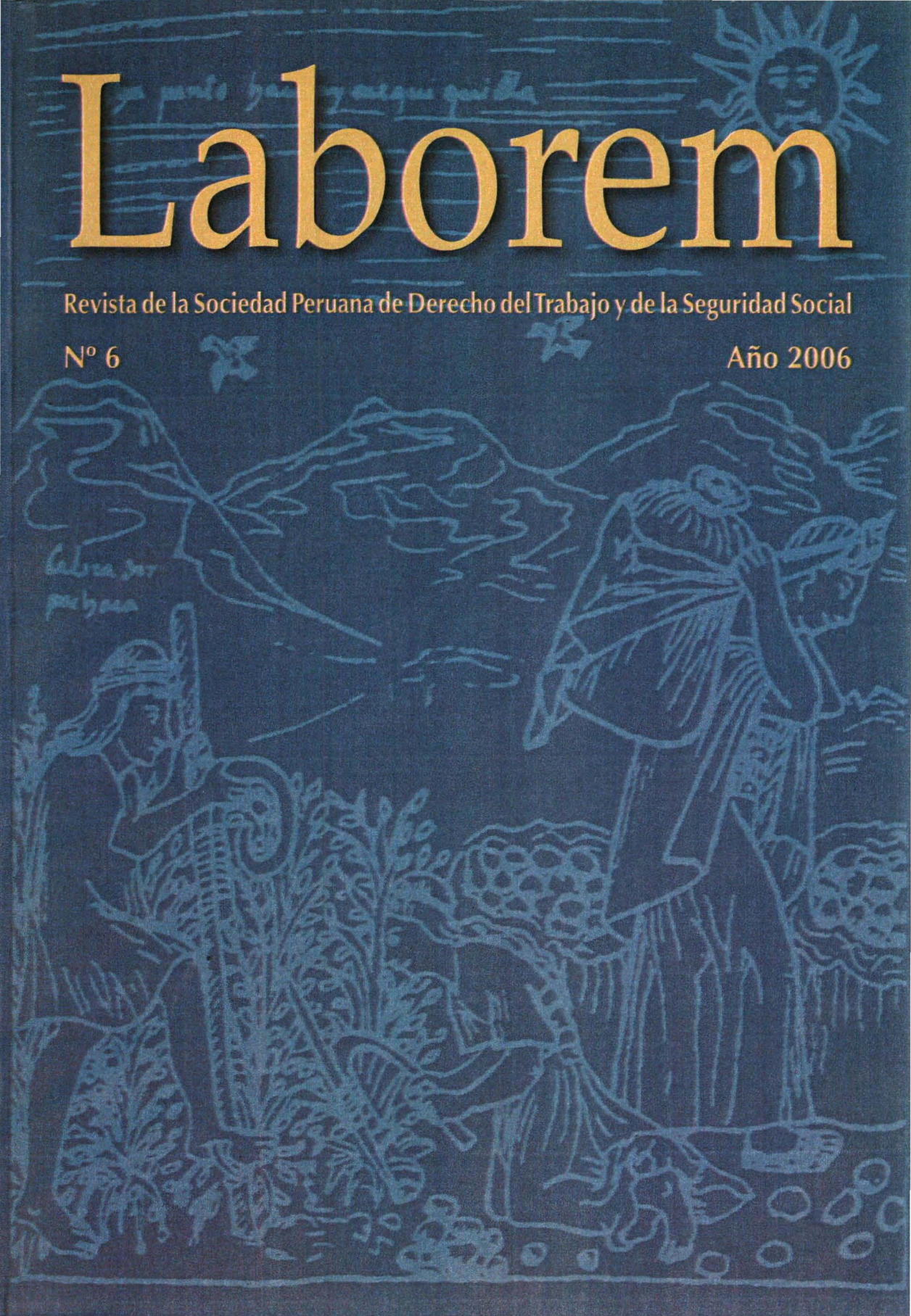
Laborem

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

Nº 6

Año 2006



Laborem

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

6

SPDTSS
BIBLIOTECA
2009 / 2011

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - 2006

© Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Av. De la Floresta 497, piso 5, San Borja
Teléfono: 372 7373
Fax: 372 7374
E-mail: spdtss@spdtss.org.pe
www.spdtss.org.pe
Cuidado de la edición: Alfonso de los Heros Pérez Albela y Manuel Alonso Reyna Camino

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú Nº 2005-3994

La publicación de este número de *Laborem* ha sido posible gracias a los auspicios de la Universidad de Lima.

SPDTSS
BIBLIOTECA
2009 / 2011

Contenido

Presentación 13

DOCTRINA CONSTITUCIONAL 15

El control por el empleador de los medios electrónicos proporcionados a los trabajadores 17

El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado. 19
Luz Pacheco Zerga

Las nuevas tecnologías y el derecho laboral. El control por el empleador de los medios electrónicos otorgados a los trabajadores. 57
Leopoldo Gamarra Vílchez

Efectos legales de la utilización indebida de los servicios de internet propios del empleador por parte del trabajador. 77
Fernando Elías Mantero

Las jornadas acumulativas de trabajo y la protección de los trabajadores 105

Protección de los trabajadores y jornadas acumulativas. 107
Raúl Saco Barrios

Jornada de trabajo, control de asistencia y la prohibición del pago de horas extras en las empresas y entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada. 145
Carlos Guillermo Morales

Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo. 167
Jaime Beltrán Quiroga

La acumulación de jornadas de trabajo. 189
Francisco Javier Romero Montes

Anotaciones sobre la reducción de la jornada laboral. 203
Fernando García Granara

Jornadas de trabajo y descansos acumulativos en el sector minero.
A propósito de las resoluciones del Tribunal Constitucional. 223
Pedro G. Morales Corrales

TEMAS LIBRES 239

In dubio pro reo e in dubio pro operario. Colisión jurídica de las condiciones normativas para su aplicación. 241
Mario Lohonel Abanto Quevedo

El derecho del trabajo ante las nuevas formas de organización de la empresa. La descentralización productiva: ¿es causa objetiva de cese colectivo? 265
Iván Paredez Neyra

A propósito del precedente vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional en el Exp. N° 1417-2005-PA/TC. (Caso Anicama Hernández). Hacia una justicia constitucional. 285
Jesús Carrasco Mosquera

ENSAYOS PRESENTADOS POR LOS ASOCIADOS INCORPORADOS A LA SOCIEDAD 297

La presunción del contrato de trabajo. 299
Nestor Morales González

Jóvenes y trabajo decente. 323
Edgardo Balbín Torres

El Comité de libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo. 337
Renato Mejía Madrid

Los límites a las facultades de control del empleador en la utilización por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologías (correo electrónico e internet). 359
Daniel Ulloa Millares

El principio de irrenunciabilidad de derechos y la transferencia de créditos laborales. 385
Herbert Prelle Mayuri

El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 405
César Abanto Revilla

Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo. 441
Isabel Herrera Gonzales-Pratto

Propuesta para la descriminalización del delito de violación de la libertad de trabajo en la modalidad de incumplimiento de resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente. 469
Javier Arévalo Vela

La calificación ocupacional de buena fe. 493
José Balta Varillas

Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejo Directivo (Período 2005 – 2007)

Presidente:	Pedro G. Morales Corrales
Vicepresidente:	César Gonzáles Hunt
Tesorero:	Jorge Toyama Miyagusuku
Pro Tesorero:	José Butrón Fuentes
Secretario:	Raúl Saco Barrios
Pro Secretario:	Orlando Gonzáles Nieves
Secretario de Biblioteca y Publicaciones:	Alfonso de los Heros Pérez Albela
Secretario de Eventos y Reuniones Científicas:	Germán Ramírez Gastón Ballón
Secretario de Relaciones Internacionales:	Juan Carlos Cortés Carcelén

Miembros activos

Abanto Revilla, Cesar
Alva Hart, Beatriz
Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis
Arbulú Alva, Luis
Arce Ortiz, Elmer
Arevalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo
Balta Varillas, José Ernesto
Barrenechea Calderón, Julio César
Beltrán Quiroga, Jaime
Boza Pró, Guillermo
Butrón Fuentes, José
Carrillo Calle, Martín
Ciudad Reynaud, Adolfo
Cortés Carcelén, Juan Carlos
Chienda Quiroz, Alfredo
de los Heros Pérez Albela, Alfonso
Ferro Delgado, Víctor
Gamarra Vilchez, Leopoldo
García Granara, Fernando
González Hunt, César
González Nieves, Orlando
Herrera Gonzalez-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo
Marcenaro Frers, Ricardo
Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato
Morales Corrales, Pedro
Morales Gonzalez, Néstor
Morales Morante, Carlos Guillermo
Neves Mujica, Javier
Pacheco Zerga, Luz
Pasco Cosmópolis, Mario
Pilotto Carreño, Luigino
Prelle Mayuri, Herbert

Ramirez-Gastón Ballón, Germán
Romero Montes, Francisco Javier
Saco Barrios, Raúl Guillermo
Salas Ortíz, Hugo
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Toyama Miyagusuku, Jorge
Ulloa Millares, Daniel Augusto
Villacorta Ramírez, Edmundo
Villavicencio Rios, Alfredo
Vinatea Recoba, Luis
Zavala Costa, Jaime
Zavaleta Cruzado, Roger

Miembros honorarios

Carlos Blancas Bustamante
Héctor Hugo Barbagelatta
Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano
Fernando Elias Mantero
Oscar Ermida Uriarte
Guillermo Gonzáles Rosales (+)
Jean Claude Javillier
Ricardo La Hoz Tirado (+)
Joaquín Leguía Galvez (+)
Alfredo Montoya Melgar
Emilio Morgado Valenzuela
Ricardo Nugent Lopez Chavez
Manuel Alonso Olea (+)
Américo Plá Rodríguez
Mozart Víctor Russomano
Fernando Suárez González
Javier Vargas Vargas (+)

Presentación

Nos es grato poner a consideración de los lectores el sexto número de nuestra revista institucional *Laborem.*

Su contenido es variado e interesante. Se han agrupado tres artículos vinculados al control por el empleador de los medios electrónicos proporcionados a los trabajadores, cuyos autores son los doctores Fernando Elías Mantero, Leopoldo Gamarra Vílchez y Luz Pacheco Zerga, que se complementan con el ensayo elaborado por el doctor Daniel Ulloa Millares con motivo de su incorporación a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS).

Seis artículos se encuentran referidos a las jornadas acumulativas de trabajo y la protección de los trabajadores, que constituye un tema vigente como consecuencia de los dispositivos dictados para el control de la asistencia al centro de trabajo y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre esta materia, en especial los relacionados a las jornadas acumulativas en el sector minero. Los autores son los doctores Jaime Beltrán Quiroga, Fernando García Granara, Carlos Guillermo Morales Morante, Pedro G. Morales Corrales, Francisco Javier Romero Montes y Raúl Saco Barrios.

Un tercer grupo, está conformado por artículos sobre temas libres que han sido preparados por laboralistas del medio. Se refieren a El Precedente Vinculante Establecido en la Sentencia del Tribunal Constitucional (Caso Anicama Hernández), El Indubio Pro Reo y el Indubio Pro Operario; y, El Derecho del Trabajo ante las Nuevas Formas de Organización de la Empresa, cuyos autores son los doctores Jesús Carrasco Mosquera, Mario Abanto Quevedo e Iván Paredes Neyra.

Finalmente, la revista incluye los ensayos presentados por los nuevos asociados activos con ocasión de su incorporación a la SPDTSS, que se concretó mediante acuerdo de la Asamblea General Ordinaria llevada a cabo el 9 de marzo de 2006, doctores Néstor Morales Gonzáles, Edgardo Balbín Torres, Renato Mejía Madrid, Daniel Ulloa Millares, Herbert Prelle Mayurí, César Abanto Revilla, Isabel Herrera Gonzales Pratto, Javier Arévalo Vela y José Balta Varillas, que tratan, respectivamente, sobre La Presunción del Contrato de Trabajo, Jóvenes y Trabajo Decente, El Comité de Libertad Sindical de la OIT, Los Límites de las Facultades de Control del Empleador en la Utilización por Parte de los Trabajadores de las Nuevas Tecnologías, el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos y la Transferencia de Créditos Laborales, El Contenido Esencial y el Contenido Constitucionalmente Protegido del Derecho Fundamental a la Pensión, Responsabilidad Civil Patronal por Accidentes de Trabajo, Propuesta para la Descriminalización del Delito de la Violación de la Libertad de Trabajo y la Calificación Ocupacional de Buena Fe.

Como puede apreciarse se trata de una revista con un contenido muy rico en cuanto a la variedad de temas que se proponen, por lo que confiamos concite el interés del foro laboral.

Pedro G. Morales Corrales
Presidente de la SPDTSS

DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El control por el empleador de los medios electrónicos proporcionados a los trabajadores

El poder de control empresarial y el respeto a la intimidad en la utilización de los recursos electrónicos: un estudio de derecho comparado

Luz Pacheco Zerga

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra.
Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
Profesora Visitante de la Universidad de Piura.
Asociada de la SPDTSS.

Sumario

1. La dignidad humana: principio fundamental del orden jurídico. 2. Derecho a la intimidad y a la vida privada: una distinción necesaria. 3. El derecho a la intimidad en la relación laboral. 4. El secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral. 5. El consentimiento del trabajador. 6. El uso indebido de la computadora. 7. El uso indebido del correo electrónico. 8. El uso indebido de Internet. 9. El contenido "ofensivo" del correo electrónico y de Internet. 10. El uso indebido del teléfono. 11. El derecho al secreto en las comunicaciones y el deber de buena fe. Bibliografía.

1. LA DIGNIDAD HUMANA: PRINCIPIO FUNDAMENTAL DEL ORDEN JURÍDICO

El respeto a la dignidad humana se erige, en la cultura occidental, como uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas. La Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945[1] es el primer instrumento jurídico internacional que se refiere a la dignidad humana. Tres años más tarde, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, proclamó que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reco-

[1] En el Preámbulo se afirma "la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas".

nocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana". El primer artículo de esta Declaración reconoce que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos". A partir de este documento se produce un fenómeno en cascada, tanto en el ámbito internacional como en el de los Derechos internos de los países occidentales, por el que se incorporó la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos y/o como parámetro de referencia para determinar los límites de actuación en la vida social. Puede afirmarse, sin exageración, que la dignidad humana es hoy en día un verdadero principio universal de Derecho contemporáneo[2].

La Constitución del Perú (CP) actualmente vigente, en su primer artículo, declara que *la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.* Son deberes de carácter absoluto, que obligan tanto al Estado como a los particulares. La proyección de esta obligación de respeto en el ámbito laboral está recogida en el art. 23 CP, que señala expresamente que *ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*[3]. Analizaremos a continuación el derecho a la intimidad y a la vida privada por ser uno de los ejes en los que descansa el efectivo respeto a la dignidad humana.

---

2 Cfr. SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "La dignidad humana en la Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea, Tratados* (Valencia: Tirant lo blanch, 2004), 199. Este autor ofrece una visión panorámica de la incorporación de la dignidad humana en el Derecho internacional y constitucional de los países europeos, con especial referencia a los de la UE en Ibidem., 194-205. Para un estudio detallado de este proceso en las Constituciones iberoamericanas, ver ROLLA, Giancarlo, "El principio de la dignidad humana," *Persona y Derecho*, no. 49 (2003): 227-262. Para comprender el influjo que la Ley Fundamental de Bonn de 1949 ha tenido en este proceso, es útil el estudio realizado por SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "La dignidad de la persona como principio del Derecho Público," *Derechos y Libertades*, no. 4 (1995): 287-306.

3 La relación de derechos fundamentales contenida en Título I del Capítulo primero de la Constitución, no es cerrada sino abierta, a tenor de su propia declaración (art. 3 CP). Por tanto, si bien la Carta Magna es un referente obligado para establecer la juridicidad de una conducta o de una norma, no agota el contenido del Derecho, ya que podrían existir otros derechos esenciales para la vida humana, fundamentados en la dignidad humana, que podrían no estar contemplados en ese documento. Con ese precepto, el Constituyente de 1993 ha puesto un obstáculo importante para los regímenes totalitarios que pretenden reducir el Derecho a la norma legal o constitucional, sin reconocer que el fundamento último del orden jurídico descansa en la dignidad humana, que puede exigir la modificación del orden jurídico cuando éste no respeta los derechos que le son inherentes.

2. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA VIDA PRIVADA: UNA DISTINCIÓN NECESARIA

Entre los derechos fundamentales expresamente reconocidos en la Constitución, se encuentran los que afectan la intimidad personal y familiar, sea por medios informáticos (art. 2.6) o por cualquier otro (art. 2.7). El derecho a la intimidad se encuentra directamente relacionado con la dignidad de la persona, tanto a nivel constitucional, como legislativo y jurisprudencial[4]. Su ámbito propio es el de la Ética aunque también se encuentre regulado por el Derecho[5]. Por eso, el concepto de intimidad es fundamentalmente metajurídico y es desde la Filosofía, como la Ética y el Derecho reconocen lo que es íntimo y lo que no lo es, teniendo en cuenta los factores sociales e históricos que intervienen en su delimitación[6]. Resulta, por tanto, necesario identificar este concepto para poder luego debatir sobre el concomitante deber de respeto que suscita en la relación laboral.

La intimidad es una de las notas que caracteriza a la persona[7] y la constituye en un *quién*. Es el factor de diferenciación con los demás seres vivos y con otros individuos de la misma especie[8]. También se define como "la zona espiritual reservada

---

4 "El reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona. Todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona por la propia dignidad de la misma". ("Filosofía política de la Constitución española, *Debate Abierto, Revista de Ciencias Sociales,* n. 4, primavera de 1991, p. 50) citado por LUCAS VERDÚ, Pablo, "Prólogo" en *La configuración constitucional del derecho a la intimidad* (Madrid: 1995), 22.

5 Cfr. GONZÁLEZ GAITANO, Roberto, *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, EUNSA, 1990, 185.

6 Ibidem., 15-45. Una síntesis de la noción de este concepto, pero sin distinguir entre derecho a la intimidad y derecho a la vida privada, se encuentra en DE VICENTE PACHÉS, Fernando, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998, 52-59. Un estudio que sí distingue entre ambos derechos se encuentra en RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, 25-59.

7 Las otras son: el dominio de sí, la libertad (manifestada en la comunicación de la intimidad a través del cuerpo, del lenguaje y la acción), la capacidad de amar (el ser humano es efusivo: tiende a compartir lo que es y tiene) y la naturaleza dialógica (la persona no se cumple en solitario: alcanza su plenitud dándose a otro: Si no hay un otro, la persona quedaría frustrada). Cfr. YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier, *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana*, 6a ed., Pamplona, EUNSA, 2003, 60 y ss.

8 El ser humano tiene intimidad porque realiza acciones inmanentes. Inmanente es lo que se guarda y queda en el interior. Los seres inanimados no tienen "un dentro", los vivientes, sí. La jerarquía en los diversos grados de vida se establece por el distinto grado de inmanencia de las acciones. Los animales

de una persona"[9]. La intimidad, por su carácter personalísimo, sólo debería predicarse de las personas físicas. Sin embargo, la jurisprudencia nacional y la del Derecho comparado han reconocido en algunos casos el derecho a la intimidad de las personas jurídicas[10]. No obstante, su carácter metafórico es criticable[11], ya que no se trata propiamente de atentados a la intimidad, sino de divulgar información de carácter reservado[12] o de atentados a la honorabilidad de la institución.

realizan operaciones más inmanentes que las plantas, y el hombre realiza operaciones más inmanentes que los animales. Pero sólo el hombre es titular de una intimidad, porque sólo él es capaz de un conocimiento y querer intelectuales, que "por ser inmateriales, no son medibles orgánicamente: son «interiores». Sólo los conoce quien los posee, y sólo se comunican mediante el lenguaje, o a través de la conducta, pues nadie puede leer los pensamientos de otro". Ibidem., 62. Por estas razones se ha podido afirmar que "la peculiar inmanencia humana es la intimidad de un ser que tiene conciencia de su intimidad". GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 29.

9 "La intimidad se sitúa, pues, en el núcleo oculto de cada persona, donde se fraguan las decisiones más propias e intransferibles". MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel, *La intimidad*, 5a ed., Madrid, EIUNSA, 2001, 20.

10 El Tribunal Constitucional del Perú (TCP) en la sentencia que recayó sobre el Expediente N.° 0004-2004-AI/TC (f.j. 34 y ss.) ha confirmado la doctrina propuesta en la sentencia del Expediente N.° 1219-2003-HD/TC (f.j. 9) según la cual, "el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras". El Tribunal Constitucional Español (TCE) mantiene una postura similar, ver GARCÍA GARCÍA, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003, 118-121. También existen precedentes en la jurisprudencia de la Sala Social del Tribunal Supremo Español, así la STS de 3 diciembre 1983 (RJ 1983\6166), consideró procedente el despido de un miembro del Comité de Empresa porque, según se pudo probar, "las manifestaciones del demandante en el programa radiofónico *atentaron a la intimidad personal de la empresa* poniendo en entredicho su fama y honorabilidad". Sin embargo, en puridad no fue un atentado a la intimidad "personal" de la institución, sino, como bien señala la sentencia, un acto lesivo a su buena fama u honorabilidad.

11 Cfr. DESANTES GUANTER, José María / SORIA, Carlos, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Madrid, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991, 113.

12 Sobre este deber específico en la relación laboral, ver MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; ÁLVAREZ MONTERO, Antonio; GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel; MOLINA HERMOSILLA, Olimpia; DE LA CASA QUESADA, Susana; VILLAR CAÑADA, Isabel, "La vigencia de los derechos fundamentales "inespecíficos" en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta" en *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, ed. Jesús Cruz Villalón (Coordinador) (Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002), 164.

La mayor parte de la literatura jurídica, con contadas excepciones[13], emplea como sinónimos los términos de intimidad y vida privada, en gran medida por la influencia anglosajona del origen del término *right to privacy*[14]. La doctrina y la jurisprudencia norteamericana emplean el mismo término– *privacy*– para referirse a la vida o esfera privada y a la intimidad, pero distinguen grados en ella. Práctica similar se encuentran en la doctrina francesa, alemana, anglosajona y española, que distinguen grados de intimidad, mediante los cuales se incluye tanto la vida privada como la vida íntima[15]. Así se aprecia también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de conformidad con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales[16].

El derecho a la intimidad se encuentra inseparablemente unido a la dignidad y, por tanto, a los derechos de la personalidad[17]. También se encuentra directamente relacionado con el secreto de las comunicaciones. En el Derecho peruano se deduce esta relación de la lectura concordada de los arts. 2.6[18] y 2.7[19] de la Constitución, así como de los arts. 5[20], 14[21], 15[22] y 16[23] del Código Civil, que tienen su

---

13 Cfr., entre otros, DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 107-108, GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 15 y ss, SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos," *Humana iura*, no. 4 (1995): 214-217.

14 El término *right to privacy* fue formulado en 1890 por Warren, D. y Brandeis, L.D. en su célebre artículo *The right to privacy*, publicado en "Harvard Law Review". Un resumen de este artículo se encuentra en la obra ya citada de DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, 56-58.

15 Cfr. SERNA BERMÚDEZ, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos," 214-215 y la bibliografía allí citada.

16 Cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 11 enero 2005 (TEDH 50774/99) y STEDH de 16 noviembre 2004 (TEDH 53678/00).

17 DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 107.

18 "Toda persona tiene derecho a: (...) 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar".

19 "Toda persona tiene derecho a: (...) 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

20 "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión".

correspondencia en los arts. 161 a 164 del Código Penal. Puede afirmarse que dignidad, intimidad y personalidad son realidades mutuamente interdependientes. A su vez, que en el núcleo de la personalidad se distinguen tres esferas: la intimidad, la vida privada y la vida pública[24]. La intimidad no se opone a lo privado ni a lo público, pero se distingue de ambos. La vida privada y la pública son términos relativos el uno al otro: cada uno es definido en base al otro. En cambio, la intimidad es un término absoluto, que está al margen de la dialéctica público-privado. Más aún, ella es "la raíz de la posibilidad de las dos esferas y de su mutua dependencia"[25].

Por eso, sólo desde la intimidad puede haber vida privada y pública, y sólo desde el reconocimiento y protección de su valor absoluto pueden definirse los ámbitos de las otras dos esferas[26]. La distinción entre ellas no es un problema de *cantidad* sino de *calidad*, definido en función de lo que se considere íntimo. Existe un hecho de experiencia que confirma esta distinción: se puede recortar el espacio de

---

21 "La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden".

22 "La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.
Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.
No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden".

23 "La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier genero o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.
Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.
La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse mas allá de cincuenta años a partir de su muerte".

24 DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 108.

25 GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 44.

26 Ibidem.

la vida privada de una persona hasta el límite, hasta suprimirlo sin que se destruya la persona, a la que le queda el refugio de su intimidad. En cambio, cuando se destruye la intimidad, "la persona se volatiliza"[27].

Tenemos entonces que la intimidad es el ámbito de la vida de la persona que se sitúa por completo en la interioridad, fuera del alcance de los demás y, en consecuencia, es ajena a toda exteriorización y relación[28]. No obstante, la intimidad es comunicable, por eso, se puede hablar de *compartir la intimidad.* Se trata de una comunicabilidad libre, de allí que ninguna intromisión pueda ser justificada. La libertad en la comunicabilidad de la intimidad se mantiene inclusive en el matrimonio, que es la institución jurídica que reconoce la mayor unidad psico-física a la que pueden llegar dos seres humanos[29]. Se puede hablar de una dimensión familiar de la intimidad, pero siempre será distinta de la intimidad *personal*: no son equivalentes. La intimidad familiar corresponde a la vida privada, que es la que se desenvuelve a la vista de una o más personas –siempre en un círculo pequeño y cerrado– y en la que se manifiesta la intimidad del individuo.

Esta distinción es especialmente importante frente al derecho de información y al de control externo, porque mientras que la vida pública es siempre objeto de información y de control social; la vida privada sólo lo será en la medida en que trasciende a la vida pública y tenga, por tanto, importancia para el desenvolvimiento de ésta. En cambio, "la vida íntima no sólo no es informable, sino que ni siquiera es investigable. No puede, ni debe ser objeto de la información. Es un núcleo totalmente reservado"[30]. En consecuencia, la intimidad del trabajador, que es la parte del contrato sujeta a subordinación y dependencia, no puede quedar sometida al poder directivo ni de control del empresario. En cambio, algunos aspectos de la

---

27 Ibidem., 45.

28 Cfr. Ibidem., 38 y ss.

29 ".. la invocada "intimidad familiar" de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge. (...) Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio". Sentencia del Tribunal Supremo Español (STSE) 872/2001 (Sala Penal) de 14 de mayo.

30 DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 108. Por esta razón se ha podido afirmar que lo íntimo, en cuanto es objeto de información, se destruye. Cfr. SERNA BERMÚDEZ, "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos," 216.

vida privada del trabajador, en cuanto afectan a la relación jurídico-laboral, sí pueden ser materia de esa investigación y de control.

Ahora bien, cuando se habla del derecho a la intimidad se está haciendo referencia a la obligación general de respeto a los demás, exigida por la dignidad humana, pero desde la óptica del titular del derecho[31]. Esta obligación convierte al titular en acreedor de un deber universal de respeto pero que, en realidad, "se nutre solamente de facultades de exclusión"[32]. Por eso, su reconocimiento adopta, en concreto, la forma de preceptos negativos, como puede apreciarse en el segundo apartado del art. 7 de la Constitución[33] y en los artículos del CC antes citados. De allí que cuando se produce una lesión no procede la restitución de la intimidad, sino "el castigo del culpable"[34] y la reparación civil por el perjuicio causado[35]. Sin embargo, la doctrina académica, siguiendo a la jurisprudencia, reconoce un derecho de signo positivo en este ámbito, que es el de controlar los datos personales que deban ser comunicados en la vida social, que se ha denominado el "derecho informático de la intimidad"[36].

En un sentido analógico se puede hablar de intimidad en el seno de una organización o grupo social, en la medida en que en ella se pueden compartir ideas y proyectos que no se desean sean conocidos por terceros. Se ha dicho que "allí donde el hombre es capaz de reafirmar su dignidad, personalidad, ideología y creencias en el seno de las relaciones con otros hombres, es posible encontrar un interés legítimo a la intimidad"[37]. Y este derecho sería aplicable al ámbito de las activida-

31 Cfr. GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 185.

32 Ibidem., 186.

33 "Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley".

34 GONZÁLEZ GAITANO, *El deber de respeto a la intimidad*, 185.

35 En similar sentido se decanta la legislación española, ver art. 2.3 la Ley Orgánica (LO) 1/1982, de 5 de mayo, que desarrolla el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen previsto en el art. 18 de la Constitución española".

36 Cfr. DE VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, 135 y ss. El TC considera que el acceso a las bases de datos informáticos que contienen datos de salud constituye una excepción al derecho fundamental a la información, ver EXP. N.° 0004-2004-AI/TC, f.j. 36.

37 GOÑI SEIN, José Luis, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988, 24. El autor aplica las exclusiones del art. 7 de la

des sindicales de los trabajadores, que deben quedar resguardadas de las actividades intromisoras del empresario[38] y de cualquier tercero. Lo mismo podría predicarse de las actividades empresariales. Pero, en ambos casos, como hemos mencionado anteriormente, en puridad más que de derecho a la intimidad debería hablarse de derecho al secreto o de información de carácter reservado[39]. Nadie puede legítimamente descubrir los secretos ajenos, tampoco cuando son conocidos por razón del oficio o de las relaciones laborales. Así lo reconoce el Código Penal al tipificar estas acciones como delitos[40].

No obstante existir esta distinción conceptual emplearemos, en los siguientes apartados, el concepto de derecho a la intimidad en su concepción más amplia, es decir, la que engloba el derecho a la vida privada, que es la que utilizan la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina académica[41].

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Una de las carencias más importantes de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), su mismo nombre lo indica, es la poca consideración que tiene por los derechos del trabajador en la relación laboral, ya que no los menciona. Sin embargo, pueden deducirse *contrario sensu* de algunos de sus preceptos, pero es deseable que en el futuro se contemple este aspecto esencial de la relación jurídico-laboral, tal como lo hace art. 48 del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. Asimismo, es necesario que se establezca, como un principio general, el deber del empresario de tratar al trabajador con la consideración que merecen su dignidad y su intimidad: el texto del art. 50 del mencionado Anteproyecto recoge

LO 1/1982 a la relación laboral. Cfr. GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 22-23.

38 El autor califica esas intromisiones como un "medio instrumentalizador del ser humano". GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 24.

39 Cfr. DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 113.

40 Art. 165 CP.

41 Muestra de esta extensión del término en el Perú es la sentencia del TC recaída sobre el Expediente No 1058-2004-AA/TC; y en España, la STC 98/2000 (RTC 2000, 98), que ha declarado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales.

adecuadamente esta obligación. No obstante estos importantes avances, debe advertirse que ese texto –y menos la LPCL– no hace referencia a uno de los principios medulares del orden jurídico: el deber que compete tanto al empresario como al trabajador de actuar de buena fe, precisamente por el respeto debido a la dignidad del otro contratante[42].

En el Derecho laboral español el art. 4.2 e) del Estatuto de los Trabajadores consigna el derecho del trabajador a ser tratado conforme lo exigen su dignidad e intimidad, y su eficacia ha sido tal, que hoy en día se considera como la "portada general que impregna la ejecución toda del contrato de trabajo" y que se erige en "un principio general del Derecho del Trabajo"[43]. Sin embargo, no puede silenciarse que para un sector de la doctrina académica de ese país, se trata de una formulación abstracta que no brinda una adecuada protección[44]. No obstante, es precisamente la mejor tutela de la intimidad y privacidad del trabajador la que exige que no se concrete más este mandato general, porque de este modo puede actuar como un principio hermenéutico en cualquier situación que requiera delimitar el ejercicio regular del poder de dirección y control del empresario[45].

---

42 "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". (art. 168 CC). No es posible abordar en estas páginas, con detalle, la función de este principio en la relación laboral, por eso remito al realizado por MONTOYA MELGAR, Alfredo, *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001.

43 ALONSO OLEA, Manuel/ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia.*, Ed. Comentarios Breves, 4ª ed., Madrid, Civitas, S.A., 1995. Ese mismo texto legal, en el art. 20.2 **in fine**, establece que, en cualquier caso, "el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe".

44 "Partiendo del carácter de formulación abstracta del derecho a la intimidad en la relación de trabajo, en cuanto que el Estatuto de los Trabajadores (ET) no ha sabido (o querido) configurar una esfera privada de autodeterminación de la persona del trabajador en el lugar de trabajo, todo lo más que se encuentran son manifestaciones aisladas de tutela potencial o residual". GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 29. Una crítica similar se lee en MARÍN ALONSO, Inmaculada, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005, 197.

45 La experiencia demuestra que, "... la reglamentación del ejercicio del control basada en la prohibición de ciertos medios –al modo italiano– corre el riesgo de la rápida obsolescencia de la norma ante el proceso de continua renovación tecnológica y organizativa en las empresas". MARTÍNEZ FONS, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002, 55.

La aplicación del art. 23 de la Constitución –"ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"–, corrige la deficiencia de la LPCL en esta materia e impide que la relación laboral se convierta en un feudo, donde la subordinación convierta al trabajador en un ciudadano de segunda categoría. El deber de buena fe que informa el contrato de trabajo, no convierte la subordinación del trabajador en servilismo, ni el poder de dirección en una facultad omnicomprensiva del empresario. Es lamentable que la LPCL sólo se refiera a este deber como si fuera exclusivo del trabajador (art. 25 a) cuando en realidad se trata de un principio constitutivo del mundo del Derecho. El deber de actuar de buena fe en el empleo de las medidas de control y vigilancia traen como consecuencia, que el empresario no pueda incursionar en el ámbito de la intimidad del trabajador, por no ser ésta comunicable más que por la libre determinación del titular. En cambio, sí podrá intervenir, sin que supongan una intromisión ilegítima, en los aspectos de la vida privada del trabajador que tengan repercusión en la vida de la empresa.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que las nuevas tecnologías han potenciado la capacidad de control del empresario. Sin embargo, el contar con mayores recursos, no le faculta a desconocer el espacio de privacidad que ha de tener el trabajador en el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas[46]. Hace ya varios años que la doctrina académica se encargó de resaltar que el trabajador tiene derecho a un espacio de privacidad, que no puede reducirse a los momentos particulares en que se aísla para atender a necesidades fisiológicas, ni al espacio físico indispensable para conservar y proteger sus bienes personales, sino que se extiende también a salvaguardar la "intimidad de sus relaciones con los compañeros de trabajo, de la propia actividad sindical y de las comunicaciones"[47].

El derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho subjetivo, no constituye una realidad predeterminada, perfectamente delimitada por las normas, sino una "teoría de la justicia, que alimenta un continuo proceso de *positivación* jurídica",

---

46 Sobre la dimensión laboral del Derecho Informático, ver SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002, 65 y la bibliografía citada a pie de página.

47 GOÑI SEIN, *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, 23.

reflejado, a su vez, "en un paralelo esfuerzo de *delimitación* de derechos"[48]. No podemos concebir el derecho a la intimidad como un derecho subjetivo encapsulado en una norma, que lo presenta como propiamente jurídico[49]. Esta concepción, además de promover el conflicto, no responde a la realidad porque lo íntimo no puede establecerse en base a un texto legal o supra legal, sino por el dinamismo que se sigue a la aplicación de los principios jurídicos que, "prestos a confluir con otros y matizarse mutuamente en una dosificación" adecuada, van "delimitando una solución ajustada"[50]. En consecuencia, en cualquier aspecto de la relación contractual, el deber de respetar la intimidad obliga al empresario y debe servir de punto de referencia para delimitar el deber de obediencia del trabajador y el ejercicio regular del poder de dirección del empresario (art. 9 LPCL).

Sin perder de vista esta función *macro* del respeto a la intimidad, nos referiremos a dos aspectos de este derecho: el que se refiere al poder de control del empresario sobre los recursos electrónicos entregados al trabajador para el cumplimiento de sus obligaciones, con particular referencia al secreto de las comunicaciones en el uso del correo electrónico, y el que se refiere al poder fiscalizador del empleador sobre el teléfono que utilice el trabajador para realizar su labor.

4. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES EN EL ÁMBITO LABORAL

La buena fe que ha de informar el cumplimiento de las obligaciones que se asumen al celebrar un contrato de trabajo, no impide que el empresario pueda establecer las medidas de control y vigilancia que crea oportunas para verificar el cumplimiento de los deberes del trabajador, pero precisamente ese deber de buena fe exige que, en la adopción y aplicación de esas medidas, el empresario guarde la consideración debida a la dignidad humana del trabajador y, de ser el caso, que

48 OLLERO, Andrés, "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal," *Pensamiento y Cultura*, no. 3 (2000): 160.

49 Cfr. Ibidem.: 161.

50 Ibidem.: 162.

tenga en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, al momento de establecer el estándar de rendimiento[51].

La legítima utilización de medios informáticos, así como de grabadoras, vídeos, personal de vigilancia, etc. para llevar a cabo estas medidas de control, han sido objeto de abundante literatura jurídica, tanto en artículos doctrinales como en estudios monográficos[52], que han puesto de manifiesto la renovación de las modalidades del poder empresarial, que se caracteriza por "la ‹‹normalización›› del control informático de la prestación"[53].

El deber de buena fe es la expresión en el ámbito obligacional, de una de las consecuencias éticas, jurídicamente exigibles, del respeto debido a la dignidad humana. Por tanto, las medidas de control y vigilancia, sean informáticas o no, han de ser evaluadas teniendo en consideración si el trabajador que sea objeto de ellas, es tratado como un sujeto o como un objeto y, a la vez, si en la imposición de esas medidas, el empresario actúa con veracidad y lealtad, es decir, sin quebrar el clima de confianza mutua que ha de impregnar la relación laboral. Como criterio general puede afirmarse que el interés empresarial merece tutela y protección, de acuerdo al art. 59 de la Constitución, pero las medidas de control que pueda ejercer para obtener los objetivos institucionales, han de ser las indispensables y estrictamente necesarias cuando afecten los derechos constitucionales de los trabajadores. Como bien ha señalado la jurisprudencia y doctrina académica española, al elegir esas medidas de control y vigilancia, el empresario ha de elegir aquellas que sean "menos agresivas y afectantes" a la dignidad y a la intimidad del trabajador, aún cuando existan otras más efectivas, pero desproporcionadas para estos efectos[54].

---

51 Así lo establece expresamente el art 20.3 ET, que evidencia que "el legislador español prefiere optar por restringir el poder empresarial a partir de limitaciones genéricas" y no con medidas reglamentarias. Cfr. MARTÍNEZ FONS, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, 56.

52 Cfr. VV. AA., *Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

53 PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1990, 85.

54 STC 98/2000 (RTC 2000, 98) Ver el comentario a esta sentencia que realiza del REY GUANTER, Salvador, "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), Vol. XVIII: 192-199.

Para identificar mejor si se ha respetado la dignidad del trabajador, el primer punto que corresponde analizar es si se ha contado o no con su consentimiento para esas medidas de control. En segundo lugar, la proporcionalidad de esas medidas cuando estén en relación con el espacio de intimidad al que tiene derecho el trabajador. A la vez, las respuestas sólo pueden formularse en base a supuestos reales de control. Analizaremos a continuación las que surgen ante el uso de la computadora y los teléfonos, entregados como instrumentos de trabajo[55].

5. EL CONSENTIMIENTO DEL TRABAJADOR

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo no es un simple contrato privado, sino que tiene elementos que no puede ser modificados a voluntad de las partes, porque contiene mínimos que podemos denominar "de derecho necesario e irrenunciables"[56]. Lo público y lo privado se interrelacionan en el contrato de trabajo, que está regulado por normas mínimas "imperativas hacia abajo y dispositivas hacia arriba"[57], que se orientan a tutelar la dignidad y los derechos que son inherentes al trabajador, cuando se celebra y ejecuta un contrato de trabajo. La CP ha recogido, por eso el principio de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes (art. 26).

El trabajador, al celebrar el contrato, conoce y acepta que corresponde al empleador dirigir la actividad productiva (art. 9 LPCL) y controlar la utilización que realice de los bienes entregados para cumplir sus obligaciones, así como su rendimiento, ya que de comprobarse la utilización indebida de esos bienes o la disminución deliberada y reiterada del rendimiento, puede ser despedido justificadamente

---

55 Pueden consultarse los estudios monográficos ya citados, realizados por MARTÍNEZ FONS, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, 67-274, SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 190-240.

56 Calificados así en el art. 3.1c) ET. Frente a este tipo de derechos se alzan los "dispositivos", que son aquellos sobre los que puede actuar la autonomía de la voluntad. Cfr. por todos, VINATEA RECOBA, Luis, "La Conciliación en la Ley Procesal de Trabajo" en *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y Ponencias.* (Cuzco: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1997), 234.

57 Cfr. NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, 2a ed., Lima, Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2004, 102-107.

(art. 25 b) y c) LPCL). Por tanto, existe un consentimiento tácito a este poder de vigilancia y control. Estos controles, como bien ha hecho notar la jurisprudencia constitucional española, "serán lícitos mientras no produzcan resultados inconstitucionales"[58]. Con términos similares el Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que la validez de esas medidas se determina por la limitación al poder fiscalizador y sancionador que la misma Constitución ha establecido[59].

Esta licitud entronca directamente con el respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, por lo que será necesario establecer en cada caso, si la medida empresarial es proporcional, "para lo cual es necesario constatar si dicha medida «cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)»"[60].

En consecuencia, el consentimiento otorgado al celebrar el contrato de trabajo, si bien convierte al trabajador en sujeto pasible de ese control, no convierte *a priori* las medidas de control en legítimas, porque ésta han de realizarse necesariamente, respetando su dignidad e intimidad, la cual sólo se puede medir en situaciones concretas y ponderando las circunstancias y los medios utilizados.

Cuando la medida de vigilancia recae sobre la utilización de un bien de propiedad de la empresa entregado para el cumplimiento de las obligaciones asumidas, como puede ser una computadora –denominada "ordenador" en otros países–, en principio, esa utilización no se encuadra dentro de la intimidad personal del trabajador, sino dentro de su vida profesional. Sin embargo, la misma condición humana lleva, como hemos afirmado anteriormente, a que en su actividad se reconozca

58 STC 186/2000 (RTC 2000, 186).

59 Cfr. Sentencia del Expediente No 1058-2004-AA/TC, f.j. 20. Cfr. los comentarios realizados por DEL RÍO TIMANÁ, Dalia, *Revista Peruana de Jurisprudencia*, no. 47: CXXXV a CLVI, MARGARAY BRIGNOLE, Carlos Eduardo, "La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad," *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 76 (2005): 89-95.

60 STC 186/2000 (RTC 2000, 186).

un espacio de privacidad e intimidad. Por tanto, si bien es cierto en la actividad laboral el trabajador ha de utilizar los instrumentos y el tiempo de labor para las tareas que le han sido asignadas, es necesario delimitar los espacios y momentos en que se proyecta esa intimidad, a fin de respetar la dignidad humana, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad[61].

Partiendo de estas premisas, las medidas de vigilancia han de realizarse con métodos y parámetros claros, que deben ser conocidos por el trabajador, a fin de no sorprenderlo con un control oculto que sería contrario al deber de buena fe, precisamente porque es contrario al trato que merece la dignidad humana. Ese tipo de control sólo se justificaría si existiesen fundadas sospechas de la conducta fraudulenta del trabajador y se presentase como el único método idóneo para confirmar la culpabilidad del trabajador. Corresponderá a la jurisdicción social determinar en última instancia, la proporcionalidad de la medida empleada, que si confirma la sospecha, acreditaría que quien habría faltado al deber de buena fe habría sido el trabajador y no el empresario, que se vería obligado a recurrir a ese método para defenderse de una conducta fraudulenta[62].

Una medida que contribuye a que no se utilice arbitrariamente el poder de control, es la de exigir al empleador que informe a los representantes de los trabajadores de las medidas que empleará. En España, el empresario debe informar al Comité de empresa, de cualquier sistema de control del trabajo en la empresa, antes de ponerlo en práctica, (art. 64.1.4 d) ET). Al margen de esta primera información,

---

61 "Un empleado que pasa frente al ordenador la mayor parte del día probablemente acabe conservando en el mismo algunos documentos ajenos a su prestación e servicios, o imprima alguna vez un texto particular. Pero si es tal el caudal de documentos personales archivados que entorpece el funcionamiento del ordenador, o es tal la magnitud de las impresiones que agota el «tonner», entonces es cuando se produce un abuso plenamente encuadrable en la trasgresión de la buena fe contractual y procede, consecuentemente su sanción. Pero estos son casos extremos que nuestro sentido común resuelve sin dificultad. La cuestión se complica en la estricta delimitación entre lo que es un uso extralaboral racional y lo que pasa a constituir un abuso, en aquellos supuestos en los que no está tan claro". SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 103. Similar criterio se encuentra en la Sentencia del Exp. 1058/2004-AA/TC, f.j. 17.

62 Sentencia del Tribunal Constitucional Español (STCE) 186/2000, de 10 de julio. Ver el comentario realizado por MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Sentencia 185/2000, de 10 de julio. Control del trabajador desleal y alcance del derecho a éste a la intimidad" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 2000), 315-318.

está obligado a comunicar al personal de las medidas de control que se emplean en la empresa. Se entiende, por tanto, que una vez puesto en marcha el sistema, éste se encuadra dentro de la legitimidad que exige el Ordenamiento, salvo que judicialmente se demuestre lo contrario. Al no existir una disposición similar en el Ordenamiento nacional, la advertencia al trabajador de esas medidas de control, debe ser expresa y la carga de la prueba debe corresponder al empleador, salvo que se demuestre que no existía otro sistema para probar el incumplimiento contractual del trabajador[63]. En el Derecho comparado la doctrina judicial no exige el consentimiento expreso del trabajador, sino únicamente, tácito, pero siempre que se acredite que el empresario notificó de ese control o que el trabajador era consciente de su existencia[64].

Finalmente, no existen dudas de la improcedencia de una medida de control que vulnere derechos fundamentales. En estos casos, el consentimiento del trabajador será irrelevante para determinar la licitud o proporcionalidad de la medida impuesta por el empresario[65], ya que por ser ilícita no tendrá valor judicial (art. 2.10 de la Constitución del Perú. En España se advierte una regulación similar en los arts. 90 de la Ley Procesal Laboral {LPL} y 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial {LOPJ}).

6. EL USO INDEBIDO DE LA COMPUTADORA

El empleo de la informática en la actividad empresarial presenta, junto con importantes progresos, nuevas perturbaciones en los espacios de intimidad del trabajador[66]. Una consecuencia de la innovación tecnológica, es la asignación de una computadora u ordenador para realizar el trabajo con más eficacia y prontitud. A la vez, teniendo en cuenta que es en la empresa donde el trabajador pasa la mayor

63 STCE 186/2000, de 10 de julio. Ver el comentario realizado por Ibidem.

64 A pesar de esta tendencia mayoritaria de la jurisprudencia, no existe consenso en la doctrina académica, ver SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 69-71.

65 MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 217-218.

66 Un estudio, basado fundamentalmente en las disposiciones del Estatuto italiano, pero aplicables a la realidad peruana se encuentra en GAETA, Lorenzo, "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación" en *Autoridad y democracia en la empresa*, ed. Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau (Madrid: Trotta, 1992), 63-76.

parte de su jornada, resulta relativamente frecuente que utilice, en ocasiones, ese instrumento de trabajo para asuntos personales y/o para comunicarse a través del correo electrónico con personas o por cuestiones ajenas al trabajo y/o para visitar páginas de Internet, que no se relacionan con la labor que tiene encomendada.

En principio, ante cualquiera de estos supuestos nos encontraríamos frente a un incumplimiento contractual, que debería ser sancionado en forma proporcional a su gravedad[67]. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta que "por nimiedades", como sería tener unos archivos personales o imprimir algunas hojas de contenido extralaboral, "no pueden proceder medidas trascendentales"[68].

En consecuencia, la conducta del trabajador se debe evaluar teniendo en cuenta su culpabilidad, medida en términos de dolo o negligencia inexcusable; el perjuicio que ocasione, sea moral[69] o económico; el tiempo dedicado a realizar esas labores y la defraudación de la confianza depositada para el cumplimento de las obligaciones encomendadas. En resumen, no puede medirse con el mismo rasero cualquier utilización indebida del ordenador[70].

De aquí, que el despido, sólo sería procedente si se acreditase la relevancia o trascendencia que tiene ese uso indebido, en proporción al tiempo de la jornada empleado, al perjuicio ocasionado, sea dentro de la empresa o frente a terceros y a la posible pérdida de confianza para trabajos futuros, por quebrantarse gravemente el deber de buena fe.

Por tanto, considerar como "trasgresión de la buena fe contractual la mera utilización de medios de trabajo para fines extralaborales, especialmente si se llevan a

---

67 Esta falta se encuentra tipificada en el art. 25 c) de la LPCL, cuando se refiere a la utilización indebida de los bienes del empleador. La doctrina académica española entiende que "...el uso autorizado de ordenadores para asuntos propios no plantea ningún problema, {pero} el no autorizado genera responsabilidades de los trabajadores". MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 6ª rev. y puesta al día ed., Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005, 146.

68 Cfr. SEMPERE SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 24.

69 Utilizo esta palabra en su acepción genérica, incluyendo en ella, por ejemplo, las ofensas o los actos discriminatorios.

70 Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 78-79.

cabo en tiempo y lugar de trabajo"[71], es un principio que debe ser matizado. El respeto a la dignidad del trabajador exige que el empresario le advierta que el uso de la computadora debe limitarse a las labores productivas y/o que será controlado, sea por medio de un sistema informatizado o por la revisión del disco duro.

La legislación española no contiene ninguna disposición específica sobre este supuesto, pero se entiende que al ser la computadora un bien de propiedad de la empresa, no se requiere para su revisión o control, la presencia de los representantes de los trabajadores, a diferencia de lo que ocurre cuando se revisan la taquilla y los objetos personales del trabajador (art. 18 ET), aún cuando pudiera ser aconsejable esa presencia por razones de orden práctico[72]. Sólo en casos extremos, cuando existen fundadas sospechas de la utilización irregular de ese instrumento, así como de la dificultad para realizar esa revisión si estuviese presente el trabajador, la doctrina judicial española ha reconocido la eficacia probatoria del testimonio de un tercero imparcial, como es un notario[73].

En todo caso, para el registro de la computadora debe aplicarse un criterio similar al que se utiliza cuando se revisan la mesa de trabajo y los cajones del escritorio que emplea el trabajador, es decir, con respeto a la persona, que implica "un margen de tolerancia de uso extralaboral"[74], en la medida en que en esos espacios es "posible la existencia de un espacio de intimidad"[75].

La negativa del trabajador a la instalación de un programa informático de control, si no está avalada por la lesión a la dignidad o a un derecho fundamental, es irrelevante, ya que supondría un límite irrazonable al poder de control del empresario. De aquí que el que la Sala Laboral del Tribunal Supremo español haya recono-

71 Ibidem., 24.

72 Ibidem., 106, ver la bibliografía y jurisprudencia allí citadas.

73 En este caso, la empresa solicitó la presencia del notario, para que viera cómo un técnico informático grababa en un CD el contenido de la computadora, el cual, junto con un segundo CD y la CPU fueron retirados en su presencia. El notario procedió al traslado de este material a la Notaría, para su ulterior precinto y posterior presentación como medios de prueba en el juicio. Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) Galicia de 30 mayo 2003 (AS 2003\3128).

74 SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 88.

75 LUQUE PARRA, Manuel; MARTÍNEZ FONS, Daniel, "La determinación de la prestación de servicios" en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, ed. Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia (Dirección y Coordinación) (Cizur Menor: Aranzadi, 2002), 708.

cido la legitimidad de instalar un programa "espía" en la computadora de un trabajador, que no tenía clave personal de acceso y estaba conectado a la red de la empresa, pero que se había negado a la instalación de filtros para el acceso a Internet[76].

Si el empresario comprueba que el trabajador ha utilizado la computadora para fines personales, el control que está facultado a realizar debe llegar "a lo que la verificación de la infracción exige"[77]. Esto implica que, en algunos casos sea necesario leer el íntegro del archivo o documento, que puede tener un contenido extralaboral perjudicial a los legítimos intereses empresariales.

7. EL USO INDEBIDO DEL CORREO ELECTRÓNICO

Cuestión más difícil de resolver es la que se refiere al uso indebido del correo electrónico, ya que es práctica sumamente generalizada emplear el correo electrónico que facilita la empresa, también para fines personales[78]. Esta práctica puede ser compatible con el deber de diligencia y de buena fe, cuando se califica ese uso con un criterio prudencial y no rigorista[79]. Evaluar la conducta del trabajador con criterio rigorista llevaría a afirmar el quebranto a la buena fe siempre que el trabajador haya utilizado (en tiempo y lugar de trabajo) el correo electrónico, facilitado por la empresa, para fines ajenos a la actividad laboral. Si se emplea, en cambio, un criterio prudencial, se tendrá en cuenta, además, la cantidad y el contenido de los mensajes enviados para calificar el incumplimiento contractual[80].

De acuerdo a un sector de la doctrina laboral española, cuando el correo electrónico es utilizado como medio de comunicación personal por el trabajador, ten-

---

76 El Auto del TSE de 30 abril 2004 (JUR 2004\149766) al declarar la improcedencia del recurso de casación dejó firme la sentencia de suplicación que había declarado la legalidad de las medidas de control, así como el despido de un trabajador, que utilizó indebidamente la computadora, según se pudo comprobar de los datos obtenidos de un programa "espía", instalado en la máquina, sin su consentimiento, al negarse a que pusieran filtros de acceso a Internet a páginas pornográficas.

77 Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 105.

78 Cfr. el estudio estadístico citado por Ibidem., 73.

79 "Treinta segunda bastan para enviar tres mensajes de correo electrónico, con lo que el argumento de la disminución de rendimiento perdería fuerza". Ibidem., 78.

80 Cfr. la doctrina jurisprudencial recogida por Ibidem., 76-77.

dría la protección del secreto de las comunicaciones reconocidas en el art. 18.3 CE, aún cuando se haya utilizado un canal de propiedad del empresario[81]. Similar postura se advierte en un sector de la doctrina peruana[82], pero es criticada por otra[83], a la luz de la interpretación que del art. 2.10 CP ha realizado el Tribunal Constitucional en el Expediente 1058-2004-AA/TC. Es doctrina conocida que el secreto de las comunicaciones es un derecho diferente al de la intimidad[84] pero que constituye, junto con la inviolabilidad del domicilio y la limitación legal del uso de la informática, "los guardianes" de la intimidad y, en su caso, de la vida privada[85]. La duda que se plantea es si este derecho es aplicable en la relación laboral, como si el empresario fuera un tercero, que actúa como agente intrusivo en la intimidad de la comunicación realizada a través de una cuenta de correo electrónico facilitada por la empresa para fines laborales.

Tanto en el Perú como en España, el derecho a la intimidad personal y familiar consagrada en las Constituciones de ambos países guarda un estrecho parentesco con el secreto de las comunicaciones y, en especial, con el de las postales, telegráficas y telefónicas, cuya interceptación significa "una grave injerencia"[86]. La protección constitucional al secreto de las comunicaciones "se presenta como una garantía formal, que protege la reserva o privacidad de la comunicación, sea cual sea el contenido de la misma"[87]. Por tanto, se garantiza tanto la libertad de comunicación como "la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas"[88].

Estos derechos fundamentales y libertades públicas, tienen espacio en la relación jurídico-laboral, dentro de las reglas de la buena fe y de las obligaciones asu-

---

81 Cfr. MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 131 y ss, SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 81 y ss.

82 Cfr. DEL RÍO TIMANÁ: CXLIV, MARGARAY BRIGNOLE, "La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad," 94.

83 Cfr. VV. AA., "Jurisprudencia Laboral," *Análisis Laboral* (2004): 33.

84 Ver la detallada fundamentación que realiza al respecto MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 115-125.

85 Cfr. DESANTES GUANTER, *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, 111-112.

86 Sentencias del TCE 85/1994 y 36/1996 (RTC 1994, 85 y 1996, 36).

87 MERCADER UGUINA, Jesús R., "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?," *Relaciones Laborales*, no. I (2001): 677.

88 STCE 114/1984 (RTC 1984/114).

midas por las partes. Por tanto, si la empresa proporciona a los trabajadores el correo electrónico únicamente para fines laborales y advierte del posible control sobre su contenido[89], el trabajador que lo emplee para fines personales, está renunciando al secreto de esa comunicación en relación al empresario, pero no frente a terceros[90].

Sin embargo, esa utilización extralaboral debería evaluarse con el criterio prudencial que dicta la buena fe y, teniendo en cuenta, como ya se ha dicho, que el trabajador pasa la mayor parte de las horas de la jornada en la empresa. Por tanto, se deberían emplear criterios de proporcionalidad para establecer el incumplimiento laboral. A la vez, si de la lectura del mensaje se infiere un perjuicio a los legítimos intereses del empresario, éste puede realizar una minuciosa revisión del texto, sin que por ello vulnere la intimidad del trabajador. En estos casos no sería suficiente identificar, por el título, que el contenido del mensaje es extralaboral, porque sólo en la medida en que se conozca el íntegro del mensaje, se podrá determinar la gravedad del uso indebido que se ha realizado del tiempo y de los instrumentos de trabajo[91].

Las facultades empresariales para controlar el uso del correo electrónico no han sido reglamentadas por la legislación vigente, pero deben ser interpretadas de acuerdo "a la correspondiente doctrina del TC sobre modulación de derechos fundamentales y poderes empresariales en el contrato de trabajo"[92]. Lamentablemente, en el Perú sólo existe una sentencia que se haya pronunciado sobre este tema: la que resolvió la acción de amparo de un trabajador de Serpost S.A., por utilización indebida del correo electrónico que, aunque afirme lo contrario, vacía de contenido la potestad de control y, lo que es más grave, desvirtúa las exigencias del deber de

89 Las experiencias en el Derecho comparado se pueden revisar en MERCADER UGUINA, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?," 680-681.

90 STSJ Cataluña 14 noviembre 2000 (AS 2000/3444). Esta es la línea jurisprudencial mayoritaria en los TSJ. Critica esta doctrina y cita abundante jurisprudencia sobre este tema, SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 92.

91 Para un sector de la doctrina no sería legítima este control empresarial cuando "a través de la identificación del tema o título del mensaje puede derivarse que tiene carácter personal no es necesario acceder a su contenido, puesto que el interés empresarial queda ya satisfecho identificando la naturaleza extraproductiva del correo". LUQUE PARRA, "La determinación de la prestación de servicios", 705.

92 SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 89.

buena fe en el cumplimiento de las obligaciones laborales[93], salvo que se realice una interpretación teleológica y unitaria de ese pronunciamiento. Esta sentencia contiene varias afirmaciones carentes del debido sustento jurídico, que justifican un análisis detallado.

En primer lugar, califica la correspondencia que se emite o recibe a través del correo electrónico facilitado por la empresa para fines laborales, como de carácter privado. Entiende el TCP que el empleo de los instrumentos de comunicación por los trabajadores incluye "determinados elementos de autodeterminación personal", que están referidos a derechos fundamentales (f.j. 17). Sin negar la evidencia de esta afirmación, no podemos limitarnos a una lectura superficial de esa sentencia, que podría llevar a absolutizar este aspecto, al punto de exigir en el ámbito laboral, lo que no es exigible en ninguna otra rama del Ordenamiento: la autorización judicial en todos los casos en que se pretenda conocer el contenido de la correspondencia. El análisis de las disposiciones de la Constitución y del Código Civil y Penal que tratan sobre el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones impone realizar dos precisiones: a) que la correspondencia a la que se refieren esas normas, es la estrictamente privada, que no ha sido objeto de ninguna cesión jurídica, por consentimiento del titular; b) que la intervención del juez es, en todos los casos, supletoria, es decir, cuando no existe pacto o consentimiento para develar el secreto de esas comunicaciones. Por tanto, estos supuestos deben ser matizados en la relación laboral, porque al ser el trabajador un ciudadano con iguales derechos a los demás, tiene la potestad de otorgar su consentimiento para que se revise la correspondencia que envíe o reciba en una cuenta de correo electrónico facilitada por la empresa para fines productivos[94]: esa cesión no es contraria a la dignidad ni al contenido esencial de los derechos constitucionales. El trabajador al recibir la cuenta de correo electrónico de la empresa, adquiere la obligación cualificada de utilizar ese bien para cumplir con la prestación laboral (art. 25 c) LPCL). En consecuencia, la intervención del juez se encuentra plenamente justificada sólo cuando

93 Sentencia recaída en el Expediente 1058-2004-AA/TC.

94 El art. 16 del CC establece que "la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier genero o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario".

falta el consentimiento del trabajador a ser sometido a la fiscalización del buzón que le ha sido facilitado por la empresa[95].

En la sentencia bajo comentario, la inclusión expresa de este deber en el Reglamento Interno de Trabajo (art. 110) constituía para el empleador la expresión cabal del conocimiento que el trabajador tenía de esta medida de control y, por tanto, de las sanciones que podía recibir en caso de incumplirlo. Sin embargo, a juicio del TC no fue suficiente para considerar otorgado el consentimiento para esa fiscalización y ha declarado la necesidad de iniciar un proceso judicial para poder acceder a esa correspondencia. Por tanto, es aconsejable que el trabajador firme un documento en el que exprese su consentimiento a que el empresario conozca y revise la correspondencia que emita o reciba por medio de la cuenta de correo electrónico que le ha sido facilitada para su labor. Podría también emitir esa declaración utilizando el buzón electrónico asignado por la empresa, en comunicación dirigida al Jefe de Relaciones Industriales o de Personal. Lo importante es que pueda demostrarse, en forma indubitable, el consentimiento realizado previamente para ese control y fiscalización.

En cambio, solicitar el consentimiento del trabajador para que el empresario revise y controle la cuenta de correo personal que pudiera tener en alguno de los servicios que ofrece Internet, equivaldría a solicitar la renuncia genérica, en términos que afectan la dignidad del trabajador, del derecho fundamental a la intimidad y al secreto a las comunicaciones reconocido en la CP. Al no ser esa cuenta de correo un bien entregado por el empleador para fines laborales, no puede ser objeto del contrato de trabajo ni de medidas de control o vigilancia. En estos casos, el trabajador puede lícitamente oponer resistencia a la vigilancia empresarial, que tendrá que solicitar autorización judicial para poder acceder a esa correspondencia, tal como establece la normativa constitucional y legal antes mencionada[96].

En resumen, entendemos que el Tribunal Constitucional ha declarado la necesidad de iniciar un procedimiento judicial para verificar el contenido de las comu-

[95] Criterio similar se puede utilizar para controlar los documentos que se reciban en una casilla o buzón físico de la empresa.

[96] El Dec. Leg. 910 tiene una omisión, que debería ser corregida prontamente, al no haber calificado como falta de tercer grado, pasible de la máxima multa, la conducta empresarial que vulnere la dignidad y los derechos constitucionales del trabajador.

nicaciones que se emitan o reciban por medio del correo electrónico que ha sido facilitado por el empresario, sólo cuando no se cuente con la aceptación expresa del trabajador o cuando se trate de una cuenta personal del trabajador, que no ha sido objeto del contrato de trabajo. Lo contrario equivaldría a negar la capacidad jurídica de los trabajadores para ceder lícitamente espacios de privacidad y, a la vez, la imposición de una carga excesivamente onerosa para verificar la utilización indebida de un bien entregado para fines previamente acordado por las partes. No se podría en este caso argumentar la violación de un derecho fundamental porque el pacto laboral implica la cesión de un espacio de privacidad que no afecta la dignidad humana, ya que el trabajador no renuncia a su intimidad ni al secreto de sus comunicaciones *in genere,* sino únicamente ante el empresario y para la correspondencia recibida o emitida en la cuenta de correo electrónica entregada para fines laborales.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional confunde dos incumplimientos laborales: el del acoso sexual con el del empleo indebido de los bienes de propiedad del empresario. En el f.j. 14 de esta sentencia se afirma que la denuncia tendría que haber sido realizada por "el supuesto agraviado" por el envío de los correos y no por el trabajador que había empezado a utilizar la computadora en la que constaban dichos mensajes. Sin embargo, no se trata de un supuesto de acoso sexual laboral, que es el que justificaría que sea el receptor del correo quien denuncie el hecho, sino de la comprobación del uso indebido y de la defraudación de la confianza depositada en un Jefe de Auditoria que había empleado el instrumento de trabajo para fines extralaborales. Por otro lado, el Tribunal invade el campo de la legalidad ordinaria al evaluar la proporcionalidad de las sanciones previstas en el Reglamento Interno de la empresa y entender que aplicar la sanción del despido por la utilización indebida del correo electrónico, "tergiversa el alcance del debido proceso" en sus aspectos formales y sustantivos (f.j. 8). El debido proceso no ha sido vulnerado pues la empresa cumplió con comunicar la falta y tipificarla, así como sancionarla, de acuerdo a su normativa interna, aunque al Tribunal, ignoramos porqué motivos, parece querer "menguar responsabilidades"[97].

