidos o ceses de trabajadores que se produzcan con la documentación que se hubiere cursado en cada caso;
3. Las sanciones impuestas a los trabajadores con las razones que las motivaron;
4. Los cambios derivados de la fusión, escisión y otras formas de transmisión de empresas;
5. El estado mensual de las cotizaciones a la seguridad social de los trabajadores que representa; y,
6. Copias de las planillas de remuneraciones que se remiten periódicamente a la autoridad administrativa de trabajo de los trabajadores que representa.

CAPÍTULO V
Disolución y liquidación de organizaciones sindicales

Artículo 344° Causales de disolución

La disolución de un sindicato se produce:

1. Por acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros;
2. Por cumplirse cualquiera de los eventos previstos en el estatuto para este efecto;
3. Por pérdida del número mínimo de afiliación, declarada judicialmente;
4. Por resolución judicial, a pedido del Ministerio Público, cuando sus fines sean contrarios al orden público; y,
5. Por liquidación de la empresa en el caso de sindicatos de ese ámbito.

En los casos previstos en los numerales 57 y 58 de este artículo, el pedido se tramitará ante el Juzgado de Trabajo, de conformidad con lo previsto para el proceso abreviado. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

La disolución de un sindicato trae como consecuencia la cancelación de su registro sindical.

Artículo 345° Liquidación del patrimonio sindical

La liquidación del patrimonio sindical será efectuada por una comisión liquidadora conformada por no más de tres miembros designados por la asamblea general. El patrimonio sindical que quedare una vez realizados los activos y pagados los pasivos, será adjudicado por la comisión liquidadora a la organización sindical que el estatuto o, en defecto de éste, la asamblea general designe para tal efecto. A falta de designación se adjudicará a la federación a que estuviere integrado el sindicato y de no estarlo a ninguna, a una institución u organización de utilidad social, de naturaleza no gubernamental, que se encuentre oficialmente reconocida.

TÍTULO VII
DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CAPITULO I
Bases de la negociación colectiva

Artículo 346° Definición de negociación colectiva

La negociación colectiva es el conjunto de tratativas que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o en su defecto, representantes elegidos por los trabajadores, encaminadas a celebrar un convenio colectivo.

Artículo 347° Niveles o ámbitos negociales

La negociación colectiva se llevará a cabo en los ámbitos que acuerden las partes y, principalmente, en los previstos en el artículo 319°.

Si no existe un convenio colectivo vigente en determinado ámbito de negociación, los trabajadores deciden autónomamente el nivel en que la entablarán.

De existir convenio en algún nivel, para que sea sustituido o complementado por otro de un nivel distinto se requiere el acuerdo de partes. De no lograrse, la controversia será resuelta como cuestión previa en la forma prevista por el artículo 369° y siguientes.

En el caso de concurrencia de convenios colectivos de distinto nivel, el convenio colectivo de ámbito mayor podrá determinar las reglas de articulación y solución de conflictos entre los convenios colectivos. De no existir tales reglas, se aplicará en su integridad el convenio colectivo más favorable, definido como tal por la mayoría absoluta de los trabajadores a los que comprenda el de nivel inferior.

Artículo 348° Deber de negociar de buena fe

Las partes están obligadas a negociar de buena fe, lo que se expresa en la obligación de reconocer a la contraparte como interlocutora negocial y de hacerlo con el propósito de celebrar un convenio colectivo.

Este deber comporta para las partes por lo menos lo siguiente:

1. La recepción del pliego de peticiones;
2. La entrega oportuna de la información económica, financiera, social y demás pertinente de la unidad de negociación que sea necesaria para negociar con conocimiento de causa;
3. La concurrencia a las reuniones en los lugares y con la frecuencia y periodicidad acordados;
4. La realización de todos los esfuerzos necesarios para la consecución de los acuerdos colectivos que pongan fin a la negociación; y,
5. La abstención de de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraparte, sin menoscabo del derecho de huelga.

Artículo 349° Derecho de información

A petición de los representantes de los trabajadores, la parte empresarial deberá proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente, relacionada con el ámbito negocial. Los trabajadores podrán solicitar dicha información con ciento veinte (120) días naturales de anticipación, y el empleador deberá entregarla dentro de los treinta (30) días naturales de solicitada.

Por convenio colectivo se podrá establecer reglas sobre la oportunidad y el contenido de la información. Los representantes de los trabajadores y asesores sólo pueden utilizar dicha información al interior de la negociación, estando obligados a guardar reserva absoluta sobre su contenido.

En el caso de la negociación colectiva a nivel de empresa, esta información, que deberá referirse por lo menos a los dos últimos ejercicios, deberá incluir como mínimo:

1. Los estados financieros auditados de la empresa;
2. Las planillas de remuneraciones de los trabajadores representados del semestre anterior a la solicitud de información.
3. La última memoria anual.

Artículo 350° Fomento de la negociación colectiva

El Estado podrá conceder tratamiento tributario más ventajoso o reconocer incentivos específicos a los beneficios económicos otorgados mediante convenio colectivo.

CAPÍTULO II
Aspectos generales del procedimiento de negociación colectiva

Artículo 351° Representación de las partes y comisión negociadora

Representan a los trabajadores en las negociaciones de empresa, la organización sindical o conjunto de ellas y, en su defecto, los representantes elegidos por los trabajadores; en los demás ámbitos, la organización sindical o conjunto de ellas. En ambos casos la representación de las organizaciones sindicales se da a través de sus dirigentes.

El número de integrantes de la comisión negociadora por parte de los trabajadores no podrá ser menor a tres (3) ni mayor de doce (12), determinándose en función del total de trabajadores representados, conforme a la escala prevista en el artículo 338°. En el caso de negociaciones colectivas a través de representantes, la comisión incluye a los dos previstos por el artículo 324°.

La representación del o de los empleadores está a cargo de las personas que designen mediante comunicación escrita cursada a la otra parte, y no puede ser superior en número a la que corresponde a los trabajadores.

En todos los casos el sólo nombramiento conlleva las facultades de participar en la negociación, practicar todos los actos procesales propios de ésta, suscribir cualquier acuerdo y, llegado el caso, el convenio colectivo de trabajo, así como participar en el arbitraje.

Artículo 352° Derecho de asesoramiento

Las partes podrán ser asesoradas durante todo el procedimiento por profesionales colegiados, así como por dirigentes de organizaciones de nivel superior a los que se encuentran afiliadas, a quienes se brindará las facilidades correspondientes.

Los asesores deben limitar su intervención a la esfera de su actividad profesional y en ningún caso sustituir a las partes en la negociación ni en la toma de decisiones.

Artículo 353° Contenido del pliego de peticiones

La negociación colectiva se inicia con la presentación de un pliego que, aprobado por la asamblea general respectiva, debe contener:

1. Denominación y número de registro del o de los sindicatos que lo suscriben, y domicilio único que señalen para efectos de las notificaciones;
2. La nómina de los integrantes de la comisión negociadora;
3. Nombre o denominación social y domicilio de cada una de las empresas u organizaciones de empleadores comprendidas;
4. Las peticiones de los trabajadores, que deben presentarse como proyecto de convenio colectivo; y,
5. Firma de los dirigentes sindicales designados para tal fin por la asamblea, o de los representantes a que se refiere el artículo 324°.

Artículo 354° Oportunidad de presentación del pliego de peticiones

La presentación del pliego de peticiones puede hacerse dentro de los sesenta (60) días naturales anteriores al vencimiento de vigencia del convenio colectivo. La entrega del pliego de peticiones se hace directamente al empleador, empleadores, organización u organizaciones de los mismos. Si hubiera negativa a recibirlo, la entrega se hará a través de la autoridad administrativa de trabajo, la que se limitará a notificarlo sin calificación alguna.

CAPÍTULO III
Negociación directa

Artículo 355° Negociación directa

Recibido el pliego de peticiones por la parte empleadora, ésta convocará a reuniones de negociación directa a la parte laboral en el término de diez (10) días. De no hacerlo, sin mediar una causa

justificada, los representantes de los trabajadores pueden requerir su instalación o dar por finalizada esta etapa y continuar el procedimiento.

Artículo 356° Duración y formalidades de la negociación directa

La negociación directa tendrá la duración que las partes decidan y puede terminar por acuerdo de éstas o de una de ellas. Es potestativo de las partes levantar actas de cada reunión, salvo lo previsto en el artículo 362°.

Artículo 357° Estudio económico-laboral

A partir de la presentación del pliego de peticiones, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad administrativa de trabajo que efectúe un estudio económico laboral sobre la base de la información que haya proporcionado o proporcione la parte empleadora, así como sobre la información complementaria que requiera a ésta.

Dicho estudio será realizado en un término máximo de diez (10) días y puesto en conocimiento de las partes, quienes podrán efectuar observaciones al respecto en los tres (3) días posteriores, recaudando pruebas si lo estimaren conveniente. En caso de que se produjeran observaciones éstas serán atendidas en el plazo máximo de cinco (5) días.

CAPÍTULO IV
Conciliación

Artículo 358° Inicio de la conciliación

Dentro de los cinco (5) días siguientes de agotada la negociación directa sin acuerdo integral, cualquiera de las partes podrá solicitar a la autoridad administrativa de trabajo que convoque a conciliación, salvo que acuerden solicitarlo a otra persona natural o jurídica. Asimismo, la autoridad administrativa de trabajo podrá convocar de oficio a las partes a conciliación en el mismo término.

Artículo 359° Formalidades, duración y conclusión de la conciliación

La conciliación deberá caracterizarse por la flexibilidad y simplicidad en su desarrollo debiendo el conciliador desempeñar un pa-

pel activo en la promoción del avenimiento de las partes. El conciliador podrá presentar propuestas de solución a las partes.

La conciliación tendrá la duración que determinen las partes. Cualquiera de ellas podrá darla por finalizada cuando lo considere conveniente.

CAPÍTULO V
Convenio Colectivo

Artículo 360° Definición

Convenio colectivo es el acuerdo que regula las relaciones entre trabajadores y empleadores, y en especial remuneraciones, condiciones de trabajo y productividad, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales o a falta de éstas por representantes autorizados de los trabajadores, y, de la otra parte, por un empleador, grupo de empleadores, una o varias organizaciones de empleadores.

Artículo 361° Convenios colectivos e instrumentos con iguales efectos

El convenio colectivo puede ser adoptado en negociación directa o conciliación. Los acuerdos parciales previstos en el artículo siguiente son convenios colectivos y se integrarán en el acuerdo o laudo que ponga fin a la controversia.

Artículo 362° Acuerdos parciales

Las partes pueden llegar a acuerdos parciales durante cualquier etapa de la negociación colectiva, los que deberán constar por escrito y ser comunicados a la autoridad administrativa de trabajo. La negociación continuará para resolver los temas pendientes.

Artículo 363° Efectos del convenio colectivo

El convenio colectivo tiene las características siguientes:

1. Tiene fuerza vinculante. Obliga a las partes que lo celebraron y a quienes éstas representan, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en su ámbito;

2. Es de cumplimiento obligatorio y no podrá ser modificado ni dejado sin efecto en perjuicio del trabajador por contrato individual de trabajo o por acto unilateral del empleador;
3. No podrá contener beneficios o derechos menores a los establecidos en las disposiciones legales imperativas. Aquellas cláusulas que infringieran esta disposición serán consideradas nulas de pleno derecho;
4. Tendrá la vigencia que acuerden las partes. Las cláusulas de un convenio colectivo tienen duración indefinida, salvo que las partes establezcan una vigencia distinta o que ésta se desprenda de su naturaleza o de las prestaciones contenidas en ellas;
5. Rige desde el día siguiente al de terminación de vigencia del convenio colectivo anterior o, si no lo hubiera, desde la fecha de presentación del pliego, excepto las estipulaciones para las que se señale plazo distinto o que consistan en obligaciones de hacer o de dar en especie, que regirán desde la fecha de su suscripción; y,
6. Continuará en vigencia en caso de fusión, escisión y cualquier forma de transmisión de empresa, hasta su sustitución por otro convenio colectivo que involucre a los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación.

Artículo 364° Formalidades del convenio colectivo

El convenio colectivo deberá formalizarse por escrito en tres (3) ejemplares, uno para cada parte y el tercero para su remisión a la autoridad administrativa de trabajo con el objeto de su registro, archivo y divulgación.

Artículo 365° Publicación de convenios colectivos y laudos arbitrales

La autoridad administrativa de trabajo publicará en el portal informático del Ministerio de Trabajo los convenios colectivos y laudos arbitrales.

Artículo 366° Mecanismos de solución

Las partes incluirán en el convenio colectivo los mecanismos pacíficos que procuren la solución directa de las divergencias que surgieran en la aplicación o interpretación de determinadas cláusulas.

El acuerdo, laudo o decisión que ponga fin a tales divergencias tendrá la eficacia del convenio colectivo respectivo.

Artículo 367° Adhesión a un convenio colectivo

Los sujetos negociales podrán convenir adherirse a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estuvieran afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad administrativa de trabajo para su registro.

Artículo 368° Impugnación de un convenio colectivo

El convenio colectivo podrá ser impugnado, parcial o totalmente, ante la Sala Laboral de la Corte Superior, en los siguientes casos:

1. Por razón de nulidad;
2. Por afectar gravemente el interés de un tercero, y;
3. Por establecer menores derechos a los contemplados por la Constitución y la Ley a favor de los trabajadores.

Tienen legitimación activa para interponer la demanda el sindicato de trabajadores o los representantes de éstos, el empleador, los terceros afectados gravemente y el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que hubiera conocido del convenio colectivo.

Tienen legitimación pasiva, todos los representantes que participaron en la comisión negociadora.

CAPÍTULO VII
Arbitraje

Artículo 369° Sometimiento a arbitraje

Cualquiera de las partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva, a otros medios pacíficos de solución. Si la propuesta es de los trabajadores, los representantes del empleador deben designar árbitro dentro de los diez (10) días siguientes. Igual deben hacerlo los representantes de los trabajadores cuando la propuesta es de los empleadores, salvo que aquellos opten, dentro del mismo plazo, por recurrir a la huelga.

Si ninguna de las partes actúa en los términos previstos en el párrafo anterior, cualquiera de ellas puede solicitar la intervención arbitral de la autoridad administrativa de trabajo que se sujetará a lo previsto en los artículos siguientes.

En el caso que los trabajadores hayan optado por la huelga, podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento de la controversia a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste. Si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercero día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta.