De acuerdo al art. 108 del Reglamento Interno de SERPOST S.A. la sanción se aplica teniendo en cuenta la gravedad de la falta y los antecedentes del trabajador.

[97] VV. AA., "Jurisprudencia Laboral," 32.

La sentencia bajo comentario no aporta elementos suficientes para evaluar los antecedentes del trabajador, pero resulta una falta cualificada, de especial gravedad, que sea precisamente el Jefe de la Auditoria Interna de la empresa, es decir, la persona en quien confía la organización empresarial para verificar la correcta utilización de sus bienes, quien los utilice no sólo para fines ajenos a la organización, sino para enviar correos, que la jurisprudencia española ha calificado como "ofensivos", para el respeto debido a la dignidad humana[98]. Considerar "absolutamente desproporcionado e irrazonable" aplicar la sanción de despido evidencia únicamente la distinta valoración axiológica de los miembros del Tribunal Constitucional, respecto a la Sala Laboral, pero en modo alguno, una mejor interpretación teleológica de las disposiciones de la Constitución y de las normas y principios que rigen la relación laboral.

Tampoco se puede silenciar que ese Tribunal entiende que se vulneró el debido proceso porque el empleador no comunicó al trabajador en la carta de despido, todas las pruebas con las que contaba sobre la falta cometida (f.j. 10). Esta obligación no se encuentra ni en la Constitución ni en las normas procesales laborales. Por tanto, presentar un medio de prueba con la contestación de la demanda, no sólo no es contrario al deber de buena fe, sino que constituye el legítimo ejercicio de los derechos laborales, en consonancia con el Ordenamiento vigente (art. 21.4 Ley Procesal de Trabajo). La obligación legal del empresario consiste en tipificar adecuadamente la falta y no en presentar los medios de prueba. Por otro lado, no puede negarse que la computadora que debió ser sometida a control y verificación notarial fue la del trabajador despedido, lo cual pudo haberse realizado en su presencia y en la de un notario, que hubiese dado fe pública de su contenido.

Finalmente, también debe señalarse que el sistema de control del correo electrónico que se presenta como más idóneo para respetar la dignidad e intimidad del trabajador, es el que se realiza a distancia y permite obtener los datos necesarios para identificar el contenido extralaboral, aún cuando no se conozca al detalle ese contenido, mediante programas informáticos especializados, filtros de seguridad en los servidores o redes informáticas[99]. Como hemos afirmado anteriormente, una

98 Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 99-102. Desarrollaremos esta calificación en el siguiente Apartado Décimo de este estudio.

99 "Lo atractivo –y seguro– de estos métodos es que no sólo permiten conocer datos suficientes sobre los mensajes enviados y recibidos como para saber si son de naturaleza laboral o no, sin necesidad de entrar

vez comprobada la utilización irregular del correo, queda a criterio del empresario, ahondar en esa investigación para determinar la gravedad del incumplimiento. La tecnología informática en las comunicaciones exige nuevas respuestas, que aún cuando puedan ser incluidas en un Código de Conducta empresarial, como se ha propuesto[100], tendrán siempre un margen de discrecionalidad, en el que si se tiene en cuenta el respeto debido a la dignidad humana, se evitará el abuso del derecho, tanto de parte del trabajador, como del empresario.

8. EL USO INDEBIDO DE INTERNET

Sobre el empleo indebido de Internet en la empresa, han de tenerse en cuenta los criterios enunciados en los apartados anteriores sobre el respeto a la intimidad personal y al deber de utilizar los instrumentos de trabajo para los fines pactados. No obstante, existe una diferencia esencial entre la utilización del correo electrónico y la consulta a Internet. Las comunicaciones personales realizadas a través del correo electrónico de propiedad del empresario, mantienen el carácter secreto frente a terceros, aún cuando quede copia de ellas en un servidor[101]. En cambio acceder a Internet equivale a ingresar a un espacio que es, *per se*, público.

La expresión "navegar por Internet" manifiesta que la Red ofrece vías virtuales por las cuales transitar en busca de información, entretenimiento, etc. Por tanto, el control empresarial sobre el itinerario virtual del trabajador, se corresponde con el que hacen los detectives privados, que siguen a un trabajador que transita por la ciudad o el campo, cuando existe fundada sospecha de un incumplimiento en la utilización del tiempo de trabajo. En consecuencia, así como no es necesario el consentimiento del trabajador para la contratación de detectives privados, tampoco es exigible para conocer las direcciones de Internet que ha consultado durante la jornada de trabajo: éste es un riesgo que toda persona asume al consultar Internet y, más si se realiza en horas de trabajo y con una computadora de propiedad de la

propiamente en su contenido, sino que incluso se evita tener que acceder desde el ordenador del trabajador, que igualmente podría ser constitutivo de una intromisión en su ámbito de intimidad". Ibidem., 91.

100 Cfr. MERCADER UGUINA, "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?," 683.

101 Considera que ese carácter secreto es oponible también frente al empresario, MARÍN ALONSO, *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, 143 y ss.

empresa. A la vez, si al navegar por Internet el trabajador utiliza una cuenta de correo electrónico personal, el empresario, al igual que los detectives en el caso de un seguimiento físico, no puede ingresar en ese ámbito de estricta privacidad del trabajador, salvo que medie autorización judicial.

La doctrina laboral ha resaltado que al reconstruir el historial de acceso a páginas visitadas por un trabajador se pueden "desvelar numerosos datos correspondientes al estricto ámbito de la intimidad del trabajador"[102]. No obstante, resulta difícil calificar esa verificación como una violación a la intimidad, tanto por el carácter público de Internet, como porque siempre es posible deducir aspectos íntimos de la conducta de una persona y esa tarea deductiva no puede considerarse una intromisión ilegítima en la intimidad. Para que se configure la lesión a la intimidad tendría que haber una intromisión directa en ese ámbito personalísimo. Por esta razón en los conflictos por uso indebido de Internet, se ha admitido en sede judicial, la reconstrucción del historial de páginas visitadas como prueba válida para calificar la procedencia de un despido[103].

9. EL CONTENIDO "OFENSIVO" DEL CORREO ELECTRÓNICO Y DE INTERNET

La infracción laboral por el uso indebido del correo electrónico o del recurso a Internet se configura en primer lugar por la materialidad de la acción: su mayor o menor gravedad, hemos afirmado antes, dependerá del contenido y del tiempo empleado para esas actividades.

Respecto al tiempo empleado no existen dudas, en la doctrina académica ni judicial, sobre la procedencia del despido cuando el tiempo dedicado a *navegar* por Internet sea excesivo, en relación a la jornada de trabajo, o cuando el envío de los correos electrónicos personales sea elevado[104]. Tampoco existen dudas cuando esos contenidos pueden reconducirse a las causas de despido disciplinario. En

[102] SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 97 y las referencias bibliográficas que se citan.

[103] STSJ Madrid de 16 octubre 1998 (RJ 1998/3780). No obstante, parte de la doctrina considera que puede ser calificado como un atentado a la intimidad Ibidem., 99-102 y la doctrina académica allí citada.

[104] Ibidem., ver la jurisprudencia citada en 92 y 101.

cambio, la doctrina académica se cuestiona si consultar páginas de contenido pornográfico o enviar correos electrónicos de este tenor, calificados como "ofensivos" por la jurisprudencia, pudieran ser un agravante en el incumplimiento laboral[105].

El Ordenamiento vigente sólo considera delito la pornografía exhibida frente a menores o la pornografía infantil (art. 183 Código Penal)[106]. Por tanto, parecería que no es jurídicamente reprobable el contenido pornográfico de las comunicaciones electrónicas o de las consultas en Internet que no tengan esos destinatarios. Sin embargo, existen indicios de que consultar una página de este tipo, o difundir ese tipo de material por el correo electrónico, es cualitativamente distinto, en cuanto a sus efectos en las relaciones interpersonales, que las que tienen un contenido ético indiferente.

Se dice que la pornografía es difícil de definir, pero muy fácil de reconocer. Un estudio de la Carnegie Mellon sobre pornografía en Internet aportaba los datos de que el "98,9% de los consumidores on-line de pornografía son varones. Y hay algún indicio de que del restante 1,1% muchas son mujeres pagadas para tomar parte en los *chat rooms* y en los boletines para que los clientes se sientan más a gusto"[107]. Los sujetos de las películas o imágenes pornográficas incluyen elementos y temas sistemáticamente ofensivos y degradantes para las mujeres: las mujeres suelen ser presentadas explícita o de una manera implícita como esclavas sexuales[108]. Por tanto, parece que la dignidad humana de algunas personas es sistemáticamente violentada en la pornografía. Pero ¿es esta apreciación suficiente para calificar la consulta y difusión de pornografía en la empresa, como un atentado a la

105 "Da la impresión de que lo trasgresor no radica únicamente en el carácter extralaboral de las llamadas visitas informáticas o correos electrónicos sino también en su carácter poco serio o inmoral (generalmente erótico); ese dato se toma con frecuencia como factor agravante de la conducta del trabajador, generando la impresión de que los tribunales se convierten en una especie de censores morales". Ibidem., 54-55.

106 Un reciente estudio de una disposición similar en el Ordenamiento español, que encuentra su paralelo en el art. 186 del Código Penal de ese país, se encuentra en MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, Dykinson, 2005.

107 ELMER-DEWITT, P. "On a Screen Near You: Cyberporn", *Time*, 3 julio 1995, 38, citado por NUBIOLA, Jaime, "La marea negra de la pornografía," *ACEPRENSA* 2003.

108 Cfr. COWAN, G. y K.F. DUNN, K.F. "What Themes in Pornography Lead to Perceptions of the Degradation of Women?", *Journal of Sex Research*, 31 (1994), 11-21; LINZ, D. y MALAMUTH, N., Pornography, *Sage*, Newbury Park, CA, 1993, 4, citados por Ibidem.

dignidad humana, jurídicamente reprobable, aunque no exista un precepto legal que lo prohíba? Una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) puede darnos luces para resolver esta cuestión.

El TJCE, en el caso Omega[109] confirmó la prohibición realizada por las autoridades alemanas, de impedir el funcionamiento de un local para explotar comercialmente la simulación de actos violentos contra personas, en particular, mediante la representación de acciones homicidas[110]. La razón esgrimida por las autoridades alemanas y confirmada por TJCE, fue que "la explotación comercial de juegos de entretenimiento que impliquen la simulación de acciones homicidas menoscaba un valor fundamental consagrado por la Constitución nacional, como es la dignidad humana"[111].

En consecuencia, aún cuando no existía un precepto legal que prohibiera ese tipo de juegos, la defensa de la dignidad humana justificó la decisión de las autoridades alemanas y su confirmación el TJCE. Es decir, la fuerza jurídica de este fundamento y principio general del Ordenamiento fue suficiente para reafirmar la prohibición realizada por las autoridades alemanas[112]. Si aplicamos este criterio a la consulta y difusión de pornografía en la empresa, que es un lugar de interacción social, podría también afirmarse que, por ser una actividad que menoscaba la dignidad humana, constituye un agravante del incumplimiento contractual, por ser la empresa un lugar privilegiado para la tutela de la dignidad humana, como ha resal-

109 STJCE 14 octubre 2004 (2004\377).

110 "En el presente caso, por una parte, procede señalar que, según el órgano jurisdiccional remitente, la prohibición de explotación comercial de juegos de entretenimiento que implican la simulación de actos violentos contra personas, en particular mediante la representación de acciones homicidas, corresponde al nivel de protección de la dignidad humana que la constitución nacional ha querido garantizar en el territorio de la República Federal de Alemania. Por otra parte, debe observarse que, al prohibir únicamente la variante del juego láser que tiene por objeto disparar a blancos humanos y, por tanto, «jugar a matar» personas, la orden controvertida no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido por las autoridades nacionales competentes". STJCE 14 octubre 2004 (2004\377), ap. 39.

111 STJCE 14 octubre 2004 (2004\377), ap. 32.

112 La doctrina científica se hizo eco de la importancia de este pronunciamiento, ver TAPIA HERMIDA, Antonio, "La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario: Sus funciones. La "dignidad humana" como principio general del derecho y norma jurídica," *Estudios Financieros*, no. 265 (2005): 115-142.

tado la jurisprudencia de la Sala Laboral del Tribunal Supremo español en numerosos pronunciamientos[113].

La eliminación de la pornografía viene siendo propugnada, con singular fuerza en Canadá y Estados Unidos, no por motivos religiosos sino "por la constatación empírica de que las películas pornográficas causan daño a las mujeres, no sólo a las que toman parte en la filmación, sino también a las que son violentadas por los varones excitados por esas películas o que han aprendido en ellas nuevas prestaciones"[114].

La pornografía presenta y trata a los seres humanos como objetos sexuales y no como personas. Por tanto, se encuentra en las antípodas de la convivencia humana civilizada, no por razones simplemente morales, sino jurídicas, ya que desconoce la regla básica que exige el respeto a la dignidad humana y que fue enunciada magistralmente por Kant: "todos los seres racionales están sujetos a la ley de que cada uno de ellos debe tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás nunca como simple medio sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo"[115]. Por tanto, la dignidad humana exige el reconocimiento *erga omnes* de la *dimensión personal* de todos los individuos de la especie humana.

La erradicación del acoso sexual laboral, que tantos pronunciamientos ha merecido de los Poderes Públicos a nivel nacional, comunitario e internacional, difícilmente podrá lograrse en una sociedad que tolere con indiferencia, la difusión de la pornografía. Una de las conquistas del siglo XX es haber logrado que se reconozca la *igual dignidad* del varón y la mujer, basada en el reconocimiento de la dimensión *personal* de la condición sexuada. Las relaciones entre el hombre y la mujer

---

113 Cfr., por todas, la STS de 26 abril 1988 (RJ 1988/3027) que declara que la empresa tiene que salvaguardar, "el valor superior en el que se integran otros", y que se erige como el más alto de todos: "el de la dignidad del hombre que trabaja".

114 NUBIOLA, "La marea negra de la pornografía," y las referencias bibliográficas por él citadas. Afirma este autor que "la pornografía no es tanto la explicitación de la genitalidad, como el establecimiento de unas cadenas de excitación y consumo –de verdadera explotación– entre creadores o productores y audiencia. En este sentido, la pornografía sería una adicción plenamente asimilable a la droga, tanto por el volumen de negocio que mueve, como por la borrosa distinción entre drogas duras y blandas (*hard y soft porn*), o incluso por la ingenua tolerancia satisfecha que se tiene acerca de ella en muchos países democráticos en nombre de la libertad de expresión".

115 KANT, Inmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, El Cid, 2003, 83-84.

han superado la tradicional complementariedad en orden a la formación de una familia, y se orientan a un trato propio de "compañeros, colegas, colaboradores, amigos y miembros integrantes de empresas comunes en donde se requiere la estrecha colaboración de unas y otros"[116]. En consecuencia, a la vista de la cosificación de la persona –y mayoritariamente de la mujer–, que caracteriza a la pornografía, parece laudable que, en aras a contribuir al mayor respeto de la dignidad humana y a la desaparición de la lacra del acoso sexual, se considere como un agravante del incumplimiento contractual, el utilizar los bienes del empresario para promover la pornografía, lo cual se consigue con la simple consulta a dichas páginas eróticas. Y, como un agravante cualificado, que el objeto de los comentarios procaces en un correo electrónico, sea alguna persona vinculada al trabajador por el contrato de trabajo.

10. EL USO INDEBIDO DEL TELÉFONO

Otro instrumento de trabajo que se presta a intromisiones en el ámbito de la intimidad es el que se relaciona con el uso del teléfono. En principio, por ser el empresario el titular del teléfono, puede sancionar el uso abusivo que se haga, con fines particulares o extraproductivos, porque se trataría de un quebranto al deber de buena fe[117] y, a la vez, una utilización indebida de los bienes de propiedad del empresario. Sin embargo, esto no le faculta a escuchar las conversaciones de los trabajadores[118]. El control sobre el uso del teléfono se puede realizar a distancia,

116 MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel, *La sensibilidad*, Madrid, EIUNSA, 1999, 48-49.

117 Cfr. LUQUE PARRA, "La determinación de la prestación de servicios", 699 y la jurisprudencia de los TSJ en esta materia.

118 Así lo confirmó una sentencia de la Sala Laboral del TSE: la STS de 10 marzo 1990 (RJ 1990/2045) calificó como conducta antijurídica la grabación que realizó la empresa de una supuesta conversación telefónica entre el trabajador y una tercera persona no identificada, "en la que aquél le ofrecía una cantidad de Langostinos sustraídos a la empresa, mediante precio". El trabajador negó la veracidad del casete que recogía esa grabación. El TSE cita en apoyo de su fallo la STC 114/1984 (RTC 1984\114), que al interpretar el art. 18.3 CE afirma que éste «consagra la libertad de las comunicaciones, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas». Añade que «la norma constitucional se dirige inequivocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia «erga omnes») ajenos a la comunicación misma». Así como la STS de 15 de febrero 1984 (RJ 1984\878), que rechazó "la interposición o interferencia de un tercero entre remitente y destinatario

en base a las facturas, comprobando los destinatarios de las llamadas. Este control no vulnera la intimidad del trabajador y encaja dentro de las facultades de fiscalización del empleador[119].

Sin embargo, sí sería lícito, previa advertencia, grabar una conversación telefónica porque se entiende que hecha la advertencia, de continuar la conversación, el emisor y el receptor de la comunicación están dando su consentimiento para dicha grabación. Por el contrario, es dudosa la legalidad de las cláusulas contractuales que autoricen genéricamente al empresario a controlar todas las comunicaciones escritas o telefónicas del trabajador, porque equivaldría a renunciar sin condiciones a un derecho fundamental[120].

Una muestra palpable de que la aplicación del derecho exige identificar en cada supuesto lo que a cada quien le corresponde, sin caer por ello en el casuismo, es que puede justificarse, en determinadas circunstancias, la escucha de las conversaciones telefónicas. Un importante referente en este tema es una sentencia del Tribunal Supremo español, que ante la medida de conflicto colectivo iniciada por el sindicato que consideraba ilegal el control realizado por la empresa, se pronunció por la legitimidad en atención a los siguientes hechos probados: a) el teléfono controlado se puso a disposición de los trabajadores como herramienta de trabajo para el trabajo encomendado; b) También se puso a su disposición otro teléfono para sus conversaciones particulares; c) Los trabajadores sabían que el primero de estos teléfonos debían utilizarlo solamente para trabajar y que podía ser intervenido por la empresa; d) La empresa sólo controlaba las llamadas que recibía el trabajador, pero no las que hacía; e) El control que realizaba la empresa era aleatorio –un 0,5%–, y con la finalidad exclusiva de controlar la buena realización del servicio para su posible mejora[121].

---

de cualquier comunicación". Termina afirmando que esa conducta empresarial es "contraria a lo que previene el número 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo". Similar doctrina es la que ha consagrado la sentencia del TCP recaída en el Exp. 1058-2004-AA/TC.

119 En el Derecho español formaría parte del poder de vigilancia y control previsto en el art. 20.3 ET. Cfr. SEMPERE NAVARRO, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, 129.

120 Cfr. LUQUE PARRA, "La determinación de la prestación de servicios", 700.

121 STS de 5 diciembre 2003 (RJ 2004\313). A la vista de estos hechos, el TSE concluye que "la única conclusión razonable a la que se puede llegar" es que se trata de un control proporcionado a la finalidad que pretende. Además es un control "necesario puesto que no se conoce otro medio más moderado para

11. EL DERECHO AL SECRETO EN LAS COMUNICACIONES Y EL DEBER DE BUENA FE

La función de intérprete supremo de la Constitución, que corresponde al Tribunal Constitucional (art. 1 LO 28301) obliga a los Jueces y Tribunales del Poder Judicial a interpretar y aplicar las leyes y cualquier otra norma con rango de ley, conforme a la interpretación que realice ese Tribunal, bajo responsabilidad (Disposición Final Primera de la LO 28301). Por tanto, la interpretación que ha realizado de los alcances del artículo segundo, inciso 10 de la CP en la relación laboral, exige iniciar un procedimiento judicial para conocer el contenido de la correspondencia emitida o recibida por un trabajador a través del correo electrónico facilitado por la empresa, siempre y cuando no haya otorgado su consentimiento expreso para esa fiscalización.

La modalización del ejercicio de los derecho fundamenteales que realiza el deber de buena fe en el ámbito laboral exige que se realice una interpretación teleológica y unitaria del Ordenamiento, a fin de no caer en abusos del derecho, como sería convertir en inoperante el poder de control del empresario o permitir, bajo la apariencia de respeto a la dignidad, intimidad y secreto a las comunicaciones, lo que sería una *banalización* de los derechos fundamentales al viciar su contenido, calificando como derecho lo que no pasaría de ser una conducta netamente antijurídica[122].

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel/ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia.* Editado por Comentarios Breves. 4ª ed, Madrid, Civitas, S.A., 1995.

obtener la finalidad que se pretende –juicio de necesidad–, es idóneo para el mismo fin –juicio de idoneidad– y ponderado o equilibrado porque de ese control se pueden derivar beneficios para el servicio que presta la empresa y no parece que del mismo se puedan derivar perjuicios para el derecho fundamental de los trabajadores –proporcionalidad en sentido estricto–".

122 Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, "Sentencia 6/1995, de 10 de enero. Poder del empresario y libertad de expresión del trabajador" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, ed. Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar (Madrid: Civitas, 1995), Vol. XIII: 41-45.

DE VICENTE PACHÉS, Fernando. *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1998.

del REY GUANTER, Salvador. "Sentencia 98/2000, de 10 de abril. Los límites del control por el empresario en el centro de trabajo mediante mecanismos auditivos" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XVIII: 192-199. Madrid: Civitas, 2000.

DEL RÍO TIMANÁ, Dalia. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, no. 47: CXXXV-CLVI.

DESANTES GUANTER, José María / SORIA, Carlos. *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*, Madrid, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991.

GAETA, Lorenzo. "La dignidad del trabajador y las "perturbaciones" de la innovación" en *Autoridad y democracia en la empresa*, editado por Joaquín Aparicio Tovar y Antonio Baylos Grau, 63-76. Madrid: Trotta, 1992.

GARCÍA GARCÍA, Clemente. *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad de Murcia, 2003.

GONZÁLEZ GAITANO, Roberto. *El deber de respeto a la intimidad*, Pamplona, EUNSA, 1990.

GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador: un estudio sobre los límites del poder de control empresarial*, Madrid, Civitas, 1988.

KANT, Inmanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, El Cid, 2003.

LUCAS VERDÚ, Pablo. "Prólogo" en *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, 17-23. Madrid, 1995.

LUQUE PARRA, Manuel; MARTÍNEZ FONS, Daniel. "La determinación de la prestación de servicios" en *Tratado práctico de Derecho del trabajo y Seguridad Social*, editado por Antonio Martín Valverde y Joaquín García Murcia (Dirección y Coordinación), 699-712. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

MARGARAY BRIGNOLE, Carlos Eduardo. "La transparencia del trabajador y la posible afectación de su privacidad." *Diálogo con la Jurisprudencia*, no. 76 (2005): 89-95.

MARÍN ALONSO, Inmaculada. *El poder empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005.

MARTÍ GARCÍA, Miguel-Ángel. *La intimidad.* 5a ed, Madrid, EIUNSA, 2001. *La sensibilidad*, Madrid, EIUNSA, 1999.

MARTÍNEZ FONS, Daniel. *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002.

MERCADER UGUINA, Jesús R. "Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?" *Relaciones Laborales*, no. I (2001): 665-685.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; ÁLVAREZ MONTERO, Antonio; GARCÍA JIMÉNEZ, Manuel; MOLINA HERMOSILLA, Olimpia; DE LA CASA QUESADA, Susana; VILLAR CAÑADA, Isabel. "La vigencia de los derechos fundamentales "inespecíficos" en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta" en *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, editado por Jesús Cruz Villalón (Coordinador), 145-186. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *La buena fe en el Derecho del Trabajo: discurso leído el día 18 de junio de 2001 en el acto de su recepción como Académico de Número*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001. "Sentencia 6/1995, de 10 de enero. Poder del empresario y libertad de expresión del trabajador" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XIII: 41-45. Madrid: Civitas, 1995.

"Sentencia 185/2000, de 10 de julio. Control del trabajador desleal y alcance del derecho a éste a la intimidad" en *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, editado por Manuel Alonso Olea y Alfredo Montoya Melgar, Vol. XVIII: 315-318. Madrid: Civitas, 2000.

MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Comentarios al*

Estatuto de los Trabajadores. 6ª rev. y puesta al día ed, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2005.

MORILLAS FERNÁNDEZ, David Lorenzo. *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil: especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con Internet*, Madrid, Dykinson, 2005.

NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. 2a ed, Lima, Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 2004.

NUBIOLA, Jaime. "La marea negra de la pornografía." *ACEPRENSA* 2003.

OLLERO, Andrés. "La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal." *Pensamiento y Cultura*, no. 3 (2000): 157 - 166.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco. *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, tirant lo blanch, 1990.

ROLLA, Giancarlo. "El principio de la dignidad humana." *Persona y Derecho*, no. 49 (2003): 227-262.

RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. / SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "Derechos fundamentales: el mito de los conflictos." *Humana iura*, no. 4 (1995): 191-234.

"La dignidad de la persona como principio del Derecho Público." *Derechos y Libertades*, no. 4 (1995): 287-306.

"La dignidad humana en la Constitución Europea" en *Comentarios a la Constitución Europea*, 192-239. Valencia: Tirant lo blanch, 2004.

TAPIA HERMIDA, Antonio. "La protección de los derechos fundamentales en el Derecho comunitario: Sus funciones. La "dignidad humana" como principio general del derecho y norma jurídica." *Estudios Financieros*, no. 265 (2005): 115-142.

VINATEA RECOBA, Luis. "La Conciliación en la Ley Procesal de Trabajo" en *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo. Exposiciones y Ponencias.*, 227-243. Cuzco: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 1997.

VV. AA. "Jurisprudencia Laboral." *Análisis Laboral* (2004): 28-34.

Tecnología Informática y Privacidad de los Trabajadores, Cizur Menor, Aranzadi, 2003.

YEPES STORK, Ricardo; ARANGUREN ECHEVARRÍA, Javier. *Fundamentos de antropología. Un ideal de la excelencia humana.* 6a ed, Pamplona, EUNSA, 2003.

Las nuevas tecnologías y el derecho laboral El control por el empleador de los medios electrónicos otorgados a los trabajadores*

Leopoldo Gamarra Vílchez

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asociado de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. El debate sobre las garantías posibles. 3. Facultades del Empleador: control y optimización. 4. Los derechos fundamentales de los trabajadores. 5. El Ordenamiento Jurídico. 6. Posibilidades y límites. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone exponer algunas consideraciones sobre la utilización del correo electrónico y de otros servicios que ofrece la red Internet en el ámbito laboral, ante la posibilidad que tiene el empleador para controlarlos.

La relación laboral es un escenario donde entran en juego distintos derechos fundamentales en busca de equilibrio. Un caso que se presenta a menudo tiene que ver con el legítimo interés del empleador en acceder a información sobre sus trabajadores para desarrollar su actividad –amparado por las libertades de información y de empresa-, y los derechos de estos últimos a la intimidad, a la propia imagen, a la libertad sindical y al secreto de las comunicaciones. Este viejo conflicto ha resurgido a propósito de la utilización del correo electrónico y de otros servicios que

* Este artículo ha sido elaborado con la colaboración de Carmen Moreno de Toro, Profesora Titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, España

ofrece la red Internet, como las visitas a determinadas páginas web o la participación en chats, con fines particulares o bien como instrumentos de ocio y esparcimiento que con frecuencia son objeto de medidas disciplinarias.

2. EL DEBATE SOBRE LAS GARANTÍAS POSIBLES

El uso adecuado de la Tecnología de la Información y Comunicación en este mundo globalizado, juega un rol muy importante en la economía de un país, gracias al establecimiento o fortalecimiento de una nueva dinámica de acceso y difusión de la tecnología para el desarrollo económico y social[1]. Especialmente el Internet[2] y el correo electrónico constituyen potentes herramientas que la empresa puede poner a disposición de los trabajadores para optimizar el cumplimiento de su prestación laboral[3].

Esta innovación de tecnología supone una transformación tanto en la estructura social como empresarial y afecta todos los ámbitos de nuestra sociedad que incluyen: las relaciones entre Estados, las relaciones en la administración pública, los servicios públicos de interés general, las compañías y empresas. Sobre todo este último componente, con una gran incidencia en el terreno laboral que debe ser regulado por el Derecho del Trabajo.

El debate jurídico nace del enfrentamiento entre el poder de dirección del empleador, que permite medidas de vigilancia y disciplina para el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones; y por otro, el derecho a la intimidad y la comunicación de los trabajadores.

---

1 Aquí es importante hacer mención, que el desafío mucho más grave para nosotros se deriva de la propia naturaleza de los cambios en el entorno mundial: la globalización; la rápida y creciente velocidad en que se toman y ejecutan las decisiones y la reorganización periódica casi continua de redes de conocimientos de las corporaciones, gobiernos y sociedades.

2 El Internet (International Network of Computer) como instrumento tecnológico permite el acceso a una gama de información que se encuentra en cualquier parte del mundo.

3 Incluso se acepta la notificación judicial por correo electrónico. En el Perú tenemos la Ley 27419 del 25 de enero del 2001 sobre notificación por correo electrónico.

En efecto, en general, el uso de los medios tecnológicos por los trabajadores ha suscitado diversos puntos de conflicto. Por ejemplo, la comunicación entre los trabajadores y sus representantes en la empresa: los sindicatos difícilmente pueden ser controlados por el empresario sin violar el derecho fundamental a la libertad sindical. Además, es usual que no se determinen ni pacten claramente el uso de la computadora conectadas a Internet en los puestos de trabajo, y no se comuniquen las políticas de control y vigilancia previstas, por lo que al detectar usos incorrectos o excesivos del correo electrónico u otros servicios, se toman medidas extremas, e incluso ilegales, sin previo aviso, como abrir los mensajes, registrar el ordenador que utiliza un trabajador o poner filtros. Esto plantea la interrogante sobre el tema si constituye una intromisión ilegítima de la intimidad.

Entonces, ¿debe el trabajador tener acceso a Internet en la empresa para usos no laborales?, ¿cuándo y cómo puede el empresario ejercer su legítimo derecho de control en las redes digitales?, ¿qué límites tiene la instalación de videocámaras en el lugar de trabajo?

La determinación de los límites al control tecnológico del empresario emanado de sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y a la libertad de información es una exigencia de la seguridad jurídica que, más que restringir, busca definir el contenido de un derecho que posee el empleador y que puede ejercer legítimamente.

No obstante, en la realidad se presenta, en determinadas circunstancias, un conflicto entre derechos fundamentales de las partes ligadas por la relación laboral. Específicamente, "el conflicto que puede surgir entre las facultades de control a través de los nuevos medios técnicos y, entre otros, el derecho a la intimidad y la dignidad del trabajador, apenas encuentra respuestas en la actual normatividad laboral"[4]. Como bien precisa Carmen Moreno "la utilización de los medios informáticos se ha convertido en un tema central ante el avance de las nuevas tecnologías...."[5]. Por ello, se debe precisar que no son los derechos los que eventualmente

[4] Rosa M. Morato García, El control sobre internet y correo electrónico en la negociación colectiva, Revista Relaciones Laborales, Nro. 24, diciembre, 2005, pág. 86.

[5] Carmen Moreno de Toro, Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato: sentencia del Tribunal Supremo del 26 de noviembre de 2001, Revista Temas Laborales de la Universidad de Córdoba, España, Nro. 82, 2005, pág. 226.

chocarían, al igual que no es la tecnología la causante de las injerencias ilegítimas, sino que son las conductas que intentan ampararse en una apariencia de derecho las que colisionan, y es el juez quien debe despejar en cada caso en concreto, luego de ponderar los hechos y contrastarlos con las disposiciones jurídicas existentes, qué conducta está realmente protegida por el derecho que se invoca. Veamos cuáles son las facultades del empleador y los derechos de los trabajadores.

3. FACULTADES DEL EMPLEADOR: CONTROL Y OPTIMIZACIÓN

El control de las comunicaciones efectuadas por el empresario en la empresa, se ha concebido tradicionalmente como una medida defensiva de éste para salvaguardar el patrimonio empresarial si bien, actualmente, los sistemas de comunicación dejan de concebirse como mera herramienta de trabajo y se presentan además, como medio de comunicación en general o bien para ofrecer servicios y productos al mercado en determinados sectores de la actividad en los que el control empresarial de las comunicaciones se manifiesta, en principio, como el único medio posible de evaluar el cumplimiento de la prestación.[6]

---

[6] Es ilustrativa la Resolución Nro. 129 de la OIT, Recomendaciones sobre las comunicaciones dentro de la empresa,1967:

1) Tanto los empleadores y sus organizaciones como los trabajadores y sus organizaciones deberían, en su interés común, reconocer la importancia que tiene, dentro de la empresa, un clima de comprensión y confianza mutuas favorable tanto para la eficacia de la empresa como para las aspiraciones de los trabajadores.
2) Este clima debería ser favorecido por la difusión e intercambio rápidos de informaciones tan completas y objetivas como sea posible, sobre los diferentes aspectos de la vida de la empresa y de las condiciones sociales de los trabajadores.
3) Para promover dicho clima, la dirección de la empresa, previa consulta con los representantes de los trabajadores, debería adoptar las medidas apropiadas para aplicar una política eficaz de comunicaciones con los trabajadores y sus representantes.
4) Una política eficaz de comunicaciones debería asegurar que se difundan informaciones y que se efectúen consultas entre las partes interesadas, en la medida en que la revelación de las informaciones no cause perjuicio a ninguna de las partes, antes de que la dirección adopte decisiones sobre asuntos de mayor interés.
5) Los métodos de comunicación no deberían menoscabar en absoluto la libertad sindical, ni causar perjuicio alguno a los representantes libremente elegidos de los trabajadores ni a sus organizaciones, ni limitar las atribuciones de los organismos que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, representan al personal.

Entonces, la verdadera finalidad del empresario al aplicar medidas de control no es conocer o censurar el contenido de mensajes o archivos, sino más bien su preocupación radica en la optimización productiva y evitar el consumo descontrolado de sus recursos y la pérdida de horas de trabajo, y mantener la propia seguridad de la información contenida en sus sistemas informáticos;[7] razón por la cual el control tecnológico del empleador debe indicar claramente los límites dentro de los cuales se encontrarían, a nuestro juicio, los derechos fundamentales de los trabajadores. No obstante, en muchos casos, los nuevos sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, por el vacío legal, entran en conflicto con los derechos de los trabajadores, tanto como personas como en su actividad laboral.

Como hemos apreciado, el justificado control que ejerce el empleador en su empresa, obedece principalmente a una necesaria política de optimización productiva. Además, el estado actual de la tecnología permite cubrir uno de los aspectos básicos para el desarrollo de la actividad empresarial: la seguridad de los sistemas informáticos. Tal es su importancia, que en ocasiones se impone como una obligación legal o reglamentaria para resguardar la información y garantizar su confidencialidad, integridad, disponibilidad y verificabilidad. Asimismo, la protección del patrimonio empresarial en cuanto al uso indebido o abuso del correo electrónico o del Internet por parte del trabajador, puede justificarse en cuanto afecta el rendimiento y productividad del trabajador, el peligro de la existencia de virus y sofware maliciosos, fuga de información corporativa, el costo de acceso a páginas web, etc.

A partir de estas consideraciones es posible mencionar algunas medidas utilizadas para realizar el control de las comunicaciones y los sistemas al interior de una empresa. Las hay básicas, como la instalación de programas, de identificadores de usuarios basados en contraseñas o tarjetas de acceso, y otras más complejas, como la utilización de cortafuegos para controlar los ingresos y salidas de datos en una red, la identificación por técnicas biométricas o firmas digitales, o el cifrado de las

7 Según la sentencia del Tribunal Superior Español del 19 de julio de 1989, no se impide a los empresarios supervisar a sus trabajadores, "pues lo contrario supondría vaciar de contenido el derecho de dirección que incumbe a la empresa".

comunicaciones[8]. También existen mecanismos para identificar los accesos no autorizados y controlar los riesgos de seguridad y adoptar medidas correctivas, especialmente contra los delitos informáticos[9].

Con estas medidas tecnológicas, el empresario puede comprobar si el trabajador cumple o no con sus deberes laborales básicos y realiza el trabajo convenido. Además, le permiten controlar la productividad y utilización de los recursos, supervisando de forma rutinaria la actividad de los trabajadores. Igualmente, con ellos puede velar por la custodia de secretos profesionales y generar pruebas que lo protejan frente a posibles responsabilidades de la empresa por conductas de sus empleados[10]. Bajo esta perspectiva, en el Perú, se puede calificar la conducta del trabajador como causal del despido justificado, como una disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de sus labores, según el artículo 25 inciso d) del Decreto Supremo Nro. 003 - 97- TR, TUO del Decreto Legislativo Nro. 728.

Lo anterior fundamenta la vigilancia del empresario, el cual se puede apoyar, incluso, en la implementación de instrumentos de monitorización laboral, pero respetando el principio de proporcionalidad e intervención mínima. Es decir, los medios deberán ser adoptados de forma equilibrada, justa y proporcional, pero garantizando el resultado que se pretende[11].

---

8 Existen medios de protección en Internet como los programas de encriptación, certificados digitales, filtros, cortafuegos, etc. Al respecto ver el artículo de Juan Francisco Arana Chalco, El derecho a la intimidad y el avance de la informática, en Normas Laborales, Tomo 358, marzo 2006.

9 Los delitos informáticos son definidos como todo ilícito penal llevado a cabo a través de medios informáticos y que está íntimamente ligado a los bienes jurídicos relacionados con las tecnologías de la información o que tiene como fin estos bienes. Pueden ser: ataques que se producen contra el derecho a la intimidad; infracciones a la propiedad intelectual a través de la protección de los derechos de autor; falsedades; sabotajes informáticos mediante la destrucción o alteración de datos, programas o documentos electrónicos contenidos en redes o sistemas informáticos; fraudes informáticos a través de la manipulación de datos o programas para la obtención de un lucro ilícito y amenazas, calumnias o injurias por cualquier medio de comunicación.

10 Sobre la responsabilidad de los empleadores por la conducta de sus trabajadores ver el libro de Carmen Moreno de Toro, La Responsabilidad Civil del Empresario por Actos de sus Empleados, Ed. CES, Madrid, diciembre de 1999.

11 Monserrat Hernández Rubio, Revista de Derecho Informático. La legitimidad del control tecnológico del empleador sobre el trabajador. www.alfa-redi,org/rdi-articulo.

Sin perjuicio de ello, si el empresario estima como oportunas estas medidas para verificar el cumplimiento de las obligaciones y deberes del trabajador, debe circunscribirlas a un ejercicio que respete la dignidad humana. Sin embargo, no deja de ser un caso controvertido, especialmente el uso del correo electrónico personal por parte del trabajador en horas de trabajo, lo que es considerado, incluso, como causal de despido[12].

No obstante, la jurisprudencia presenta casos en uno y otro sentido, según se opte por la facultad de dirección y control del empleador o se priorice el derecho a la intimidad del trabajador[13].

Finalmente, cabe agregar que los actuales sistemas de control y vigilancia no están diseñados para vulnerar derechos fundamentales y libertades públicas. Son las conductas reflejadas en los procedimientos de utilización y en las políticas empresariales de control y dirección, las que pueden llegar a ser excesivas y desproporcionadas, atacando directamente la intimidad, las libertades y la dignidad del trabajador. Por eso, el correcto funcionamiento de la empresa no puede ser utilizado como argumento para conculcar arbitrariamente derechos, puesto que el poder

---

12 Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña No 5886/2000 (Sala Social), del 5 de julio del 2000, avala el despido de un trabajador por utilizar correo electrónico para uso personal: "Es cierto que el artículo 18.3 de la CE garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial, y que el artículo 11.1 de la LOPJ señala que no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales, pero en el presente caso no se ha vulnerado los derechos o libertades fundamentales, al secreto de las comunicaciones, ya que no nos encontramos en presencia de una correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino ante una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales, pudiendo la empleadora ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios, que son de su propiedad, así como sobre la propia actividad laboral del trabajador, y en este sentido el artículo 20.3 del ET (RDCL 1995, 997) señala que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana. Sobre esta misma cuestión, se dice en el hecho probado cuarto de la sentencia que todos los trabajadores de la empresa conocen que los correos electrónicos se graban. Asimismo, se afirma en el fundamento de derecho tercero, con valor de hecho probado, que los trabajadores de la empresa tienen conciencia de que los medios informáticos son exclusivos de la empresa y que todos los correos son grabados, siendo habitual por otro lado el acceso por otros trabajadores a terminales de otros compañeros".

13 Como veremos en el punto 6 y 7 con las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Superior de Justicia de España.

de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva, no es en ningún caso ilimitado.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Aquí es bueno preguntarse ¿de qué garantías o seguridades disponen los individuos para la tutela de sus derechos fundamentales frente al Estado o a la empresa, sobre todo ahora que una nueva tecnología se ha incorporado vertiginosamente al mundo empresarial? Esas garantías pueden ser sociales, políticas o jurídicas, privilegiándose las garantías sociales por entender que "todas las fuerzas de la civilización obran constantemente para crear y desarrollar el derecho que es un fin humano y social. Esas fuerzas y esos poderes sociales constituyen la garantía más fuerte de su validez; las otras fuerzas le darán sólo el máximo de su eficacia, pero es ese complejo de fuerzas sociales el que en verdad da la mayor garantía de validez al ordenamiento jurídico"[14].

Esta es una afirmación que se entroniza con la contemporánea tendencia del enfoque centrado en derechos. Este enfoque radica en el hecho que no se limita a

"los derechos reconocidos en la legislación laboral vigente, ni a la tarea de establecer nuevos derechos jurídicos mediante leyes nuevas. El marco que se establece, parte de la idea de que existen algunos derechos fundamentales que deben reconocerse aunque no estén proclamados en la legislación porque son consustanciales a toda sociedad decente"[15].

Con este objetivo, se busca asegurar que una empresa haga un uso más eficiente de las nuevas tecnologías de información y comunicación como recursos para proveer servicios de calidad, accesibles, seguros y oportunos a ella misma y ciudadanos en general y mejorar su propia eficiencia interna[16].

---

[14] Aníbal Barbagelata, *Derechos fundamentales*. FCU. 1977, pág. 43-44.

[15] Amartya Sen. *Trabajo y derechos*. Revista Internacional del Trabajo, vol. 119/2 pág. 133.

[16] En la sentencia del Tribunal de Grande Instance de París del 9 de abril de 2001, en el caso Marks y Spencer, se señala que el empresario debe proporcionar una información sincera, leal y completa. Asi-

Para ello, se requiere considerar un concepto jurídico que se encuentra inmerso en toda esta problemática y es el referido al de intimidad cuya procedencia histórica la encontramos en el siglo XIX en los EE.UU en 1873, el Juez Thomas A. Cooley, en su obra The Elements of Torts, lo definió como *the right to be let alone* (el derecho a ser dejado en paz o a ser dejado solo); es decir, el derecho que cada individuo tiene de permanecer aislado, de permanecer solo.

Luis García San Miguel[17]nos indica que definamos la intimidad, con la posibilidad de que algo de lo que hacemos o lo que somos (sean cuales sean los confines de ese algo) no sea conocido por los demás y, si fuera conocido por algunos, éstos no lo den a conocer a otros. Para Esther Sánchez Torres[18], la intimidad puede manifestarse como soledad (de orden físico, excluye cualquier contacto material); anonimato (que implica la falta de identificación); o reserva (que supone la consideración de una barrera psicológica frente a intromisiones).

Miguel Ángel Davara Rodríguez[19] define privacidad como término al que podemos hacer referencia bajo la óptica de la pertenencia de los datos a una persona - su titular- y que en ellos se pueden analizar aspectos que individualmente no tienen mayor trascendencia, pero que al unirlos a otros pueden configurar un perfil determinado sobre una o varias características del individuo que éste tiene derecho a exigir que permanezcan en su esfera interna, en su ámbito de privacidad.

La intimidad personal y familiar es usualmente definida como aquel espacio en que el individuo y su familia mantienen en reserva, lejos del conocimiento, ojos y oídos de extraños, actividades o comportamientos que no son socialmente relevantes o que carecen de interés público. Tal esfera, según el derecho, debe preservarse libre de intrusiones de extraños. Se trata del espacio vedado, cerrado, oculto, prohibido que cada cual posee y que, por tanto, genera curiosidades mutuas que

mismo, en el Libro Verde de la Comisión de la UE, en el marco de la responsabilidad social de las empresas, se valora las iniciativas a intercambiar buenas prácticas de las empresas con sus trabajadores.

17 Luis García San Miguel Rodríguez – Arango, *Estudios sobre el Derecho a la Intimidad*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.

18 Esther Sánchez Torres, *El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Relaciones Laborales nº 20, Octubre 1997, págs. 95 a 124. Madrid.

19 Miguel Ángel Davara Rodríguez. *Manual de Derecho Informático*, Aranzadi Editorial, Pamplona, España. 1997.

dan pie a un mercado en el que se comercian informaciones conseguidas mediante intromisiones[20].

Citando a Bobbio,[21] "nuestra vida se desenvuelve dentro de un mundo de normas. Creemos ser libres, pero en realidad estamos encerrados en una estrechísima red de reglas de conducta, que desde el nacimiento hasta la muerte dirigen nuestras acciones en esta o en aquella dirección". Pues bien, el pequeño resquicio que deja abierto ese sistema de reglas de conducta, es ocupado por la intimidad personal y familiar[22].

Entonces, en general, los avances tecnológicos, como ya hemos señalado, que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente con el uso del Internet, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental que extienda la protección a esos nuevos ámbitos en cuanto al uso de esos medios tecnológicos por parte del trabajador a nivel individual y a nivel colectivo por parte de los trabajadores organizados[23]. Por tanto, y en cuanto a los derechos del trabajador, queda claro que el derecho fundamental que se ve más vulnerado con los medios informáticos de la empresa es el derecho a la intimidad. Esto nos permite plantearnos no ya si el trabajador puede recibir información sindical a través de medios que el empresario le ha facilitado y el sindicato a mandarlos, sino si el mismo empresario está habilitado para acceder al contenido de los mensajes que el trabajador recibe y emite[24].

Contiene una especial protección de las comunicaciones, en el mundo laboral, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas. Así, encontramos una

---

20 El Tribunal Constitucional Español considera que "cada persona (puede) reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio" (STC 134 / 1999). Y ha destacado que el elemento de la libertad y de las posibilidades de autorización del individuo" (STC 202/1999).

21 Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

22 Como bien se señala "ese derecho de no injerencia, de aislarse, de ser desconocido, de que los demás no sepan, no indaguen lo que somos o lo que hacemos, o incluso, lo que pensamos y creemos, lo que se conecta con la libertad ideológica, religiosa y de conciencia, asegura un ámbito reservado de la vida personal y familiar inaccesible a los demás"(Editorial de la Revista Relaciones Laborales, Nro. 8, abril, 2004).

23 La Confederación Europea de Sindicatos (CES) en octubre del 2000, en Bruselas, en su informe anual, reivindicó el derecho a la información y participación de los trabajadores en las nuevas tecnologías.

24 Carmen Moreno de Toro, artículo citado, pág. 227.

parte de la doctrina[25] que afirma que el derecho fundamental que protege la utilización del correo electrónico en la empresa, se encuentra no dentro del derecho al secreto de las comunicaciones, sino dentro del derecho a la intimidad del trabajador que a su vez se establece como límite al poder de dirección empresarial. La empresa no puede, por tanto, acceder de manera absoluta al conocimiento de todo lo que realiza el trabajador, puesto que en el centro de trabajo los derechos fundamentales del trabajador no se pierden, existen, hay que respetarlos. Entre estos derechos se encuentra el derecho a la intimidad de los trabajadores.

5. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Nuestro ordenamiento jurídico, en este momento, no ofrece una regulación específica sobre el control del empleador de los medios informáticos en las empresas y los derechos de los trabajadores, que responda la demanda de la realidad social[26]. No obstante, en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993 se establece que toda persona tiene derecho: "a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afectan la intimidad personal y familiar" (inciso 6), "al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias" (inciso 7). Asimismo, de manera taxativa en este aspecto, el artículo 23 establece que "ninguna relación

25 Inmaculada Marín Alonso, El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones. Valencia, España,2004,Tirant lo Blanch.

26 En cuanto al correo electrónico comercial, promocional o publicitario no solicitado tenemos la Ley N° 28493 del 18 de marzo del 2005, que "Regula el envío de comunicaciones comerciales, publicitarias o promocionales no solicitadas, realizadas por correo electrónico, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones vigentes en materia comercial sobre publicidad y protección al consumidor" (art. 1). Se señala en que casos en correo electrónico comercial no solicitado será considerado ilegal (art. 6). Esta ley es reglamentada por el D.S. Nro. 031 – 2005 – MTC, publicado el 4 de enero del 2006. Por otro lado, existen varios proyectos de ley, siendo el más completo el proyecto Nro. 7355 del 23 de junio del 2003, del congresista Alcides Chamorro, sobre la regulación del uso del correo electrónico en el ámbito laboral. El mencionado proyecto se pronuncia por las relaciones a partir del trabajo y el mail de la empresa en que el trabajador presta sus servicios. Establece que "el trabajador debe ser expresamente advertido de las condiciones del uso legítimo del correo electrónico y de que no puede utilizarlo para fines distintos a los que encomienda el contrato de trabajo"(art. 1).

laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

Además, este postulado es concordante con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 28237, Código Procesal Constitucional del 31 de mayo de 2004, donde se señala que el amparo procede en defensa de los siguientes derechos:"De información, opinión y expresión" (inciso 3), "de la inviolabilidad y secreto de los documentos privados y de las comunicaciones"(inciso 6).

Es decir, el derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente ha establecido la prohibición de suministrar información que afecte a la intimidad personal y familiar por parte de los servicios informáticos como producto de los avances tecnológicos de los sistemas informáticos. Además, toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

La constitucionalidad del derecho a la intimidad personal y familiar tiene elementos similares en las experiencias latinoamericanas, tal como podemos observar en el siguiente cuadro.

Derecho a la intimidad
En algunas constituciones latinoamericanas

BRASIL	**Artículo 5º.** Es inviolable la intimidad (inc.x), Es inviolable el secreto de las comunicaciones (inc. XI).
COLOMBIA	**Artículo 15º** Toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre y el Estado debe respetarlos ...la correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables.
ECUADOR	**Artículo 19º inc 3º** Se protege el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar.
PANAMÁ	**Artículo 29.-** La correspondencia y los documentos privados son inviolables y no pueden ser ocupados o examinados sino por disposición de autoridad, mediante formalidades legales.
PARAGUAY	**Artículo 36.-**El patrimonio documental de las personas es inviolable. Los impresos, la correspondencia, los escritos, las comunicaciones, las colecciones, los testimonios, sus copias, no podrán ser examinados o reproducidos.
PERÚ	**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: a la intimidad personal y familiar, al honor y a la buena reputación. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.
URUGUAY	**Artículo 28.-** Los papeles de los particulares y su correspondencia epistolar, telegráfica o de cualquier otra especie, son inviolables.
VENEZUELA	**Artículo 63 .-** Se garantiza el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas en todas sus formas.

La doctrina constitucional no concede el mismo valor a los dos intereses, los derechos fundamentales de los trabajadores y el poder de dirección del empresario, basado en otro derecho, el de libertad de empresa, al exigir que cualquier limitación a los derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad. Si falla alguno de estos requisitos acumulativos, el derecho fundamental de que se trate queda protegido frente al poder de dirección empresarial.

Así tenemos, en la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano que se pronunció sobre el correo electrónico en materia laboral en los siguientes términos:

> "Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado. En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo".

En el caso de España, país en donde más se ha desarrollado el tema mencionado, tenemos las sentencias de los Tribunales de Justicia de España ante medidas de control empresarial que se detallan. Pero es difícil afirmar que exista sobre el tema

una doctrina uniforme en las sentencias; ellas reflejan sólo el criterio mayoritario de los distintos pronunciamientos[27].

Sentencia Tribunal Superior de Justicia Cataluña (21,09,2004)

> "Del examen de la doctrina se deduce que en estos supuestos colisionan el derecho de la empresa al control de la actividad del trabajador (arts. 18 y 20 del Estatuto de los Trabajadores) con el derecho a la intimidad personal del mismo, garantizado, por el artículo 18-1 de la Constitución española, implicando un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, que no se pierde cuando se realicen trabajos por cuenta ajena (s.TS de 5-12-2003) como lo ponen de manifiesto los art. 4-2 e) y 20-3 del citado Estatuto de los Trabajadores. Reflejo de este último derecho es el secreto de las comunicaciones y en concreto cuando éstas se produzcan por medio de correo electrónico a través de ordenador puesto a disposición del trabajador como herramienta o instrumento de trabajo por el empresario y su utilización se lleva a cabo con fines estrictamente personales o extraproductivos en horario de trabajo".

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Galicia(21/11/2003)

> "Tampoco cabe tildar de ilícita o atentatoria contra el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones que aquélla pretende atribuir a la prueba relativa a la investigación llevada a cabo por la empresa en el PC que la actora tenía asignado y utilizaba en su lugar de trabajo, pues conviene tener presente que, aun cuando el artículo 18.3 de la Constitución Española (NSL000003) garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráfica y telefónica, salvo resolución judicial, en tanto que en el artículo 11.1 de la LOPJ se refiere que las pruebas obtenidas con vulneración de derechos o libertades fundamentales no surtirán efecto, no cabe olvidar que, a tenor de las actuaciones llevadas a cabo en el presente supuesto fáctico, pero en el presente caso no se ha vulnerado el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones no es dado aseverar que se constate una situación conculcadora de los referidos preceptos, al evidenciarse la concurrencia de una indebida e ilícita utilización, con finalidad ajena y diferente a la estrictamente laboral, de elementos o instrumentos de trabajo facilitados por la empresa a la trabajadora, siendo innegables las facultades de la patronal en relación

[27] Por otro lado, actualmente no existen normas destinadas a armonizar las legislaciones de los distintos Estados miembros de la UE que impongan unas pautas sobre el uso del correo electrónico en la empresa.

con los controles que puede llevar a cabo acerca del uso o forma de uso que la empleada haga de tales medios e incluso sobre el desarrollo de la actividad y rendimiento de ésta en su jornada laboral, sin duda, afectada y reducida por las «ocupaciones» extralaborales a que se refiere el relato histórico, singularmente, el hecho probado noveno, y la fundamentación jurídica, de la resolución impugnada, en especial el fundamento segundo in fine."

Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía (9/5/2003)

"Cuando nos referimos a medios o sistemas de comunicación de la empresa, el proceso a través de ellos no permite considerar al empresario como ajeno, de manera que no existe la penetración desde el exterior que la norma constitucional impide. Cuestión distinta sería que el empresario autorizase al empleado su uso por motivos distintos del trabajo o que fuese un medio propio o dentro de la esfera de disposición del trabajador, pues en este caso sería aquél un mero tercero no facultado para la intromisión, sino sólo legitimado, si es perjudicado por conductas graves del trabajador, de relevancia penal, para su denuncia, siendo el proceso penal el marco adecuado para que se dicte resolución judicial motivada que permita la investigación del correo electrónico. Por último, no obstante lo anterior, si el empresario investiga en ordenadores propios el correo de los empleados y revela el contenido de sus comunicaciones, puede merecer el reproche de quien revela cualquier comunicación propia si el contenido afecta a la intimidad del trabajador, esto es, no vulneraría el artículo 18.3 de la C.E., pero sí puede atacar al derecho reconocido en el artículo 18.1 de la Constitución Española. Ello sucedería cuando la comunicación conocida carece de toda relevancia a los fines disciplinarios u organizativos y se refiere a datos personales, físicos, económicos, familiares o profesionales propios de la intimidad del trabajador."

Esto nos demuestra que no estamos ante una ausencia de respuesta jurídica, sino que la falta de preceptos reguladores de estas nuevas realidades, propicia inevitablemente la judicialización de estos conflictos. En este caso, la labor de los tribunales se convierte en fundamental para empezar a dar respuestas y establecer criterios respecto a las múltiples cuestiones que se suscitan en la utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, a la espera de una regulación al respecto.

6. POSIBILIDADES Y LÍMITES

Las diversas consideraciones expuestas a lo largo del presente trabajo han fundamentado la necesidad de regular este ámbito concreto, las facultades del empleador y los derechos de los trabajadores, puesto que "la aparición de las nuevas

tecnologías de comunicación e información y su empleo en el centro de trabajo, si bien no ha modificado la naturaleza de poder de verificación de la actividad laboral, sí podemos afirmar que ha alterado el modo en que éste se manifiesta y ha puesto de gran actualidad la tutela de los derechos de la persona del trabajador"[28].

Además, téngase presente que los derechos fundamentales se encuentran sometidos a relaciones de coordinación, no de subordinación, formando un sistema que conduce a albergar derechos equilibrados entre sí, que no hace necesaria la existencia de jerarquías de derechos, e impide que se anulen mutuamente. Dicho sistema encuentra explicación en los propios derechos constitucionales, que al ser inherentes a la dignidad de la persona no pueden desconocer que el ser humano es básicamente una unidad. Por lo tanto, ni la capacidad de control del empresario es absoluta, ni los derechos del trabajador son ilimitados. De hecho, ambos derechos se encuentran sometidos al principio jurídico de buena fe contractual[29].

Es decir, no podemos dejar de mencionar el papel de la buena fe en el ejercicio de los derechos fundamentales y la prohibición del abuso del derecho. En el primer caso, interesa destacar que los derechos deben ser ejercidos conforme a las exigencias de la buena fe, según unas determinadas pautas de comportamiento sobreentendidas que no pueden ser ignoradas si se quiere comprender el funcionamiento de un sistema jurídico.

En el segundo supuesto, la ley no ampara el abuso del derecho. Es más, resulta ilógico que su ejercicio, que representa para los demás un deber moral de abstención o de actuación, pueda realizarse con abuso. El respeto incondicionado del propio derecho sólo puede ser racionalmente exigido en la medida en que su ejercicio se haga ateniéndose a pautas de comportamiento conformes con las exigencias de una convivencia que garantice los derechos de los demás y la paz social. Esto, sin duda, va más allá de las actuaciones que constituyen delitos, porque se refiere a situaciones en que queda fuera del ejercicio legítimo la acción que de manera desproporcionada e irrazonable, de forma intempestiva de cualquier otra solución, podría haber causado un grave daño a otro.

---

28 Rosa M. Morato García, Doc.cit, pág 88.

29 Ver mí artículo El deber de buena fe del trabajador: faltas graves derivadas de su trasgresión, en Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez, Ed. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

En otras palabras, aparte de la discusión doctrinal que existe al respecto, lo que es indudable es que en la época actual ha aumentado considerablemente la información de la que se puede disponer acerca de una persona, y que ésta tiene derecho a que esté protegida con una serie de garantías jurídicas frente a la intromisión de los demás, hecho que últimamente es más frecuente por la aparición de la Informática[30]. Por ello, no podemos dejar de lado que una de las relaciones más importantes en cualquier sociedad, por el carácter social y económico que poseen en las oportunidades de desarrollo individual y colectivo, es la relación laboral, la cual ha sido siempre un escenario donde entran en juego diversos derechos constitucionales en busca de un ansiado equilibrio.

Mediante esta relación laboral, el trabajador se obliga a prestar personal y directamente sus servicios por cuenta de un patrono o empleador y, con tal fin, a permanecer personalmente a disposición de éste precisando que en el contrato de trabajo, el trabajador pone a disposición del empresario la fuerza de su trabajo, pero no su persona[31], quien se obliga, a cambio, de mantener las condiciones ambientales y de higiene y seguridad para garantizar a ese trabajador el bienestar, la salud y la vida, y a pagarle el salario estipulado[32].

El trabajador, al ser contratado, se inserta dentro del poder organizativo y disciplinario del empresario y queda sometido a las instrucciones, órdenes, controles y sanciones de su superior jerárquico, lo que no supone una limitación de sus derechos fundamentales como ciudadano. Es decir, la tutela al trabajador es como persona y como ciudadano, salvaguardando su libertad, su dignidad y su integridad física y moral.

---

30 Es tal la importancia de este derecho, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene, acerca de las dimensiones de la libertad de expresión que "ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. En su dimensión individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios(...)" (Bases y aportes para una Constitución de América Latina y el Caribe, Ed. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima,2006).

31 Bruno Veneziani, El Derecho del Trabajo entre tradición y renovación. En "Evolución del pensamiento juslaboralista". Montevideo: FCU. 1997.

32 Rafael Alfonso Guzmán, *Estudio analítico de las leyes de trabajo venezolano*. Ediciones Libra, Caracas. 2da. Edición. 1985.

Los derechos fundamentales del trabajador en la empresa, sólo podrán limitarse, en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva. El ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador, no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador, ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél.

En definitiva, pese a que aún no se puede hablar de un derecho en este ámbito, sí está siendo objeto de regulación por las partes de la relación laboral a través de la negociación colectiva. Así tenemos, en el caso español, "es el convenio colectivo de la empresa UNIPREX (...). De manera similar se regula esta cuestión en el convenio colectivo de la empresa Telefónica de España que asegura el derecho al empleo de la mensajería electrónica como sistema de comunicación entre trabajadores, sindicatos y comités de empresa"[33].

Y como bien afirma Carmen Moreno, al analizar la Sentencia del Tribunal Superior español del 26 de noviembre de 2001, "hay que tener en cuenta que la inclusión del trabajador como parte de la relación laboral no le priva de sus derechos constitucionales y en especial de los fundamentales; como lo ha establecido el Tribunal Constitucional"[34].

Es decir , en las negociaciones colectivas se podrían precisar "la manera de utilización de estos medios, ya por los trabajadores , ya por los representantes de los trabajadores, para fines de acción sindical en la empresa o fuera de ella, el fin para el que está destinado el correo electrónico y, a la vez, el posible control que pudiera tener el empresario ..."[35]. El 7 de noviembre último el Tribunal Constitucional español, en la Sentencia Nro. 281/2005 (primera sala), se pronunció de la siguiente forma:

> "En conclusión, sobre el empresario pesa el deber de mantener al sindicato en el goce pacífico de los instrumentos aptos para su acción sindical siempre tales medios existan, su utilización no perjudique la finalidad para la que fueron creados por la empresa y se respeten los límites y reglas de uso que a continuación enun-

[33] Rosa Morato García, Doc. Cit. Pág. 113.

[34] Carmen Moreno de Toro, Doc.cit, pág 227

[35] Carmen Moreno de Toro, Doc.cit. pág 235

ciaremos cuyo cumplimiento deberá examinarse en cada caso. En tales condiciones no puede negarse la puesta a disposición, ni puede unilateralmente privarse a los sindicatos de su empleo, debiendo acudirse al auxilio judicial si con ocasión de su utilización el sindicato llega a incurrir en excesos u ocasionar perjuicios, a fin de que aquellos sean atajados y éstos, en su caso, compensados".

BIBLIOGRAFÍA

ARANA CHALCO, Juan Francisco, El derecho a la intimidad y el avance de la informática, en Normas Laborales, Tomo 358, marzo 2006.

BOBBIO, Norberto. Teoría general de la política, Ed. Trotta, Madrid, 2003.

BARBAGELATA, Aníbal. Derechos fundamentales, FCU, 1977.

SEN, Amartya. Trabajo y derechos, Revista Internacional del Trabajo, Vol. 119/2.

CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo. El correo electrónico como instrumento de información, consulta y participación de los trabajadores en las empresas, en Relaciones laborales, Nro. 8, Abril 2004.

DÁVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Manual de Derecho Informático, Ed. Aranzadi, Pamplona, España, 1997.

GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ – ARANGO, Luis. Estudios sobre el derecho a la intimidad, Ed. Tecnos, Madrid, 1992.

HERNANDO DE LARRAMENDI, Álvaro. Notas sobre la aplicación en España del Acuerdo Marco europeo sobre teletrabajo, La Ley II, Madrid, 2003.

LAGUNA QUIROZ, Rosa, El trabajo en la era digital: análisis de la relación contractual, Normas Laborales, Tomo 352, septiembre, Lima, 2005.