Artículo 370° Arbitraje y huelga

Una vez sometido el diferendo a arbitraje, los trabajadores deben abstenerse de recurrir a la huelga.

Artículo 371° Composición del tribunal arbitral

Las partes podrán acordar la designación de la persona o personas que tendrán a su cargo el arbitraje, que puede ser un árbitro unipersonal, un tribunal arbitral, una institución representativa, la autoridad administrativa de trabajo, o cualquier otra modalidad. A falta de acuerdo sobre el particular se instalará un tribunal arbitral compuesto por tres (3) miembros.

Si alguna de las partes no cumple con designar árbitro o si los designados no concuerdan en el nombramiento del Presidente, las vacantes serán cubiertas por sorteo de las listas que al efecto elaborará el Consejo Nacional del Trabajo para Lima Metropolitana y las diversas regiones. El sorteo estará a cargo de la autoridad administrativa de trabajo y se hará con citación a las partes.

Artículo 372° De los árbitros

Los árbitros no representan los intereses de la parte que los designó y deben ejercer el cargo con estricta imparcialidad, ética y discreción absoluta.

En ningún caso podrán ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados, ni en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado.

Los honorarios de los árbitros se establecerán por acuerdo de las partes y entre éstas y ellos. Cuando el arbitraje es a iniciativa de la parte empleadora, ésta asumirá dos terceras partes de su costo. El Reglamento establecerá una tabla de retribuciones de árbitros de carácter referencial.

Artículo 373° Reglas procesales del arbitraje

Las normas procesales serán idénticas para toda forma de arbitraje y estarán regidas por los principios de oralidad, sencillez, celeridad, inmediación y lealtad. El órgano arbitral está facultado para promover el avenimiento de las partes y proponer soluciones conciliatorias, cuya no aceptación no condiciona el sentido del laudo.

Al hacerse cargo de su gestión el órgano arbitral recibirá de la autoridad administrativa de trabajo el expediente existente en su repartición, incluyendo la valorización del pliego de peticiones y el informe de la situación económica-financiera de la empresa, si lo hubiere.

Asimismo, convocará a ambas partes para que manifiesten sus planteamientos por escrito y sustenten sus posiciones, lo que se llevará a cabo en una audiencia conjunta, dentro de los primeros cinco (5) días desde su instalación.

El órgano arbitral tiene la facultad de ordenar pericias e informes y requerir documentos públicos y privados de propiedad o en posesión de las partes o de terceros, y en general, obtener todos los elementos de juicio necesarios de instituciones u organismos cuya opinión resulte conveniente para resolver.

La falta de dictamen de la situación económica-financiera a que se refiere el artículo 357°, no impide al órgano arbitral la emisión del laudo dentro del plazo legalmente establecido. En tiempo oportuno el tribunal arbitral requerirá a las partes que presenten sus propuestas finales.

Artículo 374° Plazo del proceso arbitral

El proceso arbitral no excederá de treinta (30) días, contados desde su instalación, salvo prórroga acordada por las partes. Durante este período el órgano arbitral puede convocar las veces que estime necesario a las partes, por separado o conjuntamente.

Artículo 375° Contenido del laudo arbitral

El laudo arbitral no podrá establecer una solución distinta a las propuestas finales de las partes. Excepcionalmente podrá atenuar posiciones extremas, sin desnaturalizarlas y fundamentando su decisión.

Artículo 376° Efectos del laudo arbitral

El laudo arbitral tiene los mismos efectos y características que el convenio colectivo. Es inapelable y de carácter imperativo para ambas partes.

Artículo 377° Corrección e integración del laudo

A solicitud de parte, formulada dentro de los tres (3) días posteriores a la notificación, o por propia iniciativa, los árbitros pueden corregir errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar, o integrar el laudo si se hubiese omitido alguno de los puntos materia de la controversia.

En cualquiera de los supuestos contenidos en este artículo, los árbitros resolverán en un plazo de tres (3) días.

Artículo 378° Impugnación de laudo arbitral

El laudo podrá ser impugnado ante la Sala Laboral de la Corte Superior, en los siguientes casos:

1. Por razón de nulidad; y,
2. Por establecer menores derechos a los contemplados por la Constitución y la ley a favor de los trabajadores.

De declararse la invalidez total del laudo, se prorroga automáticamente la jurisdicción del órgano arbitral a efectos de emitir un nuevo laudo, dentro de un plazo de diez (10) días. En caso de no poder integrarse nuevamente el órgano arbitral, se procederá conforme a lo previsto en el presente capítulo.

De declararse la nulidad parcial del laudo, se eliminará la parte afectada por ésta.

TITULO VIII
DERECHO DE HUELGA

CAPITULO I
Huelga y sus requisitos

Artículo 379° Definición

Huelga es la abstención colectiva en el cumplimiento de las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, acordada en forma democrática y ejercitada pacíficamente por los trabajadores, en defensa de sus derechos o la promoción de sus intereses.

Artículo 380° Ámbitos de la huelga

La huelga puede realizarse en cualquiera de los ámbitos previstos por el artículo 319°.

Artículo 381° Requisitos para el ejercicio de la huelga

Para el ejercicio del derecho del huelga se requiere que:

1. El acuerdo sea adoptado en asamblea;
2. La decisión sea comunicada por escrito por los convocantes a la parte empleadora y a la autoridad administrativa de trabajo con cinco (5) días de antelación, o diez (10) días tratándose de servicios esenciales, acompañando copia del acta en que se acordó la huelga.

   A falta de indicación en contrario, contenida en la comunicación aquí regulada, la huelga se entiende general y por tiempo indefinido;

   En los casos en que el empleador o empleadores brinden servicios esenciales para la comunidad o necesiten servicios mínimos, los trabajadores deberán adjuntar además a la comunicación de huelga, la nómina de personal que garantizará la prestación de dichos servicios, señalando los turnos y áreas que cubrirán; y,
3. La controversia no haya sido sometida a arbitraje.

CAPITULO II
Efectos y calificación de la huelga

Artículo 382° Efectos de la huelga

La huelga declarada observando lo establecido en los artículos anteriores, produce los siguientes efectos:

1. Si la decisión fue adoptada por la mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito comprendido en la huelga, suspende la relación laboral de todos los trabajadores comprendidos en éste. Se exceptúa los cargos de dirección y el personal que debe ocuparse de los servicios mínimos. Si la decisión no fue tomada por la mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito comprendido en la huelga, suspende en los mismos términos la relación laboral de la totalidad de los representados por las organizaciones convocantes, con las excepciones antes señaladas;
2. No afecta la acumulación de antigüedad para efectos de la compensación por tiempo de servicios, récord vacacional y beneficios relativos a la seguridad social; y,
3. Impide retirar del centro de trabajo, las máquinas, materias primas u otros bienes, salvo que se trate de circunstancias excepcionales aprobadas por la autoridad administrativa de trabajo, y sin menoscabo de las facultades ordinarias del empleador para administrar, disponer y custodiar las instalaciones, maquinaria, equipos y demás bienes de la empresa.

Artículo 383° Prohibición de contratar personal de reemplazo

Durante la huelga el empleador se encuentra prohibido de contratar directa ò indirectamente personal de reemplazo. El incumplimiento de esta disposición será considerado como una infracción de tercer grado, conforme a lo previsto en el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección y Defensa del Trabajador.