MARTINEZ LOPEZ, Francisco, Luna Huertas Paula y otros. Los sistemas de control de la actividad laboral mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, La Ley I, 2003.

MARTÍN VALVERDE, Antonio y García-Murcia, Joaquín. Defensa de intereses personales y profesionales del trabajador en la ejecución del trabajo, en Tratado práctico del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Aranzadi, Navarra, España, 2002.

MARÍN ALONSO, Inmaculada. El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.

MORATO GARCIA, Rosa. El control sobre el Internet y correo electrónico en la negociación colectiva, en Relaciones Laborales, Nro. 24, diciembre, Madrid, 2005.

MORENO DE TORO, Carmen. Poderes empresariales y uso del correo electrónico por el sindicato, en la Revista Temas Laborales de la Universidad de Córdoba, España, Nro.82, 2005.

SÁNCHEZ TORRES, Esther. El derecho a la intimidad del trabajador en la Ley de prevención de riegos laborales, en Relaciones Laborales, Nro. 20, Octubre, Madrid, 1997.

VELÁSQUEZ VÉLIZ, Hugo Illitch, Derechos fundamentales de los trabajadores: el poder de dirección del empleador y el uso del correo electrónico, en la Revista Derecho Laboral,

ZAA ADDAD, Abelardo José. El uso del correo electrónico en la empresa bajo la perspectiva del Derecho Laboral Venezolano, en Estudio Analítico de las leyes de trabajo venezolano, Ed. Libra, Caracas, 1985.

Efectos legales de la utilización indebida de los servicios de INTERNET propios del empleador por parte del trabajador

Fernando Elías Mantero

Doctor en Derecho (UNMSM 1973). Asociado Honorario de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. El servicio de INTERNET. 2.1 Formas de acceso a los diversos servicios que se dan a través del INTERNET. 2.2. Objeto de la utilización del INTERNET por parte de los empleadores. 2.3. Razones que justifican el interés del empleador de controlar el acceso al INTERNET por parte de sus trabajadores. 2.4 Formas de regulación del comportamiento laboral del trabajador con relación al acceso al INTERNET. 2.5 Reglas de aplicación para el ejercicio de las facultades disciplinarias del empleador con respecto a la utilización indebida del INTERNET. 2.6 Derecho del empleador de regular el acceso al INTERNET. 2.7 Posibilidad de los empleadores de restringir técnicamente el acceso o uso de INTERNET. 2.8 Modalidades de utilización indebida de los servicios de INTERNET por parte del trabajador. 3. El Correo Electrónico. 3.1 Derechos constitucionales que protegen el correo electrónico del trabajador. 3.2 Marco legal. 3.3 Consecuencias para el trabajador de la utilización indebida del INTERNET. 3.4 Derecho del empleador de fiscalizar la utilización del INTERNET por parte del trabajador. 3.5 La utilización de los servicios de INTERNET del empleador por parte de las organizaciones sindicales. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

Sumilla

El ensayo analiza las implicancias legales de la utilización indebida de los servicios de INTERNET del empleador por parte del trabajador estableciendo las reglas de compatibilidad con derechos fundamentales del trabajador como son el derecho a la reserva de sus comunicaciones personales y la irrenunciabiliadad de los derechos laborales.

1. INTRODUCCIÓN

La utilización cada vez más creciente del INTERNET por parte de los empleadores para el cumplimiento de sus fines empresariales y el acceso a este sistema de comunicación e intercambio de información por parte de la ciudadanía en general y de los trabajadores en particular, viene generando nuevas conductas y comportamientos que el derecho debe regular, en algunos casos aplicando criterios ya establecidos para situaciones similares y en otros creando nuevas fórmulas.

El tema es relativamente nuevo y por lo tanto recién ha comenzado a esclarecerse y regularse, al comienzo con cierta lentitud, y posteriormente con más rapidez, ya que conforme los estudiosos se dan cuenta de la falta de regulación se abocan a ello de manera intensiva. Esto es lo que a sucedido en los últimos años, lo que ha sido motivado en parte por la jurisprudencia principalmente la extranjera, que a falta de una regulación expresa, ha comenzado a crear normas especiales que resuelvan los casos que se vienen presentando, que a su vez van activando la participación del legislador.

Interrogantes:

La situación actual del tema origina una serie de interrogantes que resulta necesario esclarecer. Entre ellas las más importantes están dirigidas a determinar:

1) ¿Si el acceso a INTERNET en las instalaciones del empleador es un derecho que le corresponde al trabajador en su calidad de tal o si es una potestad del empleador que puede ejercer sin restricción de ninguna clase, o si tiene restricciones y de qué naturaleza?

2) ¿Si el referido acceso por parte del trabajador puede originar sanciones o consecuencias jurídicas para el trabajador, cuando no ha sido autorizado o se encuentra prohibido expresamente por el empleador? o se realiza de una manera diferente a la regulada por éste.

3) ¿Cuál es el marco legal para determinar las consecuencias de una utilización indebida de los servicios de INTERNET por parte del trabajador? y cuales son las reglas para la aplicación de eventuales sanciones disciplinarias?

4) ¿Si el empleador tiene derecho a vigilar o revisar las comunicaciones del trabajador originadas desde el centro de trabajo y en horas de trabajo y si puede utilizar mecanismos de control y de registro de tales comunicaciones, así como en general revisar el contenido de los equipos que le entrega al trabajador exclusivamente para la ejecución de su trabajo? o eventualmente desaparecer la información que encuentra en los mismos.

5) ¿Si las organizaciones sindicales tienen derecho a utilizar los servicios del empleador para ponerse en contacto con sus afiliados y los trabajadores de la empresa en general o para dirigirse a los trabajadores de la empresa exponiendo lo relacionado a su actividad? Sobre todo a la dirección de correo proporcionada por el empleador.

6) Si los empleadores pueden efectuar controles en las computadoras (ordenadores)[1] de sus trabajadores y en caso de ser la respuesta afirmativa ¿Cuáles son las condiciones para hacerlo?

7) ¿Cuáles son los límites que tiene el trabajador para utilizar el correo electrónico del empleador y si éste puede fiscalizar las comunicaciones del trabajador que se encuentran en el servidor de la empresa para verificar su correcta utilización?

En el curso del presente análisis trataremos de responder algunas de las mencionadas preguntas.

Importancia del tema

El tema resulta importante si se tiene en consideración que la utilización del INTERNET por parte de los empleadores es cada vez mayor y que a su vez los trabajadores hacen uso de dicho servicio muchas veces desde el propio centro de trabajo y en horas de trabajo.[2] Se han desarrollado inclusive programas de software

1 Debe tenerse presente que el vocablo "ordenador" que es el aceptado en muchos países de habla latina no tiene mayor acogida en nuestro medio en el cual se le menciona como "computadora" " computador" o "PC".

2 Existe una tendencia cada vez mayor de recurrir al sistema inalámbrico.

que le permiten al usuario esconder rápidamente el contenido de la pantalla para que no se pueda detectar el tema que exhibe. Lo que significa que en muchos hay conciencia que se trata de una conducta que no es correcta y con la cual el empleador no está de acuerdo. También existen otros que están dirigidos a limitar el acceso al INTERNET o registrar su uso a través de un registro detallado de los lugares a los que se "visita". De otro lado existen interesantes artículos sobre la "adicción" que crea el uso de INTERNET en determinadas personas que las conduce a dedicarle una gran cantidad de tiempo a la "navegación" o al intercambio o al "Chat" dentro de la gran red de comunicaciones.

En un artículo denominado "Filtros de Contenido"[3], dedicado justamente a los diversos mecanismos para restringir, controlar o prohibir el acceso a INTERNET, se nos proporciona diversa información que corrobora algunos aspectos del presente análisis. Entre la información proporcionada se encuentra la siguiente:

a) Que el 70 por ciento de las visitas a páginas web relacionadas con la pornografía tienen lugar dentro de la jornada de trabajo.

b) Más del 70% de las compras a través de INTERNET o el envío y recepción de archivos ejecutables se realizan desde la oficina.

c) "Que el acceso de los trabajadores a páginas web que no tienen nada que ver con su actividad laboral supone a la empresa unas pérdidas aproximadas de dos mil dólares por empleado al año".

La jurisprudencia internacional que se ha venido generando en los últimos años no hace sino ratificar la existencia de estas tendencias y los esfuerzos para sancionarlas. Adicionalmente se van creando una serie de criterios que necesariamente se tendrán que tomar en consideración para calificar estas situaciones.

Se trata entonces de una forma de conducta que se presenta universalmente y que se origina en nuevas situaciones. También se está dando dentro de nuestro medio en forma progresiva aunque como es fácil comprobar no existen mayores pronunciamientos jurisprudenciales y los que hay no proporcionan elementos sufi-

[3] Yolanda Sánchez, revista PC World Perú de fecha 7 de febrero de 2001 (p. 25) al que se puede acceder por INTERNET (www.elcomercioperu.com.pe/pcworld).

cientes para dilucidar el tema que se mantiene todavía dentro de la elucubración doctrinaria.

2. EL SERVICIO DE INTERNET

2.1 Formas de acceso a los diversos servicios que se dan a través del INTERNET

El acceso a los servicios de INTERNET se lleva a cabo fundamentalmente por medio de tres vías:

a) A través de las líneas telefónicas convencionales y;

b) Mediante las líneas dedicadas (que pueden o no utilizar el cable telefónico o similares);

c) Por medio de la comunicación inalámbrica[4].

En el primero de los casos el usuario generalmente sufraga un costo proporcional al tiempo de utilización de éste o duración de la llamada, mientras que en el segundo lo usual es que la tarifa sea "plana", que consiste en la realización de un solo pago -generalmente mensual- por el derecho de acceso, lo que significa que el costo no se incrementa en función del uso o tiempo de utilización, estando sustentadas las diferencias tarifarias en el llamado "ancho de banda". El sistema de tarifa plana a su vez está sustituyendo en su mayor parte al de consumo por tiempo o figuras similares.[5]

También, existe un costo adicional que se da por el hecho de tener la computadora encendida (lo que implica un consumo de energía eléctrica) y un eventual - aunque mínimo desgaste de las piezas.

---

4 Existe una tendencia cada vez mayor de recurrir al sistema inalámbrico y para los efectos de este comentario de asemeja a la reseñada en el punto b), no obstante que este forma de acceder a INTERNET puede originar situaciones especiales.

5 En la práctica la primera modalidad se da más a nivel domiciliario mientras que la segunda es más aceptada en el plano empresarial que necesita mayor cantidad de comunicaciones y una conexión permanente a INTERNET.

2.2. Objeto de la utilización del INTERNET por parte de los empleadores

No obstante que la utilización del INTERNET puede tener muchas finalidades específicas, su campo de uso -sobre todo en la actividad empresarial-, está dirigido principalmente a la obtención de información (caso de los periódicos, centros de educación, trabajo profesional o de naturaleza similar) y para la transmisión de información en sustitución del correo tradicional, así como la comunicación institucional. y comercial. Este sistema además de revolucionar las comunicaciones está eliminando o reduciendo ciertos trabajos (como es el caso del mensajero o "portapliegos") y obligando a cierto sector de trabajadores a dominar la utilización del ordenador -principalmente ejecutivos que trabajan directamente su información muchas veces concluyendo la actividad de apoyo de las secretarias-. La característica principal de las comunicaciones por vía del INTERNET es la celeridad en su realización. Además, da acceso a formas tradicionales de comunicación (caso del correo electrónico), así como modalidades especiales como es la video conferencia, la comunicación verbal y la transmisión de música, fotografías y videos,

Independientemente del objetivo antes señalado no se puede dejar de considerar que otra utilización de gran importancia de los servicios que se dan a través del INTERNET es la comunicación personal (correo electrónico, video conferencia o comunicación instantánea–chat) utilizándose también con fines de entretenimiento.

Otra situación que es fácil de comprobar en la vida real se deriva de la circunstancia que por razones de racionalización laboral un número cada vez más amplio de trabajadores desarrolla su actividad laboral en torno a la computadora que no solo utilizan para el desempeño de sus labores, sino también para comunicarse con los demás trabajadores o terceros. Tanto dentro como fuera de la empresa. El uso del INTERNET se generaliza también por el desarrollo del comercio internacional y por la misma globalización empresarial y la existencia de grandes corporaciones que llevan a cabo su actividad en una gran cantidad de lugares situados en lugares diferentes. Asimismo contribuye al uso generalizado el desplazamiento de las personas a diversas partes del mundo con una facilidad nunca vista que impulsa a las comunicaciones dentro de un ámbito que no conoce fronteras ni distancias y que ha sido llamado con mucha precisión como "espacio virtual".

En lo que se refiere al proceso de obtención de información a través del correo electrónico se puede recibir correspondencia múltiple de listas de interés, boletines informativos y revistas electrónicas. También, se hace uso de la "navegación", que

implica permanecer conectado al sistema durante determinados períodos de tiempo que pueden ser más o menos prolongados, para acceder a diversas páginas web en las que aparece toda clase de información de relevancia laboral o personal[6]. Usualmente la "navegación" esta dirigida a la búsqueda de información o se realiza con fines exclusivamente recreativos y de entretenimiento.

2.3 Razones que justifican el interés del empleador de controlar el acceso al INTERNET por parte de sus trabajadores

Se han encontrado una pluralidad de fundamentos que justifican el interés del empleador de controlar el acceso a INTERNET de sus trabajadores. Esta situación se da cuando existe prohibición total o parcial y puede estar referida a una de varias situaciones como podrían ser:

La prohibición de acceder al INTERNET de una computadora que tenga acceso a dicho sistema, pero cuyo uso le haya sido prohibido expresamente al trabajador.

La prohibición de acceder a ciertos servicios de INTERNET por disposición del empleador.[7]

La utilización de la computadora para ingresar al INTERNET con un instrumento propio (Sistema de acceso autónomo de propiedad del trabajador como es el caso del Wi-max que es transportable.[8]

Las razones que justifican la decisión del empleador se pueden señalar:

---

6 Se han realizado numerosos estudios para determinar los efectos del acceso a INTERNET de determinadas personas. Ya se habla de una posible "adicción" al INTERNET que conduce a que determinadas personas permanezcan en proceso de navegación o accediendo al correo electrónico constantemente y por períodos prolongados de tiempo.

7 Esto podría darse por ejemplo cuando permite el correo electrónico pero no la comunicación instantánea (chat)

8 El sistema Wimax le permite al trabajador tener su propio sistema de acceso al INTERNET (ajeno al del empleador). En teoría podría ser utilizada conectando el MODEM portátil al ordenador proporcionado por el empleador o llevando el trabajador su propio sistema y eventualmente su propio ordenador. En este caso la infracción que pudiera cometer sería una diferente por estar desarrollando actividades ajenas al trabajo durante el tiempo de trabajo.

1. En la posibilidad de cargar el ancho de banda asignado lo que hace más lentas las comunicaciones.

2. El riesgo de infectar la máquina o red con virus informáticos con los efectos consiguientes (destrucción de archivos, desaparición de la información que se encuentra en el disco duro).

3. Desgaste innecesario del ordenador.

4. Mayor consumo de energía.

5. Descuido por distracción de las actividades del trabajador y falta de dedicación al trabajo encomendado. Baja de rendimiento y situaciones similares.

6. La responsabilidad vicaria que le pudiera surgir al empleador como consecuencia de la utilización indebida de los servicios informáticos por parte de su trabajador.[9]

7. La posibilidad que el trabajador haya cargado software no autorizado cuyo uso podría generarle al empleador la aplicación de una multa por concepto de violación de las normas sobre propiedad intelectual del soporte informático no autorizado que podrían generar responsabilidad legal de diversa naturaleza.

No está demás señalar que muchas veces el nombre o imagen del empleador está vinculado al correo electrónico de sus trabajadores. Ello se da cuando en el nombre de dominio aparece la razón social o denominación del empleador, de tal forma que todo correo que remiten sus trabajadores de una u otra forma constituye una proyección de la imagen de la empresa, ya que se identifica con ésta.

[9] Esta situación se podría dar por ejemplo con la difusión masiva de correo no solicitado (spam), o la distribución de virus informáticos o situaciones similares.

2.4 Formas de regulación del comportamiento laboral del trabajador con relación al acceso al INTERNET

El empleador debe expresar su posición con respecto a la utilización del INTERNET de manera clara a fin de estar en aptitud de aportar eventualmente la prueba de la existencia de la prohibición y las sanciones aplicadas por su incumplimiento. Lo normal es que tal regulación se encuentre fijadas en órdenes verbales o escritas (siendo recomendable estas últimas por consideraciones de probanza). También lo podría estipular en los convenios individuales - y eventualmente colectivos de trabajo-, siendo lo usual que tales políticas se expresen en los reglamentos de trabajo.

El empleador deberá estar en aptitud de demostrar eventualmente que puso las reglas de uso del INTERNET en conocimiento del trabajador, por lo que sería recomendable que el instrumento que contenga la notificación se hubiera entregado con cargo.

Estas políticas podrían estar también publicadas en el intranet de la empresa.

En caso de no existir las mencionadas políticas podrá darse la existencia de la falta laboral en la medida que la conducta de trabajador pueda "encajar" genéricamente como incumplimiento de las obligaciones del trabajador. En caso de no darse esta situación la eventual imputación de un eventual incumplimiento de las órdenes del empleador estará subordinada a la existencia de una prohibición expresa.

2.5 Reglas de aplicación para el ejercicio de las facultades disciplinarias del empleador con respecto a la utilización indebida de los servicios de INTERNET

El incumplimiento por parte del trabajador de las obligaciones impuestas por el empleador con respecto a la utilización de los servicios de INTERNET no constituye una excepción a las reglas que regulan el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del empleador. Es así como cada situación concreta que se presente se tendrá que resolver sobre la base de los principios que rigen la aplicación de las sanciones disciplinarias a cualquier situación de incumplimiento de obligaciones laborales. Serán de aplicación por lo tanto los principios de tipicidad, proporcionalidad, razonabilidad, buena fe etc. Será entonces la gravedad de la falta en cada caso particular la que determine la eventual sanción disciplinaria a ser aplicada sin

que existan reglas especiales para este tipo de infracciones.[10] Una de estas (la de tipicidad sancionatoria) ha sido objeto de mención en la sentencia del Tribunal Constitucional dictada una Acción de Amparo seguida contra SERPOST.[11]

2.6 Derecho del empleador de regular el acceso a INTERNET

El acceso a INTERNET en las instalaciones del empleador puede ser regulado por éste de la forma que estime conveniente teniendo en cuenta que esta utilización puede significarle determinados gastos o generarle eventuales riesgos. (Lo primero se da básicamente cuando el acceso es a través de la red telefónica básica dentro de un sistema de tarifa variable relacionado a su uso. Existe además otra razón por la cual puede hacerse necesaria dicha regulación cual es ***el tiempo que el trabajador le puede dedicar al acceso a INTERNET dentro de la jornada de trabajo*** que si no es para fines autorizados implica la utilización del tiempo de dicha jornada para la realización de actividades personales del trabajador y atenta contra el cumplimiento de las obligaciones que el contrato de trabajo le impone al trabajador. La situación sería más grave cuando dicho uso se realiza dentro de una jornada extraordinaria de trabajo por la que se percibe una remuneración adicional o con recargo, o cuando ella se hace necesaria cuando el trabajador no puede concluir su trabajo justamente por su dedicación al INTERNET, o también cuando sin conocimiento del empleador decide permanecer en el centro de trabajo para hacer uso de dicho servicio generando la presunción de trabajo extraordinario.[12]

---

10 Debemos recordar que las faltas son graves, intermedias y leves. Cada una de ellas dará lugar a determinado tipo de sanción (sanción grave, intermedia y leve)

11 Uno de los considerandos de dicha resolución ha señalado: "Un segundo aspecto que en cierta forma es consecuencia del anterior (solo en tanto se asuma la veracidad de los cargos imputados) tiene que ver con la intensidad de la sanción que, a estos efectos, tampoco resulta la adecuada. Si, conforme lo establece el artículo 108° del Reglamento Interno de Trabajo, son cuatro los tipos de medidas disciplinarias: amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión temporal sin goce de remuneraciones y despido, y las mismas deben ser aplicadas tomando en cuenta los hechos, la gravedad de las faltas y los antecedentes del trabajador, resulta absolutamente desproporcionado e irrazonable, por decir lo menos, que, por los hechos denunciados, se proceda de inmediato y sin elemento de ponderación, a aplicar al recurrente la más grave de las medidas sancionatorias. Tal circunstancia, a juicio de este Colegiado, tergiversa los alcances del debido proceso, no solo en términos formales, sino fundamentalmente sustantivos".

12 El Art. 7° del D.S.04-2066-TR en su versión modificada por el D.S. 011-2006-TR, señala: "Si el trabajador se encuentra en el centro de trabajo antes de la hora de ingreso y/o permanece después de la hora

La facultad del empleador de regular el uso del servicio se sustenta en los poderes tradicionales de los que está investido que sustentará su derecho o facultad de dictar las órdenes relacionadas con su utilización (poder o facultad de dirección), de controlar su uso (facultad de fiscalización) o eventualmente el sancionar la utilización indebida (facultad disciplinaria). En base a estos atributos puede dictar las pautas de utilización del INTERNET que estime conveniente desde permitir un uso libre, irrestricto e indiscriminado hasta su regulación detallada o prohibición de su uso a cierto sector de trabajadores o dentro de determinado horario.

Esta regulación se pueda dar en forma específica por medio de órdenes escritas o verbales (siendo más convenientes las primeras con fines probatorios) o genéricas a través del Reglamento Interno de Trabajo. Podría resultar conveniente la suscripción de un documento ad hoc en el cual se especifiquen las condiciones de autorización de uso de INTERNET en las instalaciones de la empresa, así como imponiendo otras obligaciones referidas a la utilización de la computadora que le proporciona el empleador para su uso en el trabajo. La regulación también podría estar considerada dentro de un contrato individual o colectivo de trabajo, aunque resulta poco usual recurrir a esta última forma por las consecuencias que se podrían derivar de una situación como la mencionada.

2.7 Posibilidad de los empleadores de restringir técnicamente el acceso o uso de INTERNET

Existen formas de restringir o limitar la utilización de determinados servicios de INTERNET, los que se encuentran a disposición del empleador principalmente a través de cierto tipo de programas (software). Existe también la posibilidad que pueda controlar y dejar registrado el uso que se de en el acceso al sistema lo cual nos llevará a esclarecer más adelante si el empleador está facultado para fiscalizar la utilización de los implementos y servicios que le proporciona al trabajador para la ejecución del trabajo. Algunos de estos sistemas de control pueden ser los me-

de salida, se presume que el empleador ha dispuesto la realización de labores en sobretiempo por todo el tiempo de permanencia del trabajador, salvo prueba en contrario, objetiva y razonable.
Los empleadores deben adoptar las medidas suficientes que faciliten el retiro inmediato de los trabajadores del centro de trabajo una vez cumplido el horario de trabajo"

dios probatorios para demostrar eventualmente el incumplimiento de las obligaciones del trabajador. Esta referencia es importante pues nos hace ver que la utilización de los servicios de INTERNET puede ser controlada técnicamente por el empleador quién puede impedir o restringir su utilización si ello es verdaderamente su intención. La existencia de la posibilidad de controlar o limitar el acceso con medios técnicos no permite sin embargo señalar que es de responsabilidad del empleador el acceder a dichos mecanismos ya que ello implicaría tener que asumir el costo de adquisición de dicho "software".

2.8 Modalidades de utilización indebida de los servicios de INTERNET por parte del trabajador

El trabajador puede acceder indebidamente a los servicios de INTERNET, tanto dentro como fuera de las horas de trabajo. En el primero de los casos su inconducta se da cuando utiliza los servicios contrariando las reglas fijadas por el empleador (podría ser el caso de utilizar dichos servicios para acceder a su correo electrónico personal, o cuando lo hace con fines de distracción y entretenimiento como sería para recurrir al "chat", lectura de medios informativos, recabamiento de información privada). En el segundo se da por la sola utilización de los equipos del empleador y se agrava cuando existe prohibición expresa de permanecer en el centro laboral fuera del horario de trabajo o cuando se pretende cobrar trabajo extraordinario por dicha permanencia. También podemos identificar otra situación especial cual es la de acceder a INTERNET a través del equipo no asignado al trabajador, en cuyo caso podríamos encontrarnos frente a la figura de utilización indebida de los bienes del empleador, siendo esta una modalidad a la que recurre el autor cuando persigue no ser identificado.

En los últimos años también se viene perfilando la realización de otro tipo de ilícitos utilizando los equipos informáticos del empleador asignados a otros trabajadores. En algunos casos se han dado maniobras fraudulentas haciendo uso de dichos medios y teniendo en cuenta la dificultad de comprobar algunos de los hechos que se generan haciendo uso de las nuevas tecnologías.

En consecuencia las formas de hacer uso indebido del INTERNET dentro del desarrollo de una relación laboral se pueden dar básicamente por:

a) utilización indebida de los servicios de INTERNET en forma general

b) utilización indebida del correo electrónico (e-mail) en forma particular.

3. EL CORREO ELECTRONICO

El tema de la utilización del correo electrónico del empleador por parte del trabajador origina en la práctica situaciones problemáticas o difíciles de resolver. Aún reconociéndosele al empleador determinadas facultades que fluyen de su posición preeminente en el contrato de trabajo se hace necesario determinar los alcances de las mismas y si ellas de alguna manera pueden colisionar con derechos constitucionales que por ser de jerarquía superior tendrían preferencia en su aplicación.

La Constitución establece derechos fundamentales en favor de todo ciudadano los que por su jerarquía tienen aplicación preferente con respecto a derechos de jerarquía inferior como son los de naturaleza legal.

Estos derechos le serían aplicables al trabajador - en su calidad de ciudadano- teniéndose en cuenta de otro lado que la primera calidad se desarrolla dentro del marco de la segunda.

3.1 Derechos constitucionales que protegen el correo electrónico del trabajador

En términos generales el artículo 2° de la Constitución protege los llamados "Derechos Fundamentales de la Persona", que le corresponden a todo trabajador en su calidad de ciudadano. Los diversos incisos del artículo mencionado protegen los referidos derechos pudiéndose mencionar como los más importantes relacionados con la utilización del correo electrónico los señalados en el inciso 10, que se concordaran con lo enunciado en el inciso segundo del artículo 26° de la misma Constitución.

El inciso mencionado establece el derecho de todo ciudadano al secreto de inviolabilidad de comunicaciones y documentos privados, lo que obliga a esclarecer los alcances de los referidos términos a fin de determinar los límites en la facultad de fiscalización del empleador.

Los derechos mencionados, por su jerarquía constitucional prevalecen sobre cualquier norma de jerarquía inferior, que por lo general son las que regulan las facultades del empleador. Para este efecto será necesario determinar los alcances de los términos "... comunicaciones y documentos privados".

El segundo párrafo del inciso décimo del artículo segundo mencionado señala de manera literal: "Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley".

Resulta fácil de concluir que el concepto de "...comunicaciones y documentos privados", son aquellos que le corresponden al trabajador y no al empleador, de tal forma, que si la computadora del empleador solamente debe existir las comunicaciones de su propiedad, que son aquellas que el emite en su calidad de empleador, o las envía el trabajador por encargo de este, que serían todas las comunicaciones empresariales.

En principio el empleador no debería necesitar un permiso especial para revisar la computadora entregada como herramienta de trabajo al trabajador, como tampoco podría cuestionarse la eventual decisión de borrar toda la información que estuviera en el disco duro del referido equipo, sin tener que preguntarle al trabajador si dentro del mismo tiene información personal que no tendría por qué estar en él. Dentro de este contexto el trabajador no tendría por qué reclamar de la desaparición de información personal que se encuentra sin autorización dentro del disco duro de propiedad del empleador. Tampoco tendría que solicitar autorización para llevar a cabo una revisión o auditoria del contenido del soporte informático habida cuenta que si es de su propiedad nadie le podría cuestionar el referido derecho.

En caso de que al revisar el contenido del disco duro encontrara una carpeta que estuviera marcada con claridad como "documentación privada o correspondencia privada del trabajador", no podría acceder a su contenido aún cuando podría iniciar una investigación para determinar la infracción cometida por el trabajador de colocar archivos personales dentro de la computadora del empleador. De hacerlo estaría incurriendo en una afectación de derechos constitucionales del trabajador.

El concepto de "comunicaciones y documentos privados" significaría que el empleador no puede revisar cualquier documento personal del trabajador aún

cuando se encontrara en un equipo de su propiedad. No podría por ejemplo entrar a los archivos del correo personal del trabajador que pudieran estar en una computadora privada, o en la cuenta de correo personal que el trabajador tuviera fuera el servidor de empresa, para lo cual obviamente el empleador tendría que contar con la clave de acceso a la cuenta del trabajador.

Distinto es el caso de aquellos documentos que no tienen la calidad de privados o que no son de propiedad del empleador, como podría ser la información de carácter genérico que se recibe a través del INTERNET.

El artículo 26° de la Constitución, que se refiere a los principios que regulan la relación laboral, hacen mención a aquellos derechos reconocidos por la Constitución y la ley, lo que debe ser respetados en la relación laboral.

La correcta interpretación de este artículo, y su concordancia con el inciso 10° del artículo 2° nos permite llegar a determinadas conclusiones:

1. El empleador no tiene acceso a los documentos privados o la correspondencia privada del trabajador. No puede por lo tanto, ingresar a su correo privado para revisar sus comunicaciones: Tampoco sería valida la estipulación contenida en el contrato trabajo por la cual el trabajador acepta la revisión de su correspondencia privada. Este es un acuerdo que no tendría validez por contrariar el dispositivo constitucional mencionado.

2. En caso que el empleador encontrara en el disco duro de la computadora entregada al trabajador correspondencia privada, no tendría derecho de revisar la misma en atención a la garantía constitucional. Si podría, sancionar disciplinariamente al trabajador por incumplir con la obligación que no introducir en el equipo de propiedad de la empresa información de naturaleza privada. En consecuencia, el empleador no está facultado para revisar la correspondencia privada del trabajador, aunque se encuentre dentro de una computadora de su propiedad, pero si podría sancionar al trabajador por infringir las normas dictadas por el empleador, al guardar la misma en el soporte informático.

3. En el supuesto de que el empleador obtuviera copia de la correspondencia privada del trabajador ubicada en el computadora de su propiedad entregada como herramienta de trabajo, no podía utilizarla como medio probatorio en la medida se hubiese sido obtenida sin consentimiento del trabajador al

amparo de los señalados en el tercer párrafo del inciso décimo del artículo segundo de la constitución.

3.2 Marco Legal

Siguiendo una clasificación genérica de las faltas laborales éstas pueden dividirse en leves, intermedias o graves. Tal clasificación resulta aplicable a lo que es objeto de nuestro análisis, ya que no es posible calificar que el acceso a INTERNET por parte del trabajador siempre se ubicará dentro de uno de estos criterios. Será necesario evaluar cada situación concreta para determinar su gravedad y la aplicación de la sanción que pudiera corresponder de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Un factor importante podrá ser también la reiteración en la infracción cuando ha existido una prohibición previa del empleador.

La ley laboral peruana (art. 25 del D.S. 003-97-TR) define genéricamente como falta grave: "... la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación". A continuación señala de manera taxativa aunque no específica, una multiplicidad de conductas del trabajador que se consideran como tales, entre ellas (considerando las aplicables al caso que se analiza) tendríamos:

a) El incumplimiento de las ***obligaciones de trabajo*** que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con sus labores.... la ***inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo...*** aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo" (inciso a) del art. 25 del D.S. 003-97-TR).

b) La ***utilización indebida de los bienes o servicios del empleador***, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor. (inciso c) del artículo 25 del D.S. 003-97-TR.[13]

[13] El incumplimiento de las obligaciones de trabajo podría tener su causa en la utilización o acceso al servicio cuando el trabajador por hacerlo descuida sus obligaciones laborales (caso del que no atiende a un cliente por estar dedicado al acceso al INTERNET), o cuando se resiste a cumplir la orden que se le

Para "tipificar" la conducta específica que se analiza y ante la enunciación genérica de la infracción resulta conveniente regular la utilización de los servicios de INTERNET de manera expresa señalando de manera clara la regulación de su uso (o eventualmente su prohibición). Es conveniente definir dicha utilización como obligación de trabajo - a fin de poder invocar su incumplimiento- o como orden relacionada con las labores para poder invocar la reiterada resistencia. En el caso que la imputación sea por inobservancia del reglamento interno de trabajo es necesario que se haya incluido dicha regulación dentro del mismo.[14]

Lo que sí se debe destacar es que de acuerdo con el D.S. 003-97-TR, la sola configuración de una de las faltas requiere de un complemento que es su grado de gravedad. No es suficiente infringir el Reglamento Interno de Trabajo, pues la infracción para justificar determinada sanción debe tener a su vez cierta gravedad.

No existe una tipificación específica de la utilización indebida de los servicios de INTERNET como falta grave laboral. Sin embargo, la tipificación expresa no es necesaria ya que la conducta puede encuadrarse dentro de las causales existentes en la legislación.

Lo expuesto nos permite concluir que la calificación de los casos de utilización indebida del correo electrónico tiene que realizarse sobre las circunstancias específicas de cada situación. El resultado de dicho análisis determinará la gravedad de la infracción y las consecuencias jurídicas que de ella se pueden derivar.

3.3 Consecuencias para el trabajador de la utilización indebida del INTERNET

Habiéndose determinado que le empleador tiene el derecho de regular la utilización del acceso a INTERNET por parte del trabajador corresponde analizar las

ha impartido, que no lo haga para determinados fines o por un tiempo superior al que se le hubiese autorizado, o cuando se hubiese estipulado expresamente en el reglamento interno de trabajo.

14 El Reglamento Interno de Trabajo tiene una eficacia limitada en tanto que este instrumento es obligatorio solamente para las empresas que tienen más de 100 trabajadores y facultativo para las que tienen menos de dicho número.

eventuales consecuencias de dicho incumplimiento o infracción aplicando los criterios tradicionales que regulan las facultades disciplinarias del empleador.

Las situaciones que se pueden presentar son variadas y dependerán fundamentalmente de la existencia de una prohibición de la utilización de los que puede estar expresada de diversas maneras, siendo importante estar en aptitud de demostrar su existencia, lo que corre de cargo del empleador en aplicación de los principios que regulan la carga de la prueba.

Se puede presumir que si el empleador le da al trabajador una conexión al servicio de INTERNET implícitamente lo está facultando a su utilización sin restricción de ninguna clase. Para salir de la presunción que genera dicha conducta debe regularse el uso de los servicios en forma expresa, siendo la mejor forma de hacerlo a través del Reglamento Interno de Trabajo cuya presentación ante la Autoridad competente genera una presunción de conocimiento por parte de todos los trabajadores, o mediante la entrega de las instrucciones respectivas recabando el cargo que acredite la existencia de la notificación. También podría darse el caso que la regulación de su uso se diera a través de convenciones colectivas de trabajo - aunque ello por el momento no constituye práctica por lo menos dentro de nuestro medio, por la natural resistencia del empleador de limitar lo que constituye una expresión de la facultad de dirección. Otra consideración práctica que limita la regulación del uso del INTERNET por esta vía es que una vez establecido un convenio de utilización de dichos servicios, solamente podrían ser modificados a través de otra convención colectiva de trabajo.

También, deberá de tomarse en cuenta eventualmente la política existente sobre dicha utilización - situación que eventualmente tendría que ser demostrada por el trabajador que la invoque en su favor. Si éste demuestra que el empleador ha permitido el acceso a dichos servicios al no haberlos prohibido y que ésta es una práctica en la empresa, podrá invocar tal situación en su beneficio. Ello independientemente del derecho del empleador de modificar dicha práctica en el momento en que lo estime conveniente y de acuerdo con las facultades que le son propias.

Podemos asimilar los casos de utilización indebida de INTERNET a otras figuras parecidas ya existentes como es el caso de los servicios de telefonía en sus diversas modalidades (telefonía directa, fax etc). Es usual que todo empleador restrinja la utilización de estos servicios y eventualmente sancione la infracción de las reglas respectivas de acuerdo con los principios tradicionales que regulan la

facultad disciplinaria (principios de inmediatez y de proporcionalidad). Existen precedentes que los han calificado como falta grave estableciéndose la aplicación de la sanción en atención a los principios antes mencionados. Obviamente que el primer caso de utilización indebida no puede tener la misma gravedad que aquéllos casos en que la utilización irregular resulta reiterada. Asimismo existe una gravedad diferente cuando el uso se da dentro de las horas laborales como fuera de ellas.[15]

3.4 Derecho del empleador de fiscalizar la utilización de los servicios de INTERNET por parte del trabajador

Como regla general podemos señalar que el empleador está facultado para establecer las condiciones de acceso del trabajador a los servicios de INTERNET para lo cual puede dictar las reglas que estime convenientes. Asimismo y como una expresión de su facultad de fiscalización está en la posibilidad de introducir elementos de registro y control de dicha utilización, siendo eventualmente su facultad grabar las comunicaciones que se intercambien dentro de sus servicios sin que ello pueda ser considerado como una afectación del derecho a la intimidad del trabajador. Es conveniente que el empleador deje constancia expresa de tal situación en algunos de los instrumentos ya señalados o se los comunique expresamente al trabajador, a fin de que éste conozca de la referida eventualidad y por lo tanto se abstenga de dicha conducta o ésta sea de su conocimiento.[16] Ello conducirá al trabajador interesado en defender su intimidad a utilizar dichos servicios fuera del centro de trabajo y sin utilizar los medios del empleador.

Si el empleador recurre a estas prácticas dentro de sus instalaciones y anunciando la existencia de dicha política no es dable que se considere tal actitud como violatoria de derechos fundamentales del trabajador - como podría ser el caso del derecho a la intimidad-, en tanto que está controlando la actividad del trabajador en sus instalaciones y como consecuencia del trabajo.

---

15 En este último caso la gravedad debe ser consideradas como menor, ya que no está en uso el tiempo de trabajo sino solamente la utilización de los bienes del empleador.

16 En una situación como la expuesta la gravedad debe ser considerada como menor ya que no está en uso el tiempo de trabajo sino solamente la utilización de los bienes del empleador.

Precedentes jurisprudenciales sobre el tema analizado:

El tema que se analiza ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales. En el Perú el de mayor trascendencia es el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en el expediente Número 1058-2004-AA/TC (acción de amparo seguida por García M. contra Serpost S.A. en el cuál se declaró fundada la demanda interpuesta por el accionante en atención a diversas consideraciones, principalmente la forma como el empleador había ingresado a la computadora cuyo uso había asignado al trabajador, constatando la presencia en la misma de abundante material pornográfico que fue considerado como falta grave.

El caso referido es uno de los pocos en que se ha dado un pronunciamiento relacionado con la utilización de los servicios de acceso al INTERNET es en el expediente mencionado.

Aunque la resolución se produjo principalmente por consideraciones relacionadas con las formalidades de comprobación de los hechos en discusión, principalmente la forma de comprobación de la falta grave imputada por el trabajador, debe destacarse la parte del razonamiento del Tribunal relacionada con la utilización de los medios informáticos entregados por la empresa al trabajador para efectos de la prestación de los servicios.

Dentro del razonamiento expresado en la sentencia tenemos determinados párrafos de la parte "considerativa" de la sentencia en la que se expresó lo siguiente:

> "Aunque, en el presente caso, podría pensarse que la infracción de procedimiento reside principalmente en el hecho de haberse efectuado acopio de supuestos elementos probatorios y haber colocado al recurrente en una condición desventajosa para defenderse, queda claro que la controversia planteada permite considerar un hecho de suma trascendencia: el de saber si los medios informáticos de los que se vale un trabajador para realizar sus labores, pueden considerarse de dominio absoluto de la entidad o empresa para la que labora, o si, por el contrario, existe un campo de protección respecto de determinados aspectos en torno de los cuales no le está permitido al empleador incidir de manera irrazonable. (Considerando 16)

Sobre este particular, queda claro que aunque una empresa o entidad puede otorgar a sus trabajadores facilidades técnicas o informáticas a efectos de desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que se persigue, no es menos cierto que cuando tales facilidades suponen instrumentos de comunicación y reserva documental no puede asumirse que las mismas carezcan

de determinados elementos de autodeterminación personal, pues sabido es que en tales supuestos se trata del reconocimiento de condiciones laborales referidas a derechos fundamentales que, como tales, deben respetar las limitaciones y garantías previstas por la Constitución Política del Estado. (Considerando 17)

Conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. *Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. (Considerando 19)*

Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar ha quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"*. Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos. (Considerando 20)

Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Consti-

tución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen. (Considerando 21)

Lo que se plantea en el presente caso no es, sin embargo, que la empresa demandada no haya podido investigar un hecho que, a su juicio, consideraba reprochable, como lo es el uso de un instrumento informático para fines eminentemente personales, sino el procedimiento que ha utilizado a efectos de comprobar la presunta responsabilidad del trabajador investigado. Sobre este particular, es claro que si se trataba de determinar que el trabajador utilizó su correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, la única forma de acreditarlo era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución. La demandada, lejos de iniciar una investigación como la señalada, ha pretendido sustentarse en su sola facultad fiscalizadora para acceder a los correos personales de los trabajadores, lo que evidentemente no está permitido por la Constitución, por tratarse en el caso de autos de la reserva elemental a la que se encuentran sujetas las comunicaciones y documentos privados y la garantía de que tal reserva solo puede verse limitada por mandato judicial y dentro de las garantías predeterminadas por la ley.

Es necesario determinar si de acuerdo con lo señalado por el Tribunal en el pronunciamiento referido se pueden extraer conclusiones de carácter general que enerven de alguna manera la facultad fiscalizadora del empleador con respecto al correo electrónico o material que se encuentre dentro de las computadoras de su propiedad. A nuestro juicio y no obstante lo señalado en el pronunciamiento consideramos que este no es suficiente para enervar el derecho fiscalizado del empleador, en la medida que se de bao determinadas condiciones. El pronunciamiento está referido a un caso concreto en el cuál el razonamiento del Tribunal se sustentó principalmente en la forma de obtención de los medios probatorios. Y a nuestro juicio no constituye un pronunciamiento de fondo sobre el control del uso del INTERNET por el empleador

Las situaciones que se pueden presentar con respecto a la utilización indebida del correo electrónico se pueden ubicar dentro de las siguientes posibilidades.

a) Revisión del correo electrónico utilizado por el trabajador en la cuenta de la empresa habiéndose advertido previamente de la prohibición de utilizar dicho correo con fines particulares, reservándose la empresa el derecho de revisar tanto el computador entregado al trabajador como la cuenta de correo electrónico entregada por la empresa con la condición que solamente puede ser utilizado para fines empresariales y la advertencia que puede ser revisada en cualquier momento por el empleado

b) Revisión del correo electrónico del propio trabajador que no está vinculado nominalmente ni en su contenido a la empresa, sino al propio trabajador y que no se encuentra en el servidor de la empresa.

La figura descrita en el acápite b) que antecede no presenta mayor problema por cuanto si el empleador decide invadir la esfera privada de la correspondencia del empleador dentro de su cuenta de correo particular estará afectando sus derechos constitucionales y cometiendo un delito expresamente tipificado por la legislación penal.

En lo que se refiere a la primera (mencionada en el acápite a) que antecede, a nuestro juicio no se estaría afectando ningún derecho del trabajador en razón de que como es de su pleno conocimiento la cuenta, el computador y el contenido de los correos solamente deben estar referidos a la empresa y ser de conocimiento del trabajador la posibilidad de que sean revisados en cualquier momento en tanto que el empleador no ha concedido la facultad de introducir en el equipo ningún tipo de información de propiedad privada del trabajador.

Pronunciamientos jurisprudenciales extranjeros:

La jurisprudencia extranjera viene clarificando el panorama al pronunciarse sobre diversos escenarios.

Existe un pronunciamiento jurisprudencial dictado por el Tribunal de Trabajo de Bruselas, quien se pronunció en un caso específico considerando que si bien el empleador tiene derecho a sancionar a un trabajador por uso indebido de correo

electrónico, no está facultado para revisar por tal motivo el correo electrónico del trabajador.[17]

En España se han dictado una pluralidad de pronunciamientos. En uno de ellos se ratificó la facultad del empleador de revisar el computador del trabajador interpretando extensivamente disposiciones la Ley General de Trabajo.[18]

A nivel internacional se registran una serie de pronunciamientos de diversa naturaleza.

No conocemos específicamente la existencia de un pronunciamiento jurisprudencial expreso con respecto al tema que es materia de análisis. Una sentencia emitida por un Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aceptando el despido de un trabajador de una empresa por utilización indebida de correo electrónico. Ramón Castilla, en el artículo mencionado en la parte bibliográfica de éste comentario indica la existencia de otro precedente similar anterior.[19] La situación que se

---

17 En este sentido ya se ha pronunciado el Tribunal de Trabajo de Bruselas en sentencia de 2 de mayo de 2000. El Tribunal analiza el despido de un trabajador (responsable del sistema informático) que, al parecer, usaba el correo electrónico del trabajo para mantener una relación epistolar con una compañera de trabajo. El empresario, con la excusa de un supuesto bajo rendimiento, decidió acceder al correo del trabajador, despidiéndole posteriormente por una falta grave. El Tribunal mantiene, con base en el artículo 8° de la Convenio Europeo de Derechos Humanos, que el envío de correos personales desde la empresa pertenece a la vida privada del trabajador. El Tribunal, tras analizar si el atentado a la vida privada del trabajador era indispensable y proporcionado al supuesto perjuicio causado, concluye que, la mera constancia del número de correo, su tamaño y su carácter privado, eran datos suficientes para proceder a su sanción, sin necesidad de intervenir el correo. (Mayor información en: http://altavoz.nodo50.org/endika.htm).

18 Una sentencia de noviembre de 2000 de la Sala de lo Social en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la que se juzgaba la denuncia efectuada por un trabajador contra el empresario que le intervino y copió todos sus correos y ficheros personales, aún en presencia del comité de empresa, se inclina por el criterio empresarial, (a pesar de que la sentencia en cuestión da la razón al trabajador, pero solo por el hecho de que no se justificó el registro como obliga el artículo 18). La resolución afirma, aún implícitamente, que el artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores autoriza el registro en la terminal de ordenador que utiliza el trabajador, pues, a estos efectos, el ordenador lo asimila a la taquilla, basándose en que el ordenador es un instrumento de trabajo propiedad de la empresa y que no debe ser utilizado para otros fines distintos y diferentes que la realización de la actividad laboral, por lo que no cabe hablar de documentos personales incorporados al mismo.

19 Hacemos mención a la sentencia del TSJ de Madrid de 16 de octubre de 1998, antes indicada, en la que el Tribunal admitió como procedente el despido de un trabajador por usar, para fines personales y dentro del horario laboral, el ordenador puesto a disposición por la empresa. En este supuesto, se probó, por

plantea en el presente análisis resulta equivalente a la de la utilización indebida de cualquier otro bien o servicio del empleador presentándose las mayores coincidencias con el uso del servicio telefónico y los de facsímile.

3.5 La utilización de los servicios de INTERNET del empleador por parte de las organizaciones sindicales

Nos referimos expresamente a la utilización de estos servicios en las instalaciones del empleador pues nadie podría cuestionar el derecho de las organizaciones sindicales o sus dirigentes de hacer uso de tales servicios desde sus propias instalaciones o desde las de terceros ajenos al empleador.

La utilización cada vez más generalizada de los servicios mencionados por parte de las organizaciones sindicales o sus dirigentes nos lleva a la formulación de diversas interrogantes.

¿Es posible que un trabajador utilice los servicios de la empresa para el envío de comunicaciones sindicales tanto a los trabajadores de la empresa como a terceros?

¿Es posible que las organizaciones sindicales utilicen los equipos de cómputo de la empresa para el envío de sus comunicaciones sindicales tanto a sus afiliados como a los demás trabajadores de la empresa? ¿Requieren de permiso expreso del empleador para utilizar dicho canal de comunicación?

En principio la utilización de los equipos de propiedad de la empresa está sujeta a lo que ella establezca sobre el particular considerándose que su primera finalidad es el cumplimiento de los fines empresariales. De tal manera que su uso para fines diferentes constituiría una excepción y por lo tanto haría necesaria la autorización previa del empleador. En caso de no obtenerla el incurrir en la conducta descrita podría originar consecuencias variables en función de la gravedad de la infracción

parte de la empresa, que el trabajador utilizaba el ordenador de la empresa para conectarse a INTERNET, para fines personales, durante el horario laboral."

que haría al trabajador acreedor a una sanción variable a ser aplicada en función del principio de proporcionalidad.

Un caso como el señalado genera la responsabilidad individual y particular del trabajador que incurre en la mencionada conducta quien no podría pretender eliminar su responsabilidad invocando la naturaleza sindical de la actividad. La restricción en el acceso a estos servicios por parte de la empresa no afecta en absoluto el derecho de comunicación de los sindicatos que puede ser ejercido desde un lugar diferente a las instalaciones de la empresa, así como también recurrieron a otros medios de difusión.

Consideramos que el tema debe ser regulado por medio de la convención colectiva de trabajo, ya que la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo considera que es la vía adecuada para tratar todo lo relacionado al desarrollo y ejecución de la actividad sindical.[20]

¿Es posible que el empleador le prohíba a los trabajadores u organizaciones sindicales el envío de correspondencia tanto a la empresa como a los trabajadores de la misma desde el exterior de la empresa y a través de equipos que no son de su propiedad?

Antes de analizar el tema materia de la pregunta debemos señalar que existen formas técnicas de impedir la llegada de determinado correo electrónico a cualquier destinatario. Ello se puede hacer a través de determinados "filtros" que impiden la recepción de cierta correspondencia a los destinatarios que se indique o la admisión de mensajes de determinadas personas.

No creemos que el empleador se encuentre facultado para prohibir el envío de comunicaciones tanto a él como a sus representantes cuando ellas se generan fuera de la empresa y en horas diferentes de las de trabajo, lo que si puede es restringir el uso de sus equipos para que el trabajador recurra al recojo o lectura de su correo en servidores ajenos en horas de trabajo.

[20] El artículo 32° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo señala que la convención colectiva de trabajo contendrá las estipulaciones tendientes a facilitar las actividades sindicales en lo relativo a reuniones, comunicaciones, permisos y licencias.

¿Está facultado el empleador para prohibir el uso de sus equipos de cómputo para el envío de comunicaciones por parte de sus organizaciones sindicales?

La respuesta a la pregunta que antecede es afirmativa, pues las organizaciones sindicales no están facultadas -salvo que el empleador se lo permita- a utilizar los servicios de la empresa para el envío de sus comunicaciones. La utilización indebida de estos podrá generar la responsabilidad individual respectiva.

4. CONCLUSIONES

1. Cuando el empleador tiene contratado un servicio de acceso a INTERNET está facultado para regular su uso por parte de los trabajadores, para lo cuál puede introducir las reglas de uso pertinentes.

2. Es conveniente que la regulación del uso de INTERNET en sus diversas modalidades y manifestaciones sea puesta en conocimiento del trabajador de manera expresa y a través de un documento que demuestra que éste se encuentra informado de las condiciones de su uso. De preferencia debe constar una declaración de conocimiento y aceptación de cumplimiento de las directivas impartidas por el empleador.

3. El trabajador está obligado a dar cumplimiento a las reglas en mención, pudiendo ser sancionado por la infracción de las mismas, caso en el cuál se aplicarán las reglas que rigen la facultad disciplinaria del empleador.

4. El empleador no puede pactar con el trabajador el acceso a su correo personal y privado ubicado fuera de sus equipos o dominio, pues implicaría pactar contra los derechos fundamentales que la ley consagra en su favor.

5. El empleador puede acceder al disco duro de la computadora entregada al trabajador para su uso personal, accediendo a los archivos que son de propiedad de la empresa, pero sin acceder a cualquier archivo personal que pudiera tener el trabajador en el disco duro, aún cuando éste se encontrara en el mismo sin conocimiento o consentimiento del empleador. Podría eliminar dichos archivos sin registrarlos o sancionar al trabajador

por su incorporación al mismo, especialmente cuando lo hubiese prohibido de manera expresa.

6. El empleador no puede acceder por ninguna razón o motivo al correo particular del trabajador que se encuentre fuera de su servidor o dominio.

7. El empleador tiene derecho de fiscalización del contenido de la computadora entregado al trabajador para el cumplimiento de sus funciones. No puede sin embargo ingresar al ordenador personal del trabajador aún cuando se encuentre dentro del centro de trabajo o utilizado como herramienta de trabajo.

RECOMENDACIÓN

Es conveniente una regulación legislativa de los aspectos laborales del acceso al INTERNET como consecuencia de la relación laboral.

5. BIBLIOGRAFIA

ARTICULO PUBLICADO EN BOLETIN ELECTRONICO DE DERECHO INFORMATIVO (www.vlex.com.pe): Por Ramón Castilla Fernández-Fábregas, Abogado de NAUTADUTILH, (rcastilla@nautadutilh.ddnet.es).

NUÑEZ PAZ , Sandro Alberto: LIMITES EN EL USO Y CONTROL DEL CORREO ELECTRONICO. Tésis para optrar el Grado Académico de Master en Derecho Empresarial. (Universidad de Lima) Noviembre 2004.

Artículo: "Filtros de Contenido" PC World Perú, 7 de febrero 2001 (www.elcomercioperu.com.pe) pgs. 25 y ss.

Las jornadas acumulativas de trabajo y la protección de los trabajadores

Protección de los trabajadores y jornadas acumulativas

Raúl Saco Barrios

Abogado. Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Secretario de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
rgsaco@pucp.edu.pe

Sumario

Introducción. 1. Aspectos generales. 1.1. La protección del trabajador: principio y fundamento del Derecho del Trabajo. 1.2. Reglamentación de la jornada de trabajo. a) Normas Internacionales del Trabajo. b) Ordenamientos nacionales. c) Nuevos criterios. 1.3. Ordenación de la jornada de trabajo, flexibilidad laboral y jornadas atípicas. a) Ordenación de la jornada de trabajo. b) Flexibilidad laboral. c) Jornadas atípicas. 2. Jornadas acumulativas. 2.1. Concepto. 2.2. Fundamento. 2.3. Ventajas y desventajas. 2.4. Modalidades. 2.5. Las jornadas acumulativas en el Ordenamiento peruano. a) Nivel constitucional. b) Nivel infraconstitucional. c) Régimen acumulativo de jornadas de trabajo y descansos en la Minería. 2.6. Las jornadas acumulativas en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. 2.7. Jornadas acumulativas y negociación colectiva. 2.8. Las jornadas acumulativas en las sentencias del Tribunal Constitucional. 2.9. Consideraciones de carácter procesal. 3. Síntesis.

INTRODUCCION

En el presente estudio, procuramos aproximarnos a las *jornadas acumulativas*. En la *primera parte*, tratamos algunos *aspectos generales* sobre la protección del trabajador, la reglamentación de la jornada de trabajo, la ordenación de la jornada de trabajo, la flexibilidad laboral y las denominadas jornadas atípicas. En la *segunda parte*, entramos propiamente en materia y desarrollamos los *aspectos principales* de las jornadas acumulativas, es decir, el concepto, el fundamento y las ventajas y desventajas y las modalidades de éstas; las jornadas acumulativas en el Ordenamiento peruano y en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo, en la negociación colectiva y (muy sucintamente) en las sentencias del Tribunal Constitucional; y algunas consideraciones de carácter procesal. Al *término*, presentamos una *síntesis* que engloba nuestras principales comprobaciones o proposiciones.

1. ASPECTOS GENERALES

1.1 La protección del trabajador: principio y fundamento del Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo procura brindar protección al trabajador, considerado la parte débil en la relación individual de trabajo, además de la igualación de las partes y la mejora de la situación de los trabajadores.

La protección del trabajador es, entonces, principio y fundamento del Derecho del Trabajo.

El *principio protector* alude al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, "ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante es protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes"[1]. No constituye un método especial de interpretación, sino un principio general que informa todas las normas del Derecho del Trabajo y que debe ser tomado en cuenta en su aplicación[2].

Además, la protección del trabajador constituye el propio *fundamento* del Derecho del Trabajo. En efecto, el Derecho del Trabajo contesta primordialmente al objetivo de nivelar desigualdades. Para ello, tiende a compensar la desigualdad económica desfavorable al trabajador con una protección jurídica favorable a éste[3].

"El procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades", enseña Eduardo J. COUTURE[4]. En el entorno laboral, tales otras desigualdades son todos los derechos y beneficios sociales atribuidos al trabajador. Entre ellos, la *reglamentación de la jornada de trabajo.*

---

1 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 23.

2 *Ibid.*, p. 34.

3 *Ibid.*, p. 25.

4 COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, tomo I, p. 275.

1.2 Reglamentación de la jornada de trabajo

La *limitación de la jornada de trabajo* existe desde el surgimiento mismo del Derecho del Trabajo y persigue librar al trabajador de faenas de muy larga duración, de penosa ejecución y manifiestamente perjudiciales para su salud[5].

a) Normas Internacionales del Trabajo[6]

Quizás el logro mayor de los trabajadores organizados sea la *jornada máxima de trabajo*: 8 horas por día y 48 horas por semana[7].

Despiertan singular interés: el *Convenio No. 1* adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de noviembre de 1919

---

5 Acerca del descanso, la Doctrina Social de la Iglesia también ha señalado que en todo contrato laboral se provea descanso (expresa o tácitamente, para cumplir con los deberes religiosos y familiares y para recuperarse de las fatigas). El trabajo debe adecuarse a las fuerzas del trabajador y a sus condiciones físicas y de edad. El descanso refiere a todo cuanto hace a la protección de la salud y trabajos peligrosos, a la fatiga y al esfuerzo, a la jornada diaria. En términos actuales, puede decirse que con motivo del descanso tales planteamientos atañen a las condiciones de trabajo y a la higiene y seguridad ocupacionales. El principio general en materia de descanso está expresado en forma nítida: "Establézcase en general que se dé a los obreros todo el reposo necesario para que recuperen las energías consumidas en el trabajo, puesto que el descanso debe restaurar las fuerzas gastadas por el uso". Las modalidades concretas de los intervalos de descanso se determinan de acuerdo a la clase de trabajo, las circunstancias de tiempo y lugar y la condición misma de los operarios. Hay que tener en cuenta igualmente las épocas del año (DIFRIERI BARONE, Jorge A., *El Derecho del Trabajo y la Doctrina Social de la Iglesia*, Lima, Editora Latina S. R. Ltda., 1994, pp. 73-74).

6 En estricto: "(...) la Constitución de la OIT (...) tipifica a los convenios y las recomendaciones como los dos instrumentos principales en los que se expresan las normas internacionales del trabajo. La diferencia básica entre ambos radica en que el convenio está abierto a la ratificación de un Estado Miembro, acto que crea para éste obligaciones jurídicas internacionales relativas a su aplicación y cumplimiento. Una recomendación no puede ser ratificada y constituye sólo una guía para una acción nacional en la materia cubierta por este instrumento. De acuerdo con la Constitución (art. 19, párr. 1°), el instrumento revestirá la forma de una recomendación si la cuestión tratada o alguno de sus aspectos no se presta aún para la adopción de un convenio. Puede ser útil para delinear objetivos sociales que son demasiado avanzados como para pretender una aplicación generalizada, o a fin de tratar materias muy complejas o que se presentan en forma muy disímil entre los países, o para regular en detalle los principios más generales incorporados a un convenio" (VON POTOBSKY, Geraldo W y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., *La Organización Internacional del Trabajo*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990, p. 24).

7 "La limitación de la jornada ha sido una reivindicación de *longa data* en las normas internacionales" (VEGA RUÍZ, María Luz, Editora, *La Reforma Laboral en América Latina: 15 Años después"*, Lima, OIT, 2005, p. 42).

en Washington, en vigor desde el 13 de junio de 1921[8]; y el *Convenio No. 30* adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de junio de 1930 en Ginebra, en vigor desde el 29 de agosto de 1933[9].

El *Convenio No. 1* limita las horas de trabajo en las *empresas industriales* a *8 horas por día y 48 horas por semana*, salvo excepciones previstas por el propio instrumento. De todos modos, atribuye una amplia significación a la idea de "empresas industriales" (públicas o privadas) y comprende en éstas a las que desempeñan no sólo actividades de manufactura, sino también de extracción (en minas, canteras), de construcción, etc.[10]

El *Convenio No. 30* limita las horas de trabajo en *el comercio y las oficinas* también a 8 horas por día y 48 horas por semana, e igualmente indica excepciones[11]. En general, se aplica a los trabajadores de un vasto sector de establecimientos (públicos y privados): comerciales, oficinas de correos y teléfonos, establecimientos y administraciones cuyo personal efectúe esencialmente trabajos de oficina, etc.[12]

---

8 Convenio (núm. 1) sobre las horas de trabajo (industria), 1919. *Vid.* http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C001

9 Convenio (núm. 30) sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930. *Vid.* http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C030

10 Al año 2005, este Convenio (núm. 1) tiene 52 ratificaciones (4 de ellas, condicionales: por Austria, Francia, Italia y Letonia; y ha sido denunciado por Nueva Zelandia el 9 de junio de 1989) (http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C001). Sobre la ratificación de este Convenio por el Perú y su inserción en el Ordenamiento nacional, *vid. infra*, 2.5.a).

11 "Las horas de trabajo por semana previstas en el artículo 3 (48 horas) podrán ser distribuidas de suerte que el trabajo de cada día no exceda de diez horas" (artículo 4). "Cuando excepcionalmente deba efectuarse el trabajo en condiciones que hagan inaplicables las disposiciones de los artículos 3 y 4, los reglamentos de la autoridad pública podrán autorizar la distribución de las horas de trabajo en un período mayor de una semana, a condición de que la duración media del trabajo, calculada sobre el número de semanas consideradas, no exceda de cuarenta y ocho horas por semana y de que en ningún caso las horas diarias de trabajo excedan de diez" (artículo 6).

12 Al año 2005, este Convenio (núm. 30) tiene 30 ratificaciones (una de ellas, condicional por Austria; y ha sido denunciado por Finlandia el 23 de junio de 1999 y por Nueva Zelandia el 9 de junio de 1989) (http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C030). No ha sido ratificado por el Perú.

La fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo ha dado lugar, sin embargo, "a controversias y a complejos problemas de aplicación de los correspondientes instrumentos internacionales acordados al respecto"[13].

b) Ordenamientos nacionales

Sobre esta base, los Ordenamientos nacionales, acaso sin excepción, han introducido una *reglamentación de la jornada de trabajo*[14]. Si bien el Derecho del Trabajo en su conjunto pretende la protección del trabajador, la *reglamentación de la jornada de trabajo* (y de los descansos remunerados) relieva singularmente el carácter tutelar de aquél. Al respecto, sobresalen los deberes impuestos al empleador: observar el horario de trabajo, los períodos de reposo, etc.[15]

En este contexto, se ha estimado tradicionalmente que:

- La jornada máxima de trabajo puede reducirse por la propia ley (para determinadas categorías de trabajadores: mujeres, menores y grupos especiales), por la negociación colectiva, por decisión del empleador o por costumbre.

- Puede excederse levemente la jornada diaria para disminuir el número de días de trabajo por semana.

- El tiempo trabajado en exceso constituye sobretiempo u horas extra y debe remunerarse con una tasa complementaria al valor de la hora ordinaria.

- La fijación de la jornada y los horarios de trabajo es una atribución del empleador asentada en el poder de dirección de éste y, por tanto, en la

[13] MONTT BALMACEDA, Manuel, *Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La O. I. T.*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 258.

[14] En América Latina, "la gran mayoría de los países establecen la duración de la jornada en ocho horas al día y 48 o 44 a la semana, según si la tarde del sábado se considera o no laborable" (VEGA RUÍZ, María Luz, *op. cit.*, p. 124).

[15] MAGANO, Octavio Bueno, *Manual de Direito do Trabalho*, Sao Paulo, LTr, 1987, vol. IV (*Direito Tutelar do Trabalho*), pp. 9 y 10.

subordinación del trabajador, quien debe sobrellevarla pacíficamente. En compensación, la jornada y el horario de trabajo integran el contrato (individual) de trabajo: sólo pueden alterarse en circunstancias previstas expresamente por la ley, aunque se admiten al respecto, excepcionalmente y dentro de ciertos límites, algunos cambios menores o temporales introducidos por el empleador[16].

c) Nuevos criterios

Sin embargo, dicha reglamentación es hoy por hoy insuficiente y está ligada a la *ordenación de la jornada de trabajo*[17]. A tal ordenación, apuntan, a su vez, la *flexibilidad laboral* y las *jornadas atípicas*.