Artículo 384° Reembolso de remuneraciones y demás derechos económico-laborales

En caso se determinara en un proceso judicial que la huelga fue originada por el incumplimiento del empleador de disposiciones legales o convencionales, éste deberá abonar a los trabajadores las

remuneraciones y demás derechos que les hubiera correspondido percibir durante el período en que se desarrolló la huelga.

Artículo 385° Ilegalidad de la huelga

La huelga será declarada ilegal cuando:

1. No cumpla con alguno de los requisitos para su declaratoria señalados en el artículo 381°;
2. No se cumpla con cubrir los servicios mínimos regulados en el Capítulo III del presente Título;
3. Se convoque por motivos político partidarios o por cuestiones desvinculadas de los intereses económicos y sociales de los trabajadores;
4. Derive en actos de violencia sobre las personas o destrucción de los bienes; y,
5. No se levante después de haberse sometido la controversia a arbitraje.

Artículo 386° Declaración de ilegalidad y efectos

La declaración de ilegalidad compete a la autoridad administrativa de trabajo, previa solicitud del empleador o empleadores afectados por la huelga, interpuesta por la vía del procedimiento administrativo trilateral.

La solicitud deberá ser presentada dentro del tercer día siguiente al momento en que el empleador tomó conocimiento del hecho en que sustenta su petición y será puesta en conocimiento de la organización sindical o los trabajadores convocantes de la huelga, para que formulen su contestación en un plazo de tres días. Vencido este plazo, con la contestación o sin ella, la autoridad administrativa de trabajo se pronunciará sobre la solicitud, bajo responsabilidad.

La resolución podrá ser apelada dentro de los tres (3) días siguientes de notificada. El expediente será elevado a la instancia superior dentro de los dos (2) días de interpuesta la apelación, debiendo la autoridad competente correr traslado a la otra parte para que absuelva la apelación en el plazo de tres (3) días.

Con la absolución de la otra parte o vencido el plazo a que se refiere el párrafo anterior, la autoridad administrativa de trabajo

resolverá en segunda y última instancia, dentro del plazo de tres días.

Declarada la ilegalidad de la huelga por resolución firme, los trabajadores deberán reincorporarse al día siguiente al del requerimiento colectivo efectuado por el empleador a los trabajadores, mediante aviso de características notorias colocado en lugar visible de la puerta principal del centro de trabajo, bajo constancia notarial, o de juez de paz, y a falta de estos, bajo constancia de la autoridad inspectiva de trabajo.

La declaración de ilegalidad de la huelga, por resolución definitiva, no tiene efecto retroactivo y no conlleva afectación o perjuicio alguno a los trabajadores que la acataron antes de ser ejecutable dicha resolución.

En lo no previsto por este artículo, se aplica lo dispuesto en el Título IV, Capítulo I de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 387° Invalidez de las huelgas abusivas*

De convocarse una huelga atípica, además de lo previsto en los artículos 385° y 386, se podrá declarar su invalidez cuando su ejercicio implique abuso del derecho. La solicitud la interpondrá el empleador a través del procedimiento establecido en el artículo anterior. En caso de ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes de ser notificada, la resolución que declare la invalidez de la huelga quedará en suspenso y sólo surtirá efectos si la sentencia de primera instancia declara infundada la demanda. La apelación que se interponga será concedida sin efecto suspensivo. El pronunciamiento de la Corte Suprema constituye precedente de observancia obligatoria cuando de él se puedan extraer criterios de aplicación general.

La acción impugnatoria se sustancia mediante el proceso sumarísimo a que se refieren los artículos 70° y 71° de la Ley Procesal del Trabajo y se interpone ante el juez de trabajo.

* El 387 fue aprobado por mayoría.

CAPITULO III
Huelga en servicios esenciales y servicios mínimos

Artículo 388° Servicios esenciales

Son servicios esenciales para la comunidad aquellos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población, en particular:

1. Los que se desarrollan en centros asistenciales relacionados directamente con la salud de los ciudadanos;
2. Los de electricidad, agua y desagüe;
3. Los de limpieza y saneamiento;
4. Los de necropsias e inhumaciones;
5. Los de comunicaciones y telecomunicaciones;
6. Los de control de tráfico aéreo; y,
7. Los de establecimientos penales.

Artículo 389° Huelga en servicios esenciales

Cuando el empleador o empleadores brinden servicios esenciales para la comunidad, los trabajadores deberán proveer el personal indispensable para impedir la interrupción total de las labores y asegurar la continuidad de las actividades que así lo exijan.

Artículo 390° Servicios de mantenimiento

Cuando la paralización de actividades pudiera afectar la seguridad de las personas, la seguridad o la conservación de los bienes o impidiese la reanudación inmediata de la actividad ordinaria de la empresa una vez concluida la huelga, los trabajadores deberán proveer el personal estrictamente indispensable para evitar aquellos riesgos.

Artículo 391° Determinación de los servicios mínimos

En los casos previstos en los dos artículos precedentes, el convenio colectivo determinará el número de trabajadores, categoría u ocupación, turnos o áreas a cubrir como servicios mínimos. En su defecto, los empleadores comprendidos comunicarán a la representación de los trabajadores, en el mes de diciembre de cada año, la relación antes mencionada. En caso de divergencia, la represen-

tación de los trabajadores podrá recurrir al órgano tripartito creado para tales efectos por el Consejo Nacional de Trabajo, dentro de los cinco (5) días siguientes, para que resuelva lo pertinente en un término de cinco (5) días.

Artículo 392° Sanción por abstención de labores de personal de servicios mínimos

El personal calificado de indispensable de acuerdo al artículo anterior, que se abstuviese de trabajar durante la huelga sin causa justificada, incurrirá en falta grave causante de despido.

CAPÍTULO IV
Otros medios de solución de conflictos durante la huelga

Artículo 393° Posibilidad de recurrir a otros medios de solución de conflicto durante la huelga

Con el fin de solucionar el conflicto que dio origen a la huelga, las partes voluntariamente, podrán intentar llegar a un acuerdo directo, recurrir a conciliación o arbitraje.

Asimismo, la autoridad administrativa de trabajo podrá citar a reuniones conciliatorias con el objeto de encontrar una solución a la controversia.

FUNDAMENTACIÓN DEL VOTO EN MINORÍA RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 323° y 387

Respecto del artículo 323°, sobre número mínimo para constituir un sindicato de empresa.

El debate sobre una nueva ley de relaciones colectivas de trabajo viene enmarcado por los pareceres del Comité de Libertad Sindical de la OIT, máximo intérprete de los convenios 87, 98 y 151 de dicha organización, que el Perú ha ratificado.

Dicho Comité, ante el cual se planteó la presunta invalidez del número mínimo exigido por el D.L. 26693 para constituir sindicatos de empresa o de actividad, se limitó a recomendar que, en el caso de éstos últimos, el número de 100 trabajadores fuera reducido a 50. No objetó, en cambio, el señalado para los sindicatos de empresa, que es, por lo demás, el más generalizado, casi unánime, en las legislaciones de los países americanos.

La reducción de ese número a sólo 10 tendría efectos muy negativos, no sólo para la pequeña y microempresa, sino para los propios trabajadores, porque abre la posibilidad para la proliferación de los microsindicatos, que pulverizarían el movimiento sindical, cuya fortaleza radica en la unidad y no en la dispersión.