1.3 Ordenación de la jornada de trabajo, flexibilidad laboral y jornadas atípicas

a) Ordenación de la jornada de trabajo

La *duración del trabajo* puede examinarse en términos cuantitativos y en términos cualitativos. *En términos cuantitativos*, importan la fijación del número de

[16] *Jus variandi* es el poder que corresponde al empleador para disponer variaciones, dentro de ciertos límites, a la forma y modalidades (tiempo y lugar) de la prestación de servicios del trabajador. La doctrina y la jurisprudencia han intentado establecer los límites a su ejercicio y las defensas del trabajador cuando éstos son incumplidos. Al respecto, puede verse: ERMIDA URIARTE, Óscar, *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador. Contenido y límites del "jus variandi". Derechos del trabajador. Tratamiento legislativo y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi SRL, 1989; SACO BARRIOS, Raúl, *Jus Variandi. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral*, Lima, CIAT – OIT, 1993; y ZAVALETA CRUZADO, Róger E., *Ámbito y límites del "jus variandi": La modificación unilateral de las condiciones de trabajo*. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004, pp. 441-460.

[17] "En las condiciones actuales, el problema de la duración del trabajo no consiste únicamente en su reglamentación, ni siquiera en su limitación, sino también en su organización, en su repartición y en su ordenación, teniendo como características una flexibilización de las normas y una libertad de elección, elevadas al rango de principios aceptados por al sociedad y consideradas como elementos esenciales de la satisfacción en el trabajo" (MARIC, D., *La ordenación de la jornada de trabajo. El factor tiempo en el nuevo concepto de las condiciones de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo – Servicio de Publicaciones, 1977, p. 14).

horas de trabajo y la reducción de éstas: en el día y la semana, mediante la limitación del número de horas extra o el recorte de la jornada laboral; en el curso de lapsos que pueden alcanzar un año, mediante la concesión de períodos más o menos significativos de tiempo libre: vacaciones y días feriados. *En términos cualitativos*, la *ordenación de la jornada de trabajo* plantea valorar otros aspectos. Según sostiene D. MARIC, "se trata de saber cómo trabajar menos, de manera diferente y mejor, para que el tiempo consagrado al trabajo, sin perjuicio para la producción y la productividad, se armonice con el tiempo de descanso y de ocio, de manera que se satisfaga a la vez al individuo y a la comunidad. De aquí se deriva la necesidad de proceder a una serie de análisis de las condiciones y del medio ambiente de trabajo, físico, económico y social, cuyos resultados ponen de relieve la importancia de un nuevo elemento: el factor "tiempo""[18].

Consideremos cómo ha variado la comprensión del tema: "El tiempo de nuestros días difiere radicalmente del tiempo de antaño. Antiguamente, el trabajo ocupaba toda la extensión de las horas solares. Se trabajaba sin horario preciso y sin apresuramiento. El tiempo discurría a un ritmo natural, en consecuencia con las exigencias del equilibrio psíquico y biológico del individuo. La industrialización ha cambiado este orden de cosas. Hoy se vive de acuerdo con un modelo de organización del trabajo y de las empresas que favorece la productividad económica en detrimento de las necesidades naturales y las motivaciones profundas del hombre. Se ha producido una ruptura entre el ritmo de trabajo y los ritmos fisiológico y biológico, puesto que el funcionamiento de las máquinas se ha hecho relativamente independiente de los períodos naturales"[19].

El uso del tiempo está, pues, unido a la evolución de las condiciones de trabajo: entre éstas, la ordenación de la jornada de trabajo y la organización del trabajo[20].

---

18 *Ibid.*, p. 9.

19 *Ibid.*, p. 10.

20 MARIC anota precisamente: "De manera general, la cuestión que se plantea consiste en saber en qué sentido evolucionan las condiciones de trabajo: ordenación de la jornada de trabajo, revisión de los sistemas de remuneración, desarrollo de la ergonomía, nuevas formas, cada vez más imaginativas, de organización del trabajo, extensión de las medidas de protección del entorno físico y social. Entre estas diferentes opciones, la de aflojar las ataduras, asegurar un cierto grado de libertad en la organización de la jornada de trabajo, se ofrece como uno de los medios más apropiados para atenuar el sentimientote servidumbre con respecto al trabajo y, por consiguiente, para mejorar la calidad de la vida profesional" (*ibid.*, p. 12).

En realidad, el desenvolvimiento de los tiempos actuales impone resolver situaciones distintas a la sola protección del trabajador contra jornadas extensas y agobiantes. A más de otras constataciones, "se advierte en la actualidad una tendencia a considerar la duración del trabajo en marcos cada vez más amplios, puesto que los progresos técnicos y científicos llevados a cabo en diferentes dominios y la cadencia que imprimen a la vida moderna exigen dimensiones y unidades de medida asimismo más amplias. Nuevos elementos cada día más numerosos intervienen en la vida de trabajo y en la vida fuera del trabajo. Ya estamos lejos del tiempo en que el día y la semana de trabajo representaban la única unidad de cuenta. Estos marcos temporales clásicos ya no son suficientes, está bien claro. Nos encaminamos progresivamente hacia el concepto de la duración anual del trabajo, tomando en consideración la duración de las vacaciones pagadas y el número de días no laborables. Más aún: nos encaminamos hacia la noción de la duración de la vida activa, considerando la edad mínima de admisión al trabajo y la edad de jubilación"[21].

Las medidas para la ordenación de la jornada de trabajo pueden, entonces, aplicarse respecto a la jornada diaria, a la semana de trabajo, al año y a la vida activa. Aquí interesan las aplicadas en el marco de la semana de trabajo, concretadas en una contracción de ésta; y en el marco del año, centradas básicamente en los afanes orientados al escalonamiento de las vacaciones anuales.

Sobre ambos aspectos, en un reciente estudio se expone:

- "Las semanas de trabajo concentradas son un método de ordenación del tiempo de trabajo con el que las horas normales de trabajo semanales se distribuyen entre menos días. Si es preciso que se trabaje los fines de semana, puede reducirse en concepto de compensación el promedio de horas de trabajo semanales. Para cubrir los días de trabajo adicionales, pueden adaptarse los horarios de rotación de los turnos o se puede contratar a trabajadores a tiempo parcial"[22].

---

21 *Ibid.*, p. 13.

22 OIT, *Horas de trabajo. ¿De lo fijo a lo flexible?* Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2005, pp. 86-87.

- "La ordenación de las horas de trabajo mediante un cómputo anual es un método que permite calcular las horas de trabajo sobre una base anual, en lugar de semanal. Cuando se respetan los límites mínimos y máximos de la duración normal del día y de la semana de trabajo, no se paga prima alguna por horas extraordinarias. La utilización de este método permite adaptar el tiempo de trabajo a las variaciones estacionales, o de otro origen, ya sea de la oferta o de la demanda. Las remuneraciones se suelen pagar sobre la base de un promedio correspondiente a todo el año. La ordenación de las horas de trabajo con base en un cómputo anual puede conjugarse con el trabajo por turnos"[23].

b) Flexibilidad laboral

A la ordenación de la jornada de trabajo, incumbe la *flexibilidad laboral*[24]: entre las manifestaciones del proceso de adaptación del Derecho del Trabajo a la crisis económica y a los cambios tecnológicos, deben incluirse la flexibilización de los horarios de trabajo diarios, la flexibilización del reparto igual o desigual entre los distintos días o semanas del año y la admisión sin reservas del trabajo por turnos y del trabajo nocturno[25].

Uno de los principales aspectos o manifestaciones de la flexibilidad laboral atañe ciertamente a la *duración del trabajo*, en general, y al *reparto desigual de las horas de trabajo a lo largo del año*, en particular.

---

23 *Ibid.*, p. 90.

24 No existe una definición única sobre la flexibilidad laboral. Desde nuestro punto de vista, nos hemos permitido considerar que la flexibilidad "consiste en la adecuación o ajuste de la legislación del trabajo a las exigencias provenientes de la Economía, al margen o en detrimento de los beneficios y derechos de carácter tuitivo establecidos para los trabajadores (...) *Flexibilidad* y *protección* son, pues, aspectos inversamente proporcionales: a mayor flexibilidad, menor protección a los trabajadores; a menor flexibilidad, mayor protección a ellos" (SACO BARRIOS, Raúl, *Flexibilidad Laboral, Derecho del Trabajo y Administración de Personal.* Ponencia expuesta en el *15 Congreso Interamericano de Administración de Personal*, Sao Paulo, agosto de 1997. Texto publicado en revista "Análisis Laboral", Lima, Vol. XXII, No. 247, enero 1998, pp. 24-33; *vid.* pp. 26-27).

25 ALONSO OLEA, Manuel, Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del Derecho del Trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico. Una primera recapitulación, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, T. XXX, No. 145, enero – marzo 1987, p. 131.

Las empresas han necesitado flexibilizar el tiempo de trabajo, a saber, redistribuir los horarios de trabajo de forma diferente a la habitual e impuesta por el Ordenamiento: deben usar al máximo sus equipos industriales, debido a su pronta antigüedad, y mantener niveles de trabajo distintos según cada período del año en función de la curva de la actividad. Como ésta no es constante a lo largo del año, debe realizarse horas extra con relación a la duración normal o, por el contrario, disponerse un paro parcial por causa del declive de la actividad. Entre otras posibilidades de adaptación, opera la *flexibilización del tiempo de trabajo*: la empresa adecúa los horarios de labor sin alterar el número de trabajadores[26].

El aspecto más importante de esta *flexibilización del tiempo de trabajo* es la *anualización* de tal duración, referida a la posibilidad de dejar sin efecto las normas sobre la duración máxima semanal y que afecta asimismo el trabajo nocturno de las mujeres, el cierre uniforme de establecimientos, el trabajo por turnos y el trabajo en días feriados. Esta anualización reposa en tres factores: la *duración anual*, la *duración semanal promedio* y la *duración semanal máxima*. Su fundamento es que en determinados períodos del año pueda establecerse horarios semanales de labor superiores al promedio siempre que no rebasen la duración semanal máxima y que sean compensados por horarios semanales inferiores al promedio en otros períodos del año, hasta llegar al número anual permitido de horas de trabajo. Todo trabajo por encima del tope anual debe retribuirse con una bonificación[27].

Con vistas al logro de relaciones laborales armónicas y saludables, la flexibilización del tiempo de trabajo no debiera efectuarse en beneficio único de la empresa sino más bien convendría introducirla mediante la *negociación colectiva* con base en los intereses de ambas partes: empleador y trabajadores[28].

---

26 BRONSTEIN, Arturo S., La flexibilidad del contrato de trabajo: Perfiles de un debate. Informe presentado en la Jornada sobre nuevas concepciones y significaciones del trabajo en la empresa, Pamplona, marzo de 1988. Texto reproducido en: FERRO DELGADO, Víctor y GARCÍA GRANARA, Fernando, Derecho Individual del Trabajo. Materiales de Enseñanza, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, pp. 307-317; vid. p. 312.

27 Loc. cit.

28 "A mayor flexibilidad debe corresponder mayor posibilidad de negociar la distribución de los horarios de trabajo. Por ese motivo, si bien el principio de la anualización y la distribución flexible de los horarios de trabajo figura ya en algunas legislaciones, su aplicación no depende de lo que dice la ley sino de lo que negocien los interlocutores sociales (...) Una consecuencia fundamental ha surgido de esta nueva

c) Jornadas atípicas

Contrato de trabajo típico es el que tiene duración indeterminada y corresponde al trabajo prestado para un solo empleador, en jornada de tiempo completo y en el establecimiento de éste. Así, los rasgos o elementos determinantes de la tipicidad del contrato de trabajo son: la duración del contrato de trabajo, el número de empleadores, la duración de la jornada de trabajo y el lugar donde se presta el servicio. En consecuencia, *contrato de trabajo atípico* es el que carece de alguno de tales rasgos o elementos. Por cuanto concierne a la *duración de la jornada de trabajo*, son contratos de trabajo típicos los que generan una prestación de servicios en una *jornada de tiempo completo* (como máximo, 8 horas diarias ó 48 horas semanales) y contratos de trabajo atípicos, los que generan una prestación de servicios en una *jornada de tiempo parcial* o en *jornadas acumulativas*.

Con relación a ello, *jornada típica* es "la usual, la general, la acostumbrada"[29], según ha sido tradicionalmente concebida y regulada[30]. En cambio, *jornadas atípicas*[31] son las que escapan a tal normalidad[32]: *v. gr.*, la *jornada de tiempo parcial* (jornada incompleta, parcial o *part time*), la distribución flexible del tiempo de trabajo (*flextime*), el trabajo a tiempo compartido (trabajo compartido o *job sharing*) y las *jornadas acumulativas*. Entre las *jornadas atípicas* y cada una de estas formas de repartición del tiempo de trabajo, existe, entonces, una relación de género a especie.

---

tendencia: se ha disociado definitivamente la duración del trabajo, por un lado, y el tiempo de utilización de los equipos industriales, por el otro" (*ibid.*, p. 313).

29 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Contratos de trabajo de jornada atípica. Atipicidad en los dos extremos: jornada parcial y jornada acumulativa. En: Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano. Coordinadores: Kurczyn Villalobos, Patricia; Ruiz Hernández, Carlos Alberto, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 620.

30 Supra, No. 2.

31 A las jornadas atípicas, José Manuel LASTRA LASTRA las denomina "jornadas flexibles" y escribe acerca de éstas: "Existen nuevas y muy variadas formas para contratar el trabajo, cada una de ellas recurre a una combinación distinta de métodos para alcanzar los objetivos fijados: semanas de trabajo de cuatro días, turnos de diez horas, horario promediado, rotación de los días libres, horario escalonado, trabajo compartido" (LASTRA LASTRA, José Manuel, *La jornada de trabajo*. En: *Instituciones de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*. Coordinadores: Néstor De Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 430).

32 PASCO COMÓPOLIS, Mario, *loc. cit.*

Sólo nos ocupamos de las jornadas acumulativas.

2. JORNADAS ACUMULATIVAS

2.1 Concepto

Las *jornadas acumulativas* son tales porque acarrean una acumulación, tanto de horas y días de trabajo como de días de descanso.

Conforme explica Mario PASCO COSMÓPOLIS, en las jornadas acumulativas "la jornada ordinaria máxima es sobrepasada en el día y en la semana, sin que el exceso sea reputado como trabajo extraordinario, y que será compensado no con el pago de una remuneración con sobretasa sino con descanso"[33].

También se las denomina *jornadas compensatorias*[34].

2.2 Fundamento

Las jornadas acumulativas aparecen impuestas por la realidad, las exigencias de la producción, los intereses de los propios trabajadores, la naturaleza de las cosas[35] y la razón misma[36]. Al parecer, su desconocimiento o rechazo implicaría la imposibilidad de desarrollar determinadas actividades o, en todo caso, una drástica subida de los costos para la operación de éstas.

En efecto, Efrén CÓRDOVA alude a la atipicidad del contrato relacionada con el *tiempo de trabajo* y afirma: "Surgen nuevas formas de trabajo que anuncian cambios drásticos en la distribución de períodos de trabajo y descanso como ocurre

---

33 *Ibid.*, p. 621.

34 VEGA RUÍZ, María Luz, *op. cit.*, p. 124.

35 La "naturaleza de las cosas" trata de descubrir en el fondo de las realidades las raíces del derecho y las justificaciones más idóneas para su aplicación. El legislador y el juez "deben descubrir la nota propia de los objetos que interesa al derecho en cada situación" (ALZAMORA VALDEZ, Mario, *El Derecho y la naturaleza de las cosas*, en revista "Derecho", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1973, No. 31, p. 20).

36 La razonabilidad debe siempre orientar toda conducta humana. "Hay que obrar según la razón" establece un Principio Primario de la razón práctica, obvio por sí mismo (INTERDONATO S. J., Francisco, *La "Ley Natural". Concepto y Realidad*, Lima, SESATOR, 1987, p. 16).

en algunas compañías de transporte aéreo y en las plataformas y campos petrolíferos con el *trabajo alterno* en el que ciertos asalariados de elevada remuneración trabajan uno o dos meses y luego tienen un mes de reposo no remunerado"[37].

Igualmente, PASCO indica que desde hace algún tiempo ha comenzado a advertirse que las previsiones legales sobre la jornada de trabajo y descansos remunerados "no podían ser rígidamente aplicadas en cierto tipo especialísimo de trabajo, como el que debe desarrollarse en campamentos petroleros o mineros, en faenas de pesca, y en un sinnúmero de situaciones que, por producirse en sitios alejados de los centros poblados y en situación de aislamiento, invertían la lógica de la alternancia rítmica de trabajo y tiempo libre, como tampoco en ciertos tipos de producción altamente sofisticados"[38]. Pone él un interesante supuesto: "Ubicándonos, por ejemplo, en una explotación petrolera situada en el corazón de la selva amazónica, a cientos de kilómetros de la ciudad más cercana y comunicada sólo por vía aérea y fluvial, con temperaturas ambientales superiores a cuarenta grados centígrados, con precipitaciones pluviales frecuentes y muy intensas, ¿resultaría razonable para el propio trabajador contar con 16 horas de ocio cada día? En esa ubicación, ¿le reporta algún tipo de utilidad disponer de un domingo libre cada semana? (...) Todo ello sin tomar en consideración los elevados costos que supondría la movilización de inmensos contingentes humanos en períodos extremamente cortos"[39].

Víctor FERRO critica también la aplicación monótona e inmutable de las normas reguladoras de la jornada de trabajo: "... se propugna que la regulación de la jornada de trabajo deseche esquemas rígidos que importen tratamientos uniformes e invariables. Dentro de la gama de alternativas que se han desarrollado para dotar de flexibilidad a la regulación de la jornada de trabajo está el caso de aquellos centros de labores que, por su ubicación remota y dificultades de acceso, hacen necesario maximizar la permanencia del trabajador durante jornadas consecutivas que, a la vez, abarcan la mayor parte de las horas del día a cambio de gozar seguidamente de períodos de descanso que, igualmente, se prolonguen por varios días consecutivos. En efecto, diversas operaciones mineras o petroleras llevadas a cabo

37 CÓRDOVA, Efrén, *Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas*, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, T. XXIX, No. 142, abril – junio 1986, pp. 251-252.

38 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *op. cit.*, p. 627.

39 Loc. cit.

en lugares inhóspitos, no podrían organizarse racionalmente bajo un sistema rígido de limitación de la jornada de trabajo, concebido para que, al cabo de una jornada de ocho horas, el trabajador retorne a su hogar"[40].

En idéntica línea, el mismo FERRO ha ampliado recientemente el repertorio de actividades particulares que cuestionan el empleo de la jornada máxima y destaca la conveniencia del uso de las jornadas acumulativas en tales circunstancias: "A modo de ejemplo, el trabajo prestado en zonas remotas, o por personal embarcado, o que labora en plataformas petroleras ubicadas en alta mar, o quienes actúan como guías de turismo que se trasladan por diversos lugares o que se dedican al turismo de aventura, no se adecúan a una jornada de ocho horas diarias debido a que la lejanía del lugar de residencia hace inviable el retorno diario al hogar. En todos estos casos, las jornadas acumulativas de trabajo y descanso permiten la flexibilidad necesaria para que estos trabajadores, laborando más de ocho horas diarias, gocen de varios días de descanso consecutivo que compensan el exceso de la jornada diaria"[41].

2.3 Ventajas y desventajas

¿Cuáles son las ventajas y las desventajas de estas jornadas acumulativas?

Las jornadas acumulativas suponen una aglomeración de las horas de trabajo sin que ello implique ineludiblemente una reducción de su número. De tal evento, derivan algunas *ventajas* y *desventajas*.

El análisis de la legitimidad y pertinencia de las jornadas acumulativas en una situación concreta debiera involucrar una justa ponderación entre dichas fortalezas y debilidades[42].

---

40 FERRO DELGADO, Víctor, *Sistemas acumulativos de trabajo y descanso en la minería*, en revista "Informativo Mensual", Lima, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, año VIII, No. 9, setiembre 1999, p. 22.

41 FERRO, Víctor, *Ocho horas y jornadas atípicas*, en revista "Perú Económico", Lima, Apoyo Publicaciones S. A., volumen XXIX, No. 5, mayo 2006, p. 19.

42 "... ninguna de estas innovaciones (en el ambiente de la repartición de las horas de trabajo) es la panacea. Por muy interdependientes que sean, cada una, si se mira de cerca, tiene sus características, sus ven-

Por eso mismo y para la institución de las jornadas acumulativas, puede resultar útil efectuar tal examen en el contexto de la *negociación colectiva*[43]. En verdad, nada impide que empleadores y trabajadores negocien "un esquema de mutuo beneficio, que elimine la posibilidad de un reclamo"[44]. De hecho, empresas y trabajadores ya "han buscado concertadamente fórmulas para racionalizar el trabajo y hacerlo compatible con las necesidades humanas. Esas fórmulas no coinciden en lo absoluto con las previsiones del régimen legal común"[45].

Las jornadas acumulativas acreditan *ventajas* diversas:

- Posibilitan aprovechar mejor la luz solar. Los períodos de labor de varios días sucesivos con jornadas de 10, 11 e incluso 12 horas de trabajo facultan iniciar las tareas muy temprano en la mañana y concluirlas al anochecer.

- Optimizan la estancia del servidor en el trabajo prestado en lugares apartados.

- Propugnan el trabajo por equipos[46] que se relevan: el uso continuo de las máquinas, herramientas y demás elementos requeridos para el desempe-

tajas y sus inconvenientes. Para producir todos sus efectos deben introducirse de manera concertada, teniendo en cuenta el conjunto de posibilidades que se ofrecen, sus implicaciones y las incidencias, próximas o remotas, que pueden tener. Las enseñanzas del pasado demuestran que las decisiones tendentes a reducir el tiempo de trabajo por una baja en la edad de jubilación, una ampliación de las vacaciones, una prolongación de los estudios o una reducción de la semana laboral se tomaban casi siempre por separado, sin considerar apenas las limitaciones o las dificultades que cada una de estas medidas, aisladamente, podía ocasionar en diversos aspectos. Es de gran importancia, por lo tanto, abordar con visión de conjunto lo que hasta ahora se hacía de forma aislada e incoherente, pues tal visión de conjunto es la única válida para tratar un problema que afecta a la misma esencia de la condición de los trabajadores" (MARIC, D., *op. cit.*, p. 82).

43 *Supra*, No. 3.2.

44 MORALES, Pedro, declaración formulada a la revista "Semana Económica", Lima, Apoyo Publicaciones S.A., 21 de mayo del 2006, año XXI, No. 1020, p. 8. Ello no obstante, advierte que debe estimarse el principio de la irrenunciabilidad.

45 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Jornada de Trabajo y Descansos en la Amazonía*, en revista "Análisis Laboral", Lima, Vol. XII, No. 135, setiembre 1988, p. 6.

46 Entre las prolongaciones en la prestación del servicio que no constituyen verdaderas jornadas extraordinarias, José MONTENEGRO BACA refiere el trabajo por equipo: es "una modalidad de la ejecución del trabajo, determinada por las necesidades de la producción, e impuesta por el empleador a los traba-

ño de la gestión empresarial es indispensable debido a su altísimo costo. En tal virtud, la empresa funciona a pleno rendimiento y el incremento de la producción puede ser extraordinario. A igual tiempo, los trabajadores acrecientan sentimientos de solidaridad y responsabilidad.

- Disminuyen los traslados del trabajador y los gastos consecuentes. En verdad, "el transporte del trabajador, desde su lugar de residencia, hasta el centro de trabajo ubicado en zonas remotas puede resultar particularmente costoso en razón de su lejanía: de ahí que reducir tales traslados resulte un imperativo de eficiencia para el proceso productivo"[47].

- Evitan al empleador la instalación de campamentos y el otorgamiento de viviendas y servicios de educación y salud para los trabajadores y sus familias. Efectivamente, no será necesario dotar a la operación (minera o petrolera, por ejemplo) "de un campamento destinado a albergar a la familia del trabajador, con todas las inversiones de infraestructura que ello acarrea. Así, bastará contar con un alojamiento temporal para el trabajador, habida cuenta que luego de cumplido su período de labor éste se trasladará a su lugar de origen para reunirse con su familia"[48]. Además, "por su distancia y aislamiento, no hay posibilidad de transformar los campamentos en centros urbanos con servicios plenos, que si bien podrían permitir la configuración de núcleos familiares, condenarían empero a los familiares a condiciones extremadamente rigurosos de vida"[49].

- Procuran atender, al menos en parte, las necesidades organizativas de la empresa, que debe responder a las exigencias sobre producción y productividad impuestas por la globalización o mundialización o internacionalización de la economía.

---

jadores, como en el caso de los turnos rotativos impuestos en los ingenios azucareros" (MONTENEGRO BACA, José, *Jornada de trabajo y descansos remunerados. Estudio doctrinario y crítico de las disposiciones legales y jurisprudenciales sobre la materia*, Trujillo, Librería y Editorial Bolivariana, 1959, T. I, p. 260).

47 FERRO DELGADO Víctor, *Sistemas...*, *cit.*, *loc. cit.*

48 Loc. cit.

49 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Jornada...*, *cit.*, p. 5.

- Desde cierto punto de vista, propician la unidad familiar no obstante la permanencia de la familia del trabajador en su lugar acostumbrado de residencia: éste puede regresar al hogar durante su ciclo de descanso[50]. Si el trabajador "tuviese que suspender su jornada al cabo de ocho horas se le forzaría a un período de inactividad –y soledad– de ocho horas diarias y adicionalmente 24 semanales, y sólo podría reunirse con su familia durante 30 días en el año, esto es, en la oportunidad del descanso vacacional. Es, pues, de interés de los propios trabajadores que su jornada diaria maximice el tiempo de labor en el lugar de trabajo, ya que de otro modo la vida familiar resultaría notoriamente afectada"[51].

- Repercuten favorablemente en el período "trabajo-descanso" que caracteriza el trabajo por turnos: al asegurar un mayor número de días libres, aumentan el número de días con un ritmo de vida normal y, en consecuencia, hacen que disminuya el grado de adaptación necesario después de los turnos de noche[52].

- Facilitan la formación profesional[53].

- Determinan "espacios de ocio ensanchados"[54] y promueven, consecuentemente, el ocio beneficioso del personal. Porque "para que el ocio resulte útil debe permitir un descanso que apareje la total recuperación de las energías. La sola privación total de actividad, la pasividad absoluta, el ocio inerte no son provechosos y, en vez de generar disfrute, provocan aburrimiento y retroalimentan la fatiga"[55].

---

50 *Vid.* FERRO, Víctor, *Ocho horas...*, *cit.*, p. 17.

51 *Ibid.*, p. 19.

52 MARIC, D., *op. cit,*, pp. 29-30; a propósito de la semana contraída (semana condensada o concentrada o menos larga): de cuatro días y medio, de cuatro días, de tres días y medio e incluso de tres días.

53 *Ibid.*, p. 30.

54 *Ibid.*, p. 29.

55 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *loc. cit.* También en: PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Jornada...*, *cit.*, p. 6.

- Su implantación puede originar una demanda de bienes y de servicios para la utilización del tiempo libre y generar, por tanto, nuevos puestos de trabajo[56].

Las jornadas acumulativas presentan las *desventajas* siguientes:

- La larga duración de la jornada diaria puede comprometer la salud física y mental de los trabajadores, salvo que a la acumulación de horas y días de trabajo siga una reducción sincrónica de la duración del trabajo en el período pertinente[57].

- Debido a la extensión de la jornada diaria, la intensidad del esfuerzo y la productividad pueden descender.

- La jornada laboral expandida puede causar fatiga y ésta, a su vez, la ejecución deficiente de las tareas e incluso accidentes de trabajo[58].

- Una jornada laboral excesivamente larga "puede afectar el clima social y psicológico en la empresa, hacer más difícil la comunicación entre la dirección y el personal y reducir el tiempo consagrado a las actividades sindicales"[59].

- Las jornadas acumulativas pueden dificultar la readaptación al trabajo después de un período más o menos prolongado de inactividad laboral y causar aún más fatiga[60].

- La amplitud de la jornada laboral puede ocasionar que las horas extras no sean rentables. De ser así, convendrá formar nuevos equipos de trabajadores.

---

56 MARIC, D., *Op. cit.*, p. 31.

57 "La principal objeción que plantea (la contracción de la semana) es la excesiva longitud de la jornada de trabajo, que puede comprometer la salud y la integridad fisiológica y mental de los trabajadores, a menos que a la contracción de la semana acompañe una reducción simultánea de la duración semanal del trabajo. No olvidemos que la semana de cinco días se convirtió en una realidad gracias a la reducción de la duración del trabajo" (*ibid.*, p. 34).

58 *Ibid.*, p. 35.

59 *Ibid.*, pp. 34-35.

60 *Ibid.*, p. 33.

- Las ocupaciones fuera del trabajo no constituyen descanso cuando la carga de aquéllas se suma a la carga de las tareas habituales[61].

- Las jornadas acumulativas pueden inducir al trabajador a agenciarse un segundo empleo para los días acumulados de descanso. De lograrlo, no tendrá prácticamente reposo alguno.

2.4 Modalidades

En el Perú existe un extenso elenco de modalidades de acumulación, aplicables preferentemente en las actividades petroleras en la amazonía aunque ya extendidos en la minería[62]: *jornada 19 x 11*(se trabajan 19 días consecutivos, incluyendo domingos y feriados, a razón de 8 horas diarias, y se descansa en forma continua los 11 días posteriores); *jornada 21 x 7* (se trabajan 12 horas diarias durante 21 días consecutivos y se goza de 7 días de descanso en cada período de 28); *jornada 18 x 10* (consiste en el trabajo continuo durante 18 días a razón de 12 horas cada uno, incluyen domingos y feriados, y el descanso continuado durante 10 días en el lugar de residencia); *jornada 14 x 14* (14 días seguidos de trabajo, a razón de 12 horas diarias, por igual período de descanso en su lugar de residencia habitual); *jornada 28 x 28* (los trabajadores cumplen una jornada de 28 días de trabajo y 28 días de descanso; el horario de trabajo es de 12 horas, incluyendo tres períodos de descanso en la jornada); *jornada 28 x 14* (supone la permanencia del trabajador por cuatro semanas consecutivas – 28 días – cumpliendo una jornada diaria de 10:30 horas, para descansar después por 2 semanas consecutivas – 14 días –); *jornada 14 x 7* (14 días continuos de trabajo por siete días asimismo continuos de descanso; se trabaja 10 horas por día en dos turnos) y la *jornada del personal embarcado* (cuya duración oscila entre 15 y 30 días; se reconocen y pagan 4 horas diarias co-

61 "... es importante saber si estas actividades (las actividades fuera del trabajo) son acumulativas o no. Si no lo son, pueden constituir un descanso (la lectura, por ejemplo, o ver la televisión) para quienes hacen un trabajo físico. Si, por el contrario, son acumulativas, "se suman a los esfuerzos de la carga de trabajo y acentúan el grado de profundidad de las reacciones fisiológicas, psicológicas, etc." (es el caso, por ejemplo, del trabajador intelectual que ocupa sus ratos de ocio en actividades también intelectuales)" (MARIC, quien se apoya en OUELLET; *ibid.*, p. 34).

62 Puede verse: PASCO COSMÒPOLIS, Mario, *Jornada...*, *cit.*, pp. 6-7. Para una referencia más detallada sobre cada una de las modalidades de acumulación, *vid.* PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Contratos de trabajo*, *cit.*, pp. 639-642; a quien seguimos en este apartado.

mo sobretiempo, se labore o no efectivamente en forma extra; se lleva un registro acumulativo de días embarcados, según el cual, por cada 60 días acumulados se goza de 10 días consecutivos de descanso).

En minería, conocemos también otras: *jornada 4 x 3* (aplicada a gerentes), *jornada 8 x 6* (aplicada a supervisores) y jornada 10 x 10 (aplicada a operarios).

Sin embargo, parece que mayor interés despierta en los operarios la *jornada 10 x 10*: se trabaja 10 días sucesivos, incluidos los domingos y feriados, a razón de 12 horas diarias, y se descansa continuamente los 10 días sucesivos posteriores seguidos; la compensación corresponde a horas extra y al descanso semanal y en feriados. Tal preferencia, porque en la acumulación se respeta la proporción 1 x 1[63].

2.5 Las jornadas acumulativas en el Ordenamiento peruano[64]

a) Nivel constitucional

Constitución

La *Constitución* determina:

> **Artículo 25.-** "La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho hormas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.
> "Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio".

En rigor, "jornada ordinaria de trabajo" quiere decir *jornada máxima legal.*

---

63 Y porque según información – opinión brindada al autor de este estudio por un trabajador minero, el período de 20 días (10 de trabajo x 10 de descanso) resultaría idóneo al parecer para el trabajo productivo y la posterior recuperación de energías del trabajador, sin perjudicar su salud. En contra, *vid.* VEGA RUÍZ, María Luz, *op. cit.*, pp. 42-43.

64 Las jornadas acumulativas han sido acogidas, directa o indirectamente, por distintas legislaciones. En Argentina, por ejemplo, se autoriza que los convenios colectivos de trabajo puedan instaurar métodos de cálculo de la jornada máxima con base en promedio. En el texto, nos referimos únicamente a la regulación de las jornadas acumulativas en el Perú.

En la Constitución anterior[65], el uso indebido de la conjunción copulativa "y" causó una incómoda tirantez al imponer que la jornada no superase las 8 horas diarias y las 48 semanales: tal mandato parecía evitar la acumulación de horas de trabajo compensadas con descansos. Con acierto, la Constitución vigente utiliza la conjunción disyuntiva "o"[66]. Así, *los dos límites (diario y semanal) son hoy en día independientes*[67].

Además, la Constitución no sólo tolera, sino virtualmente induce la existencia de jornadas acumulativas "en las que, por el peso inexorable de la aritmética, deberá trabajarse necesariamente por encima de 8 horas diarias y aún de 48 semanales, a condición de que el promedio no supere tales máximos"[68]. Así, el máximo debe ser acatado *como promedio* y no como tope absoluto, "no habiendo fijado la norma constitucional el lapso máximo en que puede establecerse tal promedio"[69].

Desde otro punto de vista, FERRO sostiene: "Debe tenerse presente que el acotado artículo 25 de la Constitución expresamente prevé la existencia de las jornadas acumulativas o atípicas, siempre que el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no supere dicho máximo. Como quiera que el aludido "período correspondiente" no está definido en la regla constitucional, es claro que debe acudirse al Convenio (núm. 1 OIT), en tanto éste opera como marco imperativo de interpretación conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. De esta forma el período correspondiente es el previsto en el inciso c) del artículo 2° del Convenio, que establece en tres semanas el período de cálculo

65 Artículo 44: "La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales (...)".

66 La *conjunción copulativa* "coordina aditivamente una oración con otra, o elementos análogos de una misma secuencia" mientras que la *conjunción disyuntiva* "denota exclusión, alternancia o contraposición entre dos o más personas, cosas o ideas" (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 2001).

67 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Contratos de trabajo...*, *cit.*, p. 631. FERRO los denomina "límites alternativos": 8 horas diarias ó 48 horas semanales (FERRO DELGADO, Víctor, *Sistemas...*, *cit.*, *loc. cit.*), o "máximos alternativos" (FERRO, Víctor, *Ocho horas*, *cit.*, p. 18).

68 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, El tema del trabajo en el Derecho Constitucional peruano. En: El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Madrid, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, p. 322.

69 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Contratos de trabajo..., cit., loc. cit.

para determinar que en dicho lapso el promedio trabajado no debe exceder de ocho horas diarias ni de 48 por semana"[70].

Anexo a la limitación de la jornada está el tema del descanso, sobre el cual la voz *compensación* tiene jurídicamente dos connotaciones, a saber, la compensación económica común (la remuneración del día de descanso o de las vacaciones), pero también la posibilidad de sustituir el descanso no sólo con dinero sino con holganza en otro momento, como puede ser el otorgar a quien laboró el día en que no le correspondía en vez de una reparación pecuniaria, sino otro día de descanso sustitutorio, que es lo que las normas ahora facultan explícitamente[71].

Convenio (núm.1) sobre las horas de trabajo (industria), 1919

El *Convenio (núm. 1) sobre las horas de trabajo (industria), 1919* ha sido adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 28 de noviembre de 1919 –en vigor desde el 13 de junio de 1921 y ratificado por el Perú mediante la Resolución Legislativa No. 10195 del 23 de marzo de 1945– y limita las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales.

Este *Convenio* (núm. 1) señala:

> **Artículo 2.-** "En todas las empresas industriales públicas o privadas, o en sus dependencias, cualquiera que sea su naturaleza, con excepción de aquellas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo las excepciones previstas a continuación:
> "a) las disposiciones del presente Convenio no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza;
> "b) cuando, en virtud de una ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras (a falta de dichas organizaciones, entre los representantes de los patronos y de los obreros) la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, una disposición de la autoridad competente, o un convenio entre las organizaciones o representantes supradichos, podrá autorizar que se sobrepase el límite de ocho horas en los restantes días de la se-

70 FERRO DELGADO, Víctor, *Ocho horas...*, *cit.*, p. 18. Sobre el Convenio (núm. 1 OIT), *vid. infra.*

71 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, El tema del trabajo..., cit., loc. cit.

mana. El exceso del tiempo previsto en el presente apartado nunca podrá ser mayor de una hora diaria;
"c) cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de ocho horas al día, y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana".

Para FERRO, "las circunstancias (acerca de la cuestión social del principio del siglo XX) han variado. Es claro que una multiplicidad de operaciones productivas notoriamente beneficiosas para el trabajador y la colectividad, en cuanto generan empleo y riqueza, hacen imperativo dotar a la regulación de la jornada de trabajo de una dosis de flexibilidad. En muchos casos, son las propias organizaciones sindicales las que han acogido con entusiasmo estos sistemas (acumulativos de trabajo y descanso), ya que permiten gozar de períodos de descanso prolongados. Así, no se percibe hoy inquietud social por estas jornadas, habida cuenta de la racionalidad de la que están impregnadas"[72]. Así, "el Convenio No. 1 se encuentra desactualizado y su revisión resulta impostergable"[73].

A decir de PASCO, "analistas y actores sociales admiten que la imposición de un horario semanal fijo fue el fruto de realidades productivas anteriores, que no hacían necesarios ni posibles ajustes o distribuciones variables del tiempo de trabajo. En este sentido, un informe de la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos) explica que el horario semanal fijo respondía, sobre todo al hecho de que los asalariados no podían trabajar más que mientras la fuente primaria de energía era utilizable, y partía del principio de que toda tarea debía ser cuidadosamente descompuesta, repartida con precisión, y supervisada de cerca. Con el avance tecnológico, la energía ha cesado –en numerosos países– de ser única, y la naturaleza de los empleos ha cambiado, y con las nuevas formas de organización del trabajo y de motivación de los trabajadores las concepciones de Taylor han cedido lugar a concepciones más apropiadas"[74].

Según Juan José MORÁN B., "el Convenio No. 1 de la OIT es un tratado internacional de 1919, largamente superado por las formas contemporáneas de orga-

72 FERRO DELGADO, Víctor, *Sistemas...*, *cit.*, *loc. cit.*
73 *Ibid.*, p. 23.
74 PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *Contratos de trabajo...*, *cit.*, p. 628.

nización productiva"[75]. Sobre la inclusión de la minería en el ámbito de aplicación del mismo Convenio, específicamente anota: "Si bien para el Convenio las actividades mineras califican como "industriales" (...), dicha calificación responde a un concepto de "industria" propio del año en que se dictó el Convenio (1919) (...) y que no resulta propiamente aplicable en estos tiempos, más aún tratándose de actividades mineras netamente extractivas donde el mineral obtenido no es procesado o manufacturado o transformado (no hay "industrialización" del mismo)"[76].

Tal vez el tratamiento de la jornada máxima laboral sea hogaño un insumo apropiado para la llamada *"flexiseguridad"* –curiosa expresión compuesta por dos palabras habitualmente opuestas: flexibilidad y seguridad–, que "afirma la necesidad de equilibrio de intereses entre las exigencias de flexibilidad por parte de las empresas a efectos de actuar en una economía abierta, en un régimen de fuerte competencia, y los requerimientos de seguridad reclamados por los trabajadores en función de contar con mejores condiciones de vida y trabajo"[77].

Inserción del Convenio No. 1 en el Ordenamiento nacional

La forma cómo los tratados se insertan dentro del Derecho peruano es muy importante: fija cuáles normas internas pueden modificarlos y cuáles no[78].

Al respecto:

En primer lugar, el Convenio No. 1 integra el Derecho nacional[79].

En segundo lugar, el Convenio No. 1 tiene rango constitucional porque:

---

75 MORÁN B., Juan José, *El TC y la validez de las jornadas de trabajo atípicas*, en revista "Desde adentro", Revista de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, Lima, mayo 2006, No. 33, p. 106.

76 Loc. cit.

77 VILDOSO CH., Carmen, *La "flexiseguridad"*, en el diario "El Comercio", Lima, 8 de noviembre del 2005.

78 RUBIO CORREA, Marcial, *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1999, p. 149.

79 Constitución, artículo 55: "Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional".

- Los Convenios Internacionales del Trabajo califican como instrumentos internacionales de derechos humanos[80].

- La cuarta disposición final de la Constitución[81] atribuye rango constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú[82].

Ello no obstante, adviértase que la Constitución vigente ha eliminado la primacía del tratado sobre la ley en caso de conflicto[83]. Actualmente, "sus relaciones se regirán por las que corresponden a dos normas dictadas en distintos momentos y, eventualmente, en distintos rangos"[84].

Tales relaciones se estudiarán *en cada situación en concreto*. En el medio laboral, deberá apreciarse el *principio protector*, expresado en la regla de la *norma más favorable* ("en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que hubiese correspondido según los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas"[85]) y en la regla de la *condición más beneficiosa* ("la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador"[86]).

---

80 Concordamos plenamente con Javier NEVES MUJICA, quien expone: "Nos parece que estos convenios internacionales del trabajo, los cuales –en su mayoría– desarrollan derechos laborales antes regulados con menos detalle por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, deben calificarse también como tales. De este modo, el tratamiento que brinda nuestra Constitución a los tratados sobre derechos humanos (...) se hace extensivo a los convenios internacionales del trabajo" (NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2003, p. 60).

81 Constitución, Cuarta Disposición Final: "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".

82 RUBIO CORREA, Marcial, *op. cit.*, p. 150.

83 El artículo 101 de la Constitución de 1979 establecía: "Los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados, forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero".

84 RUBIO CORREA, Marcial, *loc. cit.*

85 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *op. cit.*, p. 40.

86 Loc. cit.

En cualquier caso, no debe olvidarse que los fenómenos atípicos, y las jornadas acumulativas presentan tal carácter, tienen "raíces más profundas y complejas que anuncian su instalación por largo plazo y aconsejan un tratamiento multidisciplinario del problema"[87].

b) Nivel infraconstitucional

El *Decreto Legislativo No. 713*, sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, dispone:

> **Artículo 2.-** "Cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos respetando la debida proporción, o designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva".

La *Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo* (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 854, aprobado por el Decreto Supremo No. 7-2002-TR del 3 de julio del 2002) establece:

> JORNADA ORDINARIA
> **Artículo 1.-** "La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo".
> FACULTADES DEL EMPLEADOR - PROCEDIMIENTOS
> **Artículo 2.-** Inciso 1.-
> "El empleador está facultado para efectuar las siguientes modificaciones:
> "a) Establecer la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal.
> "b) Establecer jornadas compensatorias de trabajo de tal forma que en algunos días la jornada ordinaria sea mayor y en otras menor de ocho (8) horas, sin que en ningún caso la jornada ordinaria exceda en promedio de cuarenta y ocho (48) horas por semana.
> "c) Reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo, encontrándose autorizado a prorratear las horas dentro de los restantes días de la semana, considerándose las horas prorrateadas como parte de la jornada ordinaria de trabajo, en cuyo caso ésta no podrá exceder en promedio de cuarenta y ocho (48)

[87] CÓRDOVA, Efrén, *op. cit.*, p. 290.

horas semanales. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo".
REGÍMENES ATÍPICOS DE JORNADAS DE TRABAJO Y DESCANSO
Artículo 4.- "En los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los máximos a que se refiere el artículo 1º".

El Decreto Supremo No. 8-2002-TR del 3 de julio del 2002, Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, ordena:

Artículo 9.- "El establecimiento de la jornada ordinaria máxima diaria o semanal no impide el ejercicio de la facultad del empleador de fijar jornadas alternativas, acumulativas o atípicas de trabajo, de conformidad con el artículo 4° de la Ley, siempre que resulte necesario en razón de la naturaleza especial de las labores de la empresa.
"En este caso, el promedio de horas trabajadas en el ciclo o período correspondiente no podrá exceder los límites máximos previstos por la Ley. 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".

c) Régimen acumulativo de jornadas de trabajo y descansos en la Minería[88]

Por cuanto toca específicamente a la minería, el Decreto Supremo No. 03-94-EM del 14 de enero de 1994, que aprueba el Reglamento de diversos títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, precisa:

Artículo 209.- "... el titular de actividad minera podrá establecer un sistema minero especial de trabajo que mantenga la proporción entre los días de trabajo y de descanso tal como dispone el artículo 2° del Decreto Legislativo No. 713".

Artículo 212.- "En estos casos, la jornada de trabajo será establecida por el titular de actividad minera teniendo en cuenta lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 713, (...), sus reglamentos, normas modificatorias y lo establecido en la presente Sección:
"a) Se podrá establecer una jornada ordinaria de trabajo para laborar turnos diarios de hasta doce (12) horas consecutivas, durante un determinado período de dí-

88 Al respecto, *vid.* FERRO DELGADO, Víctor, *Sistemas...*, *cit.*, especialmente pp. 23-25.

as, el que no podrá ser menor de cuatro (4) días consecutivos, para descansar luego hasta el número total de días que mantenga la debida proporción.
"b) La jornada ordinaria de trabajo comprenderá los horarios para refrigerio y descanso, que en total no podrán ser mayores de una (1) hora.
"c) Se podrá establecer cronogramas mensuales de turnos diurnos y nocturnos, para una más eficiente y equitativa distribución de trabajo.
"d)... la jornada ordinaria del trabajador minero será de cuarenta y ocho (48) horas semanales, no siendo de aplicación el límite diario. Las horas de trabajo semanal que superen el límite de cuarenta y ocho (48) horas serán remuneradas extraordinariamente.
"e) La jornada extraordinaria será remunerada (...).
"f) El cómputo del récord vacacional se realizará conforme lo establece el Decreto Legislativo No. 713".

2.6 Las jornadas acumulativas en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo[89]

El Anteproyecto de la Ley General de Trabajo prescribe:

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° [90] y los días feriados no laborables.

[89] El Anteproyecto de la Ley General de Trabajo ha sido elaborado por una Comisión de Expertos nombrada por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República e integrada por los doctores Carlos Blancas Bustamante, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos –y como secretario técnico, por el doctor Adolfo Ciudad Reynaud. La versión íntegra del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo puede verse en revista "Actualidad Laboral", Lima, noviembre de 2002, No. 317.

[90] Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, 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".

"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 232.- Facultades del empleador
Son facultades del empleador:
Inciso 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 228º".

Artículo 261.- Récord vacacional
Último párrafo.- "El cumplimiento del récord vacacional debe computarse proporcionalmente en caso de reducción de la jornada semanal o jornadas atípicas o acumulativas".

Este Anteproyecto mantiene, pues, la jornada máxima legal fijada por la Constitución: 8 horas diarias o 48 horas semanales. Pero fija un límite aplicable (para el personal nacional) –a nuestro juicio, razonable– al período completo de acumulación: 6 semanas.

2.7 Jornadas acumulativas y negociación colectiva

Los convenios colectivos son la fuente principal para la regulación de jornadas: acumulación – compensación de tiempo de trabajo:

"La habilitación legal de la Ley Nacional de Empleo (LNE) permitió extender la anualización de jornadas en Argentina. De hecho el 50% (...) de los convenios colectivos contienen cláusulas de afectación del tiempo de trabajo. Algunos convenios colectivos prevén, incluso, una jornada mínima (Edenor). En 1995, se inició en Brasil un proceso de reducción de jornada de 44 a 42 horas con compensación –se pagaban y contabilizaban horas no trabajadas, para ser laboradas luego en momentos de reactivación productiva– (Acuerdo de la Ford con el sindicato de Metalúrgicos del ABC paulista), calificado como banco de horas y que fue retomado por numerosos acuerdos (en especial, en el sector automotor). Este acuerdo pionero dio lugar en julio de 1996 a un nuevo acuerdo innovador entre las mismas partes, en el que se pactó por seis meses una semana laboral de cuatro días (38 horas semanales), acordándose que la disminución podría ser recompensada en 1997, cuando se recuperara el nivel productivo. Dicho acuerdo se fundamentó en

la necesidad de los sindicatos de frenar despidos inminentes y de la gerencia de reducir costos permanentes (...) La modificación de la jornada ha sido enfocada por las reformas desde la doble óptica de protección – flexibilidad. Si bien se buscan mecanismos que permiten enfrentar los avatares productivos de ciclos económicos fluctuantes y, para ello, se recurre a una fuente más adecuada como es la negociación colectiva, también se mantienen tiempos mínimos de necesario descanso"[91].

Ya hemos enfatizado la conveniencia de la negociación colectiva para establecer jornadas acumulativas y la realidad de algunos acuerdos[92].

2.8 Las jornadas acumulativas en las sentencias del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre las jornadas acumulativas[93]. Nos importa mencionar únicamente dos sentencias:

- Sentencia del 27 de setiembre del 2002, expedida en el expediente No. 1396-2001-AA, Lima, sobre la acción de amparo promovida por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Perú Copper Corporation.

  Esta sentencia declaró infundada la acción de amparo aludida respecto de 152 trabajadores que fueron notificados de la implementación de un nuevo horario de trabajo, porque, entre otras razones, en la cláusula 22 – Jornada de Trabajo, de la Convención colectiva de trabajo – Trabajadores Toquepala 1996 – 2001, "se establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas efectivas, añadiendo que las jornadas atípicas establecidas conforme a ley mantendrán la debida proporción entre días de trabajo y de descanso. En otras palabras, queda claramente establecido que, en la referida Convención, las partes acordaron no sólo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, sino también las jornadas atípi-

91 VEGA RUÍZ, María Luz, *op. cit.*, pp. 44-46 (recuadros).

92 *Supra*, Nos. 1.2.b) y 2.3. Y las modalidades indicadas *supra*, 2.4.

93 Una consulta realizada en el sistema de búsqueda de sentencias del Tribunal Constitucional, refiere 23 resultados para la expresión "jornadas acumulativas": http://www.tc.gob.pe/search/ search.pl?Match=0&Realm=All&Terms=jornadas+acumulativas

cas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino solo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no sólo no contradice el principio contenido en el inciso 2) del artículo 26 de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, por encontrarse previsto en la misma (...), sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es el relativo a una jornada de trabajo que no exceda de las cuarenta y ocho horas semanales. Cabe destacar que la legislación infraconstitucional reconoce la posibilidad de trabajar jornadas atípicas u horarios de menos o más de ocho horas diarias, pero, en ningún caso, más de cuarenta y ocho horas semanales (...) En consecuencia, se advierte que la legislación infraconstitucional no sólo es acorde con la Constitución, sino que, además, la emplazada se encuentra respaldada por la misma" (fundamento 3).

- Sentencia del 17 de abril del 2006, expedida en el expediente No. 4635-2004-AA/TC, Tacna, sobre la acción de amparo promovida por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Perú Copper Corporation. Y la resolución del Tribunal Constitucional del 11 de mayo del 2006 expedida en el mismo expediente, por la cual se declaró fundada la solicitud de aclaración interpuesto por el abogado de la demandada.

  Esta sentencia expuso, entre otros fundamentos[94], que "si bien hasta la fecha los criterios de la jurisdicción constitucional consideraron que el sistema acumulativo 4 x 3 y 4 x 2 (5 x 2) podía ser compatible con el artículo 25 de la Constitución (Exp. No. 1396-2001-AA/TC), a partir del presente caso y considerando el contexto del trabajo que realizan los trabajadores mineros (...) y teniendo en cuenta que un sistema excepcional y temporal no puede convertirse en permanente, así como la dimensión objetiva de los derechos fundamentales –que en el presente caso se manifiesta en el respeto a una jornada de ocho horas diarias como máximo,

[94] El fundamento 32 alude al "seguro complementario de trabajo de riesgo", que fue instituido por el artículo 19 de la Ley No. 26790, Ley de la Modernización de la Seguridad Social en Salud. Sin embargo, invoca el Decreto Ley No. 18846, que fue derogado por la Segunda disposición complementaria de la misma Ley No. 26790.

a una jornada semanal razonable de trabajo y al derecho al descanso– (...) el criterio del Tribunal Constitucional, en adelante, será el expuesto en la presente sentencia, y que establece que para los trabajadores mineros el máximo de duración de la jornada laboral será de ocho horas diarias" (fundamento 43); declaró *fundada la demanda* y ordenó "que la demandada restituya la jornada laboral de ocho horas diarias considerando una jornada semanal razonable en el asiento minero de Toquepala"; también, "que las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarentiocho (*sic*) semanales para un período de tres semanas, o un período más corto, son incompatibles con la Constitución"; y que "los criterios previstos en los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41 (...) constituyen precedente vinculante inmediato (...)".

No pretendemos comentar esta sentencia, que ya ha sido ampliamente explicada en revistas especializadas[95]. Sólo la citamos, para completar la información pertinente.

2.9 Consideraciones de carácter procesal

¿Cuál es la vía procesal idónea para el conocimiento, trámite y solución de una controversia jurídica atinente a jornadas acumulativas?

[95] Véase: ANÁLISIS LABORAL, El Tribunal Constitucional y las Jornadas Atípicas en la Actividad Minera", en revista "Análisis Laboral", Lima, Vol. XXX, mayo 2006, No. 347, pp. 11-13; ANÁLISIS LABORAL, El Tribunal Constitucional y las Jornadas Atípicas en la Actividad Minera", en revista "Análisis Laboral", Lima, Vol. XXX, junio 2006, No. 348, p. 26; ASESORÍA LABORAL, Sentencia del Tribunal Constitucional sobre las jornadas atípicas en el sector minero, en revista "Asesoría Laboral", Lima, año XVI, mayo 2006, No. 185, pp. 44-45; CAMPOS TORRES, Sara Rosa, ¿Mejorando condiciones de trabajo? Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara ilegales las jornadas acumulativas en el sector minero", en revista "Diálogo con la Jurisprudencia", Lima, Gaceta Jurídica No. 92, mayo 2006, pp. 243-248; DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA, "Las jornadas laborales atípicas de los trabajadores mineros, ¿son constitucionales?, en revista "Diálogo con la Jurisprudencia", Lima, Gaceta Jurídica, No. 92, mayo 2006, pp. 55-56. MORÁN B., Juan José, op. cit., pp. 104-107. RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando, ¿Aclaración o contradicción? Apuntes sobre la validez de las jornadas acumulativas o atípicas", en boletín electrónico "e-Foro Jurídico", Lima, Asociación Civil Foro Académico, junio 2006, No. 6.

El conocimiento, trámite y solución de una controversia jurídica que verse sobre jornadas acumulativas compete a la *Justicia del Trabajo*.

Las *normas procesales* pertinentes son las establecidas en la Ley No. 26636, Ley Procesal del Trabajo; y de manera supletoria o complementaria, las contenidas en el Código Procesal Civil.

No parece que tal controversia competa a la Justicia Constitucional. Es decir, no parece que pueda instaurarse un proceso constitucional para la definición del pleito.

En definitiva, "es preciso no perder de vista los aspectos fisiológico, psicológico y social del problema"[96]. Cada caso debe ser analizado con extrema acuciosidad. El análisis requerirá inexorablemente muy diversas pruebas. Entonces, *los procesos de amparo no parecen ser la vía idónea*[97].

En otro orden, nada impide la intervención de la *Inspección del Trabajo*. Más aún, tal participación puede ser notoriamente aconsejable: ciertamente, por la índole laboral de la cuestión; pero también porque pueden estar en juego muy variados aspectos de seguridad y salud en el trabajo.

3. SÍNTESIS

Para concluir, sintetizamos nuestra exposición:

La reglamentación clásica de la jornada de trabajo es hoy por hoy insuficiente y está ligada a la ordenación de la jornada de trabajo. Para tal ordenación, pueden aplicarse –entre otras– medidas respecto a la semana de trabajo y al año; y a ella incumbe, a su vez, la flexibilidad laboral.

---

96 MARIC, D., *op. cit.*, p. 31.

97 "Ello será materia de prueba a ser actuada en el respectivo procedimiento, lo cual ciertamente no podría llevarse a cabo en acciones de amparo" (FERRO, Víctor, *Ocho horas...*, *cit.*, p. 19). En suma, "los sistemas acumulativos de trabajo y descanso deben ser examinados con la mayor atención" (FERRO DELGADO, Víctor, *Sistemas...*, *cit.*, p. 25).

Jornada típica es la jornada común, según ha sido tradicionalmente concebida y regulada. En cambio, jornadas atípicas son las que escapan a tal normalidad. Por ejemplo, las jornadas acumulativas.

Las jornadas acumulativas acarrean una acumulación, tanto de horas y días de trabajo como de días de descanso. Su desconocimiento o rechazo implicaría la imposibilidad de desarrollar determinadas actividades o una drástica subida de los costos para la operación de éstas. Las jornadas acumulativas tienen ventajas y desventajas. El análisis de su legitimidad y pertinencia en una situación concreta debiera involucrar una justa ponderación entre aquéllas y éstas. En el Perú existe un extenso elenco de modalidades de acumulación.

Los dos límites a la jornada, 8 horas diarias y 48 horas semanales, son hoy en día independientes. En las jornadas acumulativas, el máximo debe ser acatado como promedio y no como tope absoluto. La Constitución no ha establecido el período máximo en que puede establecerse tal promedio.

El Convenio No. 1 tiene rango constitucional. Las relaciones entre éste y la ley deben estudiarse en cada situación en concreto. Al efecto, deberá apreciarse el principio protector, expresado en las reglas de la norma más favorable y de la condición más beneficiosa.

Convendría introducir la flexibilización del tiempo de trabajo mediante la negociación colectiva. El examen de las fortalezas y debilidades de las jornadas acumulativas puede efectuarse en tal contexto. Los convenios colectivos son la fuente principal para la regulación de éstas.

El conocimiento, trámite y solución de una controversia jurídica que verse sobre jornadas acumulativas compete a la Justicia del Trabajo. Los procesos de amparo no parecen ser la vía idónea para la definición de un pleito atinente a las jornadas acumulativas: cada caso debe ser analizado con extrema acuciosidad; entonces, el análisis requerirá inexorablemente de muy diversas pruebas.

La participación de la *Inspección del Trabajo* puede ser notoriamente aconsejable: por la índole laboral de la cuestión y porque pueden estar en juego muy variados aspectos de seguridad y salud en el trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, Manuel, Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del Derecho del Trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico. Una primera recapitulación, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, T. XXX, No. 145, enero – marzo 1987.

ALZAMORA VALDEZ, Mario, El Derecho y la naturaleza de las cosas, en revista "Derecho", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1973, No. 31.

"ANÁLISIS LABORAL" (revista), El Tribunal Constitucional y las Jornadas Atípicas en la Actividad Minera, Lima, Vol. XXX, mayo 2006, No. 347.

"ANÁLISIS LABORAL" (revista), El Tribunal Constitucional y las Jornadas Atípicas en la Actividad Minera, Lima, Vol. XXX, junio 2006, No. 348.

ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DE TRABAJO (publicado en revista "Actualidad Laboral", Lima, noviembre de 2002, No. 317).

"ASESORÍA LABORAL" (revista), Sentencia del Tribunal Constitucional sobre las jornadas atípicas en el sector minero, Lima, año XVI, mayo 2006, No. 185.

BRONSTEIN, Arturo S., La flexibilidad del contrato de trabajo: Perfiles de un debate. Informe presentado en la Jornada sobre nuevas concepciones y significaciones del trabajo en la empresa, Pamplona, marzo de 1988. Texto reproducido en: FERRO DELGADO, Víctor y GARCÍA GRANARA, Fernando, Derecho Individual del Trabajo. Materiales de Enseñanza, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

CAMPOS TORRES, Sara Rosa, ¿Mejorando condiciones de trabajo? Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional que declara ilegales las jornadas acumulativas en el sector minero, en revista "Diálogo con la Jurisprudencia", Lima, Gaceta Jurídica No. 92, mayo 2006.

CÓRDOVA, Efrén, Nuevas formas y aspectos de las relaciones de trabajo atípicas, en revista "Derecho Laboral", Montevideo, T. XXIX, No. 142, abril – junio 1986.

COUTURE, Eduardo J., Estudios de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Depalma, 1979.

"DIÁLOGO CON LA JURISPRUDENCIA " (revista), Las jornadas laborales atípicas de los trabajadores mineros, ¿son constitucionales?, en revista "Diálogo con la Jurisprudencia", Lima, Gaceta Jurídica, No. 92, mayo 2006.

DIFRIERI BARONE, Jorge A., El Derecho del Trabajo y la Doctrina Social de la Iglesia, Lima, Editora Latina S. R. Ltda., 1994.

FERRO, Víctor, Ocho horas y jornadas atípicas, en revista "Perú Económico", Lima, Apoyo Publicaciones S. A., volumen XXIX, No. 5, mayo 2006.

FERRO DELGADO, Víctor, Sistemas acumulativos de trabajo y descanso en la minería, en revista "Informativo Mensual", Lima, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, año VIII, No. 9, setiembre 1999.

FERRO DELGADO, Víctor y GARCÍA GRANARA, Fernando, Derecho Individual del Trabajo. Materiales de Enseñanza, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

INTERDONATO S. J., Francisco, La "Ley Natural". Concepto y Realidad, Lima, SESATOR, 1987.

LASTRA LASTRA, José Manuel, La jornada de trabajo. En: Instituciones de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social. Coordinadores: Néstor De Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela, México, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

MAGANO, Octavio Bueno, Manual de Direito do Trabalho, Sao Paulo, LTr, 1987, vol. IV (Direito Tutelar do Trabalho).

MARIC, D., La ordenación de la jornada de trabajo. El factor tiempo en el nuevo concepto de las condiciones de trabajo, Madrid, Ministerio de Trabajo – Servicio de Publicaciones, 1977.

MONTENEGRO BACA, José, Jornada de trabajo y descansos remunerados. Estudio doctrinario y crítico de las disposiciones legales y jurisprudenciales sobre la materia, Trujillo, Librería y Editorial Bolivariana, 1959.

MONTT BALMACEDA, Manuel, Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La O. I. T., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

MORÁN B., Juan José, El TC y la validez de las jornadas de trabajo atípicas, en revista "Desde adentro", Revista de la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, Lima, mayo 2006, No. 33.

NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 2003.

OIT, Horas de trabajo. ¿De lo fijo a lo flexible? Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Contratos de trabajo de jornada atípica. Atipicidad en los dos extremos: jornada parcial y jornada acumulativa. En: Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano. Coordinadores: Kurczyn Villalobos, Patricia; Ruiz Hernández, Carlos Alberto, México, Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, El tema del trabajo en el Derecho Constitucional peruano. En: El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea. Madrid, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario, Jornada de Trabajo y Descansos en la Amazonía, en revista "Análisis Laboral", Lima, Vol. XII, No. 135, setiembre 1988.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Depalma, 1978.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, 2001.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando, ¿Aclaración o contradicción? Apuntes sobre la validez de las jornadas acumulativas o atípicas, en boletín electrónico "e-Foro Jurídico", Lima, Asociación Civil Foro Académico, junio 2006, No. 6.

RUBIO CORREA, Marcial, El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho), Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial, 1999, p. 149.

SACO BARRIOS, Raúl, Flexibilidad Laboral, Derecho del Trabajo y Administración de Personal. Ponencia expuesta en el 15 Congreso Interamericano de Administración de Personal, Sao Paulo, agosto de 1997. Texto publicado en revista "Análisis Laboral", Lima, Vol. XXII, No. 247, enero 1998.

"SEMANA ECONÓMICA" (revista), Lima, Apoyo Publicaciones S.A., 21 de mayo del 2006, año XXI, No. 1020.

VEGA RUÍZ, María Luz, Editora, La Reforma Laboral en América Latina: 15 Años después", Lima, OIT, 2005.

VILDOSO CH., Carmen, La "flexiseguridad", en el diario "El Comercio", Lima, 8 de noviembre del 2005.

VON POTOBSKY, Geraldo W y BARTOLOMEI DE LA CRUZ, Héctor G., La Organización Internacional del Trabajo, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1990.

BIBLIOGRAFÍA DE "WEB SITES"

Convenio (núm. 1) sobre las horas de trabajo (industria), 1919: http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C001

Convenio (núm. 1) sobre las horas de trabajo (industria), 1919; ratificaciones: http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C001

Convenio (núm. 30) sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930: http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C030

Convenio (núm. 30) sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930; ratificaciones: http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifcs.pl?C030

Legislación laboral peruana: http://www.mintra.gob.pe/prodlab_legislacion.php

Sistema de búsqueda de sentencias del Tribunal Constitucional; expresión "jornadas acumulativas": http://www.tc.gob.pe/search/search.pl?Match=0&Realm =All&Terms=jornadas+acumulativas

Jornada de trabajo, control de asistencia y la prohibición del pago de horas extras en las empresas y entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada

Carlos Guillermo Morales Morante

Abogado, Socio principal de Morales Morante Abogados. Asociado de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. Consideraciones Preliminares. 3. Marco Constitucional y Legal. 3.1. El principio de legalidad presupuestaria del gasto público. 3.2. Leyes de Presupuesto. 4. Jurisprudencia sobre pago de Horas Extras en contravención de las Leyes de Presupuesto. 4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema: Predominio del principio de legalidad presupuestaria en el gasto público. 4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema: Aplicación de los Principios del Derecho del Trabajo y predominio de los Derechos Fundamentales del Trabajador. 5 Balance y Perspectivas.

1. INTRODUCCIÓN

Con fecha 5 de abril del presente año, el Gobierno dictó el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, que estableció diversas disposiciones que inciden directamente en el control del tiempo de trabajo, orientadas fundamentalmente a garantizar el pago de las horas extras laboradas por los trabajadores comprendidos dentro del régimen laboral de la actividad privada.

A menos de un mes de su vigencia y en respuesta a las numerosas críticas formuladas por sectores empresariales y académicos, el 3 de junio fue dictado el Decreto Supremo N° 011-2006-TR - que si bien introdujo saludables rectificaciones, como la modificación de la presunción absoluta en favor de la prestación de trabajo en sobretiempo (*juris et de jure)* si el trabajador continuaba laborando más de una hora después de su horario de salida - a través de su Segunda Disposición Complementaria y Transitoria, excluyó temporalmente de su ámbito subjetivo a las

entidades públicas cuyos trabajadores se encontraran sujetos al régimen laboral de la actividad privada, postergando su aplicación hasta el 1° de enero de 2007.

En nuestra opinión, si bien esta disposición ha consagrado un trato discriminatorio en favor del Estado-empleador en perjuicio del empleador privado, lo cierto y lo concreto es que la normativa contenida en ambos Decretos Supremos igualmente será de obligatorio cumplimiento en las entidades públicas con personal comprendido dentro del régimen laboral de la actividad privada, una vez cumplida la *vacatio legis* señalada.

En consecuencia, al margen de que el Poder Ejecutivo haya pretendido justificar su postergación en razones de "programación anual del presupuesto público" para estas entidades los problemas de aplicación que confrontarán a partir del ejercicio fiscal siguiente serán de la mayor complejidad, debido a que las leyes de presupuesto en forma sistemática han venido prohibiendo el pago de horas extras, por lo que en la práctica dicha regulación deberá compatibilizarse con los criterios contemplados en el marco presupuestario, habida cuenta que se trata de normas de mayor jerarquía normativa y de orden público.

Caso contrario, los objetivos que se pretende lograr con este Decreto Supremo terminarán siendo menoscabados por el propio Poder Ejecutivo, que de acuerdo con la Constitución, es el encargado de cumplir y hacer cumplir las leyes y normas que conforman el ordenamiento jurídico vigente [1].

Por otra parte, la jurisprudencia construida tanto a nivel de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal Constitucional, ha tenido criterios contradictorios respecto de la validez de las prohibiciones al pago de horas extras establecidas en las leyes de presupuesto, en que se han visto confrontados los principios de legalidad presupuestal del gasto público con los principios del Derecho del Trabajo, como irrenunciabilidad de derechos, que configuran el denominado <orden público laboral>.

[1] Al respecto, vid. artículo 118° de la Constitución, que en virtud de su inciso 1) encomienda al Presidente de la República la función de "Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales".

2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Un primer aspecto que consideramos necesario puntualizar es que para efectos del presente artículo, nuestro enfoque se centralizará exclusivamente en las implicancias legales de las prohibiciones establecidas en las Leyes de Presupuesto para el pago de las horas extraordinarias, dentro del ámbito concreto y específico de las entidades públicas con personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Precisamente el artículo 1° del Decreto Supremo N° 004-2006-TR, delimita claramente el ámbito de aplicación de estas normas al puntualizar que queda obligado a su cumplimiento "Todo empleador sujeto al régimen laboral de la actividad privada (quien) debe tener un registro permanente de control de asistencia, en el que los trabajadores consignarán de manera personal el tiempo de labores".

En consecuencia, nuestro análisis se aplica al personal de las Empresas de Derecho Público, Empresas Estatales de Derecho Privado, Empresas de Economía Mixta y con accionariado del Estado, que se encuentra dentro del régimen laboral de la actividad privada por mandato expreso del artículo 53° de la Ley N° 24948, Ley de Actividad Empresarial del Estado, y al que también le resultan de aplicación estas restricciones presupuestarias para el pago de horas extras, según el caso.

Finalmente, y por extensión, nuestro análisis también incidirá en el caso del personal administrativo que presta servicios para importantes Poderes del Estado como el Congreso de la República y el Poder Judicial, cuyos trabajadores están comprendidos dentro del régimen laboral privado, así como para diversos organismos públicos descentralizados y organismos reguladores, conocidos como "islas de modernidad" en los cuales desde inicios de la década pasada, al impulso de la ola privatizadora, el Estado adoptó el régimen laboral de la actividad privada, a fin de disponer de la flexibilidad necesaria para contratar cuadros técnicos con habilidades gerenciales y calificaciones profesionales equivalentes a las existentes en el sector privado.

Por lo tanto, resulta previsible que al entrar en vigencia estas normas de control de asistencia y con ellas, estas presunciones a favor de la prestación de trabajo en hora extraordinaria, existirá un conflicto de aplicación con las Leyes de Presupuesto de la República, que deberá dilucidarse en sede judicial como consecuencia de la interposición de acciones judiciales que serán interpuestas por estos trabajadores ante la renuencia de la entidad en abonarle las horas extras laboradas.

3. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL

3.1. El principio de legalidad presupuestaria del gasto público

Conforme se ha señalado, las diversas Leyes de Presupuesto que han regido la asignación de recursos para la ejecución del gasto público han coincidido - con algunos matices - en la prohibición al pago de horas extras para los trabajadores que prestan servicios para las entidades estatales sujetas al régimen laboral privado.

El fundamento constitucional de estas prohibiciones, deriva de la propia naturaleza de las Leyes de Presupuesto, cuyo objetivo fundamental es garantizar el equilibrio fiscal, como señala Enrique BERNALES [2]:

> "La discusión y aprobación del Presupuesto General de la República es una de las más antiguas y principales atribuciones del Parlamento. (...) La referida atribución surge de la necesidad de ordenar y sujetar a la ley los gastos anuales del Estado y determinar con cargo a qué ingresos podrá financiar sus actividades. **La tesis que subyace es que ningún gasto público puede efectuarse si no está previsto y financiado.** El presupuesto es la base del ordenamiento fiscal del Estado (...)"

Este temperamento ha sido expresamente recogido por el artículo 78° de la Constitución, que adicionalmente a obligar al Presidente de la República a remitir el proyecto de Ley de Presupuesto al Congreso en forma conjunta con los proyectos de ley de endeudamiento y equilibrio financiero, exige que el proyecto presupuestal debe estar efectivamente equilibrado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Ejecutoria del 29 de enero de 2004 recaída en los Expedientes N°s 015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 0004-2002-AI/TC, señaló que *"uno de los condicionamientos a los que puede someterse el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, tratándose del Estado como sujeto procesal vencido en juicio,* ***se relaciona con las exigencias que se derivan de la observancia del principio de legalidad presupuestaria del gasto público****".*

---

2 BERNALES, Enrique, **La Constitución de 1993. Análisis Comparado**, Lima, 1999, Editora RAO, Pág. 395.

De acuerdo al Tribunal

> "dicho principio, que se deriva del artículo 77° de la Constitución Política del Estado, implica que el pago de las sumas de dinero ordenado por una resolución judicial firme, **sólo podrá ser cumplido con cargo a la partida presupuestal correspondiente**. En los alcances de dicho principio de legalidad presupuestaria se encuentra, por un lado, el origen del llamado privilegio de la autotutela ejecutiva de la administración, esto es, que el cumplimiento de las sentencias condenatorias contra la administración haya de estar sujeto al cumplimiento de un procedimiento administrativo ante el órgano deudor; y por otro, la posibilidad de diferir la ejecución forzada, por un lapso razonable (...)"

En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional resolvió declarar la inconstitucionalidad parcial de la Ley N° 27684, que fijó algunos criterios para la atención de deudas a cargo de las entidades públicas, originadas en sentencias judiciales que hubieren adquirido autoridad de cosa juzgada - que incluía en un porcentaje significativo créditos de naturaleza laboral y previsional - limitando los alcances del principio de legalidad presupuestaria que venimos analizando.

En efecto, el primer criterio que establecía dicha norma, consistente con la racionalidad del citado principio, era que la Oficina General de Administración o la que hiciera sus veces debía proceder "conforme al mandato judicial **y dentro del marco de las leyes anuales de presupuesto**".

En segundo lugar, de no contarse con el financiamiento requerido, el Titular del Pliego Presupuestal involucrado, previa evaluación y priorización de las metas presupuestarias, podía efectuar las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias dando cuenta dentro de los 15 días siguientes a la autoridad judicial competente.

En tercer lugar, de existir requerimientos que excedieran las posibilidades de financiamiento del Pliego Presupuestario, el Titular a través de la Oficina General de Administración debe poner en conocimiento de la autoridad judicial "su compromiso de atender tales sentencias en el ejercicio presupuestario siguiente, para lo cual se obliga a destinar hasta el tres por ciento (3%) de la asignación presupuestal que le corresponda al pliego por la fuente de recursos ordinarios. El Ministerio de Economía y Finanzas (...) calculará el tres por ciento (3%) referido en el párrafo precedente deduciendo el valor correspondiente a la asignación para el pago del servicio de la deuda pública, la reserva de contingencia y las obligaciones previsionales".

Finalmente, transcurridos seis meses desde la notificación judicial que requiere el pago o compulsado el deudor estatal con arreglo a los procedimientos administrativos reseñados, el acreedor se encontraba facultado para dar inicio al proceso de ejecución de resoluciones judiciales contemplado en el artículo 713° y siguientes del Código Procesal Civil, encontrándose limitado únicamente de ejecutar bienes de dominio público conforme a lo establecido en el artículo 73° de la Constitución.

Para efectos de nuestro análisis, interesa remarcar que para el Tribunal Constitucional, las disposiciones contenidas en la Ley N° 27684 deben interpretarse en el sentido que "la eventual colisión entre el principio de legalidad presupuestaria y el principio de efectividad de las sentencias judiciales debe resolverse sobre la base de los test de proporcionalidad y razonabilidad, ponderando a cuál de esos principios debe dársele mayor peso y sin desconocer, sin embargo, la importancia del otro" [3].

No obstante que el Tribunal no encontró reparo alguno en la impugnación formulada contra el primer criterio reseñado [4], lo cierto es que al efectuar dicha norma un reenvío al marco normativo de las leyes de presupuesto, cabe interpretar que la entidad emplazada estaría jurídicamente imposibilitada de realizar transferencia presupuestal alguna, al no contar con autorización de gasto para el pago de horas extras, al regir plenamente esta prohibición legal.

Por ello, interesa analizar a continuación en qué términos han sido establecidas estas restricciones en las Leyes de Presupuesto en los últimos años, que han sido recurrentes en establecer la prohibición al pago de horas extras en el Sector Público, lo que incluye a las entidades con personal sujeto al régimen laboral privado, y

[3] Vid. Fundamento 51 de la Sentencia del 29 de enero de 2004, expedida por el Tribunal Constitucional antes citada.

[4] En efecto, el Fundamento 53 de la citada Ejecutoria señala que: "Con dicha disposición simplemente se ha establecido, como una concreción del principio de legalidad en la actuación de los órganos administrativos, que las oficinas generales de administración o las que hagan sus veces, son los órganos en principio llamados a cumplir las resoluciones judiciales, y en su segunda parte, como una concreción del principio de legalidad presupuestaria en la ejecución de pagar sumas de dinero, que es cumplimiento de las sentencias ha de realizarse <conforme a las leyes de presupuesto>". Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional no llegó a analizar en específico qué pasaba si el pago demandado estaba sujeto a una expresa prohibición en las leyes de presupuesto, como el caso de las horas extras.

comprendido, por tanto, dentro de las normas dictadas recientemente en los Decretos Supremos N° 004-2006-TR, y N° 011-2006-TR.

3.2 Leyes de Presupuesto

Como hemos adelantado, las Leyes de Presupuesto en forma sistemática han prohibido el pago de horas extras dentro de las empresas y entidades del Sector Público, con prescindencia del régimen legal en el que se encuentran o si la totalidad o parte de su accionariado es de propiedad del Estado.

Sin embargo, este dato normativo ha sufrido diversas variantes, por lo que analizaremos a continuación la evolución de esta prohibición legal a partir de una muestra retrospectiva tomada de algunas de las leyes de presupuesto que rigieron entre la década de 1980 y 1990, y otras pertenecientes al presente quinquenio, para determinar los criterios legales subyacentes, y apreciar como han sido interpretados en sede jurisprudencial por la magistratura laboral.

a) Decreto Legislativo N° 398 Ley del Presupuesto del Sector Público para 1987

Dentro del Capítulo V que regula las Normas de Austeridad, dicha Ley en su artículo 65° señalaba expresamente que en la ejecución del gasto sobre remuneraciones, quedaba prohibido realizar diversas acciones de personal, entre las que se contaban:

> "g) Ejecutar gastos por concepto de Horas Extraordinarias, excepto aquellos orientados a actividades productivas que requieran los Organismos del Sector Público".

Dicho artículo además establecía que la referida norma "comprende a todas las acciones de personal que bajo cualquier nomenclatura o denominación tengan la misma naturaleza de las acciones materia de prohibición".

No obstante esta terminante prohibición que en efecto alcanzaba a todo el Sector Público, en el artículo 64° se fijaba un régimen especial para las Empresas del Estado comprendidas en el Volumen 03 del artículo 2° en el Capítulo VII, que facultaba al Ministerio de Economía y Finanzas o a CONADE para dictar una

norma de excepción para algunas de las prohibiciones de gasto contenidas en la Ley, previa coordinación con la Dirección General del Presupuesto Público [5], lo que podría conllevar el levantamiento de la prohibición del pago de horas extras.

Lo que interesa destacar es que la regla general era que la prohibición se aplicaba en términos más o menos horizontales a todo el Sector Público, y el eje de la controversia más bien quedaba desplazado, como veremos más adelante a la determinación de si algunos de los casos sometidos al órgano jurisdiccional encuadraban dentro de las situaciones de excepción contempladas dentro de las Leyes de Presupuesto.

Un tratamiento similar seguiría la Ley N° 24977 Ley de Presupuesto para el Sector Público correspondiente al ejercicio 1989 en el Capítulo V ("Normas de Austeridad y Moralidad en la Ejecución del Gasto Público"), concretamente en su artículo 65°, inciso g), y en el artículo 135°, sobre las facultades conferidas tanto al Ministerio de Economía y Finanzas y a CONADE para otorgar excepciones a las normas de austeridad anteriormente analizadas.

b) Ley N° 25303 Ley de Presupuesto del Sector Público para 1991

Por su parte, la Ley del Presupuesto para el ejercicio 1991, en su Capítulo V sobre Normas de Austeridad para la ejecución del gasto público, en su artículo 64°, inciso d), si bien reiteraba la prohibición analizada en el apartado precedente, y la excepción anteriormente acotada, aplicable a las actividades productivas a cargo de organismos públicos, introducía una condición adicional, directamente aplicable al pago de horas extraordinarias:

> "d) Efectuar gastos por concepto de horas extraordinarias, excepto aquellas orientadas a actividades de producción de bienes y servicios que realicen los organis-

[5] Al respecto, vid. artículo 122° del Decreto Legislativo N° 398: "El Ministerio de Economía y Finanzas en el caso de las Empresas Financieras y la Corporación Nacional de Desarrollo -CONADE- en el caso de las Empresas No Financieras, deben vigilar la estricta aplicación de las Normas de Austeridad y de Moralidad establecidas en la presente Ley, y aprueban las excepciones y autorizaciones pertinentes. En tal sentido: (...) d) Evaluar y aprobar las exoneraciones del caso, respecto a las prohibiciones de gasto contenidas en la presente Ley, en coordinación con la Dirección General de Presupuesto".

mos del Sector Público, **previa programación y aprobación bajo responsabilidad del Titular** y con cargo de dar cuenta a la Contraloría General de la República".

c) Ley N° 26553 Ley del Presupuesto del Sector Público para 1996

A su vez, la Ley del Presupuesto aplicable al Sector Público para 1996, que se dictó en forma complementaria a la Ley N° 26199 - Ley Marco del Proceso Presupuestario - y a las Leyes de Equilibrio Financiero y de Endeudamiento del Sector Público, también estableció prohibiciones para el pago de horas extras, excluyendo expresamente a las Empresas del Estado comprendidas en el Volumen 04 del Presupuesto.

Conjuntamente a esta nueva metodología de elaboración de la norma presupuestal, se reiteró la prohibición que venimos analizando en el artículo 22° en los términos siguientes:

> "**Artículo 22°.-** En la ejecución de sus presupuestos, los organismos del Sector Público comprendidos en los volúmenes 01, 02, 03, 05 y 06, con excepción de las empresas pertenecientes a los Gobiernos Regionales y Locales, se sujetan a las restricciones del gasto contenidas en el presente Título:
>
> (...)

d) Efectuar gastos por concepto de horas extraordinarias (...)"

Es decir, si bien quedaba una vez más delimitado el ámbito de esta prohibición al campo propiamente dicho del Sector Público, por exclusión del Sector de Actividad Empresarial del Estado, esta vez la prohibición no contemplaba excepciones a nivel de la Ley del Presupuesto, salvo el caso específico de los contratos de personal y pago de horas extras dentro de los Proyectos de Inversión[6], que motivarán precisamente algunos de los pronunciamientos jurisprudenciales que analizaremos a continuación.

[6] Al respecto, vid. artículo 23°, Literal II, inciso a) de la misma Ley de Presupuesto.

e) Ley N° 27013 Ley de Presupuesto del Sector Público para 1999

La Ley N° 27013, al igual que sus predecesoras, contempló restricciones al pago de horas extras dentro del marco de las Normas de Austeridad en el artículo 7°, inciso g), señalando expresamente que se encuentra prohibido efectuar gastos por concepto de horas extras.

Por su parte, el artículo 12° referido al tratamiento aplicable al Sector de Actividad Empresarial del Estado, por un lado, sujetó al Ministerio de Economía y Finanzas a dichas empresas, conforme a lo establecido en la Ley N° 24948 - Ley de Actividad Empresarial del Estado - al igual que los órganos constitucional o legalmente autónomos y a los organismos que se ha dado en denominar "islas de modernidad" [7], dejando a las Entidades y Fondos creados por disposición legal expresa regular sus procesos presupuestarios con arreglo a las directivas dictadas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público.

f) Ley N° 27879 Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2003

La referida Ley consignó en las normas que regulaban la ejecución del gasto público, en el artículo 5.2. :

> "5.2. Los actos administrativos o de administración que generen gastos, deberán contar necesariamente con el financiamiento aprobado en el Presupuesto del Pliego, conforme a la presente Ley, quedando prohibido que dichos actos condicionen su aplicación a la asignación de mayores recursos a los considerados en la presente Ley, **bajo sanción de nulidad** y responsabilidad del Titular del Pliego y de la persona que autoriza el acto".

A mayor abundamiento, en materia de restricciones presupuestarias a las acciones de personal, dicha Ley establecía en el artículo 11.1 que:

[7] Superintendencia de Banca y Seguros, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, Superintendencia Nacional de Aduanas, Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento, Instituto Peruano de Seguridad Social (hoy Seguro Social de Salud), organismos reguladores como Osiptel, Osinerg, Ositran y la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, entre los más representativos.

> "11.1. Las acciones de personal sólo son realizadas cuando se cuente con el financiamiento correspondiente, debidamente autorizado, previa opinión favorable de la Oficina de Presupuesto o la que haga sus veces en el Pliego y la Unidad Ejecutora respectiva. Los cargos deben estar previstos en el Cuadro para Asignación de Personal - CAP - de la entidad, así como los recursos deben estar consignados en el Presupuesto Analítico de Personal - PAP -. Las acciones que contravengan a lo establecido en el presente numeral **devienen en nulas**, sin perjuicio de la responsabilidad del Titular del Pliego, así como del funcionario del Pliego que aprobó tal acto".

Reafirmando este común denominador en las Leyes de Presupuesto, en el artículo 12.4., referido a la ejecución presupuestaria en planillas, la Ley N° 27879, señaló que: "Está prohibido en toda entidad del Estado efectuar gastos por concepto de horas extras, independientemente del régimen laboral que las regule, pudiendo la Entidad según lo requiera, establecer turnos u otros mecanismos para mantener el adecuado cumplimiento de sus funciones".

Conforme se puede apreciar, en la Ley N° 27879 resulta sintomático el endurecimiento en la formulación normativa de la prohibición de pago de horas extras, no obstante lo cual se deja abierta la posibilidad que las entidades puedan implementar mecanismos alternativos de gestión de personal para mantener el adecuado cumplimiento de sus funciones.

g) Ley N° 28652 Ley de Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2006

La Ley de Presupuesto aplicable al presente año fiscal, al igual que la Ley N° 27879, sanciona con nulidad toda acción de personal que contravenga lo establecido en la normativa presupuestal vigente, en los términos que señala el literal e) del artículo 6° que regula las disposiciones de disciplina presupuestaria a aplicarse en el año 2006:

> "e) Toda acción de personal que se realice de conformidad con la normativa vigente debe contar obligatoriamente y sin excepción, con el financiamiento en el Grupo Genérico de Gastos respectivo. Las acciones de personal aprobadas que no se ajusten a lo dispuesto por el presente literal **devienen en nulas**".

En lo referente a las disposiciones sobre horas extras, se mantiene la prohibición en cuestión en el artículo 8°, con un importante matiz en relación a la posibilidad de establecer turnos u otros mecanismos, que adquiere visos imperativos:

> "d) Las Entidades Públicas, independientemente del régimen laboral que las regule, no se encuentran autorizadas para efectuar gastos por concepto de horas extras. En los supuestos que se requiera mantener personal en el centro de labores, **se deben establecer turnos** u otros mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones de la entidad".

Conforme se ha podido apreciar, el sustento final de estas disposiciones reposa en el principio de legalidad presupuestaria del gasto público, y las consecuencias legales de su inobservancia conllevan la nulidad del acto administrativo o la ineficacia de las acciones de personal ejecutadas, además de las responsabilidades legales y funcionales subsecuentes.

El problema de fondo que ocurre, es que al margen de las prohibiciones contenidas en la Ley de Presupuesto, igualmente determinados trabajadores que prestan servicios en estas entidades y que se encuentran sujetos al régimen laboral privado pueden generar este derecho al amparo de la presunción establecida en el artículo 9° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854, Ley de Jornada, Horario de Trabajo y Sobretiempo, aprobado por D.S. N° 007-2002-TR [8], y no contar la entidad responsable con los elementos probatorios exigidos por el artículo 7° de la norma de control de asistencia establecida mediante Decreto Supremo N° 011-2006-TR.

Como se ha señalado, este conflicto de aplicación entre las Leyes de Presupuesto y la normativa laboral ha tenido que resolverse en sede judicial, al encontrarse imposibilitadas estas entidades de abonar horas extras, debiendo dar cumplimiento al mandato judicial de pago conforme a las disposiciones de la Ley N° 27684, debiendo sujetarse a su disponibilidad presupuestaria al momento de la ejecución forzosa.

[8] Concretamente el párrafo quinto del citado artículo señala que "No obstante, en caso de acreditarse una prestación de servicios en calidad de sobretiempo aun cuando no hubiera disposición expresa del empleador, se entenderá que ésta ha sido otorgada tácitamente, por lo que procede el pago de la remuneración correspondiente por el sobretiempo trabajado".

4. JURISPRUDENCIA SOBRE PAGO DE HORAS EXTRAS EN CONTRAVENCIÓN DE LAS LEYES DE PRESUPUESTO

4.1 Jurisprudencia de la Corte Suprema: Predominio del principio de legalidad presupuestaria en el gasto público

En una primera etapa, la jurisprudencia de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema se inclinó por preferir la aplicación de las Leyes de Presupuesto, estimando que los pagos efectuados por concepto de horas extras carecían de efectos legales por contravenir normas de orden público, como las que se ha analizado en el apartado anterior.

En ese sentido, podríamos citar la Ejecutoria de fecha 10 de mayo de 2000, recaída en el Expediente N° 2426-97, La Libertad, recaída en el Recurso de Casación interpuesto por el Proyecto Especial Chavimóchic, en la cual la Corte Suprema ha sostenido que:

> "**Segundo.-** Que, la demandada al ser una entidad del Sector Estatal dependiente del Instituto Nacional de Desarrollo del Ministerio de la Presidencia tiene como base de gastos, partidas presupuestales que le son asignadas por las Leyes de Presupuesto a través del financiamiento del Estado, de las que no puede apartarse, salvo autorización del Ministerio de Economía y Finanzas; **por lo que se constata que ha habido violación de las normas aludidas cuando la recurrente determina el pago por este concepto".**

En consecuencia, concluye dicha Ejecutoria:

> "**Cuarto.-** Que, la sentencia impugnada al haber amparado el pago por horas extras ha contravenido no sólo normas de austeridad presupuestal sino también normas de orden público y de fiel cumplimiento".

De la lectura de este último considerando, parecería que la Corte Suprema efectúa una distinción conceptual entre "normas de austeridad presupuestal" y "normas de orden público", al señalar que al ampararse la pretensión de pago de horas extras - contemplada como prohibición en las normas de austeridad presupuestal - también se estaría vulnerando normas de orden público.

Lo cierto es que por su propia naturaleza las normas contenidas en las Leyes de Presupuesto son normas de orden público, por lo que cualquier acto administrativo o acción de personal que se dicte en contravención de éstas es sancionada con

nulidad de pleno derecho, por tratarse de un acto contrario al ordenamiento jurídico vigente.

Como sostiene Roberto DROMI [9] :

> "La Constitución y las leyes delimitan las atribuciones del poder y a ellas debe sujetarse su ejercicio. De ahí que toda actividad pública deba estar regulada jurídicamente y que en su quehacer rijan ciertos principios como el de la legalidad. **La legalidad económica impone al Estado y a los particulares el respeto a la normatividad** y a la prelación jurídica, igualdad y razonabilidad, control y responsabilidad, consecuencias todas del Estado de Derecho como modelo para la organización política".

En igual sentido se pronuncia la doctrina nacional: "La nulidad del acto administrativo deviene de la transgresión de las normas jurídicas con las cuales más bien debiera encontrar conformidad, cuyas principales manifestaciones son los vicios por la actuación *contra legem*, en una falsa aplicación de la ley o en una falsa valoración de los hechos" [10].

En consecuencia, cuando la Corte Suprema interpreta que la pretensión de pago de horas extras resulta contraria a las normas presupuestales, no sólo está aplicando el principio de legalidad presupuestaria en el gasto público, sino también las consecuencias de la nulidad del acto administrativo, propias del ámbito del Derecho Público, por lo que las acciones de personal ejecutadas en contrario se reputan como nulas e ineficaces [11].

Poco tiempo después, la Corte Suprema en la Casación Nº 2857-97-SCON, emitió un pronunciamiento en discordia en otro caso análogo, en el que el voto mayoritario de los señores Vocales reafirmó la tesis del predominio del principio de legalidad presupuestaria en el gasto público, amparando el recurso de casación interpuesto por la entidad pública, recogiendo las consideraciones antes analizadas.

---

9 DROMI, Roberto, **Derecho Administrativo**, Buenos Aires, 1998, Ed. Ciudad Argentina, Pág. 741.

10 MORON, Juan Carlos, **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**, Lima, 2003, Pág. 93, Gaceta Jurídica Editores.

11 Al respecto, DROMI señala que: "Tratándose de actos que están en el ámbito del derecho público, esta categoría es asimilable a la de los *actos inexistentes*, propia del derecho administrativo". Op. Cit. Pág. 278.

Sin embargo, el voto en discordia[12], realizó un análisis más profundo de la normatividad presupuestal, como se desprende de la lectura de sus fundamentos, particularmente en su Segundo y Cuarto Considerando :

> "**Segundo.-** Que, la emplazada sostiene como fundamento para no reconocer el abono de estas horas extraordinarias el hecho de no haberse pactado bilateralmente, autorizando su realización voluntaria, lo que no podía ocurrir debido a que había prohibición presupuestal de efectuar gastos por este concepto".

Como se ha analizado, el criterio subyacente sería que el orden público se expresa en el ordenamiento legal, y más concretamente en normas imperativas, que como sostiene la doctrina pueden ser de dos clases, preceptivas o prohibitivas, las mismas que prevalecen sobre la autonomía de la voluntad de las partes "siempre que no colisionen con las normas impuestas para la preservación del orden social, esto es, del orden público" [13].

Ello no obstante, las coincidencias con el voto mayoritario llegaban hasta este punto, dado que el voto en discordia reparó en un importante detalle que pasó inadvertido para la mayoría del Colegiado, y es que al referido caso le resultaba de aplicación la norma de excepción prevista para los proyectos de inversión [14] :

> "**Cuarto.-** Que, en principio, la parte demandada es un Proyecto de Inversión del Instituto Nacional de Desarrollo, dependiente del Ministerio de la Presidencia, según lo precisa el artículo primero de la Ley 25553 **y, como tal, está sujeto a normas de excepción en materia presupuestal,** ya que todas las Leyes de Presupuesto citadas en el recurso de casación excluyen (a dichas entidades) de las prohibiciones que contienen las normas de austeridad, **entre las que se encuentran las horas extraordinarias a los gastos orientados a actividades productivas** o a los que demande la contratación de personal para los proyectos de inversión"

Por lo tanto, concluye el voto en discordia que:

---

12 Conforme consta en la Ejecutoria citada, el voto en discordia fue de los señores Vocales Buendía Gutiérrez, Beltrán Quiroga y Zegarra Zevallos.

13 VIDAL RAMIREZ, Fernando, **El acto jurídico,** Lima, 2002, Pág. 63, Gaceta Jurídica Editores.

14 Vid. Supra Nota 6, Pág. 12.

> "**Sexto.-** Que, no existiendo prohibición legal, dependía de la voluntad de la empleadora aceptar o no la realización de este trabajo extraordinario, habiéndose materializado este consentimiento en forma tácita al haber admitido el registro de las horas extras durante casi todo el tiempo de duración del contrato de trabajo, sin hacer observación alguna,**de modo que no puede beneficiarse de ese trabajo sin ejecutar la contraprestación respectiva, ya que de lo contrario se estaría amparando la realización de trabajo gratuito**, cuya prohibición taxativa está contenida tanto en la Carta Magna actual en su artículo 23°, como en la anterior en su artículo 42°".

4.2 Jurisprudencia de la Corte Suprema: Aplicación de los Principios del Derecho del Trabajo y predominio de los Derechos Fundamentales del Trabajador

En una segunda etapa, la Corte Suprema modificó radicalmente el criterio precedente, inaplicando las Leyes de Presupuesto en lo referente a la prohibición al pago de horas extras, prefiriendo la norma del artículo 23° de la Constitución, y el principio de irrenunciabilidad de derechos recogido en el artículo 26°, inciso 2 del texto constitucional [15].

Al respecto, la Ejecutoria recaída en la Casación N° 623-2003-Piura, de fecha 25 de febrero de 2005, inaplicó dichas normas, a pesar que se trataba de un proyecto de inversión pública y de una entidad perteneciente al Sector Público, y, por tanto, sujeto a restricciones presupuestarias:

> "**Cuarto.-** (...) se debe tener presente los alcances de la última parte del artículo 23° de la actual Carta Magna, **donde se establece que: <Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento>,** por tanto los fundamentos de la recurrida en este punto no sólo resultan irrazonables y excesivos sino que de aceptar su pertinencia y validez **implicaría amparar el ejercicio del abuso del derecho por parte del Estado,** puesto que si bien existen dichas normas de austeridad, la emplazada no debió permitir que el recurrente trabajara fuera de la jornada ordinaria de ocho horas por casi cinco años consecutivos; infiriéndose por el contrario que la demandada estaba de acuerdo en ello".

[15] Si bien esta Ejecutoria Suprema no invoca en forma expresa el artículo 138° de la Constitución, que en su segundo párrafo establece que "en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera", resulta claro que aplica el control difuso de constitucionalidad de las leyes. Al respecto, vid. BERNALES, Op.cit. Págs. 634-5.

En ese sentido, la Ejecutoria citada agrega en su Considerando Quinto que "lo real y cierto es que el reclamante laboró jornadas más allá de lo legal y, al no existir constitucionalmente trabajo gratuito, evidentemente la pretensión del accionante debe ser amparada en atención al <carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución del Estado>".

Centrándonos en este último punto, no queda suficientemente claro si la motivación de este fallo reposa esencialmente en el hecho que el actor prestó servicios en sobretiempo [16] durante la vigencia de las Leyes de Presupuesto entre los años 1997 y 2001, debido a que el argumento esgrimido por la Corte Suprema ha sido que "la emplazada no debió permitir que el recurrente trabajara fuera de la jornada ordinaria de ocho horas por cinco años consecutivos; infiriéndose, por el contrario, que la demandada estaba de acuerdo en ello".

Ello por cuanto las normas aplicables a este caso concreto eran las establecidas en el texto primigenio del Decreto Legislativo N° 854, que no contemplaban ninguna presunción a favor de la prestación en sobretiempo [17], dado que el principio medular que regía sobre esta materia era que el trabajo en jornada extraordinaria era voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.

Por tanto, su carácter voluntario implicaba que de no mediar consentimiento expreso del empleador, las horas extras laboradas por el trabajador no resultaban exigibles, habida cuenta que por tratarse de entidades públicas su otorgamiento constituye un imposible jurídico, debido a que no existe autorización de gasto para pago de sobretiempos.

En forma adicional, tampoco compartimos la tesis asumida por la Corte Suprema en lo referente a la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos al caso bajo análisis, por las consideraciones que se pasa a exponer a continuación.

---

16 En efecto, el Considerando Segundo de esta Ejecutoria señala que "(...) es un hecho fuera de discusión que las instancias de mérito han reconocido explícitamente que el actor realizó trabajo en sobretiempo, pues así se señala en el tercer considerando de la sentencia confirmada por el superior (...)".

17 El artículo 9° del citado Decreto Legislativo establecía: "El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación. Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva".

En primer lugar, en términos doctrinarios, la noción de irrenunciabilidad implica "la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio" [18]. Sin embargo, como anota DE LA VILLA, dicha renuncia debe efectuarse dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico [19], y sólo puede comprender derechos laborales consagrados en normas imperativas.

En nuestra opinión, éste no es el caso de las horas extraordinarias, debido a que el trabajo en sobretiempo no sólo es compensable con el pago de las sobretasas establecidas en el artículo 10° de la Ley, sino también con descansos compensatorios, en los que debe mediar acuerdo entre trabajador y empleador [20].

Siguiendo a BORRAJO DACRUZ, entendemos que deben restringirse los alcances del principio de irrenunciabilidad a los supuestos de disposición de un derecho en forma unilateral "sin compensación", por cuanto de existir la misma, lo que habría ocurrido es una novación de las condiciones del contrato de trabajo, que constituye una hipótesis diferente de la renuncia, como advierte OJEDA AVILES "en la renuncia existe la voluntad de separarse de un derecho cuya titularidad poseemos, mientras que en la novación la intención es la de reemplazar unos derechos por otros" [21].

Las consecuencias de esta discusión trascienden el ámbito meramente académico, dado que muchas entidades, a nuestro juicio, en forma perfectamente válida desde el punto de vista legal y constitucional han venido implementando en forma adicional a los turnos que señalan las últimas Leyes de Presupuesto, mecanismos de compensación a través de descansos sustitutorios por períodos equivalentes.

En consecuencia, si se interpretara, como aparentemente lo viene haciendo la Corte Suprema, que el no pagar horas extraordinarias configuraría una afectación al principio de irrenunciabilidad de derechos, podrían quedar invalidados estos

---

18 PLA RODRIGUEZ, Américo, **Los principios del Derecho del Trabajo**, 1978, Buenos Aires, De Palma Editores, Pág. 67.

19 Ibid. Pág. 68.

20 Al respecto, el artículo 10° del texto original del Decreto Legislativo N° 854, en su segundo párrafo establecía que "El empleador y el trabajador podrán acordar compensar el trabajo prestado en sobretiempo con el otorgamiento de períodos equivalentes de descanso".

21 Vid. al respecto, PLA, Op. cit. Páginas 121-2.

acuerdos compensatorios, expresamente permitidos por la Ley, originando graves contingencias para las entidades públicas comprendidas en el régimen laboral privado.

Por ello, consideramos que la Corte Suprema debiera revisar los alcances que viene asignando al principio de irrenunciabilidad de derechos en estos pronunciamientos, especialmente al haber variado radicalmente su posición original, y que las nuevas normas sobre control de asistencia comenzarán a regir plenamente para las entidades públicas a partir del 1° de enero del próximo año, pudiendo quedar cerrada la posibilidad que puedan celebrarse acuerdos compensatorios, como admite expresamente la doctrina.

5. BALANCE Y PERSPECTIVAS

A nuestro juicio, el proceso evolutivo que han sufrido las Leyes de Presupuesto en principio ha mantenido los criterios restrictivos que le son naturales, en armonía con el principio de legalidad presupuestaria en el gasto público, manteniéndose la prohibición al pago de horas extras, con algunas excepciones para el Sector Empresarial del Estado, sea por autorización de CONADE o FONAFE, o de sus Directorios para el caso de los organismos reguladores.

Lo novedoso en todo caso, sería esta tendencia hacia la "flexibilización" evidenciada en la directiva que contienen las últimas Leyes de Presupuesto orientada a establecer turnos y otros mecanismos que permitan el adecuado cumplimiento de las funciones de cada entidad, lo que traducido al régimen laboral privado implica la facultad de celebrar acuerdos novatorios que permitan compensar el pago de horas extras por descansos sustitutorios, sin afectar la norma presupuestaria, y sin perjudicar los derechos del trabajador.

En nuestra opinión, es perfectamente posible encontrar un equilibrio razonable entre el principio de legalidad presupuestaria y la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores, conforme ordena el Artículo IV, numeral 8 ("Principios de Derecho Laboral") de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, en el sentido que de producirse colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, deben procurarse soluciones de consenso y equilibrio.

Desafortunadamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema no ha seguido un derrotero similar, sino más bien ha optado por una interpretación excesivamente rígida sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad, en rumbo de colisión frontal contra las normas establecidas en las Leyes de Presupuesto, optando finalmente por inaplicarlas por supuesta infracción a dicho principio y a la norma contenida en el párrafo final del artículo 23°, referido a que "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento".

El problema de fondo es que las Leyes de Presupuesto no van a modificar su lógica restrictiva en lo referente a normas de austeridad, autorizando el gasto público en estos conceptos.

Ello sería absolutamente contraproducente con el objetivo de eficiencia que debe predominar en la gestión pública, que dicho sea de paso, constituye otro principio fundamental que rige el empleo público, según el cual "El empleado público ejerce sus actividades empleando los medios estrictamente necesarios teniendo en cuenta los escasos recursos con que cuenta el Estado" [22].

Sin embargo, para el caso concreto de las entidades públicas con personal sujeto al régimen laboral de la actividad privada, estimamos que la regulación contenida en las Leyes de Presupuesto en el futuro debiera facultar en forma expresa la celebración de acuerdos compensatorios conforme a lo establecido en la normativa laboral vigente, y no limitarse a la simple mención de "otros mecanismos que permitan el adecuado funcionamiento de la entidad".

Por ello, estimamos que la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta materia debería ser objeto de revisión en lo referente a la interpretación que viene efectuando del alcance concreto y preciso del principio de irrenunciabilidad de derechos, procurando compatibilizar la naturaleza compensable de las horas extras con esta directiva que debería - reiteramos - ser formulada más explícitamente en las próximas Leyes de Presupuesto.

[22] Al respecto, vid. artículo IV, numeral 5 de la Ley N° 28175 Ley Marco del Empleo Público.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AA.VV. Actualidad Jurídica, Tomo 150, Mayo de 2006, Gaceta Jurídica Editores.

AA.VV. Legal Express N° 64, Abril 2006, Año 6, Gaceta Jurídica Editores.

BALLEN, Rafael, Derecho del Trabajo Administrativo. Función Pública, Santa Fe de Bogotá, 1996, Editorial Témis.

BERNALES, Enrique, La Constitución de 1993. Análisis Comparado, Lima, 1999, Editora RAO.

DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, Ediciones Ciudad Argentina.

MORON, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Lima, 2003, Ediciones Gaceta Jurídica.

PASCO, Mario, Perú, Trabajadores del Estado en Iberoamérica, Buenos Aires, 1998, Ediciones Ciudad Argentina.

PLA RODRIGUEZ, Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, 1978, Ediciones de Palma.

VASQUEZ VIALARD, Tratado de Derecho del Trabajo, T. II, Buenos Aires, 1982, Ediciones Astrea.

VIDAL RAMIREZ, El Acto Jurídico, Lima, 2002, Gaceta Jurídica Editores.

YOUNES, Diego, Derecho Administrativo Laboral. Función Pública, Santa Fe de Bogotá, 1996, Editorial Témis.

Las exclusiones a la jornada máxima de trabajo

Jaime Beltrán Quiroga

Asociado de la SPDTSS. Socio Principal del Estudio B & S Abogados.
Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Sumario

1. Delimitación del concepto "Jornada de trabajo" a) Tiempo efectivo de trabajo b) Dependencia restringida c) Dependencia extendida 2. Elementos colaterales de la Jornada de trabajo a) El centro de trabajo b) La labor realizada c) El descanso 3. Medición de la jornada de trabajo a) Jornada mínima b) Jornada máxima 4. Aplicación subsidiaria de la Jornada máxima a) Régimen alternativo b) Régimen acumulativo 5. Exclusiones al límite máximo a) Trabajadores de dirección b) Trabajadores de confianza c) No sujetos a fiscalización inmediata d) Servicios intermitentes. 6. Conclusión.

1. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO "JORNADA DE TRABAJO"

La Jornada representa sin duda, uno de los elementos sustanciales del Contrato de Trabajo, dado que contiene la unidad de medida del esfuerzo que emplea el trabajador para cumplir la prestación de sus servicios, por ello es que desde antaño la Doctrina ha discutido el alcance de este concepto, que está referido a la *"duración del tiempo de labor"*, a la extensión de las horas o días que están dedicadas al trabajo y que generan la compensación retributiva, sobretodo los momentos en que se inicia, se prolonga y se concluye la labor dependiente. Los diversos criterios que hay al respecto, son analizados con gran acierto, por uno de los precursores del Jus laboralismo peruano José Montenegro Baca[1] quien los agrupa en tres corrientes:

[1] MONTENEGRO BACA, José: "Jornada de Trabajo y descansos remunerados" – Editorial Bolivariana – 1961

a) Tiempo efectivo de trabajo

Este criterio define al tiempo que el trabajador emplea exclusivamente en prestar sus servicios, esto es cuando está en actividad, cumpliendo las metas que le ha señalado el empleador, lo que significa que dentro de él no se comprende las horas en que permanezca desocupado o inactivo, dado que la remuneración es una contraprestación al servicio útil que se presta a aquel, quien no está obligado a pagar lo que no se refleje en la productividad.

Si bien combate el tiempo de ocio, se trata de un criterio bastante estricto que requeriría de un control detallado por parte del empleador respecto al funcionamiento de la maquinaria humana, que determine cuando está operando y cuando se detiene, para ir sumando los tiempos que deben ser remunerados, en beneficio del patrón que se ahorra los períodos de inactividad sin importar cual sea su causa y a quien corresponda la responsabilidad.

Francisco Gómez[2] señala en este caso, que "el empleador solamente se obliga a abonar aquellas horas efectivamente laboradas por el trabajador, excluyendo los 'tiempos muertos' o, establecer lo que podría ser la media ponderada de trabajo, a fin de evitar arbitrariedades".

b) Dependencia restringida

Sostiene que la jornada abarca el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador dentro del centro de trabajo, sin importar la actividad o inactividad en que se encuentre, debido a que es la función o el puesto de trabajo el que demandará una actuación constante del servidor o no, ya que hay labores en que la característica es la *espera* o la *conducción del superior*, de modo que mientras no se produzca el evento que se espera o la orden del superior que dirige la labor, el trabajador no tendrá nada que hacer, sin que sea su responsabilidad.

2 GOMEZ VALDEZ, Francisco: "Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales de Trabajo" – Editorial San Marcos, Ed. 1996

Es el caso de una recepcionista que no actúa mientras no tenga la presencia o la comunicación de una persona (cliente, usuario, paciente) o de un operario que tenga que recibir la indicación, el arranque, la ruta, fórmula o similar, de su jefe, sin la cual incurriría en negligencia si actúa por su cuenta.

c) Dependencia extendida

Aquí se afirma que la jornada no sólo debe abarcar el tiempo que el trabajador está a disposición del empleador "dentro del centro de trabajo", sino también "fuera de él", esto es, no sólo cuando cumple tareas fuera del lugar permanente de labor, por encargo del empleador, sino también el tiempo que emplea el servidor para trasladarse desde su hogar o domicilio hacia el centro de trabajo, así como también el de retorno a éste, que es el lugar natural de su habitat, del que es arrancado para cumplir con las obligaciones que contrae a favor del empleador.

Este criterio se fundamenta en el hecho que el trabajador se predispone a concurrir a su centro de trabajo desde que suspende sus actividades personales en el hogar y se alista (higiene, vestimenta, utensilios) para salir y trasladarse hasta su centro de labor, recorriendo las distancias (diferentes en cada caso) que requiere el tránsito urbano para acceder a su destino material, lo que se denomina *"tempus in itinere"* que es un tiempo que no puede emplearse en ninguna otra finalidad, ya que de lo contrario no cumpliría con uno de los deberes laborales más importante, como es la puntualidad en el ingreso al centro de trabajo. En consecuencia, se visualiza en ese espacio la dependencia inconfundible que caracteriza el vínculo laboral, que debería contabilizarse dentro del tiempo que representa la jornada de trabajo.

Si bien ese tiempo de traslado está considerado dentro de la jornada cuando el transporte está cargo del empleador, generalmente en los casos en que el centro de trabajo está a niveles suburbanos o fuera de los centros poblados, como en la actividad minera o agropecuaria; no lo está cuando el recorrido lo hace el trabajador por sus propios medios, en que la variedad de distancias, de medios de transporte y otras características, hacen muy difícil medir con equidad el tiempo que emplea individualmente cada trabajador, de tal manera que saldrían favorecidos aquellos que residen a distancias considerables del centro de trabajo y, se perjudicaría a aquellos que guardando una relación aconsejable, viven cerca del centro de trabajo.

Por esa razón, este criterio que contiene pautas de justicia general en cuanto al contenido del derecho, no es aceptado por las diferencias que crea en relación a su aplicación, dando lugar a una discriminación injusta que se reflejaría posteriormente en los procesos de selección del personal, en los que se daría preferencia a los que residan con proximidad al centro de trabajo.

2. ELEMENTOS COLATERALES DE LA JORNADA DE TRABAJO

La medición del tiempo que el trabajador tiene que cumplir para ejecutar su trabajo, está asociada a tres elementos concurrentes que van a determinar su extensión y su delimitación en cuanto a la variedad de figuras que se presentan en la realidad y que, evitan que se pueda emplear reglas fijas y universales para medir en forma exacta ese tiempo. Ellos son: el centro de trabajo, la labor desempeñada y los descansos.

a) El centro de trabajo

El lugar donde se desarrolla la labor que es materia de contratación no siempre es un edificio, una oficina o una fábrica, cuya ubicación física represente una unidad inmobiliaria centralizada, sino que hay labores que se realizan fuera de ese centro operativo, en lugares que incluso no sean permanentes, sino movibles o transitorios, como es el caso de la construcción civil que tiene que ejecutarse en el sitio en que se encuentre la obra, esto es un terreno, un edificio, una carretera, un puente, que incluso pertenece a un tercero y no al empleador.

Otra actividad típica es el transporte, donde los trabajadores que operan tienen que trabajar a bordo de la unidad que les sirve de medio de traslación, como son los vehículos, las aeronaves, los barcos, dentro de la cual deben permanecer durante todo el viaje, desde que parten hasta que arriban a su lugar de destino, de manera que los períodos de descanso que deben destinarse para los alimentos y el sueño, deben cumplirse dentro de la unidad.

También tienen similar concepción los centros de trabajo que se encuentran aislados de los poblados urbanos, como son los centros mineros o agropecuarios, en los que tienen que darse facilidades a los trabajadores para que permanezcan en el lugar, otorgándoles alojamiento o vivienda y servicios de comedor o abastecimien-

to de víveres para su alimentación, llevando a la construcción de campamentos que en su desarrollo crean condiciones de vida semi urbana, incluyendo servicios de salud, de recreación, de bienestar general.

b) La labor realizada

Las funciones o la actividad que cumple un trabajador pueden diferenciar el tiempo de su dedicación al servicio y, por ende, la forma como debe contarse las horas o los días que representan su jornada de trabajo. Es así que podemos distinguir las siguientes:

- **Dedicación exclusiva:** Cuando la actividad les impide disponer de tiempo libre y de limitaciones horarias, debido a las responsabilidades que adquieren con el empleador, las cuales obviamente, les representan una mayor remuneración. Se trata de los ejecutivos gerenciales y trabajadores de confianza que tienen una actividad plena durante toda su permanencia en el cargo y por ende un horario ilimitado de trabajo que concluye sólo cuando sus tareas se acaban.

- **Tiempo completo:** Sin representar cargos de confianza, son funciones que mantienen ocupado al trabajador durante todo el tiempo, de tal modo que su inactividad paralizaría el puesto de trabajo. Aquí se incluye la labor que se cumple en turnos durante todo el día o incluso la noche, sucediéndose los trabajadores que se encargan de la misma.

- **Labor intermitente:** Es aquella que si bien requiere la permanencia física del trabajador en el centro o puesto de trabajo, no requiere un esfuerzo continuo e ininterrumpido, sino por el contrario está sujeto a una serie de suspensiones en la actividad, por la naturaleza de la misma, tal es el caso de las recepcionistas –que se mencionaron anteriormente- los guardianes, vigilantes y, los que prestan servicios latentes, en espera de una respuesta o un evento (afluencia de público).

- **Tiempo parcial:** La que está limitada en el tiempo por razón de la especialidad del que la presta y/o del requerimiento del que la necesita. Se mide por horas durante el día, las que no deben ocupar más de la mitad de la jornada de trabajo.

c) El descanso

Es el otro elemento que delimita la jornada de trabajo, porque comienza cuando ésta se interrumpe o termina. Descansar no es sinónimo de inactividad, por cuanto ambos tienen ubicación distinta, el primero está fuera de la jornada y la segunda puede estar dentro de ella. El descanso es un derecho laboral que sirve para limitar la jornada, en atención a la cobertura de necesidades esenciales del trabajador como ser humano, cuales son:

- **Reposo:** El cuerpo humano después del esfuerzo del trabajo sufre un debilitamiento producido por la *fatiga,* que es un proceso químico que va intoxicando los músculos, el sistema nervioso y, quemando el oxígeno en la sangre, de modo que si no se detiene para restituir las sustancias orgánicas necesarias, puede llevar a la enfermedad. Por ello el reposo empleado en un cambio de posición, de ambiente y de actividad va a ayudar a mantener el organismo humano en buen estado y expeditarlo para continuar trabajando. Se manifiesta a través de una simple salida al aire libre para fumar un cigarrillo, hasta el tomar asiento para una plática con amigos o familiares

- **Alimentación:** Es la principal fuente de recuperación fisiológica que consiste en ingerir alimentos sólidos y líquidos que proporcionen al organismo los carbohidratos, proteínas, vitaminas, minerales y demás elementos químico orgánicos que se requiere para mantener en funcionamiento los sistemas biológicos que disponemos. De acuerdo a las costumbres sociales esta ingesta de alimentos debe ser dos o tres veces al día: al inicio, al mediodía y al término del mismo, siendo la más relevante la del mediodía que está vinculada con la jornada ordinaria diurna de trabajo, la cual debe ser suspendida para permitir que el trabajador consuma sus alimentos, bajo la denominación de *"almuerzo" o "refrigerio"*. En el caso de jornadas nocturnas o mixtas, se deberán suspender también para efecto del *"desayuno" o "cena"*.

- **Sueño:** Es la desconexión de todos los sentidos durante un período de la noche para que el organismo humano descanse, dejando de funcionar (con excepción de los sistemas fundamentales: respiración y circulación) por 6 a 8 horas continuas. El diseño de la naturaleza ha hecho que la ausencia de iluminación solar durante la noche sirva justamente para que los seres humanos descansen, aunque por el avance de la tecnología hay

muchas actividades que deben continuar durante ese período, exigiendo el trabajo nocturno de un sector de personas, las cuales en todo caso, deben dormir durante el día, por un número de horas equivalente al que requerían en la noche. Esta fracción de tiempo que representa un tercio del día (24 horas) hace que la jornada de trabajo sólo pueda prolongarse por otro tercio (8 horas), ya que el último tercio estará destinado a la alimentación (desayuno, almuerzo y comida) así como a las demás actividades del *descanso* que estamos analizando en esta ocasión.

- **Recreación:** Algunas horas del día deben emplearse en el encuentro familiar o social (amigos, vecinos, compañeros), así como la realización de actividades culturales, deportivas, religiosas o complementarias en general del desarrollo de la personalidad humana, dado que los trabajadores no son solamente máquinas de producción, sino que deben alimentar su espíritu de otras fuentes de realización que les brinda el entorno social. Estas actividades tienen una mayor proyección en el descanso semanal y aún más en el anual o vacacional, donde hay una extensión de tiempo más amplia, que permite acentuarlas con libertad, dado que las anteriores finalidades del descanso son más de naturaleza diaria, a diferencia de ésta que tiende a salir de esa órbita para expandirse en los sábados o domingos, así como en las vacaciones.

3. MEDICIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

De las anteriores consideraciones se tiene que la jornada de trabajo se mide con una regla general que es "el tiempo que el trabajador debe permanecer en el centro de trabajo en situación de dependencia del empleador, durante el día y a la semana".

Ese tiempo está determinado en horas de trabajo que las normas nacionales e internacionales se han encargado de establecer de manera uniforme y después de históricas luchas de la población trabajadora, las que han dado lugar a que se definan límites en su consideración, que van de un mínimo hasta un máximo que tenemos que analizar:

a) Jornada mínima

Una de las características de la relación laboral es la *exclusividad,* que implica la dedicación del trabajador a su empleo por un tiempo mínimo al día, que represente por lo menos la mitad de una jornada, de manera que no pueda prestar sus servicios a otro empleador por un tiempo sustancialmente mayor, para obtener ciertos derechos básicos.

En el Perú, diversas normas[3] han establecido que este período mínimo debe ser de 4 horas diarias para tener derecho a la compensación por tiempo de servicios, a estabilidad laboral y gratificaciones, que son los más importantes beneficios laborales, sin dejar de reconocer los derechos básicos de remuneración mínima (proporcional) y vacaciones a los que laboren menos de 4 horas diarias.

En casos especiales la jornada mínima llegó a una (1) hora diaria de trabajo, para los contadores públicos[4] por criterios de pluriempleo inherentes a la actividad profesional de este tipo de trabajadores, pero posteriormente se ha uniformado al mínimo de 4 horas antes mencionado, en el que prevalece la semi exclusividad que es la única forma de generar beneficios especiales de protección.

b) Jornada máxima

Es el límite más alto que se puede permitir trabajar a una persona en forma normal u ordinaria. Los criterios para establecerlo han sido expresados en normas de carácter principalmente heterónomo, pero también se han logrado en la vía autónoma, de manera que prevaleciendo las primeras, las demás cubren el ámbito de mayor beneficio para el trabajador y no pueden exceder el límite anterior. Por ello, puede ser de dos clases:

---

3 Ley de la Compensación por Tiempo de Servicios, art. 4° y, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, art. 22.

4 Leyes 10437 y 13266

i) Jornada máxima legal

Ha sido gestada por una serie de movimientos sociales en el siglo XIX que lucharon contra el sistema Pre Industrial que contenía rezagos del Esclavismo y Feudalismo que imperaron durante extensas épocas de la historia, terminando a nivel mundial en el año 1919 cuando se celebra el Convenio Internacional N° 1 en Washington, EE. UU. AA., con auspicio de la recién estrenada Organización Internacional del Trabajo, en cuyo artículo 2° se dice:

> "**Art. 2°.-** En todos los establecimientos industriales, públicos o privados, o en sus dependencias, de cualquier clase que sean, con excepción de aquellos en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la duración del trabajo personal no podrá exceder de **8 horas por día y de 48 por semana** ..."

En el Perú aparece simultáneamente una disposición legal que establece el mismo límite máximo como corolario de sucesivas manifestaciones y paralizaciones de los gremios de la capital y, en especial del Dársena del Callao, donde se logró establecerla inicialmente por convenio colectivo.[5] Se trataba del Decreto Supremo del 15 de enero de 1919, que en los albores del siglo XX ratificó el límite de 8 horas diarias y 48 semanales para los trabajadores peruanos.

Esta disposición legal que tiene vigencia global, se ha venido reiterando en nuestro país por sucesivas normas gubernamentales, hasta llegar a la Carta Magna vigente (1993) que eleva a la categoría constitucional el principio de una jornada máxima de trabajo, es así que en su artículo 25 se señala:

> **Art. 25.-** La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o 48 horas semanales, como máximo.

Entonces, no queda duda alguna que el tiempo máximo que se puede exigir a un trabajador es ese. Lo que debe explicarse más bien es como aplicar la norma, ya que hay que entenderla en su contexto, es por ello que las palabras clave que emplean tanto la norma internacional como la constitucional son las que le dan el

---

5 GOMEZ VALDEZ, Francisco: op citada "Derecho del Trabajo" (Referencia a "Homenaje al Dr. Ricardo La Hoz Tirado")

entorno necesario a establecer una regla general circunscrita a un ámbito básico, cuales son:

- **Establecimiento:** Empleada en el Convenio Internacional N° 1, cuando se refiere a los locales, dependencias u oficinas; lo que ahora podríamos identificar físicamente como "centro de trabajo". Quiere decir que el límite máximo sólo puede aplicarse a los trabajadores que laboren en un establecimiento físico, donde su tiempo de permanencia pueda registrarse a través de su ingreso y salida por las zonas cerradas de acceso, en el que se le exija dependencia restringida por su actitud de situarse a disposición al empleador.

- **Ordinaria:** Utilizada en la norma constitucional, como adjetivo calificativo de "Jornada". Significa que el límite sólo se impone al trabajo "ordinario" o "normal", "común", "regular", representando una regla general que obviamente tiene que tener sus excepciones, ya que no puede aplicarse *a raja tabla* a todo tipo de trabajo, cualquiera sea su naturaleza, dando la necesaria elasticidad a una norma que no puede tener un carácter matemático omnímodo.

ii) Jornada máxima convencional

Si bien las disposiciones legales que existen para regular el límite máximo de trabajo son de carácter insuperable, de todos modos se admite la posibilidad de fijar límites menores por acuerdo de las partes o por decisión unilateral del empleador, dado que el contrato de trabajo es por esencia, sinalagmático, voluntario y libre de señalar condiciones más favorables al trabajador.

Sobretodo, en las condiciones en que se desarrolla el mundo actual, de globalización, intercomunicación y desarrollo tecnológico, se ha debatido bastante sobre el desplazamiento del hombre por la máquina, reduciéndose el espectro de la mano de obra en un gran porcentaje, debido a que la automatización industrial, la comunicación inalámbrica, las transacciones a distancia, el autoservicio de los consumidores, las operaciones financieras automáticas o en línea y, otras características más, han hecho que no se requiera la presencia física de los operadores laborales que actuaban prestando el servicio que ahora se obtiene de otro modo o, en todo caso, motivan la reducción del trabajo de los mismos.

Aquí es donde se establece la necesidad de fijar convencional o unilateralmente una jornada más corta de la fijada como máximo legal, especialmente en el período semanal, habiendo surgido así la llamada *"semana inglesa"* que tiene una duración de sólo 5 días y 40 horas de trabajo, destinando al descanso los días sábado y domingo.

En Europa y en otros lugares, el exceso de producción en determinados centros industriales, especialmente los automotrices, viene obligando a reducir la jornada semanal a sólo 3 ó 4 días ampliándose el descanso o "paro" de los trabajadores alrededor del 50% del período comprendido, haciéndose notar que el salario de los mismos se calcula en base al número de horas efectivamente trabajadas, no existiendo en la mayoría de ellos la normativa que obligue a reconocer remuneración por el descanso concedido, de manera que esta reducción de la jornada significa una merma también de la remuneración y un subempleo de la mano de obra.

El hecho es que se puede establecer una jornada ordinaria máxima de trabajo inferior a la legal –nunca por encima de ella- la misma que tiene el carácter obligatorio similar a la otra y, está sujeta a las prerrogativas de una jornada ordinaria que dé lugar a los descansos, sobretiempos y fraccionamientos en iguales condiciones que la legal.

El origen de este tipo de jornada siempre está en la voluntad de empleador, en ejercicio de su facultad de dirección y del *jus variandi*, pero debe dar la oportunidad al conjunto de sus trabajadores, representados o no sindicalmente, de formular cualquier observación o sugerencia a esta determinación, cuando perjudique sus intereses o vulnere la Ley[6] para que en concurso con éstos puede establecerse una jornada más adecuada a los intereses de ambas partes.

Una vez establecida la jornada convencional, se puede incrementar hasta la jornada legal, pero obliga a una mejora salarial que compense la diferencia de tiempo que se va a dedicar a las labores, denotando que la primera es un derecho adquirido por los trabajadores, que guarda equivalencia con la remuneración que se percibe, la cual no puede ser menoscabada por un crecimiento de las horas de labor.

[6] TUO del Decreto Legislativo 854, artículo 2°

4. APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LA JORNADA MÁXIMA

Tanto el Convenio Internacional como la Ley Peruana establecen que la jornada máxima de 8 horas diarias y 48 semanales se aplica cuando se cumplen las características típicas del trabajo ordinario o general, mas no cuando hay circunstancias especiales en que la naturaleza de la actividad exija que tenga que laborarse fuera de esos límites dentro de los períodos básicos que incluye la regla: el día y la semana. Sin embargo, estos casos no son excepciones a la regla, porque los límites se deben cumplir necesariamente, pero aplicando fórmulas subsidiarias que matemáticamente den el mismo resultado, sin perjudicar al trabajador ni menoscabar la actividad económica en la que está empleado.

La normativa contempla tres regímenes en que se emplean fórmulas permisivas para calcular estos límites, que son:

a) Régimen Alternativo

Tiene que ver con el sistema de descanso semanal previsto como consecuencia del cumplimiento de la jornada hebdomadaria, donde las normas legales[7] pertinentes, establecen que debe ser concedido al término de la semana, después de cumplir 6 días de labor, cada uno de 8 horas, esto es al sétimo día, el cual de acuerdo a preceptos religiosos enraizados en nuestra legislación debe ser preferentemente el *domingo* según la religión cristiana o, el *sábado* según la religión judía, fechas que son consideradas días de descanso general en los calendarios programados según el estilo de cada sociedad.

Las exigencias del mundo moderno, sobretodo en el campo comercial y de servicios (transporte, hospedaje, entretenimiento, comunicaciones, etc.) han venido imponiendo la práctica de mantener su actividad ininterrumpida durante los 7 días de la semana e incluso con mayor énfasis los sábados y domingos en que gran parte de la población goza de descanso y dispone el tiempo necesario para requerir de esos servicios, por lo que el personal que labora en esos sectores no puede descansar en los días señalados, de mayor afluencia de público.