Pero para algunas empresas podría resultar sencillamente devastador, lo que se demuestra, más que con argumentos teóricos, con un contundente ejemplo práctico.

En una empresa con 10 trabajadores – que son inmensa mayoría en nuestro país – la constitución del sindicato podría conllevar lo siguiente:

- Dado que las juntas directivas sindicales suelen contar con 14 miembros, en éste todos los miembros serían dirigentes. Habría 10 generales y ningún soldado.
- Automáticamente, todos, absolutamente todos los trabajadores quedarían protegidos contra el despido, es decir, alcanzarían estabilidad absoluta, por el solo hecho de haber constituido el sindicato. Tal protección se extendería por 1 mes antes y tres meses después de la constitución (artículo 337°)

- Tres de ellos - los dirigentes principales, se supone – mantendrían esa protección ilimitadamente en el tiempo (inciso 37 del artículo 338°)
- Al vencer el período de protección general, el sindicato presentaría un pliego de peticiones, para negociar el cual podría nombrar una comisión con tres miembros distintos a los dirigentes principales, a los cuales se extendería la protección por todo lo que dure el trámite de la negociación, al que la ley acertadamente no señala plazo. De ese modo, ya no tres, sino seis trabajadores serían inamovibles (inciso 41 del artículo 338°)
- Dentro del período pertinente, se convocaría a elecciones. Dado que todos los trabajadores tendrán que ser dirigentes, por ser mayor el número de plazas para tales que el de trabajadores, todos ellos serán previamente candidatos. Los candidatos tampoco pueden ser despedidos (artículo 337°) un mes antes y tres después de las elecciones.
- Al sindicato le tienen que ser otorgados, para su uso discrecional, tres meses de licencia sindical al año (artículo 342°). Eso, en proporción al total de jornadas meses útiles del conjunto de trabajadores, medidas en meses, representa 3/110, o sea 2.72% del tiempo total, que será costo directo para el empleador.

Nuestra opinión es que esta reducción radical, no prevista en norma legal alguna a nivel mundial, sería perniciosa, y muy en especial para el empresario más débil, que constituye la inmensa mayoría nacional.

Ahora bien, el señalamiento de un mínimo razonable para la constitución de un sindicato de empresa no significa, en modo alguno, que se coacte la libertad sindical, sino sólo que ésta debe ser ejercida de un modo más eficaz, a través de otro tipo de organización, como es la de rama o actividad, a cuyo efecto el número exigido para su constitución se reduciría en 50% respecto del actual, en línea con lo que postula el Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Nuestra ponencia es en el sentido de que el artículo 323° debiera decir:

Artículo 323°.- Número mínimo de afiliados

Para la constitución y subsistencia de un sindicato de empresa se requiere un mínimo de veinte (20) afiliados. Para la de un sindicato de otro nivel, cincuenta (50).

Respecto del artículo 387° sobre invalidez de las huelgas abusivas

la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho. Este no es sólo un principio jurídico de valor universal, sino que es además norma expresa del ordenamiento peruano (art. 2 del Título Preliminar del Código Civil)

La huelga abusiva es, por tanto, antijurídica. como recoge acertadamente el primer párrafo del artículo 387° del anteproyecto. Así lo contempla también legislación tan avanzada como la española (por no mencionar la de países más cercanos y con realidad más comparable con la peruana, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo francés[2]). Al respecto, el artículo 7.2 del Real Decreto-Ley sobre Relaciones de Trabajo de España 17/1977 establece que "las huelgas rotatorias, las efectuadas por los trabajadores que presten servicios en sectores estratégicos con la finalidad de interrumpir el proceso productivo...se considerarán actos ilícitos o abusivos", disposición que no ha sido nunca objetada por el Comité de Libertad Sindical de la OIT y que ha recibido, más bien, la convalidación del respetado Tribunal Constitucional, el cual se ha limitado a interpretar que donde la ley dice "se considerarán" debe entenderse "se presumirán".En pocas palabras, según el TC español huelgas como la turnante o la huelga tapón o trombosis son manifestaciones abusivas del derecho de huelga y por lo tanto ilegales.

Paradójicamente, el segundo párrafo del artículo 380° del anteproyecto no sólo parece estimular o incentivar estas formas perniciosas de conflicto, sino que las premia. En efecto, le bastaría al sindicato cuya huelga abusiva ha sido invalidada por la autoridad

[2] La jurisprudencia del Supremo Tribunal francés considera abusivos o ilícitos los paros intermitentes, la huelga turnante, la huelga trombosis, la ocupación de los lugares de trabajos y piquetes de huelga (Javillier, Jean-Claude: Derecho del trabajo, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Madrid 1982, p. 497)

administrativa de trabajo presentar un simple recurso ante el juez para convertir la resolución administrativa en letra muerta. La sola interposición de ese recurso traería aparejado el que los efectos de la declaración de invalidez se suspendan *sine die*. De ese modo, quienes se encuentren en estado de huelga abusiva podrían continuar en ella sin que la empresa pudiera adoptar medida alguna, ni los trabajadores ni el sindicato enfrentar riesgo de una eventual sanción.

La huelga abusiva, declarada así por la autoridad, sería más segura y ventajosa que la huelga simplemente ilegal por defectos de forma.

Al sindicato, de otro lado, ni siquiera le interesará ganar la impugnación; le bastará plantearla. Es decir, si tiene conciencia de que está abusando del derecho, puede dejar la acción paralizada inmediatamente después de interpuesta, ya que, como es sabido, el pleno jurisdiccional de los jueces laborales ha establecido el criterio de que en los procesos laborales no procede el abandono.

Nuestra ponencia es que el artículo 387° debiera decir:

Artículo 387°.- Invalidez de las huelgas abusivas

La huelga, en cualquiera de sus manifestaciones, será declarada inválida cuando su ejercicio implique abuso del derecho. La solicitud la interpondrá el empleador a través del procedimiento descrito en el artículo anterior. En caso de impugnación de la resolución, el pronunciamiento de la Corte Suprema respecto de la misma constituye precedente de observancia obligatoria cuando de él se puedan extraer criterios de aplicación general.

MARIO PASCO COSMÓPOLIS VÍCTOR FERRO DELGADO

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Primera.- Toda referencia a un artículo en la presente Ley, sin indicación de la que forma parte, se entenderá referida a la Ley General de Trabajo.

Toda referencia a días en esta Ley se entiende por hábiles, salvo indicación expresa en contrario. Toda referencia a mes equivale a treinta (30) días, y viceversa.

Segunda.- La tutela judicial del derecho constitucional a la libertad sindical, a que se refiere el artículo 336° de la presente ley, será recabada mediante la Acción de Amparo, de conformidad con lo señalado por el numeral 11) del Artículo 24° de la Ley N° 23506, Ley de Habeas Corpus y Amparo.

Por excepción, serán competentes para tramitar esta acción, en primera instancia, el Juez de Trabajo y en instancia de apelación la Sala Laboral de la Corte Superior respectiva.

Tercera.- Modifíquense los Artículos 9°, 27° y 101° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 26636, que quedan redactados con el siguiente texto:

"Artículo 9°.- CAPACIDAD DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES.- Las organizaciones sindicales constituidas y registradas de acuerdo a ley tienen legitimación para la defensa de sus derechos. Asimismo, representan a los trabajadores comprendidos en su ámbito en las controversias de naturaleza colectiva y en las de naturaleza individual, salvo, en este último caso, que el trabajador accione directamente."