7 Decreto Legislativo 713, artículo 1°

Es aquí donde se aplica el *descanso alternativo* que puede ser cualquier otro día de la semana, a partir del cual se computará el inicio de la nueva semana, desde el cual corresponden los 6 días de labor y se completan los ciclos uniformemente, como si fueran los períodos que aparecen en el calendario. Esta regla puede aplicarse individual o colectivamente, según la organización del centro de trabajo, de manera que en cualquier caso pueda compaginarse los descansos según un rol parecido a las vacaciones. No se produce ninguna violación que sobrepase el límite diario ni semanal de la jornada de trabajo, ya que simplemente se varía la fecha del descanso de cada trabajador.

Una variable de este régimen se manifiesta cuando las necesidades del trabajo impiden que el descanso sea concedido uniformemente el mismo día de todas las semanas, en cuyo caso puede variarse alternadamente la duración de la jornada semanal, de manera que, en conjunto no superen los límites establecidos. Así se laboraría 5 días una semana (40 horas) y 7 días la siguiente (56 horas) que sumadas hacen 96 horas en 2 semanas, es decir 48 cada una.

b) Régimen acumulativo

Es una modalidad expresamente permitida por las normas estatales, que consiste en acumular horas de trabajo consecutivas por encima de las 8 diarias para obtener a su vez un descanso mayor, también acumulado, que en conjunto representen en promedio una jornada que no supere el límite máximo semanal autorizado por dichas normas, de tal modo que tampoco representa una excepción a la regla, sino una fórmula distinta de organizar el trabajo dentro de los extremos previstos por aquélla.

El texto de las normas que consideran este tratamiento es el siguiente:

> **Convenio Internacional N° 1**
>
> **Art. 2°.-** ... La duración del trabajo personal no podrá exceder de 8 horas por día y de 48 por semana, **salvo las <u>excepciones</u> previstas a continuación:**
>
> **c)** Cuando los trabajos se efectúen por equipos, la duración del trabajo podrá sobrepasar de 8 horas al día, y de 48 por semana, siempre que el **promedio de horas del trabajo**, calculado para un período de 3 semanas, o un período más corto, no exceda de 8 horas diarias ni de 48 por semana.
>
> **Art. 4°.-** También podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el artículo 2 en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la natura-

leza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el **promedio** de horas de trabajo no exceda de 56 por semana.

Constitución del Perú de 1993
Art. 25.- La jornada ordinaria de trabajo es de 8 horas diarias o 48 horas semanales, como máximo. En caso de Jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

TUO del Decreto Legislativo 854
Art. 4°.- En los centros de trabajo en los que existan regímenes alternativos, acumulativos o atípicos de jornadas de trabajo y descansos, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar los máximos a que se refiere el artículo 1°

Todo ese conjunto normativo establece claramente que se pueden acumular jornadas de trabajo, superando el límite máximo diario e incluso semanal, siempre y cuando al totalizar el período rotativo completo se obtenga un promedio que se encuentre dentro dicho límite.

Esta opción se permite solamente cuando la naturaleza especial de las actividades de la empresa requiera un funcionamiento por turnos o equipos que deban permanecer mayor tiempo en su labor que las horas previstas, lo cual se da predominantemente en el sector minero, el petrolero, el agropecuario, el industrial de alto volumen, donde se trabaja generalmente en 2 turnos de 12 horas diarias por sólo 4 días a la semana, destinándose al descanso 3 días continuos, lo que da como resultado un total de 48 horas (4 x 12) trabajadas en la semana, sin salirse del límite.

Fórmulas más complicadas se combinan cuando el centro de trabajo se encuentra aislado de todo centro poblado por razón de su explotación, bien sea en medio de la selva (petroleras, aserraderos), en la altura de las montañas (mineras), en la inmensidad del campo (agrícolas, ganaderas), donde los trabajadores tengan que permanecer alejados de su familia y todas las ventajas del urbanismo, de manera que el descanso diario sólo se utilice para el reposo, la alimentación y el sueño, no así para la recreación ni la cultura, en consecuencia no les sirve de mucho tener este descanso muy prolongado, al solo trabajar 8 horas por día, sino por el contrario gozan con un descanso semanal, quincenal o mensual que acumule varios días que se emplean en trasladarse hacia sus lugares de origen para allí disfrutar de las ventajas que ofrecen los centros urbanos.

Esto permite conjugar las siguientes fórmulas de jornadas acumulativas:

Días trabajados	(x) Horas diarias	(+) Días de descanso	(=) Total horas	(:) Período	Promedio (=)
4	12	3	48	1 semana	48 horas
9	10	5	90	2 semanas	45 horas
14	10	7	140	3 semanas	46 horas
20	12	10	240	30 días	8 horas
21	8	7	168	4 semanas	42 horas

En la actividad minera se consagraron estas fórmulas a través de una norma reglamentaria expedida por el Estado[8] que permitía "establecer una jornada ordinaria de trabajo para laborar turnos diarios de hasta 12 horas consecutivas, durante un determinado período de días, el que no podrá ser menor de 4 días consecutivos, para descansar luego hasta el número final de días que mantenga la debida proporción."

Sin embargo, estas disposiciones que tenían una *ratio legis* muy coherente, fueron declaradas ***incompatibles con la Constitución*** por el Tribunal Constitucional peruano[9] después de casi 12 años de vigencia continua, por argumentos genéricos que no sustentan adecuadamente su fallo, que se resumen en lo siguiente:

- La dignidad del trabajador se ve afectada en trabajos degradantes que se llevan a cabo generalmente en sitios de gran altura sobre el nivel del mar y en condiciones paupérrimas.
- La salud del trabajador frente a los riesgos de contraer enfermedades pulmonares por sobre exposición a los polvos minerales.
- La alimentación deficiente que les proporcionaba el empleador, en razón a un desbalance de la cantidad de nutrientes que debe consumir un ser humano.
- La limitación del descanso y la recreación que necesita todo trabajador después de una intensa jornada

8 Decreto Supremo 03-94-EM: Reglamento de la Ley General de Minería, artículos 209 a 212

9 RTC 4635-2004-AA/TC del 17 de abril de 2006.

Los tres primeros argumentos no están relacionados con la duración de la jornada de trabajo, sino a otros temas independientes, como son: la calidad del trabajo minero, la seguridad y previsión contra los riesgos de la actividad y, la provisión de alimentación o refrigerio adecuados para el consumo de los trabajadores, que son problemas que subsisten aún cumpliendo la jornada ordinaria máxima y que deben resolverse con soluciones distintas a la reducción de las horas de trabajo.

El último argumento referido a los descansos si bien está relacionado con la jornada de trabajo, no lo está con los hechos que representan el entorno del problema, ya que como hemos mencionado anteriormente, el descanso posterior a la jornada laboral está ligado al lugar de residencia del trabajador y su familia, donde se toman los alimentos, se duerme y se comparte recreación con los miembros de ésta, lo cual no sucede en la actividad minera, donde la residencia de los trabajadores se encuentra en el mismo centro de labor, esto es en el campamento, en medio de las montañas, la selva o el desierto, donde no siempre se tiene a la familia incluida, ni se goza de las comodidades que los centros poblados ofrecen, por lo que esas horas de descanso no se disfrutan en forma completa, representando simplemente un período de inactividad sin mayor distracción.

Por ello, el interés en un descanso semanal largo es manifiesto en esos trabajadores, ya que podrán dedicarlo a visitar a sus familiares y a departir los servicios de los centros poblados, por lo que incluso la norma observada, el Reglamento de la Ley General de Minería[10], disponía que en esos días, era obligación del empleador transportar gratuitamente al trabajador *"desde y hacia el centro poblado más cercano que cuente con servicio público de transporte"* para que pueda llegar al lugar que le interese, no importando la distancia en que se encuentre, lo que no podría lograrse si cumpliera la jornada ordinaria, donde sólo dispone de un solo día de descanso. Entonces, la acumulación de días de descanso es importante para estas actividades, ya que forman parte del sistema de vida que se lleva en ellas.

En consecuencia, la ejecutoria del Tribunal Constitucional perjudica a los trabajadores mineros involucrados en el tema, pese a que supuestamente sus argumentos están destinados a defender sus derechos humanos, por lo que se espera una rectificación saludable.

---

[10] Artículos 214 y 215 del citado Reglamento D.S. 03-94-EM

5. EXCLUSIONES AL LÍMITE MÁXIMO

Finalmente, el objetivo de este análisis es hacer un listado de los casos en que por la naturaleza del servicio o por la calidad del trabajador, el límite de 8 horas diarias y 48 semanales de trabajo, no es aplicable, no admitiéndose tampoco nuevos límites, porque estos constriñen el trabajo que se desarrolla, sin que se perjudique a los trabajadores comprendidos, dado que se privilegia la libertad para laborar.

Los casos que están expresamente excluidos de la jornada máxima tanto por el Convenio Internacional N° 1 como por la Legislación nacional, son los siguientes:

a) Trabajadores de dirección

Son los ejecutivos de alto nivel que según definición legal[11] "ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituyen, o que comparten con aquel las funciones de administración y control o, de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial"

Su identificación con el empleador hace que la permanencia de estos trabajadores en el centro de trabajo dependa exclusivamente de ellos, de manera que no se podría considerar algún momento como labor extraordinaria susceptible de retribuirse en forma especial. Por el contrario, dado el nivel que poseen, las remuneraciones asignadas son las más altas del centro de trabajo, de modo que cubren todo el tiempo que le dediquen a él, no teniendo por qué limitarse a 8 horas diarias.

Las prerrogativas que gozan también les permiten eliminar los controles de ingreso y salida, de modo que se conduzcan con entera libertad y responsabilidad en el trabajo que desempeñan.

[11] Artículo 43 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

b) Trabajadores de confianza

El inciso a) del artículo 2° del Convenio Internacional N° 1 los exceptúa expresamente de los límites, consignando los *"puestos de confianza"* diferentes a los *"puestos de dirección"*, lo cual no es distinguido en la Ley peruana[12], pero sí en el Reglamento de la misma[13] que incluye a estos trabajadores en la exclusión de la jornada máxima, en tesis que es discutible, sobre su legalidad o exceso.

Se entiende que éstos laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservada, lo que los obliga a permanecer jornadas extendidas juntamente con sus superiores, a los que apoyan, sin que tengan la opción de ser remunerados por sobretiempos con tasas adicionales, motivo por el que se cuestiona a la norma reglamentaria que crea un perjuicio a este sector laboral.

c) Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata

Son aquellos que laboran generalmente fuera del centro de trabajo o en lugares destinados sólo para ellos, como los promotores, vendedores, cobradores que laboran en la calle, los trabajadores a domicilio que trabajan en su propia casa, en tareas artesanales, de comunicaciones (teléfono, internet) y, los que se les asigna locales (casetas u oficinas) donde trabajan individualmente sin supervisión de nadie.

La característica de estos trabajadores es que no tienen control del horario en que laboran, pudiendo hacerlo libremente en todo el tiempo que dispongan, por lo que no se podría establecer el número de horas que se encuentren en situación de dependencia.

El control indirecto que se ejerce es a través de la remuneración que, generalmente, se pacta en base a comisión, destajo o tarifa, de acuerdo al resultado de su

[12] Artículo 5° del TUO del Decreto Legislativo 854

[13] Artículo 11 del Decreto Supremo 008-2002-TR, modificado por el DS 012-2002-TR

trabajo, de modo que mientras mayor sea éste, la remuneración se incrementará. Así, si el trabajador quiere obtener un alto ingreso tendrá que dedicar más de 8 horas a su trabajo para lograr resultados equivalentes.

d) Servicios intermitentes

Son los que se prestan durante períodos en los que se producen intervalos o suspensiones que hacen que la jornada no sea continua, sino interrumpida por espacios de inactividad derivados de la propia naturaleza de la prestación, por lo que tampoco se pueden sumar al tiempo laborado activamente para determinar la aplicación de los límites máximos de la jornada.

Si bien no están sujetos a la jornada máxima de trabajo, no pueden permanecer en el puesto indefinidamente, llegando a límites intolerables de 16 a 24 horas continuas. En nuestro país no se ha establecido un límite máximo especial para estos trabajadores, como sí se ha hecho en otros países en que tal límite diario está fijado en 10 o 12 horas, el cual resulta razonable frente a los excesos en que se pueden incurrir.

Estos servicios se pueden agrupar en 3 variables:

- **Espera:** Cuando el trabajador se mantiene a la expectativa de que se requieran de sus servicios, los que sólo cumple cuando se produce el evento que está aguardando. Tales son los casos de los porteros, ascensoristas, choferes particulares, trabajadores domésticos.

- **Vigilancia:** Está referida a la labor subalterna de cuidar, mantener, observar, generalmente bienes materiales como locales, calles, vehículos, depósitos, aunque eventualmente puedan incluir personas o animales. Se distingue de la vigilancia o supervisión superior que es la que practican los trabajadores de dirección sobre el personal a su cargo, la cual no es por su naturaleza intermitente. En esta categoría se entiende que el trabajador mantiene su presencia en un lugar, pero sus sentidos pueden estar ocupados en alguna actividad distinta, como escuchar música o noticias, ver el panorama o ambiente que se prolongue fuera de su zona de vigilancia, saborear alguna comida o bebida, etc.

- **Custodia:** Si bien es similar a la anterior, puede decirse que está referida a una labor más selecta, que es cuando se encarga el cuidado de valores, personas o bienes muebles. Los casos comprendidos son los servicios de seguridad personal o guardaespaldas, los custodios de bancos, vehículos con caudales, naves, aeronaves, etc.

6. CONCLUSIÓN

La intervención del Estado para fijar normativamente un límite máximo a la Jornada Ordinaria de Trabajo sirve de referencia para organizar el trabajo en la sociedad, pero no debe utilizarse como un mecanismo de tiranía a favor de alguna de las partes de la relación laboral, que impida modificarlo armoniosamente en aras de una mayor productividad y desarrollo de las empresas y la fuerza laboral de un país.

BIBLIOGRAFÍA

ALMERÍ VERAMENDI, Carlos: "La jornada máxima de trabajo, un derecho fundamental" – Artículo publicado en el suplemento "Jurídica" del diario "El Peruano" Nº 93 – 2006.

BOLAÑOS CESPEDES, Fernando: "Código de Trabajo de Costa Rica" – Editorial Juricentro - 1999.

CABANELLAS, Guillermo: "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual" Editorial Heliasta – 2003

CALDERA, Rafael: "Derecho del Trabajo" – Editorial El Ateneo – 1960

CAPON FILAS, Rodolfo: "Diccionario de Derecho Social" – Rubinzal Culzoni, Editores – 1987

GOMEZ VALDEZ, Francisco: "Derecho del Trabajo, Relaciones Individuales de Trabajo" – Editorial San Marcos – 1996

LEGIS PERU SA: "Régimen Laboral Peruano" – Editorial Legis – 2006.

MARCENARO FRERS, Ricardo: "El trabajo en la nueva Constitución" – Editorial Cultural Cuzco – 1995

MONTENEGRO BACA, José: "Jornada de Trabajo y descansos remunerados" – Editorial Bolivariana – 1961

MORALES CORRALES, Pedro: "Jornada de trabajo en el sector minero" Artículo publicado en el suplemento "Jurídica" del diario "El Peruano" Nº 94 – 2006.

POZZO, Juan: "Manual Teórico práctico de Derecho del Trabajo" – Ediar Editores – 1961

La acumulación de jornadas de trabajo

Francisco Javier Romero Montes

Director de la Unidad de Postgrado de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Profesor Principal de la Universidad San Martín de Porres. Asociado de la SPDTSS.

Sumario

1. Premisa. 2. Consideraciones acerca de la Jornada de Trabajo. 3. Las Jornadas Acumulativas. 4. Precedentes de las Jornadas Acumulativas. 5. El Elemento Regulador en la Legislación Peruana. 6. Primer Fallo del Tribunal Constitucional. 7. Segundo Fallo del Tribunal Constitucional. 8. Conclusiones.

1. PREMISA

El propósito del presente trabajo es analizar el tema relativo a las jornadas atípicas y, concretamente, a las jornadas acumulativas, con la finalidad de establecer los criterios que nos lleven a concluir en qué casos se pueden implantar dichas jornadas, sin desnaturalizar los propósitos de poner límites a la duración del tiempo de trabajo, ya sea diario como semanalmente.

Para el efecto procederemos a revisar los criterios expuestos por algunos tratadistas, la normatividad contenida en el Convenio N° 1 de la OIT, los preceptos de nuestra Constitución, las demás leyes dictadas, los precedentes jurisprudenciales y algunas referencias sobre el derecho comparado.

2. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA JORNADA DE TRABAJO

La jornada de trabajo es el lapso convenido por los sujetos del contrato de trabajo, que no puede exceder del máximo legal, durante el cual el trabajador se en-

cuentra a las órdenes del principal o empleador con el fin de cumplir la prestación de servicios estipulada y exigible[1].

Por el contrato de trabajo, el trabajador se compromete a entregar al empleador, su acción de trabajar a cambio de una remuneración. Trabajo y remuneración se intercambian en el convenio laboral. Se trata de obligaciones y derechos recíprocos que requieren de un molde o medida para cuantificarlos. De esta manera, ambos sujetos han encontrado una forma convencional para, indirectamente, medir la actividad laboral del trabajador. Esa medida está dada por la cantidad de tiempo o duración que debe tener la acción del trabajador para poder equiparar a la cuantía de la remuneración. El poder del que está investido el patrono lo faculta a establecer los procedimientos para regular el ritmo o intensidad de la acción directa del trabajador, dentro de ese lapso que se denomina *jornada de trabajo.*

Según Montenegro Baca[2], en la prestación del esfuerzo del trabajador se requiere una medida para fijar la cuantía de dicho esfuerzo, esa medida es la jornada de trabajo[3]. Es por eso, que el término jornal expresa la contraprestación por el trabajo realizado en la jornada y jornalero se dice de quien percibe esa contraprestación sobre la base de la jornada laboral.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la jornada de trabajo es simplemente un molde hecho en base al tiempo, al que se recurre por no haberse encontrado otra forma de medir la fuerza de trabajo. De ahí que la jornada laboral no exprese realmente, en todos los casos, la cantidad de la fuerza. Por eso, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Toda jornada laboral, de la misma duración, tiene el mismo contenido o cantidad de fuerza de trabajo? No olvidemos que el trabajador, por su naturaleza, puede ser objeto de un sin número de condicionantes físicos y anímicos.

---

1 Luis Alcalá y Guillermo Cabanellas. Tratado de Política Laboral y Social. Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 1976. Pág. 92.

2 Jornada de Trabajo y Descansos Remunerados. Tomo I. Gráfica Jacobs S.A. Trujillo. Págs. 1 y 2.

3 Consideraciones similares, se encuentran en Manuel Alonso García. Curso del Derecho de Trabajo. 5ta. Edición. Ariel. Barcelona, 1975. Pág. 493. Igualmente la Ley de México, define a la jornada de trabajo, como el tiempo durante el cual el trabajador está a disposición del patrón para prestar su trabajo (Art. 58).

El concepto de plusvalía, expuesto por alguna doctrina, sostiene que la fuerza humana de trabajo no solo produce en un día más valor del que ella misma encierra y cuesta, sino que con cada nuevo descubrimiento científico, con cada nuevo invento técnico, crece este remanente de su producción diaria sobre su coste diario, reduciéndose, por tanto, aquella parte de la jornada de trabajo en que el obrero produce el equivalente de su jornal, y alargándose, por otro lado, la parte de la jornada de trabajo en que tiene que regalar su trabajo al empresario, sin que éste le pague nada.

En base a estas consideraciones, hoy se alega por una reducción de la jornada de trabajo, que supone, para el asalariado, el beneficio correlativo y positivo de la concesión de un "ocio" indispensable que le permite salvaguardar y desarrollar su personalidad, su promoción profesional a través de la educación permanente[4].

La tarea para lograr la limitación de la jornada de trabajo se inicia en las Leyes del Manú[5] y tiene una larga evolución hasta convertir, en una especie de principio, las 8 horas diarias o 48 horas semanales. Esta duración se viene reduciendo aún más. De ahí que en muchos países se han establecido jornadas de 36 horas semanales.

En esta tarea de limitar la jornada de trabajo, han jugado un gran rol, las organizaciones sindicales y Organismos Internacionales como la OIT. En el Perú, hay que recordar el aporte del Anarco-Sindicalismo, encabezado por don Manuel Gonzáles Prada que logra, el 15 de enero de 1919, mediante un paro nacional arrancarle al Presidente José Pardo el Decreto Supremo de la Jornada Máxima de Trabajo, aún antes de que la OIT adoptará el Convenio Nº 1 en la ciudad de Washington.

La consecución de la jornada máxima de trabajo en 8 horas diarias o 48 semanales, como sostiene Rafael Caldera[6], no alude a una norma de hierro que comprima las necesidades expansivas de la producción. Por el contrario, se trata de un patrón normal, cuyas modalidades de aplicación son suficientemente elásticas para permitir que se presten jornadas más largas en algunos casos, sin impedir, en otras, que se logren jornadas más cortas.

---

4 G.H. Camerlynck / G. Lyon Caen. Derecho del Trabajo. Biblioteca Jurídica Aguilar. Madrid, 1974. Pág. 159.

5 Luis Alcalá Zamora y Guillermo Cabanellas. Op.cit. Pág. 93.

6 Caldera, Rafael. Derecho del Trabajo. 2da. Edición. Editorial El Ateneo. Buenos Aires, 1972. Pág. 429.

Es por eso que en este tema encontramos una variedad de jornadas. Tal por ejemplo, la OIT en el Convenio N° 1 nos habla de las exclusiones, las excepciones, la jornada ordinaria, la jornada extraordinaria y los regímenes especiales.

3. LAS JORNADAS ACUMULATIVAS

El Convenio N° 1 de la OIT, en su artículo 2 dispone que, en todas las empresas industriales públicas o privadas, cualquiera sea su naturaleza, la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho horas por semana. Esta es la jornada típica u ordinaria. Pero estos límites pueden variar en los siguientes casos:

a) Cuando se trata de las exclusiones, significa que el presente Convenio no es aplicable a las personas que ocupen un puesto de inspección, de dirección o un puesto de confianza.

b) Cuando en virtud de una Ley, de la costumbre o de convenios entre las organizaciones patronales y obreras, la duración del trabajo de uno o varios días de la semana sea inferior a ocho horas, se podrá autorizar que los demás días de la semana, se sobrepase las ocho horas, para compensar el menor trabajado de los días que se labora por debajo de las ocho horas.

c) También se podrá sobrepasar de las ocho horas diarias y de las cuarenta y ocho por semana, cuando los trabajos se efectúen por equipos, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana.

Por su parte, el Art. 4° del Convenio, señala que también podrá sobrepasarse el límite de horas de trabajo establecido en el Art. 2° en los trabajos cuyo funcionamiento continuo, por razón de la naturaleza misma del trabajo, deba ser asegurado por equipos sucesivos, siempre que el promedio de horas de trabajo no exceda de 56 por semana.

Los casos señalados en los puntos a), b) y c) del Art. 2°, así como el Art. 4°, son excepciones que difieren de la jornada ordinaria de trabajo y cuya aplicación depende de la naturaleza del trabajo y del cumplimiento de los fines que se persigue con la limitación de la jornada de trabajo. Estas son las jornadas atípicas, denominadas así, por el hecho que no se ajustan a las jornadas típicas, que tienen una duración de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales. Dentro de las jornadas atípicas se encuentran las jornadas acumulativas.

Se denominan jornadas acumulativas cuando acumulan varias jornadas típicas sin el descanso que debe producirse entre cada una de ellas. De esta manera, las jornadas de labores son continuas, por un determinado lapso, después del cual viene una acumulación de descansos que compensan a los que no se gozaron en su debida oportunidad. En consecuencia, en las jornadas acumulativas, se acumulan, por una parte, el trabajo y por otra, el descanso.

En relación con este tema, la Constitución en su Art. 25° dispone que en caso de jornadas acumulativas atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no pueda superar dicho máximo. Esto significa que el precepto constitucional mantiene como elemento regulador la jornada típica de 8 horas diarias o 48 horas semanales, límites máximos que en promedio no pueden excederse aún cuando las jornadas se acumulen. Tal regulación, también se aprecia en el literal c) del Art. 2° y en el Art. 4° del Convenio N° 1 de la OIT, que señala un lapso de tres semanas acumulativas dentro de las cuales deben respetarse el promedio de las ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales.

El Proyecto de la Ley General del Trabajo, nos da una mayor explicación a cerca de las jornadas acumulativas. Sobre el particular, se dice que 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 Proyecto precisa que dicho período completo no puede exceder de seis semanas (Art. 256 del Proyecto).

4. PRECEDENTES DE LAS JORNADAS ACUMULATIVAS

Las jornadas acumulativas se dan en diferentes partes del mundo, debido a los requerimientos del trabajo, pero respetando los límites establecidos por dispositivos imperativos. Así, en la explotación del gas y del petróleo, tanto en el África

como en otros países del Asia, se aprecia esta clase de prácticas laborales. Como ejemplo, podemos citar el traslado que se hace de personal de trabajadores del África a la Isla de Palma de Mallorca para gozar del descanso acumulado. Para cuyo efecto los empresarios alquilan hoteles y otros establecimientos donde reposa este personal. Vencido el descanso, los trabajadores vuelven a sus labores habituales, haciéndose rutina esta combinación entre trabajo y descanso.

Similar criterio se aplicó en el Perú, cuando se exploraba en la selva peruana, en las décadas de los años 70 y 80 del siglo pasado, para encontrar petróleo. Por razones que dichas labores se hacían en los bosques amazónicos, las instalaciones de los campamentos no reunían las condiciones adecuadas para el descanso ni para el sueño, debido al calor imperante y a la existencia de bichos y zancudos, que hacían insoportable la estancia de los trabajadores. A consecuencia de estos inconvenientes, el personal se vio afectado tanto física como psicológicamente.

Ante esta situación, los empresarios acordaron con los trabajadores las jornadas de 20 por 30. Esto significaba laborar 20 días al mes por 10 días de descanso. Cumplidos los 20 días de labores, los trabajadores salían de los campamentos, a tomar su descanso durante 10 días en su lugar de residencia o en cualquier centro poblado. Los gastos de movilidad eran de cargo de los empresarios.

En estos casos, se producía las jornadas acumulativas, lo que traía como consecuencia el descanso acumulado. Para el efecto, durante los 20 días de labores se acumulaba el trabajo de los treinta días, obteniendo un promedio de 8 horas diarias o 48 horas semanales, que es el elemento regulador de la jornada de trabajo.

Este mismo tratamiento aparece en la denominada "jornada diagramada". Se llama así porque su horario se expone, para mejor compresión en un dibujo o diagrama. Se trata de una jornada cumplida con prolongaciones y acortamientos de la duración normal derivados de las exigencias del servicio. Es muy usada en los transportes, tanto terrestres como aéreos, que exigen prolongar o acortar la duración de la jornada con arreglo a distancias y horarios de los aviones o autobuses[7].

[7] José Montenegro Baca. Op.cit. Pág. 57.

5. EL ELEMENTO REGULADOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La Ley peruana toma como elemento regulador las 8 horas diarias y las 48 horas semanales. Cualquier reducción tiene que hacerse por la vía del convenio entre empleadores y trabajadores. De la misma manera, se regula aquellas formas excepcionales por las que se prolonga dicha jornada más allá del máximo fijado por la Ley, debiendo ajustarse en los plazos señalados de manera de adecuarse al elemento regulador.

Al señalar la Constitución, en su artículo 25° que las 8 horas diarias y las 48 horas semanales constituyen un máximo, está permitiendo que el empleador unilateralmente o ambas partes, de común acuerdo, fijen una jornada menor. De manera que, la ley peruana no señala jornadas diferentes a las ya citadas.

No sucede en nuestro país lo que ocurre en la Ley Federal del Trabajo de México, que en su Art. 59° dispone que el trabajador y el patrón fijaran la duración de la jornada de trabajo, sin que pueda exceder de los máximos legales. Se aprecia pues que, este dispositivo es mucho más mandatario que la Constitución peruana. Por otra parte, el Art. 61° de la Ley de México dispone que la duración máxima de la jornada será: ocho horas la diurna, siete la nocturna y siete horas y media la mixta.

Pero para la fijación de jornadas inferiores a las ocho horas diarias, de acuerdo al Art. 62° de la Ley Federal, deberá observarse lo dispuesto en el Art. 5°, fracción III de la misma Ley, la cual prohíbe fijar jornadas inhumanas por lo notoriamente excesiva, dada la índole del trabajo a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje. Sobre el particular, Alberto Trueba Urbina y Jorge Trueba Barrera[8], hacen el siguiente comentario:

> "La jornada máxima de trabajo no puede ser mayor de ocho horas; pero cuando se trate de labores en extremo peligrosas, inhumanas o que pueda causar un daño al trabajador, entonces la jornada de trabajo máxima ya no será de ocho horas, sino menor, o sea, la jornada de trabajo deberá de ajustarse a la naturaleza de la labor que se realiza, aplicándose los principios sociales en materia de jornada de trabajo. Los trabajadores podrán demandar la fijación de una jornada máxima de

[8] Ley Federal del Trabajo. Editorial Porrúa. México, 1996. Pág. 55

trabajo menor de las ocho horas, atendiendo a la naturaleza de las labores. La determinación de esta jornada corresponderá a la Junta de Conciliación y Arbitraje".

Esta falta de precisión, en la legislación peruana, ha llevado al Tribunal Constitucional a pronunciar dos sentencias contradictorias y vinculantes en el caso de los trabajadores mineros de Toquepala, cuyos textos exponemos a continuación.

6. PRIMER FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 26 de mayo del año 2000, el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos interponen Acción de Amparo contra la Empresa Southern Peru Copper Corporation, a efectos de que se suspenda el horario de cuatro por dos que unilateralmente ha impuesto, en la sección Operaciones Mina, por constituir una evidente y flagrante violación de los derechos constitucionales relativos a la jornada ordinaria máxima de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, a la igualdad ante la Ley, a trabajar libremente, a la paz y tranquilidad, a no ser sometidos a tratos inhumanos, a la dignidad de los trabajadores, a la igualdad de oportunidades, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, y a la fuerza vinculante de la convención colectiva.

Según el sistema de cuatro por dos, se obliga a los trabajadores a laborar cuatro días consecutivos en jornadas de doce horas diarias por sólo dos días de descanso, con lo que se agrava el nivel de intoxicación de gases y polvos minerales que sufren los trabajadores durante su jornada de trabajo.

La emplazada contesta la demanda solicitando que se declare improcedente la misma por las siguientes razones:

a) El mal llamado horario de trabajo no es de cuatro por dos sino de cuatro por tres, como se aprecia de las comunicaciones remitidas tanto al Ministerio de Energía y Minas como al de Trabajo y Promoción Social, sujetándose de esta manera a las estipulaciones contenidas en la Convención Colectiva de Trabajo, sin incurrir en exceso alguno como se puede observar de los artículos 22°, 2°, inciso c), de la Convención Colectiva de Trabajadores 1996-2001 y el artículo 9° del Reglamento Interno de Trabajo de la empresa, vigente desde el 1 de mayo de 1998;

b) Además, debe tenerse presente lo dispuesto en los artículos 209° y 212°, inciso a), del Decreto Supremo N.° 003-94-EF, Reglamento de Diversos Títulos de la Ley General de Minería, en cuanto a un sistema especial de trabajo minero y que la jornada ordinaria de trabajo puede ser de hasta doce horas consecutivas. A lo que cabe agregar que el artículo 2° del Decreto Legislativo N.° 713, Ley de Descansos Remunerados, establece que el empleador puede establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos, respetando la debida proporción;

c) La empresa demandada estaba facultada por el segundo párrafo del artículo 9° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Decreto Legislativo N.° 728), para introducir cambios o modificar turnos, días u horario de trabajo, así como la forma y modalidad de las prestaciones de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta sus necesidades.

El Primer Juzgado Civil de Tacna y Moquegua declaró fundada la acción de amparo, pero la Corte Superior revocando la apelada, declaró improcedente la acción de amparo.

Interpuesto el Recurso Extraordinario por el Sindicato, el Tribunal Constitucional revocando la recurrida y reformándola declara infundada la acción de amparo respecto a 152 trabajadores que fueron correctamente notificados a cerca del nuevo horario de trabajo, y fundada respecto a los que no fueron notificados. La sentencia se dictó el 27 de septiembre del 2002, siendo Magistrados del Tribunal Constitucional Rey Ferry, Revoredo Marsano, Aguirre Roca, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzáles Ojeda y García Toma.

Los fundamentos del fallo constitucional, entre otros, son los siguientes: El texto del Art. 25° de la Constitución, destacando que el mismo no establece únicamente un horario de ocho horas diarias, sino que, cualquiera que sea éste, en ningún caso puede superar las cuarenta y ocho horas semanales. Para una mayor fundamentación se recurre a la opinión del tratadista Marcial Rubio Correa, quien expresa que *"la parte final del primer párrafo del art. 25° de la Constitución prevé jornadas acumulativas o atípicas, que son aquellas en las que el trabajador trabaja más intensamente en un turno (por ejemplo, doce horas seguidas), caso en el cual trabajará más cada día de labores pero deberá mantenerse el máximo de cuarenta y ocho semanales"*.

Igualmente se invoca la Convención Colectiva correspondiente a los años 1996-2001, en la que las partes acordaron no solo la duración de la jornada ordinaria de trabajo, sino también, las jornadas atípicas, situación que, de por sí, no violenta derecho fundamental de los afiliados al Sindicato, sino, solo cuando dicha estipulación sea indebidamente aplicada; de otro lado, lo expuesto no solo no contradice el principio contenido en el inciso 2 del Art. 26° de la Constitución, relativo al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, por encontrarse previsto en la misma, sino también, porque el derecho protegido en la Carta Magna es el relativo a una jornada de trabajo que no exceda de las cuarenta y ocho horas semanales.

7. SEGUNDO FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A pesar de existir ya un fallo de esta naturaleza, relativo al Sindicato de Trabajadores de Toquepala y anexos, el 17 de abril del 2006 el Tribunal Constitucional expide un nuevo fallo declarando fundada una nueva Acción de Amparo y ordena que la demandada restituya la jornada laboral de ocho horas diarias, considerando una jornada semanal razonable en el asentamiento minero de Toquepala.

En esta oportunidad, el Sindicato recurrente cuestiona la aplicación del sistema acumulativo de las horas de trabajo que obliga a los obreros mineros de Toquepala a trabajar doce horas diarias durante cuatro días seguidos por tres días de descanso. Estiman que la imposición del sistema acumulativo constituye una violación de los siguientes derechos reconocidos en la Constitución: dignidad de la persona (artículo 1°), a la igualdad (artículo 2°, inciso 2°), al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (artículo 26°, inciso 2°) y a la fuerza vinculante de la convención colectiva (artículo 28°, inciso 2°).

Por su parte, la empresa alega que las normas laborales vigentes, así como los artículos 209° y 212 ° inciso a) del Decreto Supremo N° 003-94-EM (Reglamento de Diversos Títulos del TUO de la Ley General de Minería) permiten instaurar esta modalidad de trabajo. Asimismo, que la cláusula 2.c) de la Convención Colectiva 2001-2007, celebrada por el Sindicato y la empresa, faculta a ésta última para que, con el objeto de incrementar la productividad, en casos debidamente justificados o de emergencia, pueda establecer o modificar el número de horas, turnos, horarios o sistemas de trabajo de acuerdo a sus necesidades. Finalmente, añade que el Tribunal Constitucional, a través del fallo recaído en el Exp. N.° 1396-2001-AA/TC,

seguido por las mismas partes, estableció que los sistemas cuestionados no son contrarios a la Constitución.

El Tribunal Constitucional, en esta ocasión, tiene en cuenta otras consideraciones que son extraídas fundamentalmente del Informe sobre las Condiciones de Trabajo, Seguridad y Salud Ocupacional en la Minería del Perú, elaborado por el Equipo Técnico Multidisciplinario para los Países Andinos de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) del año 2002.

En dicho Informe se establece que la minería es una actividad de alto riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores; que el trabajo en soledad que desempeñan estos trabajadores los lleva a desarrollar comportamientos ansiosos y depresivos en diferentes grados, que en algunos casos son enfrentados con la ingesta excesiva de alcohol. Igualmente, se hace referencia a la clase de alimentación que ingieren estos trabajadores en sus jornadas de trabajo, las mismas que son deficitarias en términos de rendimiento energético. Esta realidad se agrava aún más si constatamos que muchos trabajadores trabajan hasta 12 horas diarias. También se hace referencia a que las condiciones de salud de los trabajadores mineros conllevan alrededor de 30 enfermedades profesionales, que van desde la neumoconiosis hasta los riesgos biológicos y químicos, lo que se agrava con las labores de trabajo físico en altura.

En cuanto a la jornada de trabajo del sector minero se afirma que de acuerdo a las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, el promedio de horas de trabajo en la minería supera las 48 horas semanales (el rango de 48 horas a más representa el 91.6 %)."[9] En el mismo documento se cita información referida a que la mayor parte de las empresas mineras adecuan su sistema al denominado 14 x 7, es decir: 14 días continuos de trabajo con doce horas diarias de labor, por siete de descanso, después del cual se retoma el siguiente período (de 14 x 7). Menos común, pero también aplicado, es el sistema 20 x 12.

También se menciona en la sentencia que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la Organización Internacional del Trabajo, en su Observación Individual sobre el Convenio Número 1 – Horas de Trabajo (Industria) 1919 (Ratificación 1945), Documento N.°

[9] OIT, Op. cit., p. 91.

062002PER001, del año 2002, estimó que el sistema de trabajo 14 x 7 aplicable en el Perú, no cumple con lo que dispone el artículo 2.° del Convenio N.° 1 de la OIT, ya que las medias horas de trabajo semanales por un período de tres semanas llega a 56 horas por semana y excede el límite prescrito por el artículo 2, c) (48 horas a la semana).

Pero además de los Convenios e Informes de la OIT, se invoca los siguientes fundamentos:

> El artículo 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos que dispone que toda persona tiene el derecho a una limitación razonable de la duración del trabajo.
> El artículo 7.°, literal d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren, en especial, la limitación razonable de las horas de trabajo.
> El artículo 7.°, literal g) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que establece que los Estados garantizarán la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales, y que las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que:

i) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración.

ii) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice.

iii) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable.

iv) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos.

v) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.° del Convenio N.° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

vi) Precisado ya el parámetro constitucional descrito sobre el cual se asienta la jornada laboral de ocho horas, el Tribunal Constitucional no puede dejar de destacar que las citadas disposiciones de los Tratados de Derechos Humanos, que deben ser aplicadas obligatoriamente para interpretar los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se refieren al concepto de limitación razonable de las horas de trabajo. Es decir, si bien nuestra Constitución impone un máximo para la jornada de trabajo (diaria y semanal), tampoco no obliga a que siempre y en todas las actividades laborales se establezca dicho máximo (8 horas diarias y 48 semanales), Piénsese, a modo de ejemplo, en amplios sectores de la administración pública y del sector privado que no llegan a trabajar 48 horas semanales, así como también en aquellas actividades laborales que, por su esfuerzo físico, justifican una jornada menor a la máxima.

Las disposiciones que permiten trabajar más de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, siempre que la media de horas trabajadas en un período de tres semanas no exceda de cuarenta y ocho horas, constituyen una excepción que deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo de que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

8. CONCLUSIONES

a) De acuerdo al fallo antes expuesto, el Tribunal Constitucional estima que en el caso particular de los Trabajadores Mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones

laborales de los trabajadores mineros que aparecen en los fundamentos del fallo, y que, en este caso concreto se caracteriza por un despliegue mayor de fuerza física, esto es, doce horas durante cuatro días seguidos y algunos casos hasta cinco días, en un contexto de alto riesgo para su salud, de trabajo físico a más de 3,500 m.s.n.m., de alimentación eficiente y mayor exposición a los polvos minerales con el consiguiente deterioro de la esperanza de vida.

Un sistema de turnos de trabajo, como el implementado por la demandada, no es compatible con el parámetro constitucional, puesto que afecta la dignidad de las personas, principio – derecho que reconoce el Art. 1° de la Constitución y constituye en el mediano plazo una acelerada disminución de la esperanza de vida.

b) Tratándose de jornadas atípicas, en cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT. Considerando que el Art. 25° de la Constitución impone jornada máxima de trabajo de cuarenta y ocho horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora.

c) Finalmente, el fallo dará lugar a que los trabajadores mineros soliciten, mediante convenciones colectivas, jornadas inferiores a las ocho horas diarias y a las cuarenta y ocho horas semanales, teniendo en cuenta las condiciones de trabajo en las que laboran y que están expuestas en la sentencia del Tribunal Constitucional.

Anotaciones sobre la reducción de la jornada laboral

Fernando García Granara

Profesor Asociado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Asociado de la SPDTSS.

Sumario

Introducción. I. La reducción de la jornada laboral: una tendencia histórica. II. La jornada y la ordenación del tiempo de trabajo: tres enfoques. III. Reducción del tiempo de trabajo y de la jornada laboral. IV. La reducción de la jornada como reparto de empleo.

INTRODUCCION

El presente artículo tiene por objeto generar algunas reflexiones sobre la reducción de la jornada laboral, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 17 de abril de 2006 dictada en la acción de amparo seguida por el Sindicato de Trabajadores Toquepala y Anexos y su aclaratoria de fecha 11 de mayo de 2006. (Expediente N° 4635-2004-AA/TC)

La sentencia se ocupa de la limitación de la jornada de trabajo en el sector de minería, pero tiene referencias al tema de la reducción: por un lado, la resolución aclaratoria del 11 de mayo de 2006 recoge la verificación de un Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del año 2005, según el cual en el curso de los últimos veinte años se ha venido registrando una tendencia general a la reducción de las horas normales de trabajo (punto 5 de la parte de vistos); y, por otro lado, el fundamento 2.3 de la sentencia del 17 de abril de 2006 alude a la base constitucional y legal del derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso.

En el Perú, a partir del Decreto Ley N° 26136 (diciembre de 1992) se admite la facultad del empleador de ampliar la jornada de trabajo hasta el máximo de 8 horas

diarias y 48 horas semanales, con el pago de la remuneración proporcional al tiempo adicional, habilitación que actualmente se encuentra en el Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo. A diferencia del régimen laboral peruano que habilita la ampliación de la jornada, en otros países se ha producido una reducción de la jornada, por diferentes razones que trascienden el aspecto jurídico normativo y que han sido incorporadas en las políticas nacionales.

Nuestro interés no es agotar un tema tan complejo, sino sólo presentar algunas líneas de análisis sobre la reducción de la jornada, que permitan realizar un contraste de las políticas nacionales y destacar sus principales fundamentos.

I. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA LABORAL: UNA TENDENCIA HISTÓRICA

La historia nos muestra una firme tendencia a la reducción de la jornada laboral. Aunque los móviles que la sustentan y sus consecuencias han variado radicalmente en el curso de dos siglos, el proceso de reducción ha continuado enmarcado dentro de la política de empleo, la política económica, la necesidad de conciliación de la vida laboral y familiar, el derecho al tiempo libre de los trabajadores, el desarrollo tecnológico, los requerimientos de organización del trabajo y los cambios en los sistemas de producción, entre otros fundamentos. Estas nuevas consideraciones difieren sustancialmente de la finalidad de la protección de la vida y la salud de los trabajadores, de mejora de las condiciones de trabajo y de reivindicación sindical que originaron la limitación de la jornada de trabajo y la aprobación del Convenio N° 1 de Organización Internacional del Trabajo del año 1919, Convenio por el que se limitan las horas de trabajo en las empresas industriales a ocho horas de diarias y cuarenta y ocho horas semanales.

En efecto, la reducción de la jornada laboral ha estado presente en nuestra historia desde el siglo XIX. Al respecto, "en el primer cuarto de siglo XIX, cuando jornadas de 14 o más horas diarias eran lo habitual, el industrial y socialista (utópico) inglés Robert Owen implantó la jornada de 10 horas y media diarias en New

Lanark; más adelante, en su Catecismo para uso de los trabajadores defiende razonadamente la jornada de ocho horas."[1]

MARX relata que en Inglaterra en el siglo XIX se produjo una limitación de la jornada de trabajo a través de la Ley Fabril de 1833, de aplicación para la industria algodonera, del lino y la seda, fijando una jornada de 15 horas con un descanso de hora y media. Posteriormente, la Ley Fabril Adicional del 7 de junio de 1844 introdujo una jornada de 12 horas y la Ley Fabril de 1847 estableció la introducción progresiva a 10 horas que se cumplió a partir del 1 de mayo de 1848.[2]

El Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo del año 2005 sobre las Horas de Trabajo refiere que "*Desde mediados del siglo XIX, la reducción de la duración del trabajo y, en particular, la jornada de ocho horas ha sido una de las reivindicaciones más constantes del movimiento sindical. En las primeras épocas de la industrialización la jornada laboral se extendía de 14 a 16 horas diarias, pero progresivamente fueron reducidas a 12, a 11 y, posteriormente, a diez horas por día; a principios de la Primera Guerra Mundial, esta última cifra era de aplicación bastante generalizada en Europa. Durante la guerra y tras su finalización, la presión de las organizaciones de trabajadores aceleró el progreso hacia la jornada de ocho horas.*"[3]

El proceso de reducción ha continuado luego de la limitación a ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales acogida por el Convenio N° 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo. Posteriormente, el Convenio N° 30, adoptado en el año 1930, extendió la limitación de la jornada a los trabajadores del sector de comercio y oficinas, haciendo "*extensivas las disposiciones relativas a*

---

1 CACHON RODRÍGUEZ, Lorenzo. Presentación del número 15-16 de la Revista Economía y Sociología del Trabajo dedicado a la "Reordenación y reducción del tiempo de trabajo. Enero – junio 1992. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. España.

2 Este es el recuento que realiza KARL MARX en El Capital. Volumen I. Libro Primero. El proceso de producción del capital. Editorial Siglo XXI. España. 1984, página 282. También sobre este proceso histórico y tomando como base el texto de Marx puede consultarse a MEDINA CASTILLO, José. Crisis de la sociedad salarial y reparto de trabajo. Editorial Comares. Granada. 2000. páginas 273 y siguientes.

3 Conferencia Internacional del Trabajo. 93 A Reunión, 2005. Horas de trabajo ¿de lo fijo a lo flexible?. Informe de la Comisión de la Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Ginebra 2005. página 2.

las horas de trabajo establecidas por el Convenio núm. 1 a todas las personas no abarcadas por ese instrumento, con la salvedad del personal empleado en la agricultura, la navegación marítima e interior, la pesca y el servicio doméstico" [4]

En 1935 se adoptó el Convenio N° 47 sobre las Cuarenta Horas, a favor del "principio de la semana de cuarenta horas, aplicado de forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores", que ha sido entendida en cuanto a que la reducción de trabajo no debe implicar la reducción salarial, convenio que al año 1999 sólo había alcanzado 14 ratificaciones[5]. Este mismo interés respecto a la duración del trabajo y las políticas de empleo, se aprecia en la Recomendación N° 116 sobre la Reducción de la Duración del Trabajo de 1962, que promueve políticas nacionales de adopción del principio de la reducción progresiva de la duración normal del trabajo, "sin disminución alguna del salario que los trabajadores estén percibiendo en el momento en que se reduzca la duración del trabajo", pudiendo hacerse efectiva la reducción por vía legislativa o reglamentaria, por contratos colectivos o laudos arbitrales, es decir, se habilitan diferentes métodos de aplicación de la reducción. [6] [7]

Una de las características de este proceso es que sólo puede advertirse a largo plazo, especialmente cuando se compara el siglo XIX con la experiencia comparada actual, que precisamente muestra que el proceso continúa. Según BOSCH y LEHNDORF, las reducciones de la jornada de trabajo han jugado un papel importante en reconciliar el pleno empleo con aumentos de productividad, pues estos

4 Sociedad de las Naciones. Conferencia Internacional del Trabajo: 14° reunión, vol.1, pág 406 de la versión inglesa (Ginebra, OIT, 1930). Citado en el Informe de la Comisión de Expertos del año 2005. obra citada. Página 5. En el Informe se indica que al 1 de setiembre de 2004, 52 Estados han ratificado el Convenio N° 1, mientras que el Convenio N° 30 ha sido ratificado por 30 Estados. (página 7 del Informe).

5 Conferencia Internacional del Trabajo. Ratificaciones. Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra. 2000. Página 57.

6 Puede revisarse el Informe de la Comisión de Expertos en Recomendaciones y Convenios sobre Tiempo de Trabajo: horas de trabajo, descanso semanal y vacaciones pagadas. Conferencia Internacional del Trabajo. 70° Reunión. Ginebra. 1984. Este informe se ocupa también del descanso semanal, y las vacaciones pagadas.

7 Medina señala que la Recomendación 116 se propone ante el fracaso del Convenio N° 47. MEDINA CASTILLO. Obra citada. Página 284.

hubieran causado un desempleo elevado en los últimos 150 años si no se hubiese reducido al mismo tiempo la duración de la jornada de trabajo.[8]

En el plano estrictamente jurídico, la reducción de la jornada aparece como una expresión del desarrollo del derecho del trabajo, y de la necesidad de la intervención estatal para limitar el poder patronal; criterios que están vinculados al modelo económico y a los sistemas productivos imperantes, de tal modo que el interés en la reducción de la jornada no ha sido exclusivo de los trabajadores sino también, dependiendo de cada caso, de los propios empresarios y del Estado, los que han aceptado y promovido la reducción.

Entre otros instrumentos internacionales, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", reconocen expresamente como compromiso internacional la limitación razonable de la duración del trabajo y de las horas de trabajo, aunque sin hacer referencia a un número determinado.

Los países europeos han establecido una jornada menor a las 48 horas semanales, y han optado mayoritariamente por la semana de las cuarenta horas a nivel legislativo y convencional, admitiendo la fijación de jornadas menores a través de convenios colectivos[9]. En el caso de Francia la limitación ha llegado a 35 horas a través de la Ley de orientación y de incitación a la reducción del tiempo de trabajo del 18 de junio de 1998 (conocida como Ley Aubry) complementada con una segunda ley relativa a la organización del tiempo de trabajo y tiempo parcial del 19 de enero de 2000 (conocida como Ley Aubry II). La legislación introdujo la jornada de 35 horas dejando a la negociación colectiva su aplicación práctica y actualmente se permite una semana flexible de 35 horas (Enero de 2003).

---

8 Citando a Dreze, J.h. Work Sharing; Why? How? How not...Centre for European Policy Studies, CEPS Papers, N° 27, Bruselas. Véase Bosch, Gerhard y Lehndorf, Steffen. La reducción de la jornada de trabajo y el empleo. En: Papeles de Economía Española. N° 72. 1997.

9 Una referencia estadística a las jornadas y a la duración contractual y preferida del tiempo de trabajo semanal en los países comunitarios se encuentra en SENISE BARRIO, Maria Eugenia. El Trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo. Editorial Tecnos. Madrid. 2001, páginas 53 – 57.

En América del Norte, en Canadá y Estados Unidos de Norteamérica, la jornada semanal es de 40 horas semanales[10]. Sin embargo, a nivel de los países de América del Sur no se advierte la misma tendencia europea y menos aún el debate de las 35 horas con las incidencias que ello tiene en los aspectos económicos, sociales, de empleo y de disposición del tiempo libre. Las normas mantienen la regla de las 8 horas diarias y de 48 semanales, salvo en algunos países en que se aprecia una reducción del tiempo de trabajo semanal, como en Ecuador, que tiene un número máximo de horas semanales de 40, Venezuela, que reconoce 8 horas diarias y 44 semanales, Honduras, que admite una jornada ordinaria de 44 a la semana, El Salvador, con una duración de 8 hora diarias y 44 semanales, República Dominicana con un tope de 44 semanales, pudiendo exceder de 8 horas diarias por acuerdo, siempre que no superen las 10 horas diarias; Chile, con 45 horas semanales[11] y Brasil con 44 horas semanales[12].

Apunta VILLASMIL que la reforma legislativa en América Latina comprende soluciones *"desde la modificación o la ampliación de excepciones a la legislación laboral a propósito del límite máximo de horas semanales de trabajo, pasando por la anualización de su cómputo global, la admisión de horarios variables (como el flexi-time), o la eliminación de autorizaciones administrativas previas a la prestación de trabajo extraordinario, ampliación de horarios comerciales, trabajo de fin de semana, rotaciones semanales, lo que en fin se ha dado en llamar, la flexibilidad de la modulación (o modular) para la reorganización o redistribución de la jornada de trabajo."*[13]

Se advierte entonces una distinción de regímenes jurídicos respecto a la limitación de jornada de trabajo en Europa y América del Norte y los países de América del Sur. Mientras que en los primeros la reducción se ha aplicado de modo generalizado y se ha complementado con políticas nacionales respecto a la ordenación del tiempo de trabajo y del tiempo libre, sólo en algunos países de América del Sur se

---

10 Véase la comparación de los países en Informe de la Comisión de Expertos del 2005 sobre horas de trabajo. Obra citada. Página 30 y siguientes en las que se aprecian los cambios registrados entre 1984 y 2004.

11 Los datos provienen del libro La reforma laboral en América Latina: 15 años después. Un análisis comparado. Maria Luz Vega Ruiz. Editora. Oficina Internacional del Trabajo. 2005. páginas 121 – 124.

12 Datos del Informe de la Comisión de Expertos. Obra citada. Página 30.

13 VILLASMIL PRIETO, Humberto. La reordenación del tiempo de trabajo. Presupuestos y contexto de un debate. Mimeo. Julio de 2001.

aprecian medidas de reducción de la jornada por debajo de las 48 horas semanales. Esta distinción puede reflejar diferencias de desarrollo económico y de tecnología, que determinan una organización del trabajo y, como consecuencia, una regulación del tiempo de trabajo.

II. LA JORNADA Y LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO: TRES ENFOQUES

1. El tiempo de trabajo y su distribución

El estudio de la jornada de trabajo y en este caso de su reducción, no puede realizarse de modo aislado, sin tener en consideración los aspectos que conforman la ordenación del tiempo de trabajo, relativos a su distribución, es decir, al horario de trabajo y al régimen de descansos. No es posible una visión adecuada del tiempo de trabajo en las relaciones laborales sin tener presente el descanso diario, semanal, anual y la función que este tiempo de descanso cumple.

Ambos aspectos, el tiempo de trabajo y su distribución son interdependientes entre sí y también han sido objeto de nuevas tendencias en la experiencia comparada.

En efecto, la prestación que debe realizar el trabajador comprende dos dimensiones. Como expresa ALARCÓN CARACUEL de modo gráfico: *"La primera es la estrictamente cuantitativa : durante cuánto tiempo se está obligado a trabajar: por ejemplo, 40 horas semanales. La segunda es de orden cualitativo; en qué momento concreto se debe trabajar; por ejemplo, de lunes a viernes y desde las siete de la mañana a las tres de la tarde. La regulación de la jornada comprende ambos aspectos, pero al segundo le llamaremos ordenación o distribución del tiempo de trabajo, rúbrica bajo la que se incluye tanto el tema estricto del horario de trabajo como la distribución anual de vacaciones, fiestas, etc, esto es, el calendario laboral"*. [14]

[14] ALARCÓN CARACUEL, Manuel. La ordenación del tiempo de trabajo. Editorial Tecnos. Madrid. 1988. página 74.

La distribución de la jornada requiere identificar el módulo de duración de la jornada: día, semana, mes o año, de forma tal que esta duración predetermina la distribución. RODRÍGUEZ PASTOR plantea que la ordenación del tiempo de trabajo se refiere a tres conceptos: *"uno cuantitativo, la jornada, y dos cualitativos, la distribución de la jornada y el horario"* distinguiendo entre distribución de la jornada y el horario cuando el módulo de duración de la jornada en mayor al día, entendiéndose que la distribución es *"aquel elemento con el que se reparte la jornada en los diferentes días de la semana, semanas del mes, semanas del año, etc."*, sea en forma regular o irregular. Y *"con el horario se colocan las horas en el día, con indicación de las horas de principio y fin del trabajo."*.[15]

Este primer enfoque del régimen del tiempo de trabajo plantea una distinción - y al mismo tiempo una interdependencia - entre lo cuantitativo (número de horas) y lo cualitativo (distribución del tiempo y horarios). Este enfoque, empero, admite una serie de variantes internas y manifestaciones derivadas especialmente de la flexibilidad del tiempo de trabajo. Por ejemplo, podría admitirse una jornada de 40 horas semanales habilitando el cómputo de un promedio semanal que permite trabajar más tiempo en algunas semanas y menos en otras, siempre que el promedio se ajuste al máximo semanal. Esta flexibilidad tiene sus repercusiones en las horas extras y en los descansos del trabajador (distribución de la jornada).

2. El tiempo de trabajo y el tiempo libre

La distribución de la jornada tiene como consecuencia el establecimiento de descansos para el trabajador, en los momentos en que no se encuentra obligado a prestar servicios, sea en el descanso diario, semanal, anual e incluso en el régimen de feriados y de permisos. En este sentido, la distribución no se circunscribe a un momento en el tiempo (un día o una semana) sino a un período continuo en el que adquiere importancia, el tiempo libre y de descanso del trabajador como contrapartida a la reglamentación de las horas de trabajo. Es decir, si no existe obligación de trabajar, se presenta un supuesto de derecho al tiempo libre y a su disfrute.

[15] RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo. El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo. Tirant Monografías. Valencia. 1999. página 25.

Establecida una jornada y su distribución en el ordenamiento jurídico, se genera un binomio tiempo de trabajo – tiempo libre, que requiere un examen conjunto, en tanto que el tiempo libre no es residuo ni una consecuencia marginal del tiempo de trabajo. Cada uno de ellos tiene entidad propia con fundamentos y funciones en algunos casos coincidentes y en otras diferentes, pero al mismo tiempo una vinculación originada en la persona que es titular del derecho. Aparece así como correlato de la reducción de la jornada a la necesidad de mejorar el tiempo libre, como derecho de las personas.

A propósito del tiempo de trabajo y el tiempo de ocio, anota el Informe Europeo sobre las transformaciones del Trabajo en Europa que "*el tiempo de ocio se configuró en el modelo fordista como un tiempo para el consumo, normalizado mediante técnicas dulces de condicionamiento y publicidad. El tiempo libre se transformó de esta manera en tiempo mercantil, y su valor vino a depender en función del poder adquisitivo. Claus Offe y Rol H. Heinze han desarrollado, a este respecto, una teoría de los que han denominado la trampa de la modernización. Esta trampa puede describirse como conjunción de tres líneas de evolución: la prolongación del tiempo disponible; la incertidumbre creciente respecto del nivel de ingresos y a su continuidad; la monetización del tiempo disponible*" .[16]

El tiempo libre constituye un derecho de las personas y del trabajador, promovido y secundado por las iniciativas estatales relativas a las responsabilidades familiares y otras relativas a la concesión de apoyos económicos, por ejemplo, pues en ello confluyen además de una línea jurídica, aspectos vinculados a las políticas sociales y económicas.

Esta vinculación entre tiempo de trabajo (incluyendo la distribución) y tiempo libre ha sido recogida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 24° precisa que "*Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute de su tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas*". Por su parte, el artículo 7°, inciso d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales precisa que Los Estados "*reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y*

[16] AUTORES VARIOS. Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. página 139.

satisfactorias que le aseguren en especial: d) el descanso, el disfrute del tiempo libre, ...". El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también recoge el derecho al disfrute del tiempo libre.

En el Perú, la Constitución Política reconoce expresamente el derecho al tiempo libre al establecer en su artículo 2°, inciso 22, que toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su persona.

De acuerdo a esta base constitucional y a los instrumentos internacionales, el Tribunal Constitucional ha establecido en la sentencia del 17 de abril de 2006 que "*la jornada laboral, para ser compatible con el artículo 25 de la Constitución, deberá considerar que las personas tienen derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre.*" Y agrega, en relación al binomio tiempo de trabajo – tiempo libre, que: *"20. Es evidente que el ejercicio del derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre guarda estrecha relación con la implantación de una jornada de trabajo razonable. Entonces, la jornada de trabajo no puede ser un impedimento para el adecuado ejercicio del mencionado derecho o convertirlo en impracticable.* En este sentido, el derecho al tiempo libre, según la interpretación constitucional, está estrechamente vinculado a la jornada de trabajo.

Adviértase que se trata no sólo del tiempo libre, sino del derecho al disfrute del tiempo libre, y ello requiere de políticas nacionales dirigidas a la persona, familia, educación, a la creación de oportunidades de desarrollo personal y social. El tiempo libre no es un tiempo de "no trabajo" ni una oportunidad exclusiva de descanso, es decir, no se define por oposición al tiempo de trabajo sino que tiene, insistimos, una entidad propia que trasciende los aspectos jurídicos del tiempo de trabajo.

3. La flexibilización del tiempo de trabajo

El tiempo de trabajo tiene una triple connotación: en primer lugar, alude al tiempo de vida laboral, es decir, a qué edad se inicia y concluye el ciclo laboral de las personas; en segundo lugar, a la duración del contrato de trabajo, es decir, si se

trata de un contrato de duración indeterminada o temporal; y, en tercer lugar, el tiempo como objeto mismo del contrato de trabajo,[17] surgiendo aquí el concepto de jornada que " *viene a identificar el período de tiempo durante el cual el trabajador viene obligado a ponerse a disposición del empresario y prestar para él un trabajo efectivo.*"[18]

Un tercer enfoque del tiempo del tiempo de trabajo se vincula, en nuestra opinión, a la aplicación de las diferentes medidas de flexibilización del tiempo de trabajo, que "*se traduce en políticas de reducción y ordenación del tiempo de trabajo y disminución de la edad de jubilación*".[19] En cuanto al tiempo, la flexibilidad se relaciona con la cantidad y la distribución de las horas trabajadas, al que aludimos en el primer enfoque, pero se amplía a la regulación *del "trabajo a tiempo parcial, el trabajo compartido, el horario flexible, el cómputo anual de horas trabajadas, la jornada diaria flexible, el trabajo por trimestres, las horas extras, el trabajo por turnos y otros"* [20], mientras que la flexibilidad en la duración de la vida laboral se presenta con programas de jubilación anticipada y de suspensión de la carrera.

Ello además de "*la reorganización y la ampliación del tiempo operativo en el proceso de flexibilización de la organización del tiempo de trabajo impulsada por los empresarios a fin de mejorar la productividad, la competitividad y el servicio que se ofrece a los consumidores; la reducción del tiempo de trabajo individual a fin de alcanzar una mayor calidad de vida y las posibles consecuencias que la reducción y la reorganización del tiempo de trabajo puede tener en la creación y en la redistribución del empleo y, por consiguiente, en la reducción del desempleo, que constituye un objetivo primordial de la Unión Europea*".

En este sentido, desde la perspectiva de las medidas de flexibilización, se advierten razones diversas para una regulación de apertura a diferentes prácticas sobre el tiempo de trabajo.

---

17 Véase al respecto ALARCÓN. Obra citada. y FITA ORTEGA, Fernando. Límites legales a la jornada de trabajo. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1999. páginas 13 y siguientes.

18 FITA ORTEGA. Obra citada. Página 13-14.

19 Citando un estudio de la OIT en torno a la flexibilidad. SENISE BARRIO, Ma Eugenia. Obra citada. Página 29.

20 Citando una investigación de Hutchison y Brewster de 1995. SENISE BARRIO. Obra citada. Página 30.

III. REDUCCIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO Y DE LA JORNADA LABORAL

La reducción del tiempo de trabajo puede operar bajo diferentes mecanismos.

Por un lado, se plantea que la reducción puede operar mediante la disminución de la jornada laboral normal de los trabajadores a tiempo completo, a través del reparto de trabajo, sustituyendo trabajo a tiempo completo por trabajo a tiempo parcial, mediante la limitación de las horas extraordinarias, recurriendo al trabajo en jornada reducida durante periodos de contracción de la demanda, introduciendo interrupciones de la carrera profesional y otras formas especiales de permisos. [21]

A efectos de ubicar la reducción de la jornada, seguimos a título didáctico, la división planteada por Bentolilla y Jimeno[22] que encuentran tres mecanismos bajo los cuales opera la reducción:

a) El tiempo de vida laboral, es decir, la reducción de la actividad laboral en determinados períodos del ciclo vital (básicamente la juventud y a partir de la edad de jubilación que en el Perú sería de 65 años), lo que se aprecia en el acceso al empleo y a las jubilaciones. En este punto, es interesante el apunte de MUÑOZ DE BUSTILLO cuando explica: "*A modo de ejemplo, retrasar la edad de incorporación a la población activa de los 16 a 19 años es equivalente a una reducción de la jornada anual en 114 h (aproximadamente la reducción que ha tenido lugar en Alemania de 1983 a 1993), mientras que retrasar la incorporación hasta los 24 años (como resultado de la realización de estudios universitarios, por ejemplo) seria equivalente a una reducción de la jornada anual en 300 horas o a trabajar 190 horas menos anuales o cuatro horas menos a la semana*". [23]

   En el Perú se ha regulado la capacitación laboral como un mecanismo "formativo" que no tiene reconocimiento laboral, y por otro lado, des-

[21] Es la referencia que realiza SENISE BARRIO. Obra citada. Página 35, citando el plan de acción del Consejo Europeo de diciembre de 1994.

[22] BENTOLILLA, Samuel y JIMENO SERRANO, Juan. El reparto del trabajo y la tasa de paro. En: Economistas, Marzo 1998. Año XVI, . N° 77.

[23] MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, Rafael. Políticas de reducción de tiempo de trabajo y creación de empleo. En. Revista de Sociología del Trabajo. N° 15-16. Setiembre de 1998. Página 10.

vinculada la capacitación, se extendió la edad de jubilación a los 65 años, en el interés de encontrar un paliativo a la falta de financiamiento de las pensiones. En el primer caso, ello supone que el diseño del sistema de relaciones laborales admite que la contratación laboral se pueda realizar recién a partir de los 25 años, mientras que el cese de la actividad laboral se produce a los 65 años en que el trabajador puede jubilarse voluntariamente.

b) La reducción de la jornada normal de trabajo, que es precisamente el enfoque a que se refiere el presente artículo.

c) La contratación a tiempo parcial, que permite la contratación de nuevos trabajadores sin la extensión de la jornada de los que ya prestan servicios. En este caso, el régimen de tiempo parcial forma parte de la política de empleo y de modo indirecto de defensa del empleo existente al que precisamente complementa. En realidad, en este tipo de contratación no se agota en su consideración como un modelo contractual autónomo, sino que convergen medidas de fomento de la contratación, pluriempleo, preferencia en la contratación de determinados colectivos (jóvenes y mujeres), se complementa con la reducción de la jornada y permite ajustarse al requerimiento empresarial. [24]

La reducción de la jornada laboral se presenta así como una de las expresiones de la reducción del tiempo de trabajo, concepto más amplio, que toman las políticas actuales.

IV. LA REDUCCIÓN DE LA JORNADA COMO REPARTO DE EMPLEO

1. Razones de la reducción de la jornada

Hay varias razones y medidas vinculadas a la reducción de la jornada. En este artículo destacamos tres.

[24] Véase nuestro trabajo. La contratación a tiempo parcial en el Anteproyecto General de Trabajo. Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N° 3. año 3.

La primera y principal razón de la limitación de la jornada a las 8 horas diarias y 48 semanales ha sido la protección de la salud y la seguridad del trabajador, es decir, garantía de condiciones adecuadas de trabajo. Ello supone también un enfoque de ejercicio del derecho al disfrute de su tiempo libre.

Otro fundamento se encuentra en evitar que disminuya el beneficio empresarial al sobrepasar la duración óptima de la jornada. Es decir, *"la mayor productividad buscada por el empresario mediante el alargamiento del tiempo de trabajo tropieza con un límite natural, que no es otro que el punto de inflexión a partir del cual el beneficio del empresario decrece con el incremento de la duración del tiempo dedicado al trabajo."* [25]

Un tercer fundamento es el reparto del trabajo, es decir, la reducción del tiempo de trabajo como parte de la política de empleo. En este caso se trata de *".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 existentes, 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."*[26]

Un cuarto fundamento, es la conciliación de la vida familiar y laboral de la persona. Al respecto, señala el Informe de la Comisión de Expertos que la reducción de la jornada no es un objetivo general, sino mas bien una herramienta para lograr dos metas importantes; la creación de puestos de trabajo adicionales a los existentes y la consecución de un equilibrio entre la vida laboral y la vida privada de los empleados".[27]

---

[25] FITA ORTEGA, Fernando. Obra citada. Página 20.

[26] MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ –SAÑUDO, Fermín y GARCIA MURCIA, Joaquín. Derecho del Trabajo. Tecnos. Madrid. 2002. página 422.

[27] Obra citada. Página 84.

2. El reparto de trabajo

Expresa BAYLOS que "*La generalización del desempleo masivo y la extensión de la precariedad laboral han popularizado las políticas de reparto del empleo como propuestas de actuación orientadas a la transformación de esta situación. La reducción del tiempo de trabajo se ha constituido en el eje de un amplio debate político, social y económico, sobre la virtualidad y efectos de esta medida en orden a la generación de empleo.*"[28]

La frase *trabajar menos para trabajar todos*[29] expresa de modo gráfico, la idea de un crecimiento cuantitativo del empleo a través de una reducción de la jornada laboral, de modo que las horas que se generen por esta reducción sean ocupadas por nuevos trabajadores que se encuentran en situación de desempleo.

Es decir, "*ante un determinado nivel de producción y de tecnología dado en una empresa o sector de actividad, se requiere determinado volumen de mano de obra que se cuantifica en horas – hombre. Esto hace que el número de ocupados va a depender de la duración de la jornada de trabajo (...). Producida una duración de esa jornada efectiva, esto incidiría directamente en un aumento del volumen de requerimiento de mano de obra, que a su vez, se distribuirá en beneficios de mas trabajadores.*"[30]

Si bien esta sencilla formulación se plantea como un mecanismo de creación de empleo – o mas bien de reparto del existente – el debate no está cerrado y no existe consenso en su utilización a pesar del negativo panorama en el que se encuentran los niveles de desempleo en el mundo. Tanto en la economía, el derecho y la sociología del trabajo pueden encontrarse importantes estudios que ponen en evidencia la actualidad e importancia de esta temática.

---

28 BAYLOS GRAU, Antonio. 35 horas. Editorial de la Revista de Derecho Social. N 2. Editorial Bomarzo. Albacete. Abril – junio. 1998.

29 Es la frase del título de la obra de AZNAR, Guy. Trabajar menos para trabajar todos. Ediciones HOAC. Madrid. 1994.

30 HENDERSON, Humberto. La reducción de la semana laboral. Una aproximación a su estudio. En. Revista Derecho Laboral N° 196. Tomo XLII. Montevideo. Página 779.

Sin embargo, la reducción de la jornada como medida contra el desempleo no se agota en una simple relación entre horas de trabajo por ocupado y puestos de trabajo disponibles, sino que involucra diversos factores o condiciones que deben ser tomados en cuenta de modo conjunto. En realidad, no existe una clara relación de intercambio entre las horas de trabajo por empleado y el empleo a nivel agregado, ya que entran en juego factores tales como la productividad, los salarios, la flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo y en la contratación, el uso de horas extraordinarias, la aplicación de las medidas a corto, mediano y largo plazo, de tal forma que se requiere de un análisis dedicado y específico puesto que su aplicación no constituye una fórmula matemática fija y exacta.

Estos son los aspectos que analizan los defensores y detractores de la reducción de la jornada. Según WHITE los defensores estiman que la reducción es una contribución a la salud y a la calidad de vida y permite afrontar el desempleo a través del bienestar social y la igualdad distributiva, mientras que los detractores tiene como objeciones centrales los efectos de los costes de mano de obra y en la utilización de las instalaciones. Sin embargo, ambas posiciones tiene puntos de coincidencia, debiendo prestarse especial atención a los aspectos relativos a la productividad y a la utilización de la capacidad productiva.

En la perspectiva ideológica y socio – económica planteada por Marx se trata de la lucha del movimiento obrero frente al capital, pues *"en la historia de la producción capitalista la reglamentación de la jornada laboral se presenta como lucha en torno a* ***los límites de dicha jornada****, una lucha entre el capitalista colectivo, esto es, la clase de los capitalistas, y el obrero colectivo, o sea la clase obrera".*[31]

Agrega que mas allá de la reivindicación sindical, la reducción de la jornada laboral es la condición básica para el desarrollo de la libertad, señalando que:

"...el reino de la libertad sólo empieza allí donde termina el trabajo impuesto por la necesidad y por la coacción de los fines externos; (...). La libertad en este terreno sólo puede consistir en que el hombre socializado, los productores asociados, reglen racionalmente este su intercambio de materias con la naturaleza, lo

[31] MARX, Karl. El Capital. Obra citada. Página 282.

pongan bajo su control común en vez de dejarse dominar por él como un poder ciego, y lo lleven a cabo con el menor grado posible de fuerzas y en las condiciones mas adecuadas y más dignas de su naturaleza humana. Pero, con todo ello, siempre seguirá siendo éste un reino de la necesidad. Al otro lado de sus fronteras comienza el despliegue de las fuerzas humanas que se considera como fin en sí, el verdadero reino de la libertad, que sin embargo sólo puede florecer tomando como base aquél reino de la necesidad. ***La condición fundamental para ello es la reducción de la jornada de trabajo.***" [32]

En el plano económico, la reducción de la jornada ha tenido un análisis particular. Si bien la reducción de la jornada no tiene autonomía dentro de la política de pleno empleo, KEYNES plantea la reducción de la jornada de trabajo en conjunto con el consumo y la inversión, como se aprecia en un texto del 5 de abril de 1945:

"La política de conseguir pleno empleo mediante la inversión es sólo la aplicación particular de un teorema intelectual. Se puede obtener el mismo resultado bien consumiendo más, bien **trabajando menos**. Considero que la política de inversión es una cura de primeros auxilios. En Estados Unidos de Norteamérica prácticamente no funcionaría.

La solución final es menos trabajo (35 horas por semana en los Estados Unidos de Norteamérica podrían funcionar).

Como mezclar los tres ingredientes de la cura es una cuestión de tacto y de experiencia, es decir, de moral y conocimiento".[33]

BEVERIDGE, al comentar el análisis de Keynes en la política de pleno empleo, vincula la reducción de la jornada a la redistribución de ingresos y al crecimiento económico: *"El problema fundamental de una sociedad progresiva es distribuir los resultados del progreso entre los ciudadanos, ya sea acortando la jornada de trabajo o incrementando el poder adquisitivo de los ciudadanos de*

---

32 MARX, Karl. El Capital. Volumen III. Capítulo XLVIII. La fórmula trinitaria. Fondo de Cultura Económica. México, 1975. Pághinas 759.

33 Traducción libre de un párrafo de una carta dirigida por J.M. Keynes a T.S. Eliot del 5 de abril de 1945. En: Mac Millan Cambridge University Press for the Royal Economic Society. 1980. Obras Completas de John Maynard Keynes. Volumen XXVII. Activities 1940-1946. Shaping the post – war world: employment and commodities. Página 384.

forma que puedan consumir más. El incremento del poder adquisitivo de los ciudadanos significa rentas monetarias mayores o precios más bajos. La elección entre estas alternativas depende de la política de precios"[34]. Como se aprecia, para Beveridge la reducción de la jornada es un mecanismo para aumentar el consumo, del mismo modo que lo es el incremento del poder adquisitivo a través de la política de precios o de la mayor renta.

La reducción de la jornada también tiene un impacto en la política salarial, dependiendo de que la reducción se produzca con o sin reducción de ingresos. Según WHITE *"la cuestión de los salarios merece examen mas detenido, pues se ha afirmado a menudo que los distintos efectos de las reducciones de la jornada laboral dependen enormemente de la medida que se mantengan los salarios (aumentando el salario por hora), o se permitan que decrezcan (manteniendo constante el salario por hora)."*

Si no hay modificación en el monto salarial como consecuencia de la reducción, los trabajadores mantendrían sus ingresos y, por tanto, también debería mantenerse su consumo o crecer en función del mayor tiempo libre que puede originar gastos vinculados al tiempo libre o de ocio. Es decir, el impacto de la medida de reducción en el trabajador, en la institucionalización social de la jornada y en el sistema económico, va a depender directamente del mantenimiento de los ingresos de los trabajadores.

En este sentido, una pauta de aplicación de la medida de reducción debe ser, a nuestro juicio, la estabilidad y el crecimiento económico, de modo que el reparto del empleo existente no se convierta en un reparto de los ingresos entre más personas, afectando el nivel de vida de los antiguos trabajadores. Ello no obsta, por ejemplo, para revisar la aplicación de medidas de prohibición o limitación del trabajo en horas extras, sea por razones derivadas del cumplimiento de la jornada o por razones de promoción de la contratación de nuevos trabajadores.

Como se aprecia, el tema requiere de análisis y, especialmente, de un enfoque multidisciplinario de acuerdo a las metas planteadas por cada Estado. Las razones de la reducción están variando en el mundo con el cambio en los sistemas de pro-

---

[34] BEVERIDGE, William. Pleno Empleo en una sociedad libre. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989. página 128.

ducción y de organización del trabajo, pero lo que no cambia es la necesidad de garantizar el cumplimiento de los derechos laborales[35], de modo que el análisis respecto al tiempo de trabajo, que el Tribunal Constitucional ha planteado respecto a la limitación de la jornada, a la reducción del tiempo de trabajo y al disfrute del tiempo libre, sólo puede realizarse asumiendo como premisa el cumplimiento de la ley laboral.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN CARACUEL, Manuel. La ordenación del tiempo de trabajo. Editorial Tecnos S.A., 1988.

AZNAR, Guy. Trabajar menos para trabajar todos. Ediciones HOAC. Madrid. 1994.

AUTORES VARIOS. Trabajo y empleo. Transformaciones del Trabajo y futuro del derecho del Trabajo en Europa. Tirant lo blanch. Valencia. 1999.

BAYLOS GRAU, Antonio. 35 horas. Revista de Derecho Social Nº 2. Abril – junio 1998. Albacete. Ediciones Bomarzo.

BOSCH, Gerard y LEHNDORFF, Steffen. La reducción de la jornada de trabajo y el empleo. En: Papeles de Economía Española. Nº 72. 1997.

CACHON, Lorenzo. Presentación. Revista Economía y Sociología del Trabajo. Reordenación y reducción del tiempo de trabajo. Nº 15-16. Enero – junio 1992.

FITA ORTEGA, Fernando. Límites legales a la jornada de trabajo. Tirant Lo blanch. Valencia. 1999.

GARCIA GRANARA, Fernando. El contrato a tiempo parcial en el Anteproyecto de Ley General del Trabajo. En: Revista Laborem Nº 3. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima. 2003.

[35] Sobre el tema de la política de cumplimiento laboral, nos remitimos a nuestro trabajo Red de cumplimiento laboral y planillas electrónicas. En: Actualidad jurídica. Tomo 149. Lima. Abril 2006.

HENDERSON, Humberto. La reducción de la semana laboral. Una aproximación a su estudio. Revista Derecho Laboral Nº 196. Tomo XLII. Montevideo. 1999.

MEDINA CASTILLO, José. Crisis de la sociedad salarial y reparto del trabajo. Editorial COMARES, Granada. 1999.

MUÑOZ DE BUSTILLO, Rafael. Políticas de reducción de tiempo de trabajo y creación de empleo. En: Gaceta Sindical. Nº 167. Setiembre de 1998.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Horas de Trabajo. ¿de lo fijo a lo flexible?. Conferencia Internacional del Trabajo. 93a Reunión, Ginebra. 2005.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Tiempo de trabajo. Horas de Trabajo, descanso semanal y vacaciones pagadas. Conferencia Internacional del Trabajo. 70a Reunión, Ginebra. 1984.

RODRÍGUEZ PASTOR, Guillermo. El régimen jurídico de la distribución de la jornada de trabajo. Tirant Monografías. Valencia. 1999.

SENISE BARRIO, Ma Eugenia. El trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo. Editorial Tecnos. Madrid. 2001.

VILLASMIL, Humberto. La reordenación del tiempo de trabajo: Presupuesto y contexto de un debate. Mimeo OIT. Julio de 2001.

WHITE, Michael. Reducción de la jornada de trabajo. Posibilidades y perspectivas. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1989.

Jornadas de trabajo y descansos acumulativos en el sector minero. A propósito de las resoluciones del Tribunal Constitucional

Pedro G. Morales Corrales

Presidente de la SPDTSS. Abogado,
Profesor de la Universidad de Lima . Socio del Estudio Echecopar.

Sumario

I. Marco normativo. II. Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de abril de 2006. III. Resolución Aclaratoria del Tribunal Constitucional de 11 de mayo de 2006. IV. Efectos de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en Acciones de Amparo.

INTRODUCCIÓN

En nuestro país, el tema de la jornada de trabajo en general, ha sido motivo de especial preocupación por los empleadores como consecuencia del establecimiento del Registro de Control de Asistencia por el Decreto Supremo N° 004-2006-TR, vigente a partir del 1° de junio de 2006, tal como ha quedado modificado por el Decreto Supremo N° 011-2006-TR, de 6 de junio del mismo año, que los obliga a un efectivo registro de la hora de ingreso y salida de sus trabajadores, presumiéndose, salvo prueba en contrario, la realización de trabajo en sobretiempo si aquéllos ingresan antes o permanecen después del horario de trabajo previsto por el empleador.

Paralelamente, en el ámbito minero se produjo una verdadera conmoción por la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 17 de abril de 2006, recaída en el expediente N° 4635-2004-AA/TC, en la acción de amparo seguida por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, contra la Empresa Southern Perú Cooper Corporation, en la que se estableció, con carácter vinculante, que en el Sector Minero los trabajadores no podían laborar una jornada mayor de 8 horas diarias, limitándose en la práctica, hasta casi su desaparición, la posibilidad de

utilizar el régimen de jornadas y descansos acumulativos previsto por el marco constitucional y legal vigentes.

Esta Sentencia modificó sustancialmente el criterio del Tribunal Constitucional expresado con motivo de una acción de amparo seguida por las mismas partes y sobre la misma materia. Se trata de la Sentencia de 27 de setiembre de 2002 (Expediente N° 1396-2001-AA).[1]

Sin embargo, la Sentencia de 17 de abril del presente año ha sido aclarada por la Resolución de 11 de mayo de 2006 que, como veremos más adelante, en el fondo, introduce importantes modificaciones a la Resolución original.

Antes de analizar las indicadas resoluciones del Tribunal Constitucional y sus implicancias en el referido Sector, nos referiremos al marco normativo que sobre esta materia nos rige.

I. MARCO NORMATIVO

Constitución Política del Estado

El artículo 25° de la Carta Política establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máximo. "En caso de jornadas acumulativas, o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo".

[1] La Sentencia de 27 de setiembre de 2002 en su Fundamento 2 indica que el artículo 25° de la Constitución contempla las jornadas acumulativas, debiéndose respetar, en promedio la jornada máxima de 8 horas diarias o 48 semanales, destacando que "... el texto constitucional no establece únicamente un horario de 8 horas diarias, sino que, cualquiera que sea éste, en ningún caso puede superar las 48 horas semanales ..."
En el Fundamento 3 se refiere a las normas infraconstitucionales que regulan la jornada ordinaria máxima y las jornadas atípicas o acumulativas, y cómo pueden ser establecidas por el empleador, concluyendo que "En consecuencia, se advierte que la legislación infraconstitucional no sólo es acorde con la Constitución, sino que, además, la emplazada se encuentra respaldada por la misma." El Tribunal Constitucional declaró en este extremo infundada la demanda.

Ley de Descansos Remunerados

El Decreto Legislativo N° 713 establece que el trabajador tiene derecho como mínimo a 24 horas consecutivas de descanso en cada semana, el que se otorgará preferentemente el día domingo (art. 1°).

En caso de regímenes acumulativos de jornadas de trabajo, el empleador igualmente deberá conceder descansos acumulados, respetando la debida proporción (art. 2°), de tal modo que los descansos acumulados sustituyan a los días de descanso que fueron trabajados.

Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo

El TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobretiempo aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR, de 3 de julio de 2002, establece que la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales como máxima, señalando que en los centros de trabajo en los que existan regímenes acumulativos de jornadas de trabajo y descanso, en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente, no puede superar los máximos de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales. (arts. 1° y 4°)

En cuanto al trabajo prestado en horario corrido, la norma determina que el trabajador tiene derecho a tomar sus alimentos de acuerdo a lo que establezca el empleador en cada centro de trabajo, salvo convenio en contrario, y que el tiempo de refrigerio no podrá ser inferior a 45 minutos, no formando parte de la jornada ni horario de trabajo, salvo que por convenio colectivo se disponga algo distinto. (art. 7°)

El Reglamento de dicho TUO, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2002-TR, de 3 de julio de 2002, en su artículo 15° perfila de manera más adecuada el objeto del horario de refrigerio, cuando señala que tiene por finalidad que el trabajador lo destine a la ingesta de su alimentación principal cuando coincida con la oportunidad del desayuno, almuerzo o cena, o de un refrigerio propiamente dicho y/o al descanso.

Adviértase que es la norma reglamentaria la que, en concordancia con el artículo 8°, literal b) del Convenio N° 1 de la OIT, sobre jornada máxima de trabajo, ratificado por el Perú [2] la que otorga el verdadero contenido al horario que en el futuro debería dejar de denominarse "de refrigerio" y sustituirse por el de "horario de descanso", que debe regir cuando la jornada de trabajo se ejecuta en horario corrido.

En efecto, la verdadera razón del actualmente denominado "horario de refrigerio", es que el trabajador que presta sus servicios en horario corrido, pueda descansar a fin de recuperar fuerzas y aprovechar ese descanso para ingerir sus alimentos, si es que coincide con el horario de alimentación o un refrigerio propiamente dicho, que en ambos casos forma parte del descanso, en el sentido de que el trabajador suspende sus labores para dedicarse a lo que considere conveniente. El propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define el término "descanso", en su primera acepción, como "quietud, reposo, o pausa en el trabajo o fatiga".

El indicado Reglamento igualmente señala que el horario de refrigerio no puede otorgarse, ni antes ni luego del cumplimiento del horario de trabajo. Esta regulación tiene por objeto cumplir con la finalidad de dicho horario de refrigerio que no es otro, como ya se ha mencionado que descansar, suspendiendo las labores a fin de que el trabajador restituya sus fuerzas y se pueda reintegrar al trabajo con nuevos bríos, finalidad que no se cumpliría si es que se concede al inicio o a la conclusión de la jornada de trabajo. Es más, de ocurrir esto se desvirtuaría, por lo cual el empleador razonablemente debe establecer el momento en que el trabajador debe descansar a fin de que se cumpla el objetivo que busca el Convenio N° 1 de la OIT y la ley al otorgar este horario de refrigerio o descanso.

Legislación Minera

Los titulares de la actividad minera están obligados a proporcionar a sus trabajadores que laboren en zonas alejadas de las poblaciones y a los familiares de és-

[2] Convenio N° 1 de la OIT, artículo 8°, numeral 1) "Con el objeto de facilitar la aplicación de las disposiciones del presente Convenio, cada empleador deberá: ... b) Dar a conocer, en la misma forma (por medio de carteles) los descansos concedidos durante la jornada de trabajo que no se consideren comprendidos en las horas de trabajo".

tos, entre otros beneficios, facilidades de vivienda bajo cualquiera de las siguientes modalidades: (i) viviendas adecuadas al trabajador y los familiares, o; (ii) facilidades de vivienda, exclusivamente para los trabajadores (no para sus familiares) cuando laboren bajo un régimen de jornadas acumulativas por otras de descanso también acumulativas en un centro poblado, en la forma que establezca el Reglamento. (TUO Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM, art. 206° a).

Se considera zona alejada de la población más próxima aquélla que se encuentre a más de treinta kilómetros de distancia o más de 60 minutos de recorrido en vehículo a velocidad normal o segura. (TUO Ley General de Minería, D.S. N° 014-92-EM art. 206° a).

Se entiende como "población más próxima", aquélla que a elección del titular de la actividad minera, reúna cuando menos las características y requisitos mínimos de un pueblo (D.S. N° 03-94-EM de 14-1-1994, art. 171°), que conforme al Reglamento de la Ley N° 27795, Ley de Demarcación Territorial, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2003-PCM de 21 de febrero de 2003, supone una población concentrada entre 1,001 y 2,500 habitantes; viviendas ubicadas en forma contigua y continuada, con una disposición tal que conformen calles y una plaza céntrica; servicio de educación para el nivel de primaria completa; servicio de salud que permita contar con un puesto de salud; local comunal de uso múltiple; y, áreas recreacionales.

En los casos en que el titular del derecho minero que se encuentre en el supuesto de "zona alejada", otorgue facilidades de vivienda exclusivamente para los trabajadores, no así para la familia de éstos, podrá establecer un sistema de trabajo minero especial de jornadas de trabajo acumulativas y de descansos remunerados también acumulativos (D.S. N° 046-2001-EM, art. 150°)

Los titulares de la actividad minera que se acojan a este régimen especial de trabajo deberán comunicar tal decisión al Ministerio de Energía y Minas, informando sobre el número de trabajadores comprendidos en el sistema, los puestos y la modalidad de trabajo establecida, y las jornadas y turnos para cada uno. Copia del cargo de dicha comunicación deberá ser presentada ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para su conocimiento. Cualquier variación al régimen establecido deberá ser igualmente comunicado en la forma antes mencionada, dentro del mes siguiente (D.S. N° 046-2001-EM, art. 152°)

Además, para el disfrute de los días de descansos acumulados del trabajador, el titular de la actividad minera deberá transportarlo gratuitamente desde y hacia el centro poblado más cercano que cuente con servicio público de transporte. Dicho traslado se podrá realizar en cualquier medio autorizado de transporte de pasajeros. (D.S. N° 046-2001-EM, art. 153°).

Consideramos que aún cuando la Unidad Minera deje de ser considerada como ubicada en "zona alejada" de las poblaciones, por razón del transcurso del tiempo y del surgimiento de nuevos pueblos, en la medida en que a los trabajadores se les proporciona vivienda, más aún si sus familias viven en zonas alejadas, resulta justificado que se establezcan regímenes de trabajo y descanso acumulativos, tal como la propia norma legal lo señala. ("en razón de la naturaleza especial de las actividades de la empresa").

En consecuencia, el marco constitucional sobre esta materia de jornadas y descansos acumulativos, y las normas legales que lo desarrollan, con nitidez establecen la posibilidad de que las empresas puedan establecer el indicado régimen de trabajo y descansos acumulativos, siempre y cuando la naturaleza especial de sus actividades así lo aconseje. Además de la actividad minera tenemos por ejemplo, la actividad petrolera que se desarrolla en medio de la selva o en el zócalo continental.

¿Cuál es el período de jornadas y descansos acumulativos previsto por la Constitución y la ley?, no está fijado. Ambas clases de normas lo único que establecen es que determinadas las jornadas y descansos acumulativos, el promedio de horas trabajadas "en el período correspondiente", no puede superar los máximos de 8 horas diarias o 48 horas semanales, porque de ocurrir ello estaríamos frente al trabajo en sobretiempo.

Entonces la pregunta que surge es: ¿cuál es el "período correspondiente"? Como no existe respuesta legal cierta (por su propia esencia), entonces dicho período será el que razonablemente deba aplicarse en concordancia con la naturaleza de las actividades de la empresa y otros criterios, como el tiempo que puede demorar al trabajador trasladarse de su centro minero a la ciudad o pueblo donde se encuentre ubicado su domicilio, que precisamente haga viable dicho traslado y la posibilidad de estar al lado de sus familiares durante los días de descanso que le corresponda como consecuencia de las jornadas de trabajo acumulativas, y que suponga un verdadero disfrute de su tiempo libre.

No existe pues una regla, como sucede en muchos otros campos del Derecho del Trabajo. De ahí la importancia del principio de razonabilidad que informa esta rama del Derecho. Corresponderá en todo caso al juez, frente a un conflicto, evaluar si el empleador ha aplicado correctamente o no dicho principio[3].

II. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE ABRIL DE 2006

Mediante Sentencia de 17 de abril de 2006 dictada por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 4635-2004-AA/TC seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, contra la Empresa Southern Perú Cooper Corporation, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 9 de mayo de 2006, y vigente a partir del día siguiente, estableció con carácter vinculante, es decir obligatorio para los jueces, que los trabajadores mineros "... en razón de las especiales condiciones de riesgo para la salud y la seguridad, que comporta el trabajo en las minas del Perú ..", no pueden trabajar una jornada mayor de 8 horas diarias (Fundamento 28). En tal sentido se entiende que sólo en casos verdaderamente excepcionales, verificables objetivamente, podrían sobrepasar dicha jornada, con el correspondiente pago de horas extras.

Sin embargo la Sentencia permite las jornadas atípicas, que las identifica con las acumulativas "... en cualquier tipo de actividades laborales ...", que incluye a la minera, pero introduciendo aparentemente una limitación "al período correspondiente" en que debe establecerse si la suma de las jornadas y descansos acumulativos, en promedio, no excede de los máximos de 8 horas diarias o 48 semanales a que se refieren la Constitución y la ley, pues señala que dichos máximos tendrían que computarse en "... un período de 3 semanas o (de) un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio N° 1 de la OIT ..." (entreparéntesis agregado), (Fundamento 29).

Una primera interpretación que origina el contenido de la Sentencia, es que el Tribunal Constitucional al resolver una acción de amparo en concreto, hace uso de

[3] El sólo hecho que un tercero, en este caso el juez, pueda discernir si el criterio utilizado por el empleador en esta materia ha sido correcto o no, incentiva de manera importante para que sea aplicado respetando el principio de razonabilidad.

dicha coyuntura para hacer extensiva su decisión, a fin de que se aplique, cuando se promuevan conflictos de similar naturaleza, a todos los sectores laborales, sin que necesariamente medie un análisis exhaustivo sobre las consecuencias de dicha decisión que podría considerarse que, en la práctica, tiene efecto normativo (Art. VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional), semejante al de una disposición legal[4], no obstante que éstas usualmente se expiden previa investigación y citación para escuchar a las partes involucradas que pueden verse afectadas por lo que se decida en aquélla.

Esta interpretación se vio respaldada por lo expuesto en el Fundamento 38 de la Sentencia, en el que se sostiene que "... El derecho a la jornada de 8 horas diarias, reconocido y garantizado por la Constitución en su artículo 25° y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no es un enunciado declarativo e inane, mera declaración (más aún cuando integra el estándar mínimo que el Estado Peruano se ha comprometido a respetar y garantizar), si no una disposición jurídica del más alto rango y *cuya fuerza jurídica vincula no sólo a los poderes públicos y a la administración, sino también a los particulares...* ". Además en el Fundamento 39 determina que "... entonces los convenios colectivos y los contratos de trabajo no pueden contradecir dicho estándar mínimo, bajo sanción de nulidad, por contravenir derechos fundamentales ...".

La Sentencia bajo comentario, tal como se dictó suscitó diversas interrogantes, entre ellas las siguientes:

¿A qué trabajadores mineros en concreto se refiere o comprende el Fundamento 28 cuando alude al "caso particular de los trabajadores mineros"?: ¿A los de socavón?,¿A los de tajo abierto?,¿A los jefes?,¿Al personal administrativo?.

Todos son trabajadores mineros porque pertenecen al Sector Minero; sin embargo, la Resolución no hace distinción alguna cuando, en línea con lo resuelto por el Tribunal, debió efectuarlo. Aparentemente sólo comprendería a los trabajadores de socavón u otras áreas de trabajo penoso, pero ello debió especificarse expresa-

[4] Código Procesal Constitucional, Título Preliminar, artículo VII "**Precedente.-** Las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia precisando el extremo de su efecto normativo..."

mente a fin de evitar interpretaciones que sólo originan impredictibilidad y contingencias para los empleadores y para los propios trabajadores.

Queda claro de los Fundamentos 28 y 29 que en el trabajo minero, así como "en cualquier tipo de actividades laborales" pueden haber jornadas acumulativas, pero que, junto con los descansos acumulativos, no pueden superar las 3 semanas a que se refiere el literal c) del artículo 2, del Convenio N° 1 de la OIT, pero tratándose de trabajadores mineros dicho régimen puede establecerse siempre que se respete una jornada no mayor de 8 horas.

¿Cómo se compatibiliza esta restricción con el artículo 5° del Convenio N° 1 de la OIT que prevé que en casos excepcionales se puede superar el límite antes señalado y que lo que se acuerde podrá tener fuerza de reglamento si el gobierno así lo decide?

En el caso peruano, esto se encuentra decidido incluso a nivel constitucional, pues el artículo 25° de la Carta permite el trabajo en jornadas acumulativas, que suponen naturalmente jornadas y descansos acumulativos, que sumados y divididos en el período que corresponda, no puede superar las 8 horas diarias o 48 semanales de trabajo. Si se excediera del máximo, tendría que pagarse la remuneración por horas extras.

Cuando la Constitución se refiere que en el caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas "en el período correspondiente", no pueden superar dicho máximo, significa que el empleador o, si media convenio colectivo, empleador y trabajadores, deben establecer un período que sea razonable como consecuencia de la especial naturaleza de las actividades que realiza, de tal modo de garantizar al trabajador el respeto de la jornada máxima legal y el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre a que se refiere el numeral 22 del artículo 2° de la Constitución, que invoca el Tribunal como sustento de su Resolución [5].

[5] El derecho al descanso y disfrute del tiempo libre, es desarrollado por la Sentencia en los Fundamentos 18 y 19 invocando instrumentos internacionales a los que el Perú se ha adherido como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 24°), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 7°, literal d); y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 7°, literal h). Resulta relevante que el Tribunal Constitucional haya rescatado de la norma Constitucional este importante derecho que tiene por objeto enfatizar que el ser humano trabaja para vivir, pero no vive para trabajar, y que

Restringir el período de acumulación de trabajo y descansos al máximo de tres semanas previsto en el Convenio N° 1 de la OIT constituye a nuestro juicio una exageración y, lamentablemente, una falta de concordancia con la realidad.

Es el caso, por ejemplo de los trabajadores mineros o petroleros que usualmente prestan servicios en zonas alejadas de la ciudad y de sus hogares, lo que hace razonable que los períodos de trabajo acumulativo sean más largos para que justifiquen también un período de descansos acumulativos que permitan al trabajador trasladarse a su hogar y regresar al centro minero o petrolero dedicando un tiempo importante al descanso y a la vida familiar.

¿No debió merecer un análisis más exhaustivo la razón de ser de las jornadas acumulativas o atípicas en el mundo de hoy que es muy distinto a lo que ocurría en 1919 en que se aprobó el Convenio N° 1?

De mantenerse la restricción de 3 semanas como máximo para jornadas y descansos acumulativos, esto significaría que un período de 21 días, el trabajador minero trabajaría 18 días continuos y 8 horas para tener 3 días de descanso también acumulativos. (Recuérdese que tal como lo establece el Fundamento 28, el trabajador minero no puede trabajar más de 8 horas diarias).

La pregunta es, si la familia de estos trabajadores, como ocurre en los hechos, residen en otros departamentos ¿qué posibilidad tendrán de visitarla si apenas gozarán de 3 días de descansos acumulativos? Ninguna. Se irán al pueblo más cercano y sólo tendrán la esperanza de ver a sus familiares con motivo de sus vacaciones, con lo cual los efectos de llevar una vida en soledad (comportamientos ansiosos y depresivos, desunión familiar, alcoholismo), a que se refiere el Fundamento 6 de la Sentencia, se acrecentaría en vez de disminuir.

Entonces, ¿Cómo se compatibiliza la restricción impuesta por la Sentencia del Tribunal Constitucional, con el derecho al disfrute del tiempo libre y al descanso a que se refieren los Fundamentos 18 y siguientes?

---

el día no sólo sirve para el trabajo, sino para otro tipo de actividades, personales, familiares, sociales, culturales, de descanso y disfrute verdadero del tiempo libre, como complemento esencial de la referida calidad del trabajador.

En esta misma línea de pensamiento, existen centros mineros en que por 5 semanas de trabajo acumulativo se le otorga al trabajador 2 semanas acumuladas de descanso.

¿Qué es más favorable para el trabajador?

Es cierto que en el Fundamento 29 al permitirse la jornada acumulativa y descansos también acumulativos no mayor a 3 semanas, y refiriéndose a actividades distintas a la minera, podrá por ejemplo trabajarse jornadas acumulativas de 12 horas que permitan a los trabajadores contar con un descanso acumulativo mayor a 3 días. ¿Será suficiente si su hogar se encuentra fuera del departamento donde trabajan?

El tema de la exposición del trabajador a los riesgos de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, ¿no debería ser solucionado por una inspección más rigurosa sobre el cumplimiento del horario de refrigerio o descanso y de las normas de seguridad y no a través de disposiciones generales que no se compadecen con la realidad?

III. RESOLUCION ACLARATORIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 11 DE MAYO DE 2006

Lo cierto es que la Sentencia que se ha comentado produjo justificadas reacciones no sólo de los empresarios mineros, sino también, entendemos, de los propios trabajadores de dicho Sector.

La demandada solicitó aclaración de la Sentencia y como consecuencia de este pedido, mediante Resolución fechada el 11 de mayo de 2006, el Tribunal Constitucional aclaró diversos contenidos de la misma, siendo los más importantes los siguientes:

Trabajadores mineros - Ámbito

El Fundamento 4 de la Resolución Aclaratoria restringe el ámbito de lo que debe entenderse por "trabajadores mineros", a quienes se les aplicaría las restricciones o limitaciones previstas en la Sentencia de 17 de abril de 2006; a saber: (i) Los

que laboran en minas subterráneas en forma permanente; (ii) Los que realizan labores directamente extractivas en las minas a tajo abierto; y, (iii) Los trabajadores que laboran en Centros de Producción Minera, siempre que en la realización de sus labores se encuentren expuestos a los riesgos de toxicidad, peligrosidad e insalubridad, según la escala prevista en el Reglamento de la Ley de Jubilación Minera; es decir, el ámbito de "trabajadores mineros" corresponde a aquéllos que tendrían derecho a pensión de jubilación adelantada, conforme a la Ley N° 25009, Modificatorias y Complementarias, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 029-89-TR (Punto 4). Estas normas incluyen a los trabajadores que prestan servicios en centros metalúrgicos y siderúrgicos.

En tal sentido, por ejemplo, el personal administrativo que presta sus servicios en un Centro Minero, no estaría comprendido en las restricciones a la jornada de trabajo, aún cuando podría alcanzarles aquéllas referidas a las jornadas y descansos acumulativos o atípicos. Sin embargo, como veremos más adelante, la Resolución Aclaratoria ha flexibilizado los alcances que sobre esta materia contenía la Sentencia de 17 de abril de 2006.

Jornadas y descansos acumulativos o atípicos

De acuerdo a la referida Sentencia, en el caso de trabajadores mineros la jornada razonable de trabajo no podía ser mayor de 8 horas diarias "ni" (sic) 48 horas semanales y, en concordancia con lo anterior, las jornadas acumulativas debían establecerse con base a días de trabajo de 8 horas, no pudiendo superar las 48 por semana en un período de 3 semanas o más corto, lo que significaba que, o los trabajadores mineros trabajaban de lunes a sábado 8 horas diarias (no más, salvo supuestos excepcionales en que se tendría que pagar la remuneración por horas extras) y descansaban el séptimo día; o, en un período acumulado de 21 días (3 semanas), tendrían que trabajar 18 días con una jornada no mayor a 8 horas, para tener 3 días de descanso acumulado (Fundamentos 28 y 29 de la Resolución original).

Ahora, con la Resolución Aclaratoria el esquema es el siguiente: (i) Sólo en las empresas mineras que cumplan copulativa o conjuntivamente las condiciones previstas en el "Test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros" contenido el Fundamento 15 de la Resolución Aclaratoria, las jornadas acumulativas podrán superar las 8 horas diarias de trabajo, siempre que junto

con los descansos, también acumulativos, en promedio no excedan las 8 horas diarias o 48 semanales. También podrán establecer jornadas acumulativas que superen el período de 3 semanas. Este cálculo debe efectuarse con base a un período de 3 semanas o más corto, según se detalla más adelante; (ii) Las empresas mineras que no cumplan con dicho Test, sus trabajadores no podrán laborar más de 8 horas diarias, aún cuando utilicen regímenes de jornadas y descansos acumulativos; (iii) Las jornadas y descansos acumulativos en otras actividades laborales, sin que les sea aplicable el "Test" antes mencionado para el trabajo minero, pueden superar las 3 semanas, siempre que el promedio de jornadas y descansos acumulativos, calculado por períodos de 3 semanas o menos, no supere en promedio las 8 horas diarias o 48 horas semanales. (Puntos 14, 15 y 16). Así por ejemplo, si existe un régimen de jornadas acumulativas de 35 días (5 semanas) y 14 días (2 semanas) de descansos también acumulativos, debe establecerse, si efectuado el cálculo de jornadas y descansos acumulativos en un período de 3 semanas de las 5, se respeta el indicado promedio. Lo mismo debe ocurrir con las 2 semanas restantes. En la práctica, se entiende que, si en el ejemplo propuesto, de 5 semanas de trabajo acumulativo y 2 de descanso acumulativo, en promedio, se respetan las 8 horas diarias o 48 horas semanales, lo mismo debería ocurrir si el cálculo se efectúa proporcionalmente tomando un período de 3 semanas.

Contenido del test de protección de la jornada máxima de trabajo para los trabajadores mineros

Los requisitos que a continuación se señalan, contemplados en el Punto 15 de la Resolución Aclaratoria, se deben cumplir de manera conjunta o copulativa:

a) La evaluación caso por caso, teniendo en cuenta las características del centro minero; por ejemplo, si se trata de una mina subterránea, a tajo abierto, o si se trata de un centro de producción minera;

b) Si la empleadora cumple o no, con las condiciones de seguridad laboral necesarias para el tipo de actividad minera.

c) Si la empleadora otorga, o no, adecuadas garantías para la protección del derecho a la salud y adecuada alimentación para resistir jornadas mayores a la ordinaria.

d) Si la empleadora otorga, o no, descansos adecuados durante la jornada diaria superior a la jornada ordinaria, compatibles con el esfuerzo típico desplegado.

e) Si la empleadora otorga, o no, el tratamiento especial que demanda el trabajo nocturno, esto es, menor jornada a la diurna.

f) Si se ha pactado en el Convenio Colectivo, el máximo de 8 horas diarias de trabajo (este supuesto se aplica sólo si existe Convenio Colectivo que regule este aspecto).

En consecuencia, si el empleador minero desea acogerse al esquema flexible de jornadas y descansos acumulativos o atípicos, debe acreditar el cumplimiento de todas y cada una de las condiciones señaladas y contar con las pruebas necesarias de ello. Basta que se incumpla una para que no se aplique, en cuyo caso las jornadas de trabajo no podrán superar las 8 horas diarias, bien se trate de trabajo diario con descanso semanal, o régimen de jornadas y descansos acumulativos.

Comentario especial merecen las condiciones c), d) y e) del "Test".

Respecto de la garantía de una adecuada alimentación para que los trabajadores se encuentren en aptitud de resistir jornadas mayores a la ordinaria, obligará a las empresas a un control nutricional por un profesional, que periódicamente supervise la calidad de la dieta alimenticia y emita los informes correspondientes, aconsejando las rectificaciones que deban introducirse o prestando su conformidad.

Cuando el empleador minero organice el trabajo en sus centros mineros con jornadas acumulativas que supongan un trabajo mayor a 8 horas diarias, entonces no será suficiente el descanso o refrigerio de 45 minutos, sino que tendrán que darse otros descansos por períodos razonables a la mayor extensión de la jornada y compatibles con el esfuerzo físico desplegado. Se entiende que esos descansos adicionales, al igual que lo que ocurre con el horario de refrigerio o descanso, no son computables dentro de la jornada de trabajo.

En el supuesto de que la actividad minera se desarrolle en turnos diurnos y de noche, la jornada nocturna deberá ser menor que la diurna, atendiendo al mandato contenido en el literal h) del artículo 7° del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo Adicional de San Salvador", del que el

Perú es adherente, y que el Tribunal Constitucional lo recoge en el Punto 15 de la Resolución Aclaratoria, según el cual la legislación nacional debe garantizar que las jornadas serán de menor duración, entre otros supuestos, cuando se realiza en horario nocturno.

IV. EFECTOS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN ACCIONES DE AMPARO

Una de las incertidumbres originadas por la Sentencia de 17 de abril de 2006, consistía en que si el efecto vinculante de lo resuelto alcanza imperativamente a todas las actividades laborales o si sólo es de obligatorio cumplimiento para la empresa demandada y de observancia por los jueces en casos similares.

Pues bien, el Tribunal Constitucional en el Punto 2 de la Resolución Aclaratoria, establece que "... el uso de los efectos normativos y la obligación de aplicación de un precedente vinculante, depende de la existencia de similitudes fácticas entre el caso a resolver y aquél del que emane el precedente ...".

Lo anotado significa que la Sentencia de 17 de abril y su Resolución Aclaratoria de 11 de mayo se aplican exclusivamente a la empresa demandada, y que los criterios generales antes expuestos, que tienen carácter vinculante, obligan a los jueces a resolver en el mismo sentido en casos similares. Estrictamente hablando no obliga a los demás empleadores; sin embargo, si se encuentran en la misma situación que la empresa demandada y si se les inicia una acción de amparo, todo hace prever que se resuelva con base a dichos criterios.

Esta conclusión se encuentra, además, amparada por las siguientes razones: (i) Porque el Fundamento 45 de la Sentencia de 17 de abril de 2006, establece que dicho precedente vinculante sirve "... para resolver todos los procesos de amparo que guarden similitud con lo ahora resuelto ..."; (ii) Porque la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301 determina que "Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes ... según los preceptos y principios constitucionales, conforme la interpretación de los mismos que resulten de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad". Adviértase que dicha norma se refiere a los Jueces y Tribunales y no a los otros Poderes del Estado, por ejemplo, dentro del Ejecutivo, al Ministerio de Trabajo, y tampoco a los particulares; (iii) Porque el artículo VII

del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, señala que "Las Sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la Sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. ..." que como se tiene dicho ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido que el precedente vinculante sirve para resolver todos los procesos de amparo que guarden similitud; (iv) lo resuelto no obliga a la Autoridad Administrativa de Trabajo, la misma que debe observar la legislación vigente, ya que su actividad es reglada, y no está autorizada a aplicar control difuso, y porque el criterio del Tribunal Constitucional sólo es válido para procesos similares, toda vez que no tiene el poder de modificar la legislación vigente, ya que sólo puede hacerse a través de otra ley, o de Sentencias recaídas en procesos de Acción Popular que declara la inconstitucionalidad o ilegalidad de un reglamento o, en acciones de inconstitucionalidad, que no es el caso. Sin embargo, podría existir el riesgo que la Autoridad Administrativa de Trabajo ante una infracción entienda la ley con base al criterio utilizado por el Tribunal Constitucional, que es al fin y al cabo el intérprete supremo de la Carta.

Por ello, resulta aconsejable que los empleadores mineros observen los preceptos generales que contiene el "test", por cuanto, de plantearse una acción de amparo contra ellos por motivos similares, los jueces tendrían que resolver en la misma forma en que lo ha hecho el Tribunal Constitucional; y además podría servir de base para una demanda por daños y perjuicios, los que obviamente tendrían que acreditarse. Un ejemplo claro de esto último lo constituyen las acciones de amparo en que se solicita reposición por despido arbitrario. Si el juez o Tribunal Constitucional la ordena, no así el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, los trabajadores demandan una indemnización por lucro cesante e incluso daño moral que vienen siendo acogidas.

TEMAS LIBRES

In Dubio Pro Reo e In Dubio Pro Operario. Colisión jurídica de las condiciones normativas para su aplicación

Mario Lohonel Abanto Quevedo

Bachiller en Derecho egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca
marioabantoquevedo@yahoo.es

Sumario

I. Introducción al tema. II. Delimitación conceptual de la discusión y caso ejemplificativo. III. Principios del Derecho Penal implicados. 3.1 Fundamentos del principio in dubio pro reo. 3.2 Finalidad del proceso penal. IV. Principios del Derecho Laboral implicados. 4.1 Fundamentos del principio in dubio pro operario. 4.2 Fundamentos del principio de primacía de la realidad. 4.3 Diferencias entre los principios in dubio pro reo e in dubio pro operario en relación a su realidad contextual. V. La naturaleza jurídica del contrato de trabajo. VI. El quebrantamiento de la buena fe laboral como falta grave y causal de despido justificado. VII. Independencia de la buena fe laboral de las causales de despido justificado por conducta del trabajador. VIII. Conclusiones.

Poderosa es la ley, pero más poderosa es la realidad.

Johann Wolfgang von Goethe
(1749-1832)

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La verdad a la que se refiere GOETHE es, qué duda cabe, la que podemos percibir sensorialmente. Toda prescripción normativa que pretenda ser aplicada a la regulación de la realidad externa, sea creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas, debe tener basamento en la verdad contrastable, aquella querrá ser creada, modificada o extinguida por personas a quienes interese su contenido. En su momento, este argumento colisionó con los postulados de la Teoría Pura del Derecho y fue así en tanto la actividad legislativa no pudo, como hoy también, ser

autosuficiente, como pretendió la tesis iuspositivista. Sin perjuicio de ello, queremos aquí abordar la realidad de la ley íntimamente comprendida, accediendo a su nebulosa inasible, a su mundo teórico, a sus entrañas inexploradas por la praxis, ya casi carente de reflexividad. El subtítulo propuesto intenta representar, siempre con la rudeza que caracteriza a las sumillas, el tema en cuestión, traído al mundo de la intelección en un esfuerzo por su aprehensión y entendimiento, derroteros del conocimiento.

En estas breves líneas intentamos poner en evidencia la colisión que se produce cuando se intenta hacer transitar una categoría de una especialidad del ordenamiento jurídico[1] a otra distinta, en lo que respecta a su alcance e interpretación, compleja actividad esta última, sobre la que se pueden hacer gravitar derechos y obligaciones inexistentes, pues se fundan en un error conceptual sobre las categorías jurídicas implicadas. En esta ocasión trataremos el caso de la interpretación extensiva del principio in dubio pro reo respecto a las leyes laborales y en especial con el principio in dubio pro operario. Sostendremos que estos principios han sido formulados para ser entendidos y aplicados restrictivamente, según la naturaleza de las relaciones a las que se refieren, no siendo posible su identificación.

[1] Entendemos al ordenamiento jurídico como el sistema orgánico y jerarquizado de normas positivas de un país, independientemente de su configuración territorial, pero que se articulan sobre un eje común que es la Constitución Política. Estas normas se encuentran enlazadas por relaciones de fundamentación y de derivación, constituyendo una estructura específica. Las relaciones de fundamentación tienen que ver con la constitucionalización de las normas que son bases de la sociedad; las de derivación están referidas al desarrollo legal de de las normas fundamentales. En el Perú asistimos al fenómeno de la juridización de las relaciones sociales, y al ser éstas muy numerosas, similar cantidad de normas componen nuestro ordenamiento jurídico. Ante esta problemática nada resulta mejor que la separación y organización de las leyes aplicables a dichas relaciones sociales, según su especialidad, para así poder distinguir entre relaciones de derecho público primero, y relaciones de derecho privado luego (por la naturaleza de este trabajo no abordaremos el cuestionamiento a esta separación), sin perjuicio de considerar las relaciones del derecho administrativo después. Es en este orden de ideas, que cada especialidad del ordenamiento jurídico reconoce y crea sus propios axiomas y principios, aplicables supletoriamente sólo cuando forman parte de las bases constitutivas del orden jurídico de la Nación; por ello se debe restringir su alcance hasta el límite de su especialidad.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LA DISCUSIÓN Y CASO EJEMPLIFICATIVO

En este orden de ideas, abordaremos en forma comparada dos segmentos del sistema jurídico nacional, específicamente en sendos principios rectores: por el derecho penal analizaremos los presupuestos de aplicación del principio in dubio pro reo; y por el derecho laboral, analizaremos igualmente lo que respecta al principio, menos desarrollado, del in dubio pro operario. Luego de esto identificaremos sus radicales semejanzas y no menos contundentes diferencias, las cuales los hacen irreconciliables en su aplicación conjunta o secuencial.

Para ejemplificar los motivos de estas disquisiciones trabajaremos sobre el siguiente caso: A es empleador de B en el régimen de la actividad privada. Pasado algún tiempo, A advierte que de sus instalaciones ha sido sustraído equipo mecánico, por lo cual efectúa la denuncia correspondiente y de las investigaciones resulta estar involucrado en tal ilícito, B y otros trabajadores, que de consuno han hurtado el mencionado equipo. Se entabla el proceso penal y sentenciado éste, se absuelve a B por no haberse podido acreditar plenamente su participación delictiva. Expresamente en la sentencia el juez ha aplicado a B el principio in dubio pro reo, *que se aplica tanto en la duda sobre los problemas de hecho, como en caso de falta de claridad de las leyes penales al juzgar el caso*[2].

Posteriormente, B solicita mediante carta notarial dirigida a A, su reposición en el puesto laboral, merced a la sentencia que lo absuelve y que en copia certificada acompaña a la mencionada carta. Esto se produce cuando A ya inició el procedimiento de despido justificado, por la causal a) del artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral[3]. ¿Debería A admitir la reposición de B, absuelto en aplicación del principio in dubio pro reo, identificando la ratio de este principio con la del in dubio pro operario? Creemos que no y argumentaremos las razones.

---

2 BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993: Análisis comparado. Tercera edición, Noviembre de 1997. ICS Editores. Página 651.

3 Por Decreto Supremo N° 003-97-TR se aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, que se publicó en fecha 27 de marzo de 1997.

III. PRINCIPIOS DEL DERECHO PENAL IMPLICADOS

El derecho penal es una de las formas de control social formal a la que recurre únicamente el Estado en última instancia, con la finalidad de lograr el mantenimiento de la sociedad y de sí mismo[4]. Este derecho estatal de punir conductas antisociales es el denominado *ius puniendi*. El esquema formal clásico heredado de la Ilustración y el constitucionalismo posterior a la Revolución Francesa de 1789 puede resumirse en las siguientes dos tesis: 1) el *ius puniendi* es una fuente de peligro para los derechos fundamentales, 2) es necesario contar con vallas institucionales para controlar ese peligro. Estas vallas han sido formuladas desde una perspectiva liberal, a fin de asegurar la vigencia de la libertad individual por encima de la pretensión punitiva del Estado.

Configurado así el derecho penal, su ejercicio encuentra necesario coto constitucional y legal en nuestro derecho positivo, tal limitación se expresa a través de varios principios informadores de la actividad penal, tales son el principio de legalidad, principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, principio de culpabilidad, principio in dubio pro reo, principio de proporcionalidad, principio de intervención mínima y fragmentariedad, principio de utilidad de la intervención penal y principio de humanidad y salvaguarda de la dignidad humana, que no tocaremos en este trabajo por no ser parte del objetivo enunciado.

Si se prescindiera de estas limitaciones, se incurriría en la negación del derecho penal liberal, traduciéndose esta negación en el autoritarismo represivo del Estado. Ricardo NUÑEZ[5], enseñaba que "*una concepción del Derecho penal se caracteriza sustancialmente como liberal, no por defender una posición jurídica particular del individuo en la sociedad con arreglo a una determinada concepción económi-*

---

4 Sobre el control social, ver MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda edición, revisada y puesta al día conforme al Código penal español de 1995. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Página 25. Sobre la legitimación material del derecho penal, ver JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Traducción por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Segunda edición corregida, Ediciones Jurídicas Marcial Pons S.A. Madrid, 1997. Páginas 44 a 55.

5 NUÑEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Parte General. Tomo I. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1959, p. 46.

ca (verbigracia, un liberalismo económico frente a un socialismo), sino por tener como finalidad esencial la protección del individuo y de la estructuración liberal o socialista de sus derechos. Su idea es, por consiguiente, compatible con todo sistema político que conciba a la individualidad siempre como fin y nunca como medio para la totalidad".

Aquí encuentra legitimación sistemática la existencia y aplicación del principio in dubio pro reo. Lo que con él se persigue es asegurar la libertad individual, según los presupuestos que veremos a continuación.

3.1 Fundamentos del principio in dubio pro reo

Este principio, originado en el proceso civil romano (*favorabiliores rei potius quam actores habentur*, según GAYO[6]), es recogido por nuestro texto constitucional vigente[7] como un límite al poder punitivo del Estado, ya que ante un supuesto de duda o conflicto de leyes, se impone al juez la obligación de elegir la opción que más favorezca al procesado ("reo" en la Constitución de 1979) pues de otra manera, no habría correlato con el fin de seguridad exigido en todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho, en el que la defensa de la dignidad de la persona humana, de su libertad y la consiguiente protección de las garantías ciudadanas, son los pilares fundamentales de la sociedad.

La razón que legitima a este principio pasa por garantizar el deber del Estado de probar la plena culpabilidad del procesado, pues recordemos que es su inocencia la que se presume y es ésta la que debe quedar desvirtuada en el proceso penal. Por ello, si la culpabilidad no se acredita de manera ineluctable, la absolución es el único camino legítimo a fin de preservar la libertad individual, en correlato con la

6 Cfr. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XV. Editorial DRISKILL S.A. Buenos Aires, Argentina. Octubre de 1992. Página 261.

7 Principios y derechos de la función jurisdiccional.
Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(...)
11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

defensa constitucional de la persona (*in oscuro, libertatem praevalere*). Imagínese pues que ante la sola presunción de culpabilidad o la "demostración" únicamente indiciaria de ésta se condenara al procesado, se estaría trocando la libertad por la posibilidad de culpa.

Este principio debe funcionar en cuatro planos, en el momento estelar del proceso penal (juicio) respecto al caso concreto, en la orientación de la labor legislativa post constitucional, en la orientación de la labor dogmática (crítica al derecho positivo vigente) y en las propuestas de lege ferenda.

Se advierte entonces con meridiana claridad que sus efectos procesales no pueden trasladarse a otros ámbitos de organización jurídica, bajo riesgo de tergiversar su naturaleza (límite al *ius puniendi* y garantía procesal) y tampoco se pueden hacer gravitar deberes u obligaciones alrededor de su aplicación judicial, más allá de la sentencia penal. La aplicación de este principio se agota totalmente dentro del proceso penal particular, no puede extenderse efecto alguno adicional, pues funciona como una herramienta exclusiva para el juez penal (o colegiado superior) para decidir en favor de la persona. Su empleo se restringe al órgano jurisdiccional, si bien su efecto es disfrutado por el procesado, quien no puede hacer de él una "llave maestra" para abrir otras puertas legales.

3.2 Finalidad del proceso penal

El Código Penal vigente reconoce en el artículo VII de su Título Preliminar la necesidad de la responsabilidad penal como presupuesto necesario para la aplicación de la pena, en consecuencia proscribe cualquier respuesta penal ante la mera responsabilidad objetiva por el hecho delictuoso.

La responsabilidad objetiva debe entenderse como aquella que resulta de la sola y simple subsunción del hecho cometido dentro del supuesto de hecho que la norma penal prevé, sin mayor análisis sobre la imputabilidad (o capacidad de culpabilidad), antijuridicidad y culpabilidad del autor. Predomina entonces en la respon-

sabilidad objetiva, el criterio de la tipicidad penal. No se trata pues, como sostenía FLORES POLO[8] de "*investigaciones y trámites encaminados a determinar y encontrar la verdad histórica del delito, identificar y castigar a los culpables*". Adoptar este criterio implica desconocer los avances en teoría de la dogmática penal[9] y la evolución de las teorías de la imputación así como los postulados de la imputación objetiva.

Se afirma que la razón última de la norma procesal penal, en su función reguladora del proceso penal, es la concreción del valor justicia[10]. Esta concepción parte de la consideración del proceso penal como instrumento de concreción de los valores sociales respecto de las conductas más gravosas, se evidencia un punto de vista axiológico. SAN MARTÍN CASTRO[11] considera que el fin del proceso es la decisión sobre el hecho delictivo imputado al procesado, sea para declarar su responsabilidad penal o para absolverlo por no ser culpable o por no haberse podido acreditar su responsabilidad penal en el proceso.

La finalidad del proceso penal es concluir pronunciándose sobre la *responsabilidad penal* del imputado respecto al delito que se le atribuye. Esto último sólo puede producirse válidamente con estricta observancia del marco garantista impuesto por la Constitución y las leyes especiales. Por tanto, la conclusión de un proceso penal es, de ordinario, una sentencia cuyos efectos recaen sobre el procesado y puede tomar dos sentidos distintos: sentencia condenatoria y sentencia absolutoria. Ambas están llamadas a dar por concluido el proceso penal y a adquirir carácter de cosa juzgada, no teniendo otro efecto posterior al proceso.

---

8 FLORES POLO, Pedro. Diccionario de Términos Jurídicos. Tomo II. Primera edición, reimpresión, diciembre de 1984. Página 346.

9 Hacer Dogmática Penal es referirse a las consideraciones de lege ferenda que se hacen a partir de las normas pre existentes; hacer Teoría de la Dogmática Penal es crear y proponer criterios para la dación de nuevas normas penales.

10 BERTOLINO, Pedro J. El funcionamiento del derecho procesal penal. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina, 1985. Página 100.

11 SAN MARTÍN CASTRO, César. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Primera edición, Lima 1999. editorial GRIJLEY E.I.R.L. Página 12.

La sentencia penal no constituye derechos para el procesado que ha sido absuelto, por tanto, nada más allá de la inmediata puesta en libertad, puede ser exigido sobre la base de la sentencia absolutoria, por más que su sentido haya sido determinado por la aplicación del principio in dubio pro reo.

IV. PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL IMPLICADOS

El derecho laboral comprende el conjunto de normas legales que regulan las relaciones de trabajo entabladas entre las personas en la sociedad económica contemporánea. Los derechos laborales han sido incorporados a la Constitución "*dentro del conjunto de derechos humanos que el Estado reconoce y se compromete a respetar, promover y garantizar su goce, supone por lo menos, asignar la máxima jerarquía jurídica a esos derechos. Son derechos humanos reconocidos como tales a nivel constitucional y, por lo tanto, gozan de las garantías constitucionales y no pueden ser afectados o limitados por normas o actos de jerarquía infraconstitucional, salvo en las condiciones y circunstancias que la propia Constitución prevea. Más aún al revistar en la Constitución forman parte del "contrato social", de las condiciones mínimas de vida en común de la sociedad y de la creación, institucionalización o conformación (eso quiere decir "Constitución") del Estado*"[12].

Como es obvio, este segmento de la legislación precisa también de principios de interpretación, que vienen a aplicarse en defecto de la *lex specialis*, inspiran la interpretación de las leyes vigentes y cubren vacíos aparentes del derecho con la interpretación que a partir de ellos se desprende.

Según la Constitución Política de 1993, los principios de la relación laboral son los siguientes:

[12] ERMIDA URIARTE, Oscar. Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI. Entrevista concedida al Consorcio Justicia Viva y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, junio de 2003. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Página 10.

Artículo 26°.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:
1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Por otro lado, ya hace tres años, el Congreso de la República puso a disposición de los visitantes de su página web, el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, importante esfuerzo de codificación de nuestra legislación laboral -que a partir de la década de 1990 proliferó de forma poco ordenada y sistemática, no contribuyendo esto al conocimiento de sus disposiciones-. Según el Artículo XI del Título Preliminar propuesto, los principios del ordenamiento laboral son:

- In dubio pro operario interpretativo: 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.

- In dubio pro operario aplicativo: 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.

- Irrenunciabilidad de derechos laborales: Irrenunciabilidad de los derechos del trabajador nacidos de normas imperativas.

- 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. Solo pueden ser dejadas sin efecto por acuerdo de partes.

- 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 familia-

res, 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.

- Primacía de la realidad para preferir los hechos sobre las formas y las apariencias.

- Fomento por el Estado de la autonomía colectiva como instrumento de regulación equilibrada de las relaciones laborales y generación de paz social.

- 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.

- Los demás derivados de la dignidad de la persona y de su protección por el Estado.

Como vemos, la consideración al principio in dubio pro operario ocupa el primer lugar entre los principios del derecho laboral que nuestro ordenamiento sobre la materia reconoce, por ello, a continuación trataremos el caso de su justificación, pero no debemos dejar de advertir que de su formulación se desprenden inclusive dos variantes, la primera, referida a la interpretación más favorable al trabajador de sólo una norma de contenido laboral, cuando a partir de ella se desprende más de una interpretación posible; la segunda, cuando hay más de una norma, que regula de forma contrapuesta un mismo hecho con contenido laboral.

4.1 Fundamentos del principio in dubio pro operario

Este principio, ampliamente abordado por la doctrina nacional más autorizada[13], prescribe básicamente dos supuestos de aplicación: la duda en la aplicación de una norma (respecto a otra) y la duda en la interpretación de una norma.

El aforismo tiene gran importancia, puesto que centra el interés del legislador constitucional y del intérprete en el sujeto de la relación laboral que debe ser protegido preferencialmente: el trabajador. ¿Por qué debemos favorecer al trabajador respecto del contenido de una norma legal en la que hay duda sobre su aplicación o interpretación? Por que el trabajo (y su conservación) es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona, según declara el artículo 22° de la Constitución Política, por ello se justifica que a continuación, su artículo 23° consagre al trabajo como un objetivo de atención prioritaria del Estado. Además, ha de considerarse como un hecho histórico que el trabajador es la parte más débil en la relación jurídica laboral frente al empleador, aunque este punto es cuestionado por la consideración de la libertad, presupuesta por la doctrina del liberalismo económico, pero en nuestro país, aún encuentra respaldo en los hechos y, ergo, legitimidad.