"Artículo 27°.- CARGA DE LA PRUEBA.- Corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente:

3. Al empleador la causa del despido; al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque salvo los casos en que la ley establece una presunción de nulidad, y la hostilidad de la que fuera objeto."

"Artículo 101°.- MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO Y MEDIDA INNOVATIVA.- En los procesos de impugnación del despido y pago de beneficios sociales, el Juez puede dictar las siguientes medidas cautelares:

1. Disponer el pago de una asignación provisional y fijar su monto, que no podrá exceder la remuneración ordinaria del demandante y con cargo a su compensación por tiempo de servicios; y,
2. La suspensión del despido cuando se ha demandado su nulidad, o del traslado del trabajador. El otorgamiento de esta medida, determina la improcedencia o la extinción, según el caso, de la asignación provisional que hubiere sido solicitada u otorgada."

Cuarta.- La normativa contenida en esta Ley es de aplicación a las negociaciones colectivas que no siguen el procedimiento regular establecido en esta Ley, en lo que les fuera aplicable.

Quinta.- Los trabajadores públicos se rigen por esta ley, sin perjuicio de las disposiciones específicas referidas a la carrera administrativa. Sin embargo, su incorporación se produce en forma gradual, para no afectar las previsiones presupuestarias. No obstante, son inmediatamente aplicables a los trabajadores públicos las disposiciones contenidas en los Títulos V y VII de esta Ley.

Sexta.- El contrato de trabajo de exportación no tradicional, regulado por el Decreto Ley 22342, y el contrato de trabajo en los Centros de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios (CETICOS), perevisto en el Decreto Legislativo N° 842, se rigen supletoriamente por la presente Ley.

Sétima.- A efectos de esta Ley, toda referencia a empresa, en el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral público, se entiende hecha a entidad pública con pliego presupuestario propio.

Octava.- La negociación colectiva de los trabajadores públicos deberá realizarse y concluir a más tardar el 30 de abril de cada año. De no haber acuerdo, el laudo, en caso de haber arbitraje, deberá ser expedido a más tardar cuarenta y cinco (45) días naturales después.

El contenido económico del convenio o laudo resultante será incorporado dentro del proyecto de presupuesto del respectivo sector y regirá para el siguiente ejercicio.

Novena.- No están comprendidos dentro del régimen de beneficios establecido por esta Ley los trabajadores que perciben el treinta por ciento

(30%) o más del importe de la tarifa que paga el público por los servicios. No se considera tarifa a las remuneraciones imprecisas tales como la comisión y el destajo.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.- La prescripción iniciada antes de la vigencia de esta Ley se rige por las leyes anteriores. Empero si desde que entra en vigencia transcurre el tiempo requerido en ella para la prescripción, ésta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor.

Segunda.- Las negociaciones colectivas en trámite al entrar en vigencia la presente Ley, se adecuarán a sus disposiciones.

Tercera.- Deróguense las siguientes disposiciones legales:

a) Ley Nº 25129, Ley N° 25139, Ley N° 26196, Ley N° 26644, artículo 2º de la Ley N° 26645, capítulo VI de la Ley N° 27050, artículo único de la Ley N° 27185, Ley N° 27240, capítulo IV de la Ley N° 27337, Ley N° 27402, Ley N° 27403, artículo único de la Ley N° 27404, Ley N° 27591, Ley N° 27606, Ley N° 27626, Ley N° 27671, Ley N° 27735 y Ley N° 27700.

b) Decreto Legislativo Nº 677, Decreto Legislativo N° 688 con excepción de la Cuarta disposición transitoria y final, Decreto Legislativo N° 713, Decreto Legislativo N° 854, y Decreto Legislativo N° 892.

c) Decreto Ley Nº 14222 y Decreto Ley N° 25593.

d) Decreto Supremo Nº 001-97-TR, Decreto Supremo N° 002-97-TR, Decreto Supremo N° 003-97-TR, artículos 18º y 19º del Decreto Supremo N° 001-98-TR, y Decreto Supremo N° 007-2002-TR.

e) Las demás disposiciones que se opongan a la presente Ley.

Cuarta.- Las normas reglamentarias de la presente Ley serán dictadas progresivamente, por títulos o capítulos, según se requiera. Al concluir la reglamentación, el Poder Ejecutivo aprobará el Texto Unico Ordenado de la misma.

Quinta.- Los reglamentos existentes sobre las materias que regula la presente Ley, continúan rigiendo subsidiariamente en cuanto sean compatibles con ésta.

Sexta.- La presente Ley entra en vigencia a los treinta (30) días de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Fundada el 11 de agosto de 1988
Afiliada a la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social, con sede en Ginebra

Lima, 10 de marzo de 2003

Doctor

Ciudad.-

Estimado colega asociado:

El pasado 4 de febrero fue elegida la nueva Junta Directiva de la SPDTSS para el bienio 2003-2004. Todos los que la integramos, pretendemos que nuestra gestión se caracterice por alentar la **participación** de los asociados, por compartir periódicamente **información** a través de una fluida comunicación, y afianzar una real **apertura** que entendemos debe ser seña propia de la Sociedad plural como la nuestra.

Con estos propósitos como guía, la Junta Directiva ha venido perfilando durante el mes transcurrido, su Plan de Trabajo para el presente año, proyectando un conjunto de acciones y actividades especiales, que serán dadas a conocer a los miembros de la SPDTSS en una Asamblea General Extraordinaria a realizarse el próximo 31 de marzo, la que será formalmente convocada en los próximos días.

Consideramos que todos los asociados deben sumar su aporte al trabajo que le corresponde cumplir a la Junta Directiva y, por ello, te invitamos desde ya a participar activamente en la vida de la Sociedad, para tener una mayor presencia académica y social, como institución científica y plural que reúne a los expertos nacionales en materia laboral y previsional.

Acompañamos a la presente la relación de los colegas que me acompañan en la Junta Directiva, así como el listado depurado y puesto el día de todos los miembros activos y honorarios de la SPDTSS.

Agradeciéndote anticipadamente tu asistencia a la Asamblea General, así como tu concurso y compromiso con nuestra Institución, me despido muy cordialmente.

Jaime Zavala Costa
Presidente

Adj. Miembros de la Junta Directiva
Relación de asociados

Plan de trabajo de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (período 2003 - 2004)

¿Qué está pasando en el sector?

- Cuestionamiento social del modelo económico.
- Marcado interés e iniciativas dirigidas a readaptar el modelo normativo laboral al nuevo entorno legal, político, social y económico.
- Inestabilidad jurídica.
- Informalidad y subempleo.
- Demandas sociales insatisfechas.
- Crisis de representatividad.
- Polarización de las ideas y confrontación de las mismas sin un canal específico.
- Poco o nulo espacio para el debate (el poco que hay se capitaliza políticamente o individualmente).

Qué está pasando con las otras organizaciones similares o con capacidad de ofrecer propuestas similares a las de la SPDTSS?

- Diversas instituciones organizan foros laborales (universidades, cámaras, entidades representativas).
- Las universidades comienzan a poner énfasis en la promoción de temas laborales.
- Las universidades expresan posiciones.
- No están publicando material académico.

Qué está ocurriendo con la SPDTSS

Como asociación:

- No tenemos presencia académica a nivel local, menos a nivel nacional
- No somos un referente
- No informamos ni comunicamos
- No hay apertura.

Frente a nuestros asociados:

- No emitimos informativos
- No organizamos eventos
- No damos acceso a eventos o a formación.

¿Cómo estamos nosotros?

- Capacidades:
  - Unica asociación especializada.
  - Reconocimiento internacional
  - Hoy, con actitud de cambio.
  - Experiencia y trayectoria.
  - Tenemos un caso de representación
- Debilidades:
  - Poco atractiva.
  - Falta de credibilidad.
  - Poco interesante para el socio
  - No autosostenible.

Propuesta estratégica 2003

- **Objetivo: Recuperación de papel representativo de la especialidad y carácter institucional (prestigio y legitimidad).**

- Vinculación con Facultades de Derecho
- Asunción de un rol protagónico en la reforma constitucional y legal.
- Promoción de la concertación entre empleadores y trabajadores en relación con la política laboral.
- Ratificación de la posición académica y plural de la Sociedad.

- **Estrategia:**

- Participación, Información y Apertura;
- Implementación de servicios al asociado.
  Eventos
  Publicaciones
  Información

- **Ventaja Comparativa: Capacidad de congregar especialistas; contacto con entes representativos laborales, relación institucional.**
  - Clientes
  - Interno: asociados
  - Externo: profesionales, estudiantes, interesados en el mundo laboral.
- **Ambito: Nacional**

Nuestras metas específicas

- INCORPORACIONES: hacer efectiva la incorporación de miembros pendientes.
- Relanzar la REVISTA DE LA SOCIEDAD. LABOREM.
- ESTABLECER LA ALTERNANCIA REPRESENTATIVA ANTE EL CONSEJO NACIONAL DE TRABAJO.
- ESTABLECER ACTIVIDADES CIENTIFICAS DIRIGIDAS AL ASOCIADO.
- ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE DE LA SOCIEDAD.
- CONTROL DE PAGOS
- SERVICIOS A LOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD

CONVENIO MARCO DE COOPERACIÓN INTERINSTITUCIONAL ENTRE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA Y LA SOCIEDAD PERUANA DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Conste por el presente documento el Convenio de Cooperación Interinstitucional que celebran:

- La Academia de la Magistratura, en adelante **LA ACADEMIA**, con domicilio en el Jr. Camaná 669, Cercado de Lima, debidamente representada por la Presidenta del Consejo Directivo, doctora Elcira Vásquez Cortez, identificada con Libreta Electoral Nº 07796977;

- La Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en adelante **LA SOCIEDAD**, con domicilio en Víctor Andrés Belaúnde N° 395, San Isidro; debidamente representada por su Presidente, doctor Jaime Zavala Costa, identificado con D.N.I N° 09176189;

El presente Convenio se sujeta a los términos siguientes:

CLAUSULA PRIMERA : ANTECEDENTES

LA ACADEMIA es un organismo público descentralizado y autónomo con personería jurídica de derecho público interno, forma parte del Poder Judicial. Tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, perfeccionamiento, certificación y acreditación de magistrados del Poder Judicial y el Ministerio Público en todas sus instancias, propiciando su formación ética y jurídica, su conciencia creadora y la permanente reflexión sobre el rol que les compete asumir al servicio de la justicia en el proceso de desarrollo del país. Rige su funcionamiento de acuerdo a la Ley N° 26335.

LA ACADEMIA, conforme al artículo 37° de su Estatuto, puede celebrar convenios con universidades e instituciones nacionales y extranjeras para desarrollar programas de cooperación académica y colaboración técnica.

LA SOCIEDAD es una entidad privada de carácter científico y persigue promover en el Perú, el estudio multidisciplinario, el conocimiento, difusión e investigación del Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social.

CLAUSULA SEGUNDA : OBJETIVOS Y METAS

El objeto del presente Convenio es establecer el marco de relaciones interinstitucionales entre **LA ACADEMIA** y **LA SOCIEDAD** para desarrollar programas de estudio en temas relacionados al derecho laboral y de la seguridad social, en beneficio de los magistrados del Poder Judicial, Ministerio Público y demás agentes involucrados en el servicio de justicia.

Son metas del presente Convenio la realización conjunta de conferencias, talleres, seminarios, conversatorios, investigaciones, publicaciones y demás actividades de carácter académico en temas de común interés, dirigidos a promover el desarrollo de destrezas y habilidades en los

magistrados que desempeñan funciones en materia laboral en los diferentes Distritos Judiciales del país.

CLAUSULA TERCERA : COMPROMISOS INSTITUCIONALES

En cumplimiento del presente Convenio, **LA SOCIEDAD** asume los compromisos siguientes:

a) Implementar actividades académicas y de capacitación, conjuntamente con **LA ACADEMIA**, dirigidas a los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público en temas de común interés.

b) Proporcionar información, bibliografía, materiales de enseñanza, entre otros; en el marco de las actividades conjuntas que se realicen.

c) Proporcionar personal docente altamente capacitado para impartir los programas de su responsabilidad a magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público.

d) Transferir información doctrinaria y científica especializada en derecho laboral y de la seguridad social, para su tratamiento pedagógico por **LA ACADEMIA** como mecanismo destinado a fortalecer la capacitación de magistrados en el ámbito nacional.

e) Propiciar el canje e intercambio de publicaciones con **LA ACADEMIA**.

f) Otras acciones específicas que se definan de común acuerdo.

Por su parte, **LA ACADEMIA** asume los compromisos siguientes:

a) Reconocer y oficializar las actividades académicas que se desarrollen conjuntamente dirigidas a magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

b) Proporcionar infraestructura y apoyo logístico para la organización y ejecución de las actividades académicas que se programen conjuntamente.

c) Propiciar la participación de magistrados en las actividades académicas organizadas conjuntamente.

d) Difundir, en el ámbito judicial y fiscal, las actividades que implementen conjuntamente con **LA SOCIEDAD**, dando a conocer los resultados que se alcancen así como los aportes y conclusiones que puedan surgir de éstas.

e) Facilitar el acceso de los miembros de **LA SOCIEDAD** al acervo bibliográfico, documental y fílmico de **LA ACADEMIA** para el desarrollo de investigaciones y otras actividades académicas.

f) Propiciar el canje e intercambio de publicaciones con **LA SOCIEDAD**.

g) Otras acciones específicas que se definan de común acuerdo.

CLAUSULA CUARTA : TEMAS DE INTERES

Ambas partes declaran su interés por desarrollar actividades destinadas a capacitar y formar magistrados en temas vinculados al derecho laboral y de la seguridad social.

CLAUSULA QUINTA : ALCANCES DEL CONVENIO

La suscripción del presente Convenio no compromete a actividades ni gasto alguno para ambas partes. Se suscribirán los acuerdos específicos que resulten necesarios para la realización de las actividades que las partes acuerden ejecutar.

CLAUSULA SEXTA : ORGANOS DE COORDINACIÓN

Tanto **LA ACADEMIA** como **LA SOCIEDAD** designarán a un representante de cada institución quien se encargará, entre otras funciones, de lo siguiente:

- Elaborar los lineamientos generales para el desarrollo del trabajo conjunto entre **LA ACADEMIA** y **LA SOCIEDAD** para el cumplimiento de los compromisos del Convenio.
- Establecer las áreas prioritarias para el desarrollo de programas y proyectos específicos.
- Evaluar e informar sobre los avances de los programas y proyectos en ejecución.

Los representantes designados por cada Institución son los funcionarios siguientes:

- Por **LA ACADEMIA**, su Director Académico
- Por **LA SOCIEDAD**, el Dr. Jaime Zavala Costa en su calidad de Presidente (titular) y el Dr. Martín Carrillo Calle en su calidad de Secretario (suplente).

CLAUSULA SÉTIMA : DE LAS CONSTANCIAS

LA SOCIEDAD y **LA ACADEMIA** suscribirán conjuntamente las Constancias de Participación que se emitan para cada evento.

CLAUSULA OCTAVA : DURACIÓN

El presente Convenio entrará en vigencia en la fecha de su suscripción y tendrá una duración de dos años, pudiendo ser renovado si las partes lo convienen expresamente.

Sin perjuicio de lo anterior, el presente Convenio podrá ser resuelto por cualquiera de las partes, siendo suficiente para el efecto una comunicación notarial dirigida al domicilio indicado en la introducción del presente documento con una anticipación de 30 días calendario.

La resolución de este Convenio no afectará las acciones pendientes de programas que fueron aprobados por las partes signatarias.

CLAUSULA NOVENA : DOMICILIO

Las partes señalan como sus domicilios los que figuran en la parte introductoria del presente Convenio, donde se entregarán las comunicaciones a que hubiera a lugar, en caso de variación las partes se obligan a informar por escrito su nuevo domicilio.

DISPOSICIONES GENERALES

A. Las partes reconocen que los títulos que encabezan las cláusulas del Convenio son meramente enunciativos y no serán tomados en cuenta para la interpretación del contenido.

B. Las partes podrán ampliar, modificar y/o interpretar los alcances del Convenio mediante cláusulas adicionales, las que debidamente suscritas por sus representantes formarán parte integrante del presente documento.

En señal de conformidad, las partes suscriben el presente documento en dos ejemplares originales, en Lima a los doce días del mes de junio del año dos mil tres.

ELCIRA VÁSQUEZ CORTEZ
Presidenta del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura

JAIME ZAVALA COSTA
Presidente de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Dr. Jaime Zavala

De: "Dr. Jaime Zavala" <jzavala@ferrero.com.pe>
Para: "Ana María Yáñez" <amy@manuela.org.pe>; "Jorge Toyama" <jtoyama@mafirma.com.pe>; "Germán Ramírez Gastón" <gramirez@correo.ulima.edu.pe>; "Javier Neves" <jneves@pucp.edu.pe>; "Victoria Ampuero" <viampuero@hotmail.com>; "Wilfredo Sanguinetti" <wsr@gugu.usal.es>; "Víctor Mayorga" <vmayorga@terra.com.pe>; "Roger Zavaleta" <fc01@terra.com.pe>; "Luis Vinatea" <lvinatea@mafirma.com.pe>; "Jean Claude Javillier" <javillier@ilo.org>; "Jaime Beltrán" <jbeltranquiroga@hotmail.com>; "Guillermo Boza" <esalmon@pucp.edu.pe>; "Fernando García" <fgarcia@amauta.rcp.net.pe>; "Fernando Elias" <elima@terra.com.pe>; "Ernesto De la Jara" <ernesto@idl.org.pe>; "Emilio Morgado" <mormau@entelchile.net>; "César Gonzáles" <egonzales@terra.com.pe>; "Carlos Blancas" <estcbb@terra.com.pe>; "Beatriz Alva" <balva@hrabogados.com>; "Alfredo Villavicencio" <avilla@idl.org.pe>; "Alfredo Chienda" <alchienda@terra.com.pe>; "Alfonso De los Heros" <aheros@echecopar.com.pe>; "Adolfo Ciudad" <aciudad@amauta.rcp.net.pe>; "Joaquín Leguía" <jleguia@erubio.com.pe>; "Jorge Capriatta" <jcapriat@yahoo.com>; "Juan Carlos Cortés" <jccortes@terra.com.pe>; "Julio César Barrenechea" <barrenechea@snmpe.org.pe>; "Luis Aparicio" <laparicio@aele.com>; "Luis Felipe Barrientos" <eordinola@chavin.rcp.net.pe>; "Martín Carrillo" <mcarril@pucp.edu.pe>; "Néstor De Buen" <nestordebuen@bufetedebuen.com.mx>; "Oscar Ermida" <oeu@mvd.cintefor.org.uy>; "Ricardo Herrera" <rherrera@munizlaw.com>; "Ricardo Marcenaro" <rmarcenaro@terra.com.pe>; "Víctor Ferro" <vferro@erubio.com.pe>; "Pedro Morales" <pg_morales@echecopar.com.pe>; "Mario Pasco" <mpascoc@hotmail.com>; "Francisco Romero Montes" <ctraba04@congreso.gob.pe>; "Edmundo Villacorta" <evillacorta@pj.gob.pe>
Enviado: Jueves, 10 de Abril de 2003 10:35
Asunto: Desayunos Laborales de la SPDTSS

Estimados Amigos:

Como se anunció en la Asamblea General del pasado 31 de marzo de 2003, es parte de nuestro plan de trabajo para el 2003, generar oportunidades de reunión, información y opinión de los miembros de la Sociedad sobre aspectos laborales, de seguridad social y otros vinculados. En ese interés, nos es grato comunicarles que la Junta Directiva ha decidido instituir los **"Desayunos Laborales"** , que esperamos se convierta en un espacio de encuentro y de debate de diferentes temas de actualidad.

La propuesta es que estas reuniones se realicen periódicamente, con uno o dos invitados, quienes harían una corta presentación para luego intercambiar ideas con los miembros de la Sociedad que asistan.

El evento es exclusivo de los miembros de la Sociedad - activos y honorarios - y se hará a primera hora de la mañana, de 8 a 9:30 a.m., para que no se altere otras actividades de los asociados. **La participación en los desayunos laborales será gratuita**, pues se trata de un beneficio que se ofrece a nuestros asociados.

En ese sentido, **queremos invitarlos al primer "Desayuno Laboral"** que se llevará a cabo en el Hotel Sonesta Posada del Inca "El Olivar", Sala El Mirador (San Isidro), el día **martes 22, a las 8:00 a.m.** (hora exacta), con la presentación del Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Ing. Fernando Villarán de la Puente, para tratar el siguiente tema: la posición del Ejecutivo frente a los proyectos de ley en trámite y, especialmente, el de la micro y pequeña empresa.

Esperamos contar con tu indispensable participación, **confirmándonos anticipadamente** tu asistencia (para las reservas) a los siguientes correos electrónicos: jzavala@ferrero.com.pe o fgarcia@amauta.rcp.net.pe o al teléfono 442-1320 - Sra. Yannina Morales.

Cordiales saludos,

Jaime Zavala Costa
Presidente de la Sociedad Peruana
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

10-04-2003

Han colaborado en el
presente número:
Jaime Zavala,
Javier Neves,
Wilfredo Sanguineti,
Daniel Ulloa,
Martín Carrillo,
Elmer Arce,
Jorge Toyama,
Guillermo Boza,
Carlos Blancas,
Víctor Ferro,
Beatriz Alva,
Juan Carlos Cortés,
Alfredo Villavicencio
y Adolfo Ciudad.



Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social – 2003