Para atenuar la disparidad de condiciones entre el empleador y el trabajador, en beneficio de este último, se crea otra desigualdad, como es la de favorecer "por mandato de la ley" al trabajador[14]. Esta disparidad también se fundamenta también en el progresivo debilitamiento de los sindicatos.

Siguiendo al Dr. Luis Alberto PEÑA GUZMÁN, en la Enciclopedia Jurídica OMEBA[15], en el ámbito interpretativo, el principio puede ser aplicado siempre que: 1) se trate de elegir entre varios sentidos de la norma; 2) exista duda sobre su

---

13 Al respecto resulta imprescindible consultar los trabajos de los Doctores Víctor FERRO DELGADO, Javier NEVES MUJICA, Carlos BLANCAS BUSTAMANTE y Alfredo VILLAVICENCIO RÍOS, entre otros.

14 Cfr. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XV. Editorial DRISKILL S.A. Buenos Aires, Argentina. Octubre de 1992. Página 258.

15 Ob. Cit.

alcance legal; y 3) no se oponga a la voluntad del legislador[16]. El principio que consideramos no puede fundamentar el otorgamiento de un derecho que no ha sido expresamente previsto por el legislador, sólo tiene validez cuando se trata de optar frente a varias posibilidades surgidas de la formulación normativa, pero nunca debe suplir la actividad del legislador, pues es menester tener presente que el derecho laboral es un conjunto reducido de garantías en beneficio de los trabajadores cuyo desarrollo también pasa por el pronunciamiento jurisdiccional que se plasme en resoluciones que conformen jurisprudencia en la materia. El principio in dubio pro operario no debe crear derecho para otras ramas del ordenamiento jurídico que no sea la laboral.

Se necesita entonces de un trabajador, o un colectivo de ellos y de una situación jurídica laboral concreta, cuya aplicación o interpretación no sea clara, inclinándose por último hacia el beneficio del trabajador. Obviamente, la decisión respecto de la norma legal debe traducir sus efectos en el desempeño laboral de la persona, ya sea para mejorar o conservar sus privilegios laborales.

4.2 Fundamentos del principio de primacía de la realidad

Por el principio de primacía de la realidad, se prefieren, en derecho laboral, los hechos sobre las formas y apariencias, es decir, lo que ocurre en la práctica es más importante que aquello pactado por las partes en documentos. Como puede advertirse, tal como se concibe este principio, su aplicación está condicionada a la verificación, por parte del Juez o colegiado superior, de aspectos externos que tienen que ver con la ejecución de la prestación laboral o referida a las condiciones en las que esta prestación es brindada[17]. Es pues necesaria la evaluación sobre la realidad contrastable.

---

16 En contra, confrontar el enjundioso trabajo del Dr. Fernando De Trazegnies Granda: La muerte del legislador. Fuente: Módulo I: Razonamiento jurídico. Material de lecturas. Tercer PROFA. Academia de la Magistratura. Páginas 277 a 303.

17 Para verificar esta aseveración, dar lectura a la sentencia emitida en el expediente N° 2241-91-CD-LIMA, de fecha cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y dos; la sentencia en casación N° 691-

Este principio resulta de la mayor importancia ya que en virtud del Decreto Legislativo N° 910 (Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador), se puede determinar en la vía administrativa la existencia de un contrato de trabajo ahí donde evidentemente se simule uno de naturaleza civil (locación de servicios o de obra), o mercantil (comisión mercantil o prestación de servicios a través de una empresa pantalla), para lo cual se hará uso de las presunciones relativas previstas en el artículo 9° del Reglamento de la mencionada Ley (Decreto Supremo N° 020-2001-TR) según las cuales:

> "En aplicación del principio de primacía de la realidad se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un vínculo de naturaleza laboral cuando, dentro de un procedimiento de inspección de trabajo, se constate cualquiera de las siguientes situaciones: (a) si el trabajador realiza una labor similar a la de otro registrado en planillas de la empresa; (b) si pese a haber concluido el convenio de formación laboral juvenil o de prácticas pre profesionales o aprendizaje, o superados los límites legales, la persona continúa prestando los mismos servicios a la empresa que lo contrató; (c) si la labor se encuentra calificada por norma expresa como de naturaleza laboral o de carácter subordinado; (d) si se manifiestan los elementos esenciales del contrato de trabajo tales como la subordinación, horario, reglamentación de la labor y la facultad sancionadora; (e) en cuanto a las empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajadores si se constata que el personal destacado por una de ellas a la empresa usuaria es contratado por éstas simulando un contrato diferente al laboral o asociativo laboral. En este caso la relación laboral se presume respecto de dichas empresas; y cuando la empresa usuaria no acredita la condición de trabajador destacado por una de estas empresas, en cuyo supuesto se presume la existencia de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado[18].

De otro lado, la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), consagra como uno de los principios del procedimiento administrativo el principio de verdad material (artículo IV, numeral 1.11.) según el cual en el proce-

96 de fecha treinta y uno de octubre de mil novecientos noventiséis y especialmente, la sentencia en materia de acción de amparo del expediente N° 503-99-AA/TC.

[18] MORALES CORRALES, Pedro. La nueva ley general de inspección del trabajo y defensa del trabajador. Ponencia presentada en el Seminario organizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social los días 19 y 20 de Julio de 2001. Publicada en la Revista Jurídica del Perú. Año LI, N° 25, agosto de 2001.

dimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aún cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. Adviértase entonces que ése es un deber de la autoridad administrativa, no es una facultad. Distinto matiz es el adoptado para los procedimientos trilaterales, pues la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también el interés público.[19]

Para apuntalar lo dicho, citaremos los acuerdos del Pleno Jurisdiccional Laboral del año dos mil (que convoca a todos los vocales superiores que resuelven en segunda y última instancia, sin perjuicio del recurso de casación cuando corresponda) sobre el contrato de trabajo y locación de servicios[20]:

> Primero: Si el Juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de la irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.
>
> Segundo: De darse el supuesto anterior, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, el Juzgado deberá poner en conocimiento de las instituciones que correspondan o entidades del Estado que tengan a su cargo la administración y/o fiscalización de las contribuciones y aportaciones sociales para los efectos pertinentes.

Nosotros creemos además que este principio puede, sin crear ningún conflicto, pronunciarse por la realidad de situaciones subjetivas plenamente observables que determinan la validez de una situación jurígena determinada, ya sea en sentido positivo o negativo, tal situación puede referirse a la existencia o no de la buena fe

---

19 MORALES CORRALES, Pedro. Ob. Cit.

20 INFORMATIVO VERA PAREDES. Compendio Laboral. Legislación y casos prácticos 2003. Editores e impresores Surco S.A. Segunda edición, abril 2003. Página 241.

laboral, la entidad de la falta cometida según el ámbito de su ocurrencia (distinta gravedad reviste una conducta negligente en una fábrica de cerámica que en una empresa minera, verbigracia), y otras determinables según los casos concretos.

4.3 Diferencias entre los principios in dubio pro reo e in dubio pro operario en relación a su realidad contextual

El principio in dubio pro reo tiene lugar en el contexto del proceso más restrictivo de derechos que se puede entablar entre el Estado y un ciudadano (excluimos el supuesto de querellas) siendo éstas las partes del proceso en estricto, pues es el Fiscal quien acusa y el procesado quien ejerce su derecho a la defensa, siempre en el marco garantista constitucional. Este proceso penal recibe entonces una calificación especial por la calidad de la parte acusadora. Aquí el principio estudiado cumple entonces una función aseguradora de la libertad, que opone el juez penal respecto a la pretensión punitiva del fiscal. Vemos pues que tal contundencia en la intervención estatal se sustenta en el deseo de la afirmación de una expectativa funcional en sociedad, que en un momento anterior ha sido vulnerada y tal hecho se le atribuye al procesado.

En el proceso laboral, el Estado no tiene tal participación, limitándose su intervención a la del juez administrador de justicia, que incluso debe intentar armonizar los intereses contrapuestos del empleador y el trabajador en el proceso; su intervención es dirimente, pero no privativa de derechos. El principio in dubio pro operario funciona aquí como una más de las herramientas de las que dispone el juez para asegurar la equidad en el caso concreto. Vemos pues que esta clase de proceso, dándose entre empleador y trabajador, se construye sobre una relación de tipo privado, que no afecta, como lo haría un delito, al interés público, pero en cuya solución se deben afirmar los principios constitucionales de protección al trabajo según los artículos 22° y 23° de la Constitución. Es decir, el caso concreto sólo es de interés para las partes, pero la materia controvertida (la relación laboral en abstracto) es de interés colectivo.

Como vemos ambos principios se aplican cuando concurren las condiciones necesarias y siempre en procesos judiciales distintos por el grado de intervención estatal y por el nivel de afectación del interés colectivo. Por tanto, no pueden ser identificados ni aplicados en forma secuencial y mucho menos puede intentarse

con éxito trasladar el contenido de la aplicación de uno de ellos para fundamentar la posibilidad del otro, ya que sus efectos instrumentales se agotan en el proceso en el que se den y no pueden irradiarse más allá.

Puede afirmarse mucho más sobre las diferencias entre estos dos principios, pero queremos referirnos aquí a las diferencias que se desprenden de su empleo procesal respecto del ejemplo planteado *ut supra*, con la finalidad de no exceder los límites auto impuestos para esta breve exposición.

V. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Debemos abordar este punto pues en el ejemplo planteado, media entre A (empleador) y B (trabajador) un contrato laboral para desempeñar funciones en el ámbito privado.

El contrato de trabajo surge como la forma de instrumentalizar jurídicamente la confluencia de voluntades para la relación laboral, hecho jurígeno por excelencia, que por esta característica intrínseca, urgía de una regulación legal, pues con el avance de las especialidades y modos de utilizar la mano de obra, pone en gran ventaja al empleador sobre el trabajador[21]. Esta es una de las razones que fundamenta que ante la duda en la interpretación y/o aplicación de las normas laborales o pactos de la misma naturaleza, prime el interés del trabajador.

El contrato de trabajo, como actualmente lo conocemos, genera para las partes que lo celebran (empleador y trabajador) una relación de carácter sinalagmático. Esto significa que cada una de las partes asume el cumplimiento de una determi-

[21] Para verificar cómo ha evolucionado la situación de los trabajadores y empleadores a lo largo de la historia de la época moderna, es imprescindible estudiar los cambios producidos a partir de la revolución industrial en Inglaterra desde finales del siglo XVIII. Para una visión más completa de estos cambios, sugiero consultar el ensayo Influencia mundial de la Revolución Industrial, de Peter N. Stearns, de la Universidad Carnegie Mellon, pues analiza la naturaleza de la industrialización mundial desde sus comienzos en el siglo XVIII en Inglaterra; compara además, las diferentes revoluciones industriales subsecuentes, para medir el impacto que cada una de ellas tuvo en la vida diaria de los habitantes de las zonas donde influyeron.

nada prestación a cambio de otra. Así, mientras el trabajador se obliga a prestar al empleador los servicios para los que fue contratado, el empleador asume la obligación de retribuirlos.

Pero también se derivan del contrato de trabajo una serie de otras obligaciones. Para el empleador, concretamente, el pago al trabajador de los beneficios que por ley, convenio colectivo, acuerdo individual o concesión unilateral del empleador se pudieran haber establecido. Para el trabajador, los deberes de cumplir el trabajo encomendado con la mayor diligencia y pericia posible que sus conocimientos le permitan, con puntualidad y eficiencia, entre otros.

Ahora bien, para que exista contrato de trabajo y se deriven de él las obligaciones en cuestión, es necesaria la concurrencia de tres elementos esenciales exigidos por nuestro ordenamiento jurídico: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. Estos elementos deben verificarse concurrentemente, pues de otra manera no califica la relación establecida como estrictamente laboral.

En efecto, según el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

> "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".

El Anteproyecto de Ley General del Trabajo mencionado líneas arriba, en sus artículos I a V de su Título Preliminar, establece el concepto del vínculo laboral y desarrolla cada uno de sus elementos constitutivos, lo cual, doctrinariamente, contribuye a establecer con precisión las situaciones que son típicamente laborales, reconociendo incluso para su constitución al principio de primacía de la realidad que ya hemos abordado.

VI. EL QUEBRANTAMIENTO DE LA BUENA FE LABORAL COMO FALTA GRAVE Y CAUSAL DE DESPIDO JUSTIFICADO

La buena fe es una categoría jurídica adoptada por varias especialidades del ordenamiento jurídico y ha sido desarrollada profusamente por la doctrina civil (al-

rededor de su consideración legal desde los libros de Acto Jurídico[22], Derecho de Familia[23], Fuentes de las Obligaciones[24], entre otros). La buena fe se encuentra en el plano axiológico y se aplica siempre sobre un hecho, del que son responsables las personas que voluntaria y conscientemente intervienen en él. Limitamos entonces el estudio de la buena fe a su implicancia social a partir del acuerdo entre las partes. De esta manera, la buena fe se proyecta individualmente primero (ética subjetiva o moral) y bilateralmente después (ética ínter subjetiva o derecho). Es que la buena fe se corresponde tanto con imperativos éticos de estricta moral: honestidad, lealtad, veracidad, confianza; como con imperativos ético-jurídicos de la ínter subjetividad, según supuestos generales y expresas consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico positivo[25].

La buena fe no es una norma jurídica, sino un principio jurídico fundamental, que está en la base de nuestro ordenamiento jurídico y por tanto lo inspira en su totalidad. Por ella se entiende la sinceridad que se presume ínsita a las personas en el establecimiento de sus interrelaciones, las cuales pueden ser de la más diversa índole, abarcando también las relaciones susceptibles de ser apreciadas por el ordenamiento jurídico. Pero no sólo al momento en que las personas se obligan jurídicamente, sino también mientras dure el vínculo asumido e incluso, al adoptar las formas establecidas para su término. Por lo tanto, al artículo 1362° del Código Civil, se le debería añadir que los contratos también se rigen por la buena fe en lo atinente a su conclusión.

---

22 Código Civil de 1984:
Artículo 168°.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.
Artículo 194°.- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.
Artículo 197°.- La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe.

23 Artículo 274°, inciso 3: Es nulo el matrimonio: (...) 3. Del casado. No obstante, si el primer cónyuge del bígamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o disuelto por divorcio, sólo el segundo cónyuge del bígamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. (...)

24 Artículo 1362°.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

25 Cfr. Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo II Editorial DRISKILL S.A. Buenos Aires, Argentina. Octubre de 1992. Páginas 403 a 410.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR, TUO del D.L. N° 728) reconoce a la buena fe (laboral) como uno de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, así, prescribe en su artículo 25:

> "Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:
> a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, (...)"

La buena fe se presume en todos los casos en que la ley no exige que ella resulte de una prueba previa. Esto es así por que la buena fe se deriva de un supuesto sobre el cual se desplazan la totalidad de relaciones sociales: *toda persona es honesta hasta que se pruebe lo contrario.* Sólo indicios decisivos, concordantes y suficientes pueden destruir la presunción de buena fe, pero no perdamos de vista que la evaluación de esta suficiencia de los indicios es netamente subjetiva, como lo es la propia buena fe, por ello esta evaluación depende de la parte afectada por el actuar de mala fe del otro. Para esta tarea son decisivas las circunstancias del caso particular y además la conciencia axiológica de la comunidad[26].

Ya Niklas LUHMANN[27] ha establecido que para que los contactos sociales entre los sistemas integrantes de la sociedad global sean posibles, es necesario que las personas cuenten con cierto grado de previsibilidad de dichos contactos, uno de los presupuestos de esa seguridad anterior al inicio del contacto social es la buena fe, que debe mediar durante el contacto social producido entre las personas, pues resultaría sumamente complicado (e improbable la consecución de resultados) echarse a la tarea de verificar las calidades personales de aquél con el que queremos contratar (para este caso), al margen de la constatación de elementos externos que también funcionan de manera indiciaria, tales como la calidad de sujeto de crédito, por ejemplo.

---

26 Ob Cit.

27 LUHMANN, citado por JAKOBS, Günther. Ob. Cit. Página 10.

VII. INDEPENDENCIA DE LA BUENA FE LABORAL DE LAS CAUSALES DE DESPIDO JUSTIFICADO POR CONDUCTA DEL TRABAJADOR

La buena fe laboral es una condición abstracta que concurre al establecimiento de la relación laboral. Debe mediar necesariamente entre los sujetos de esta relación, es decir entre el empleador y el trabajador, pues su carácter sinalagmático genera deberes y derechos para ambas partes. Por ello ante todo procedimiento, sea por orden del empleador o dejado a la discrecionalidad del trabajador, debe primar el interés de beneficio mutuo, que en primer lugar es el interés de la empresa, pues si la empresa se encuentra bien, tal situación redundará en beneficio de quienes de la empresa dependen.

No olvidemos que el despido justificado se debe a causa justa, que puede ser de dos clases: relacionada a la capacidad o a la conducta del trabajador. Son estas últimas las que nos interesan y se dividen en tres clases: comisión de falta grave, condena penal por delito doloso e inhabilitación del trabajador. La primera de ellas, la falta grave, sólo se configura por causales establecidas legalmente, con el sistema de *numerus clausus*, pues no podría ser de otra manera debido a que su verificación importa el término de la relación laboral y debe tenerse plena certeza de la razón que esgrime el empleador para iniciar el procedimiento de despido que la ley le impone, donde incluso se establece la concesión de un plazo razonable para que el trabajador haga sus descargos.

Cuando el empleador verifica objetivamente la concurrencia de una causal de falta grave relacionada a la conducta del trabajador, de las ocho que taxativamente se enumeran en el artículo 25° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, también se verifica la producción de un daño irreparable a ese sentimiento de confianza del empleador hacia el trabajador, que denominamos "buena fe laboral". Por ello sostenemos que esta categoría jurídica es independiente de las causales, subsiste a pesar de presentarse elementos negativos de las causales de falta grave, su lesión es directa pero inapreciable objetivamente y por ello judicialmente no se le quiere apreciar, a pesar de ser un elemento primigenio en el establecimiento de la relación laboral y por ello, de importancia fundamental.

A pesar de esto, el artículo 22° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, *in fine*, reconoce que la demostración de la causa justa de despido (en este

caso, relacionada a la conducta del trabajador) corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido. Creemos que dentro de la etapa postulatoria de este proceso el empleador puede, legítimamente, alegar el quebrantamiento de la buena fe laboral, por lo que el vínculo laboral ha sido herido de muerte, debiendo el juez especializado valorar este elemento, liado a los hechos, para fundamentar su decisión.

VIII. CONCLUSIONES

La ratio que fundamenta el principio constitucional del in dubio pro reo, no puede, en todos los casos, fundamentar de igual manera el principio laboral del in dubio pro operario. La duda del juez penal o colegiado superior que fundamenta la absolución del delito respecto del trabajador, no es la misma duda que debe fundamentar la procedencia de la aplicación del principio in dubio pro operario para reponer a este mismo trabajador en su puesto laboral. Si se procede al contrario se desconoce el elemento subjetivo de la buena fe laboral que debe existir entre trabajador y empleador, como base de los deberes de lealtad, probidad y honestidad en el trabajo.

La buena fe, como categoría básica del ordenamiento jurídico civil, está siempre presente entre las partes contratantes, su detrimento influye también sobre los efectos del contrato celebrado entre las partes, por ser uno de los elementos constitutivos del vínculo laboral, sobre el que descansan los deberes sinalagmáticos del empleador y el trabajador.

La responsabilidad laboral por faltas graves se verifica objetivamente, pues no cabe mayor análisis de la causal una vez que ésta se ha producido. La comisión de falta grave siempre lesiona de manera directa, a la buena fe laboral.

El pronunciamiento de irresponsabilidad penal por la duda respecto a la culpabilidad no puede invocarse como fundamento del pedido de reposición del trabajador en su puesto laboral, pues este razonamiento no tiene en cuenta que al estar incurso el trabajador en un proceso penal donde se intenta demostrar su accionar delictuoso contra su empresa empleadora, por haberse encontrado indicios de tal participación, la buena fe laboral se resquebraja inevitablemente, bastando la comprobación objetiva de la vinculación razonable, para que se dé en plenitud la causal

de despido justificado por falta grave que está prevista en el literal a) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728. Sin confianza del empleador en su trabajador no puede ya restablecerse en un clima de armonía y seguridad la relación laboral.

Debe declararse improcedente la demanda de reposición en el cargo, de la persona absuelta en el proceso penal, siempre y cuando el Juez considere que el accionar delictuoso que se le imputó y no se le pudo comprobar, creó una duda razonable en su empleador respecto a la conveniencia de mantener una relación laboral que se basa en la buena fe y/o medie oposición expresa del empleador a realizar la reposición por los motivos descritos.

No se vulnera la presunción de inocencia al denegar la reposición del trabajador otrora investigado penalmente, pues esta categoría jurídica es una garantía del proceso penal no trasladable al procedimiento laboral.

La realidad, esa que prevalece en el proceso laboral y a la que se refiere GOETHE, también se nutre de consideraciones subjetivas, que la condicionan y la determinan en uno u otro sentido. Poderosa es la ley, pero también lo es la realidad de que el empleador pierda la confianza en su trabajador (elemento de primer orden en la relación laboral) cuando éste se ve seriamente implicado en un acto de deslealtad contra el empleador, como es el hurto agravado. Muy independiente de esta consideración subjetiva es el resultado absolutorio del proceso penal en el que se investigó al trabajador, cuando este resultado ha sido determinado por la insuficiencia formal de medios probatorios de la responsabilidad. Los indicios son, en este caso, determinantes.

LISTA DE REFERENCIAS

Enrique Bernales Ballesteros. *La Constitución de 1993: Análisis comparado.* Lima: ICS Editores, 1997.

Pedro J. Bertolino. *El funcionamiento del derecho procesal penal.* Buenos Aires: Editorial Desalma, 1985.

Fernando De Trazegnies Granda. *La muerte del legislador.* Fuente: Módulo I: Razonamiento jurídico. Material de lecturas. Tercer PROFA. Academia de la Magistratura.

Decreto Supremo N° 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 publicado el 27 de marzo de 1997.

Oscar Ermida Uriarte. *Protección jurisdiccional de los derechos laborales, relevancia de su constitucionalización, flexibilidad laboral y formación profesional a comienzos del siglo XXI.* Entrevista concedida al Consorcio Justicia Viva y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, junio de 2003. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Pedro Flores Polo. *Diccionario de Términos Jurídicos.* Tomo II. Primera edición, reimpresión, diciembre de 1984.

Günther Jakobs. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Ediciones Jurídicas Marcial Pons S.A., 1997.

Informativo Vera Paredes. *Compendio Laboral. Legislación y casos prácticos 2003.* Lima: Editores e impresores Surco S.A., 2003.

Pedro Morales Corrales. *La nueva ley general de inspección del trabajo y defensa del trabajador.* Ponencia presentada en el Seminario organizado por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social los días 19 y 20 de julio de 2001. Publicada en la Revista Jurídica del Perú. Año LI, N° 25, agosto de 2001.

Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1996.

Ricardo C. Nuñez. *Derecho Penal Argentino. Parte General.* Tomo I. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

Enciclopedia Jurídica *OMEBA*. Tomo XV. Buenos Aires: Editorial DRISKILL S.A., 1992.

César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Lima: Editorial GRIJLEY E.I.R.L., 1999.

El derecho del trabajo ante las nuevas formas de organización de la empresa. La descentralización productiva: ¿es causa objetiva de cese colectivo?

Iván Paredez Neyra

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú
Estudios de Maestría en Relaciones Laborales – PUCP
Post grado en Relaciones Laborales en la Universidad Complutense de Madrid -España

Sumario

Introducción. I. Descentralización Productiva. 1. Concepto. 2. Clases. 3. Causas y Consecuencias. II. Cese Colectivo por Causas Objetivas. III. La descentralización productiva: ¿puede ser considerada como causa objetiva de cese colectivo?. IV. A modo de conclusión

En los últimos años han venido surgiendo diversos cambios y tendencias en el actuar de las empresas debido a la búsqueda de la mayor competitividad y productividad que el mundo globalizado nos hace afrontar. Uno de estos fenómenos o tendencias que el empresario ha venido asumiendo con el fin de ser más competitivos es la descentralización productiva, tendencia mediante la cual - y adelantándonos a su definición - la empresa opta por desprenderse de ciertas actividades o fases de su producción o gestión que no forma parte de su actividad principal y lo deriva o lo transfiere a un tercero especializado, logrando con ello dedicarse casi en exclusividad a su actividad principal, a su núcleo de producción (su core business). Así, dentro de este contexto de globalización de mercados donde el empresario busca la constante innovación y, para ello, una concentración de sus recursos en la actividad principal, es que la descentralización productiva sería la solución.

Sin embargo, la descentralización productiva no sólo trae consigo una serie de consecuencias positivas, sino también negativas, ya sea para el propio empresario como para los trabajadores de éste y, además, al ser una nueva forma de organización de la empresa también trae consigo nuevas interrogantes al derecho del trabajo, entre las cuales, nos formulamos la siguiente: ¿Si el empresario decide externalizar cierta actividad o fase de producción o de gestión, lo que conllevaría prescindir de los trabajadores involucrados en la actividad externalizada, podría ser toma-

da la figura de la descentralización productiva como una causa objetiva de cese colectivos de trabajadores?. Para arribar a una conclusión, mediante el presente trabajo nos proponemos dar una revisión panorámica de este fenómeno, su concepto, sus clases, sus consecuencias, para luego, abordar directamente sobre nuestra interrogante planteada.

I. DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

1. Concepto

La descentralización productiva, como nueva forma de organización de la empresa, también es conocida bajo otras denominaciones en la doctrina, así, se le puede denominar indistintamente: outsourcing, externalización o tercerización.

Ahora bien, entendemos por descentralización productiva a la decisión del empresario de desprenderse de alguna actividad o fase de producción o gestión que no forma parte de su actividad principal y derivarla o encargarla a un tercero especializado con la finalidad de que el empresario oriente sus esfuerzos a las necesidades neurálgicas de la empresa, es decir, a su actividad principal, manteniendo una relación de coordinación y de control sobre sus actividades tercerizadas.

Siguiendo a Cruz Villalón, la descentralización productiva es:

> "aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa – que denominaremos empresa principal – decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales – que llamaremos empresas auxiliares-, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo. Vía descentralización productiva, la empresa principal opta por no realizar el conjunto del ciclo productivo con sus trabajadores, pues deriva parte de su actividad para que

la lleve a cabo otras empresas o profesionales autónomos con su organización, personalmente o con asalariados a su servicio." [1]

Al respecto, Del Rey Guanter y Luque Parra definen a la descentralización productiva como toda externalización hacia empresas autónomas o independientes (empresas contratistas) de actividades o funciones directa o indirectamente relacionadas con el ciclo productivo o de servicios que previamente eran desarrollados por la propia empresa (empresa principal).[2]

Asimismo, Sanguinetti expresa que "la descentralización productiva constituye una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de tres elementos: a) la fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de contratistas y proveedores externos en vez de trabajadores dependientes para su atención; y c) la coordinación global de la actividad de éstos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación"[3]

Finalmente, coincidimos con el profesor Valdés Dal Ré cuando señala que:

> "la descentralización productiva se caracteriza por dos rasgos, que constituyen sus notas de identidad: la fragmentación o segmentación del ciclo productivo y la externalización o exteriorización de ciertas fases, funciones o actividades de dicho ciclo. Desde una perspectiva macro, la descentralización productiva lleva asociadas, por tanto, dos consecuencias esenciales. La primera, de carácter económico, consiste en la introducción de un principio de división del trabajo entre las organizaciones empresariales (...). La segunda consecuencia, ya de impronta jurídica, reside en el tipo de relaciones Inter-empresariales que la descentralización pro-

1 CRUZ VILLALÓN, Jesús. "Derecho del Trabajo y Descentralización productiva en España" (Informe nacional español para el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo celebrado en setiembre de 2006 en París-Francia)

2 DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, M. "Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas". En: AA.VV.: Manual Práctico Laboral, Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, Madrid, 1999, p. 521

3 SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. "La descentralización productiva: ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?" En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004. p. 410 - 411

ductiva pide, sustentadas en vínculos de cooperación, de coordinación o de dependencia" [4].

2. Clases

Pla Rodríguez nos muestra los diversos caminos por los que puede llegarse a la descentralización productiva y así nos muestra cuatro clasificaciones[5]:

La primera clasificación es entre actividades secundarias o accesorias y las actividades centrales o nucleares; siendo las actividades secundarias -como lo dice su propio nombre - las ajenas a la actividad principal de la empresa y las actividades centrales aquellas esenciales para cumplir el ciclo productivo que constituye el objetivo del funcionamiento de la empresa.

La segunda clasificación es entre variedades tradicionales y recientes, entendiendo por éstas a aquellas descentralizaciones que fueron surgiendo espontáneamente en la práctica y aquellos que han sido fruto de una tendencia moderna o actual.

La tercera clasificación distingue entre las formas normales y las patológicas; siendo las normales las que resultan de las razones productivas provenientes de la misma índole de las tareas que deban cumplirse y que pueden requerir una mayor especialidad; y, las patológicas, son las que buscan eludir responsabilidades y bajar costos.

La cuarta clasificación distingue las formas reales de las ficticias, siendo las reales aquellas en las que existen motivos justificados para recurrir a la especialización de técnicos particularmente capacitados para producir una obra técnicamente superior o económicamente más favorable y, las ficticias son las que ni siquiera

---

4 VALDÉS DAL RÉ, Fernando. "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo. En: La Externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria. Editorial Lex Nova. 2002, p. 30.

5 PLA RODRÍGUEZ, Américo. "La Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo". En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000, p. 16-17.

buscan mejorar o abaratar las operaciones sino que lo que se busca a través del fraude o la maniobra, es eludir obligaciones.

Ahora bien, habiendo establecido doctrinariamente la clasificación de la descentralización productiva, para efecto de nuestro trabajo, clasificaremos a la descentralización productiva en dos clases:

i) Descentralización productiva originaria

ii) Descentralización productiva sobrevenida

Entenderemos como descentralización productiva originaria cuando el empresario establece desde un principio cuál es el núcleo de su empresa (su actividad principal, su core business) y cuáles van a ser las actividades que va a tercerizar.

Así, desde el inicio de sus actividades, el empresario tiene decidido qué áreas estarán a su cargo (casi siempre las actividades nucleares), y qué áreas van a ser tercerizadas (usualmente actividades secundarias de la empresa), por lo que este empresario (como empresa principal) tendrá la necesidad de contratar a otras empresas (empresas contratistas) para que realicen sus actividades secundarias. Cabe recordar que un aspecto importante a tomar en cuenta es que las relaciones o vinculaciones que existen entre la empresa principal y la empresa contratista son de coordinación y no de subordinación, pues en la descentralización productiva la empresa principal compromete la cooperación de las empresas contratistas para llevar a cabo su propio proyecto empresarial.

En ese sentido, Sanguineti refiere que:

> "...la prestación de los terceros no se desarrolla aquí de manera singular y aislada, sino como un componente más de la actividad de la empresa acreedora (...). Esto significa que, pese a la transferencia al exterior de tareas o funciones concretas, el empresario principal retiene el control global del proceso de producción por la vía coordinación de actividades y el establecimiento de unas pautas precisas de actuación, a las que debe ceñirse las empresas colaboradoras."[6]

[6] SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, op. cit., p. 411.

Por otro lado, la descentralización productiva sobrevenida se da cuando la empresa desde su constitución cuenta con toda una plantilla de trabajadores cubriendo todas las etapas de producción y todas las actividades que se realizan dentro de la empresa. Sin embargo, en algún momento decide tercerizar parte de su producción.

3. Causas y Consecuencias

Si nos referimos a las causas que han promovido el uso de la figura de la descentralización productiva, ésta se debe al dinamismo y al afán que tiene toda empresa de irse adaptando, dándose ajustes necesarios en la organización empresarial para adecuarse a la economía internacional, a la globalización, que trajo consigo la preocupación por alcanzar la competitividad y, a ello se suma los cambios tecnológicos que avanzan a un ritmo acelerado, fomentando éstos (la configuración económica mundial y el crecimiento acelerado de la tecnología) la productividad, el comercio internacional y sobre todo la flexibilidad de las relaciones laborales para dar preferencias a procesos de descentralización productiva y, de esta manera, poder abaratar los costos de producción para hacer más competitiva la empresa en todo ámbito.[7]

Al respecto, Arce señala que "es la globalización, a través de las tecnologías de la información, la que ha transformado los presupuestos tradicionales del mercado, volviéndolo más competitivo y obligando a los sujetos que actúan en él a cambiar sus procedimientos de gestión. Así, el nuevo sistema productivo de corte "flexible", basado en la descentralización productiva, no parece ser el resultado de un cambio coyuntural o temporal de la realidad, sino, por el contrario, habría que

[7] Para un detenido análisis sobre este punto y sobre las causas y consecuencias que trajo consigo la globalización, entre ellas la informalidad en la relaciones de trabajo, nos remitimos a un anterior estudio. Ver: PARÉDEZ NEYRA, Magno Ivan y MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. "La informalidad en las relaciones de trabajo en el Perú y en el marco de la Unión Europea". Aranzadi Social. N° 4, España Junio, 2005. p.75-95.

entender que la descentralización productiva ha llegado esta vez, para "clavar" bandera y quedarse entre nosotros"[8]

A mayor abundamiento sobre las causas que originan la descentralización productiva, Raso señala que son básicamente cuatro causas para que se de la externalización del trabajo[9]: i) la reducción de los costos, que se vuelve un objetivo central de toda política de gestión empresarial, ii) la mayor flexibilidad, pues el modelo económico global obliga a estrategias empresariales mucho más dinámicas; iii) la mayor productividad, donde la externalización promueve la competencia de los trabajadores independientes y de los subcontratistas para ofrecer a la empresa central mejores productos a menor costo y, finalmente, iv) la disminución o anulación del control sindical, pues se comprueba en toda empresa que terceriza sus servicios un debilitamiento de la influencia sindical, que es en definitiva un objetivo inconfesado, pero real de muchos empleadores.

Habiendo establecido las causas que promueven la descentralización productiva, ahora podemos referirnos a las variadas y complejas consecuencias, que se desprenden de una aplicación práctica en el sistema de las relaciones de trabajo y sus nuevas tendencias.

La consecuencia más resaltante (positiva) de la descentralización productiva es que las empresas serán más eficaces en su rubro, al concentrar sus recursos en su actividad principal, reduciendo los costos empresariales (incluyendo los costos laborales), la flexibilización en la gestión de su empresa, mayor adaptación a los cambios del mercado y de las nuevas tecnologías. Además, externalizan tareas o funciones complementarias que pueden ser relevantes a otras empresas dedicadas a la tercerización de servicios.

Ahora bien, como datos relevantes debemos señalar que el mercado de multiservicios tercerizados representa una facturación cercana a los S/. 1,000 millones

8 ARCE ORTIZ, Elmer. "El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo" En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004. p. 427.

9 RASO DELGUE, Juan. "Outsourcing". En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000, p. 39-40.

anuales (US$ 330 millones) y que esta facturación corresponde a un estimado de 1,200 entidades, entre principales empresas, instituciones educativas, de salud, centros mineros y de hidrocarburos. Otro dato relevante es que el Ejecutivo indicó que la demanda de tercerización por sectores se subdivide de la siguiente manera, tomando como parámetros a empresas que facturen más de US$ 1 millón anualmente:

- 65% para el sector Educación, que congrega a universidades privadas y 50 colegios más destacados de Lima
- 55 % dirigido al sector Salud
- 60% involucrado en el sector Industrial [10]

Sin embargo, la descentralización productiva también ha traído consigo consecuencias negativas tales como la precarización en el empleo, pues el salario y las condiciones de trabajo otorgados por la empresa principal – casi siempre – son mayores y de mayor calidad que las otorgadas por las empresas contratistas, generándose en los trabajadores de éstas últimas un descontento y un negativo clima laboral repercutiendo en su productividad frente a los trabajadores de las empresas principales que tienen mayores beneficios, incluso – y ello es más discutible – cuando realizan las mismas labores.

Asimismo, la tercerización indirectamente también puede afectar el derecho de los trabajadores a conformar un sindicato, en la medida que al descentralizarse parte de la producción, se reduciría el número de los trabajadores de la empresa principal y, por ende, de no quedar un mínimo de 20 trabajadores, no podrían constituir un sindicato. El mismo efecto indirecto ocurriría con la obligación de la empresa de repartir utilidades en el caso de quedar menos de 20 trabajadores en la empresa principal luego de tercerizar parte de las actividades de la empresa.

Fruto de las consecuencias negativas que acarreaba la descentralización productiva, en el año 2004, el Congreso del República del Perú aprobó un proyecto de ley, (elaborado por la Comisión de Trabajo quién aprobó por unanimidad los dic-

[10] Todos estos datos fueron obtenidos del Diario Gestión (Sección Negocios) de la edición del 18 de octubre de 2005.

támenes de los proyectos – inicialmente presentados por los apristas Luis Negreiros y Ángel Velásquez Quezquén – que derogaban los artículos 4° y 5° del Reglamento de la Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Ley 27626, que regula la intermediación laboral) donde proscribía la tercerización en nuestro sistema legal por considerarla atentatoria contra la dignidad del trabajador. Este fue observado por el Ejecutivo.

Por otro lado, también se venía discutiendo judicialmente mediante una acción popular la ilegalidad del artículo 4° del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral[11], donde se señalaba que este artículo del Reglamento pretendía regular la figura de la tercerización, cuando la ley no lo contemplaba, excediendo de esa manera el Ejecutivo sus facultades constitucionales de reglamentación de las leyes. Este tema ha sido resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, ejecutoria de fecha 26 de mayo de 2005, recaída en el Expediente N° 1949-2004, publicada en el diario oficial "El Peruano" con fecha 21 de noviembre de 2005, que declaró infundada la acción popular, estableciendo la legalidad del artículo 4° del Reglamento de la Ley de intermediación Laboral, concluyendo que el espíritu y sentido de la norma reglamentaria ha sido establecer criterios de identificación y diferenciación entre tercerización y la intermediación laboral (supuesto distinto), considerando la Sala Suprema que la denominada tercerización de mano de obra no califica como intermediación laboral, dado que el tercero, presta un servicio integral bajo su propia cuenta, costo y riesgo, por ende, no existiría relación laboral subordinada.

---

[11] Decreto Supremo N° 003-2002-TR, "Establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes N° 27626 y 27696, que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores".

(...)

Artículo 4°.- De la tercerización de servicios: "No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal."

De esa manera, no se debe confundir cuando nos encontramos ante supuestos de tercerización con supuestos de intermediación laboral, pues ambas figuras jurídicas son de distinta naturaleza y objeto y, acarrean distintas consecuencias, tales como por ejemplo la responsabilidad de asumir el riesgo del trabajo, dependiendo de que figura se utilice. En ese sentido, Toyama señala que:

> "De este modo, los trabajadores de las entidades de intermediación laboral prestan servicios por cuenta ajena a favor de la usuaria, y el vínculo de ajenidad importa que el riesgo de los servicios laborales serán asumidos por la usuaria; de otro lado, los trabajadores del outsourcing ejecutan sus servicios por cuenta ajena del contratista, y ello genera que el riesgo de los servicios laborales recaerá en el propio contratista.
> Dado que la Intermediación laboral supone un simple destaque de mano de obra, está regulada por el Derecho Laboral (...). De otro lado, la tercerización no está mayormente regulada por las normas legales (...)"[12]

II. CESE COLECTIVO POR CAUSAS OBJETIVAS

El cese colectivo no es otra cosa que un despido masivo de trabajadores, sin embargo, se debe distinguir el concepto de despido con el de cese colectivo, dado que si bien en los dos casos implica extinción del contrato de trabajo, para que se configure el despido es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la Ley y que esté debidamente comprobada, mientras que el cese colectivo obedece a causas objetivas.

En nuestro ordenamiento jurídico el cese colectivo por causas objetivas está regulado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR del 27 de marzo de 1997 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) en su capítulo VII, "de la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas".

Así, el artículo 46° de la LPCL establece que:

> "Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

[12] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004. p. 364 – 365.

El caso fortuito y la fuerza mayor;
Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos,
La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845"

Para el presente trabajo, resulta pertinente analizar únicamente el numeral b) del artículo 46° de la LPCL, es decir, de los "despidos por causas empresariales"[13], pues nos interesa responder si la decisión del empresario de descentralizar alguna actividad, fase de producción o de gestión constituye en sí misma una causa objetiva que justifique la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Para ello, cabe recordar que el artículo 48° de la LPCL señala que la extinción de los contratos de trabajo por las causas objetivas previstas en el numeral b) del artículo 46°, sólo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez por ciento (10%) del total del personal de la empresa. Y, además, se requerirá de la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo a fin de que proceda la solicitud de cese colectivo. Se entenderá por aprobada si es que la Autoridad Administrativa de Trabajo no emite resolución alguna dentro del plazo de cinco días hábiles siguientes vencidos los plazos establecidos en el procedimiento regulado en el artículo 48° de la LPCL.

Ahora bien, cabe señalar que ni la LPCL ni su reglamento refieren a qué se debe entender por motivos económicos, tecnológicos o estructurales, por lo que procederemos a dar un alcance de ellas.

Los ***motivos económicos,*** como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, refieren a aquellas situaciones en donde la empresa, sin alterar la tecnología ni la organización del proceso de producción, se encuentra en una situación de inviabilidad y de crisis financiera, por lo que de no tomar decisiones firmes y drásticas, en su debido momento (incluso durante el cese colectivo) podrá no subsistir.

[13] Se denomina en un sector de la doctrina "despido por causas empresariales" al despido o cese colectivo por causas económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, en tanto que la causalidad está referida a circunstancias relacionadas con la empresa.

Los ***motivos tecnológicos,*** como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, refieren a las causas técnicas o de producción, a los avances tecnológicos que hacen que en el proceso productivo se requiera cada vez menos la intervención de la mano de obra humana, por ende, ante estas circunstancias específicas es posible una reducción del personal *excedente.*

Los ***motivos estructurales,*** como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, refieren a situaciones en donde la empresa decide realizar cambios o innovaciones en la organización de la producción lo que involucra racionalización de personal. Estos cambios o innovaciones en la organización de la producción se llevan a cabo con la finalidad de garantizar la viabilidad futura de la empresa, así como de mantenerse competitiva en este mundo globalizado.

Para que se proceda a realizar un cese colectivo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, se debe seguir un procedimiento preestablecido. Éste se encuentra regulado en el artículo 48° de la LPCL y consiste en las siguientes etapas:

1) La empresa deberá proporcionar al Sindicato o a los representantes de los trabajadores el motivo por el cual se procede al cese colectivo y además deberá presentar la nómina de los trabajadores afectados por la decisión. Esta decisión se debe poner en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

2) La empresa con el Sindicato o con los representantes de los trabajadores deberán entablar negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o negociarán para adoptar medidas que eviten o limiten el cese del personal. Cabe recordar que entre esas medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo, modificación de condiciones de trabajo, revisión de las condiciones colectivas vigentes y, en suma, cualquier otra medida que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa.

   Si se llegase a un acuerdo entre las partes, éste tendrá fuerza vinculante.

3) La empresa deberá presentar – en forma simultánea o sucesiva - a la Autoridad Administrativa de Trabajo, una declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada, a la cual deberá acompa-

ñar una pericia de parte que acredite su procedencia, la misma que deberá ser realizada por una empresa auditora, autorizada por la Contraloría General de la República. Esta pericia será puesta en conocimiento de los trabajadores por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, los cuales también podrán presentar sus pericias.

4) La Autoridad Administrativa de Trabajo convocará a las dos partes involucradas (empresa y representante de los trabajadores) a reuniones de conciliación

5) Finalmente, la última etapa de este procedimiento es que la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a emitir resolución. De no emitirse resolución dentro de los plazos previstos por Ley, se entenderá por aprobado la solicitud de cese colectivo.

III. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA: ¿PUEDE SER CONSIDERADA COMO CAUSA OBJETIVA DE CESE COLECTIVO?

Sin duda, ante este planteamiento nos encontramos ante una descentralización productiva sobrevenida, donde el empresario en algún momento toma la decisión de desprenderse de alguna actividad, fase de producción o de gestión y, si se trata de conocer si la descentralización productiva es una causa objetiva de cese colectivo, debemos relacionarla principalmente como una causa estructural. Por ello, específicamente, lo que interesa dilucidar es si la decisión del empresario de tercerizar parte del proceso productivo, constituye en sí misma una causa estructural que justifique o legitime el cese colectivo de los trabajadores involucrados con el área a desligar.

Este cuestionamiento ha sido planteado anteriormente por el Ministerio de Trabajo del Perú al resolver la solicitud del 28 de mayo de 2004 presentada por la Embotelladora Latinoamericana S.A. (ELSA) sobre terminación colectiva de contratos de trabajo por motivos estructurales.

En este procedimiento, ELSA señalaba que se encontraba atravesando por un proceso de reorganización de su estructura empresarial, por lo que decidió modificar el área de comercialización y distribución, siendo prescindible el personal que trabajaba en dicha área, al tercerizar dichas funciones.

Ante esta solicitud presentada por ELSA, el Ministerio de Trabajo señaló que para que la causa estructural que alega sea válida, debe tener incidencia en la viabilidad económica de la empresa o que se trate de circunstancias que, de no ponerles remedio, amenacen la continuación, viable y competitiva de la empresa, la misma que hace imposible continuar con el mismo número de trabajadores.

Por ello, señaló el Ministerio de Trabajo que la mera voluntad del empresario de reestructurar su organización productiva no es una causa para el cese colectivo, a no ser que, ésta sea la medida adecuada para hacer frente a una situación económica crítica.

Así, ha sido establecido por el Ministerio de Trabajo al señalar que "si se invoca una causa "objetiva" para justificar un cese colectivo, ésta debe obedecer a circunstancias de hecho que se producen sobre la voluntad del empresario y en contra de ella, como un hecho sobrevenido, no previsto ni buscado intencionadamente por aquél; consecuentemente, cuando el artículo 46° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala que sólo las causas objetivas habilitan el cese colectivo de los trabajadores, está aludiendo a que el motivo que justifica dicho cese, necesariamente debe aparecer como no querido o buscado por el empleador, ya sea que provenga del exterior o interior de la empresa" [14]

Como bien hemos podido apreciar, el Ministerio de Trabajo –a raíz del caso en comentario – es de la opinión de que la mera voluntad del empresario de reestructurar su organización productiva (descentralización productiva) no habilita por sí misma la causal de cese colectivo por motivo estructural estipulada en el literal b) del artículo 46° de la LPCL, sino que se requiere que ésta se presente como la medida adecuada para hacer frente a una situación económica crítica.

Por ello, según el criterio del Ministerio de Trabajo ante la interrogante de si la descentralización productiva puede ser considerada como causa objetiva de cese colectivo, la respuesta es negativa; en tanto, sostiene que "para que proceda un cese colectivo por motivos estructurales, debe acreditarse lo siguiente:

[14] Argumentos esbozados en el octavo considerando de la Resolución Directoral N° 015-2004-MTPE/DVMT/DRTPELC del 24 de setiembre de 2004, que declara infundado el recurso de apelación interpuesto por ELSA contra la Resolución Directoral N° 096-2004-DRTPELC-DPSC del 02 de setiembre de 2004, sobre terminación colectiva de los contratos de trabajo por motivos estructurales.

i) que, existen factores ajenos a la voluntad del empresario que colocan a la empresa en una situación de dificultad económica;

ii) que, con el objeto de hacer frente a la misma, se ha previsto una reorganización empresarial; y,

iii) que, esta medida es adecuada para revertir esa situación deficitaria."[15]

Ahora bien, coincidimos con el criterio del Ministerio del Trabajo cuando señala que la descentralización productiva por sí sola no es causa objetiva de ceses colectivos, pues, somos de la opinión que ésta no debe ser entendida como si fuera por sí sola otra causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo y, ello, debido a su propia naturaleza, pues por definición la descentralización productiva sólo comprende el traslado hacia terceros de actividades o fases de producción o de gestión que la propia empresa desarrollaba. Sin embargo – a diferencia del criterio del Ministerio – somos de la opinión que la descentralización productiva "como causa estructural" sí procedería y, por lo tanto, estaría habilitada para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Como se podrá apreciar, nuestro legislador en el mismo numeral b) del artículo 46° de la LPCL ha establecido supuestos distintos y ha separado los motivos económicos de los tecnológicos, de los estructurales y de los análogos. Así, se puede denotar que el legislador fue de la idea de que la causa económica por sí sola (sin concurrir con las otras causas del numeral b) del artículo 46° de la LPCL) era suficiente y justificaba una terminación colectiva de contratos de trabajo con el fin de superar una situación económica negativa por la que esté atravesando la empresa y, no necesariamente debe acudir a este motivo económico cuando ya prácticamente esté casi totalmente quebrada, sino por el contrario lo que se pretende es que se acuda a ella a fin de evitar el cierre total de la empresa.

Asimismo, al haber el legislador separado el motivo estructural del motivo económico, se puede inferir que la causa estructural por sí sola (sin concurrir con las otras causas del numeral b) del artículo 46° de la LPCL) puede justificar un cese colectivo, con tal de garantizar la viabilidad futura de la empresa, pues el empresa-

[15] Argumentos esbozados en el octavo considerando de la Resolución Directoral N° 015-2004-MTPE/DVMT/DRTPELC del 24 de setiembre de 2004.

rio (por su derecho a libertad de empresa) ve la forma de adecuar su organización de acuerdo a los recursos que maneja, con el fin de mantenerse competitiva en este mundo globalizado.

Al respecto Fernández-Lomana García señala que las causas económicas sólo justificarán la extinción cuando mediante la misma se contribuya a *«la superación de situaciones económicas negativas»;* y en cuanto a las causas técnicas, organizativas o de producción, la medida extintiva sólo estará justificada si contribuye a *«superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos* [16].

Ahora bien, he mencionado que el empresario al decidir descentralizar alguna actividad o fase de producción o gestión ejerce su derecho de libertad de empresa, pues éste tiene libertad para establecer inicialmente y modificar posteriormente su organización productiva, en el sentido de que puede decidir excluir ciertas actividades o funciones quedando de lado de su ámbito de producción y, cederlas o externalizarlas a un tercero especializado.

Cabe agregar que el ejercicio del derecho de libertad de empresa tiene reconocimiento constitucional, el mismo que es garantizado por el Estado, tal como se puede apreciar del artículo 59° de la Constitución Política de 1993.[17]

Del Rey Guanter, respecto a esta libertad del empresario, señala que:

> "Es importante subrayar que esta libertad no se ve alterada sustancialmente por el hecho de que una determinada subactividad pueda ser calificable tanto de inherente como indispensable o incluso accesoria, a lo que se une, como ya hemos

[16] FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Manuel. "La extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38. 2002. p. 287

[17] El artículo 59° de la Constitución Política del Perú señala textualmente que: "El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".

señalado y ahora debemos reiterar, que no por la opción descentralizadora se altera, de por sí, dicha calificación." [18]

No obstante, ese derecho de libertad del empresario, no lo faculta automáticamente a cesar colectivamente a los trabajadores. Así, el ya citado autor Del Rey Guanter precisa que:

> "No obstante, la libertad que pueda tener el empresario para redefinir su propia actividad no se traslada al plano estricto de los efectos laborales de dicha decisión descentralizadora, en el sentido de que, como también nos indica la doctrina del TS, ello no se puede traducir automáticamente, por sí mismo, en medidas modificativas o extintivas de las relaciones laborales"[19]

Por otro lado, siguiendo con el análisis de si la decisión del empresario de descentralizar una parte de su producción es causal estructural de cese colectivo, debemos señalar que – a nuestro parecer - no es necesario que se configure una situación económica crítica para que recién proceda o, sea viable o, se justifique el motivo estructural como causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, pues como hemos mencionado anteriormente, de darse esa situación – en caso el empresario decida cesar colectivamente al personal del área que pretende descentralizar – el motivo económico por sí solo ya estaría justificando dicha decisión de cese colectivo. Obviamente, antes de tomar estas drásticas situaciones para los trabajadores, el empresario debe haber buscado alguna medida a fin de evitar o limitar el cese de personal, de acuerdo al procedimiento establecido en el numeral b) del artículo 48° de la LPCL.

De esa manera, se ha establecido que no es necesario que se configure una situación económica crítica para que el empresario decida tercerizar alguna actividad o fase de producción, sino que exista una causa estructural, es decir, la decisión de reestructurar la empresa con el fin de hacerla más competitiva, pues de no hacerlo podría llegar a ser inviable el manejo de la empresa. Además cuando se decide por la descentralización productiva es porque existe un tercero especializado que se puede encargar de dichas funciones y, con ello, la empresa principal sería maneja-

---

[18] DEL REY GUANTER, Salvador. "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". En: Descentralización productiva y relaciones laborales: Problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001, p. 44.

[19] Ibidem, p. 44.

ble en mejor medida, en tanto que se dedicaría a efectuar sus labores de "core business"; además, tercerizando labores la organización productiva podría llegar a ser más eficaz.

Sin embargo, debemos tener siempre presente que el empresario con la externalización busca reestructurar su organización productiva con el fin de hacerla viable y no debe buscar con ella (la descentralización productiva) sólo un afán de que le reditúen mayores beneficios económicos a cambio de la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

Fernández-Lomana García refiriéndose a una jurisprudencia del Tribunal español aborda este tema y señala que:

> "Habiendo sostenido el Tribunal que la descentralización productiva de la empresa a través de contrata, puede justificar la extinción de la relación laboral «únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad»; añadiendo el Tribunal que es necesario que la «descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial»[20]

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Podemos señalar que la decisión del empresario, referente a descentralizar alguna actividad o fase de producción, no es en sí misma una causal para la terminación de los contratos de trabajo, pues como señala Del Rey Guanter, "las causas que pueden impulsar a la opción descentralizadora, no van a servir automáticamente como causa modificativa o extintiva".[21]

Asimismo, coincidimos con Solá cuando señala que:

> "la adopción de medidas extintivas en el seno de un proceso de descentralización productiva exige la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o

[20] FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Manuel. Op. Cit. p. 287

[21] DEL REY GUANTER, Salvador. Op. Cit. p. 44.

de producción y éstas no pueden entenderse cumplidas con el simple desplazamiento a otra entidad empresarial de funciones o actividades que con anterioridad se desarrollaban en la propia empresa, aunque ello vacíe de contenido uno o varios puestos de trabajo. Dicho en otras palabras, la descentralización productiva no constituye, en sí misma, causa de despido, lo cual no implica negar la posibilidad de adoptar válidamente decisiones extintivas que vengan forzadas por aquélla, sino tan sólo que la justificación de tales decisiones residirá, no en la propia descentralización, sino en las circunstancias que la envuelven"[22]

Por ello, no es que se deba entender a la descentralización productiva – en sí misma -como otra causa objetiva para la terminación colectiva de los contratos de trabajo, sino que es la causa estructural la que permite al empresario reestructurar su empresa a fin de que sea más competitiva su organización productiva y con ello su viabilidad no se vea afectada, evitando caer en situaciones negativas económicas o financieras que conlleven a la crisis de la empresa. Por ello, la descentralización productiva como causa estructural, está habilitada para la terminación colectiva de los contratos de trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, Elmer. "El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo" En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. "Derecho del Trabajo y Descentralización productiva en España" (Informe Nacional Español para el Congreso Mundial de Derecho del Trabajo celebrado en setiembre de 2006 en París)

DEL REY GUANTER, Salvador. "Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". En: Descentralización productiva y relaciones laborales: Problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001

[22] SOLÁ MONELL, Xavier. "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas". En: Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001, p. 175.

DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, M. "Descentralización productiva y relación laboral: Escisión de empresas". En: AA.VV.: Manual Práctico Laboral, Instituto Español de Gestión y Dirección Empresarial, Madrid, 1999.

FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Manuel. "La extinción de la relación de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas: un análisis jurisprudencial. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. N° 38. 2002.

PARÉDEZ NEYRA, Magno Ivan y MAYOR SÁNCHEZ, Jorge Luis. "La informalidad en las relaciones de trabajo en el Perú y en el marco de la Unión Europea". Aranzadi Social. N° 4, España Junio, 2005.

PLA RODRÍGUEZ, Américo. "La Descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo". En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000.

RASO DELGUE, Juan. "Outsourcing". En: Cuarenta y Dos Estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Grupo de los Miércoles, Montevideo, 2000.

SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. "La descentralización productiva: ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?" En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.

SOLÁ MONELL, Xavier. "El despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas". En: Descentralización Productiva y Relaciones Laborales: problemática jurídica actual. Editorial Lex Nova. Valladolid, España, 2001.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización". En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2004.

VALDÉS DAL RÉ, Fernando. "La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo. En: La Externalización de actividades laborales (outsourcing): Una visión interdisciplinaria. Editorial Lex Nova. 2002.

A propósito del precedente vinculante de la sentencia del Tribunal Constitucional en el exp. N° 1417-2005-PA/TC. (Caso Anicama Hernández). Hacia una justicia constitucional

Jesús M. Carrasco Mosquera

Abogado en ejercicio. Ex abogado de la ONP.
Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,
egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la
Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003-2004.
Correo electrónico: a20034813@pucp.edu.pe

Sumario

I. Introducción. II. Infracción de la Constitución con la aplicación del precedente vinculante. III. Desconocimiento del derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo e inobservancia de los instrumentos internacionales. IV. Perjuicios adicionales (Solución más gravosa) V. Propuestas finales

SUMILLA

El presente artículo analiza el precedente vinculante establecido en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente 1417-2005-PA/TC (caso Anicama Hernández), a partir de nuestra Constitución y de los Instrumentos Internacionales de los cuales el Perú es parte, advirtiendo las graves consecuencias generadas al Poder Judicial, al Estado y a muchos pensionistas, con la aplicación práctica del mismo, llegando a señalar algunas omisiones de cálculo o análisis en que incurrió nuestro máximo interprete de la Constitución en la formulación de dicho precedente. Finalmente el artículo aporta y sugiere, algunas puntuales soluciones inmediatas por parte del mismo Tribunal Constitucional, a fin de evitar consecuencias irreparables.

I. INTRODUCCIÓN

Como es de público conocimiento en el foro constitucional peruano, especialmente en el laboral y pensionario, nuestro Tribunal Constitucional (TC) publicó hace mas de un año, específicamente el 12 de julio de 2005, la sentencia recaída en el expediente N° 1417-2005-PA/TC (Caso Anicama Hernández)[1], en el cual estableció en el fundamento 37[2] nuevas reglas procesales de aplicación para la procedencia de los procesos de amparo en materia previsional, variando radicalmente la jurisprudencia procesal que venía emitiéndose hasta ese momento.

El propósito del presente artículo , está dirigido a analizar el precedente vinculante establecido en el referido fallo, específicamente en los fundamentos 49 y 54, por las cuales las nuevas reglas procesales en materia previsional, no solamente se aplican a los procesos presentados con posterioridad al citado fallo, sino a todos aquellos procesos de amparo que se encuentren en trámite, decretándose su inmediata improcedencia y la remisión a los juzgados de origen, para que éstos a su vez lo remitan al Juez Contencioso Administrativo, quien deberá iniciar un nuevo proceso en la vía ordinaria conforme a la Ley 27584 (Ley del Proceso Contencioso Administrativo). En las cortes superiores donde no existen los jueces contenciosos administrativos, el TC dispuso que serían los mismos jueces de origen los que debían avocarse a la reiniciación de esos mismos procesos, pero esta vez como procesos contenciosos administrativos.

Al respecto, el magistrado y docente Héctor Lama More, en el la revista virtual Hechos de la Justicia[3], ha efectuado un análisis de las consecuencias del citado precedente constitucional a partir de la óptica del Poder Judicial, llegando a señalar

---

1 Puede consultarse el texto completo de la sentencia en http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html.

2 El TC dispuso en dicho fundamento que sólo son procedentes los procesos de amparo en materia previsional, cuando se ha vulnerado el contenido esencial del derecho a la pensión, esto equivale decir en términos del propio Tribunal, que solo procede reclamar mediante el amparo cuando se ha denegado el derecho a percibir una pensión de jubilación, cesantía o invalidez, pese a cumplir los requisitos para obtenerla, o cuando se ha denegado el acceso al sistema de seguridad social. En todos los demás casos que implique como pretensión el incremento del monto de una determinada pensión ya otorgada y reconocida, deberán acudir a la vía ordinaria del proceso contencioso administrativo, a excepción de aquellos casos cuyo monto de pensión sea inferior a la pensión mínima establecida de S/. 415.00 nuevos soles.

3 LAMA MORE, HÉCTOR. Los Dramáticos Efectos de una Sentencia Vinculante. En Hechos de la Justicia N° 07 http://www.hechosdelajusticia.org/N007/sentencia%20vinculante.htm.

que dichos efectos además de *dramáticos devenían en graves y preocupantes*. En la misma línea, la presente ponencia busca ofrecer algunos alcances adicionales sobre la problemática que el citado precedente ha generado, pero a partir de perspectiva distinta, propia de la orilla de las arenas del litigio.

II. INFRACCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN CON LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE VINCULANTE

En principio debemos señalar que, el citado precedente vinculante de aplicación inmediata, establecido en los fundamentos 49 y 54 del cuestionado fallo, resulta cuando menos infractor de la Constitución, al margen de las justificaciones de carácter constitucional y/o académicas que puedan tener, por cuanto se impone para aquellas personas que tienen –o tenían- un proceso de amparo sobre materia pensionaria en trámite, la orden de **cortar, interrumpir y abortar**, innecesariamente un proceso judicial en trámite a partir de nuevas y cuestionables causales de improcedencia, lo cual incluso se encuentra constitucionalmente prohibido (como lo vamos a analizar mas adelante), obligando a que se efectúe una segunda tramitación en la vía ordinaria ante el mismo Poder Judicial sobre una misma pretensión, sin considerar todo el tiempo que ya ha transitado el pensionista justiciable en la vía del amparo, y sobre todo la avanzada edad del mismo (al menos en la gran mayoría de casos).

Efectivamente, el TC al emitir el fallo mencionado, no consideró que la aplicación del cuestionado precedente vinculante –que ordena la improcedencia y corte de todos los procesos de amparo en trámite, no obstante haberse avocado a su conocimiento jueces de primera instancia, salas superiores, y el propio TC en miles de esos casos[4]- afectó y sigue afectando, derechos fundamentales de los justiciables, como son el derecho a un debido proceso y el derecho a la tutela judicial efectiva. Puesto que se dispone el corte de un proceso judicial -en muchos casos con sentencias favorables- y se deja sin efecto el acceso a la restitución de un dere-

[4] La aplicación práctica del cuestionado precedente vinculante, efectivamente resultó dramática, por cuanto día a día se podían, y se pueden aun, apreciar en la página web del TC y en los distintos juzgados y Salas Superiores innumerables amparos anulados, muchos de ellos con vistas de causa programadas e informadas, y muchas otras estando ad portas de llevarse a cabo la vista de causa.

cho vulnerado y la posibilidad de que se obtenga una cosa juzgada en una forma rápida y efectiva, la misma que incluso podría ser en favor del propio Estado.

Tampoco ha considerado el TC que con esta medida se genera una doble inversión de horas-hombre y por consiguiente, un doble gasto en el presupuesto del Poder Judicial, al disponer una segunda tramitación de un mismo proceso, que ya venía siendo tramitado correctamente en la vía del amparo.

Sin embargo, circunscribámonos en principio, a analizar el por qué se transgrede con dicho precedente el Derecho o respecto a los principios de un Debido Proceso. Veamos, el precedente vinculante establecido en los fundamentos 49 y 54 de la citada sentencia, solo en el extremo que ordena el corte de los procesos de amparo en trámite, contraviene expresamente lo dispuesto en el Artículo 139° Inc. 2 de la Constitución Política del Estado, el mismo que señala lo siguiente:

> "Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
> 2. Ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, **ni cortar procedimientos en trámite** (...)".

Podemos verificar claramente que la Constitución consagra expresamente el deber de cualquier autoridad de no interrumpir procesos judiciales en trámite, como una garantía propia de la función jurisdiccional del Poder Judicial y de su autonomía. Sin embargo, dicha garantía evidentemente no impide que el TC en ejercicio de sus funciones constitucionales pueda ordenar el corte de determinado proceso judicial e incluso la anulación de determinada cosa juzgada, cuando por ejemplo se ha dictaminado la inconstitucionalidad de cierta norma, o cuando se ha advertido una flagrante violación a algún principio del Debido Proceso durante la tramitación de dicho proceso o se ha afectado algún derecho fundamental.

Empero, en el caso materia de análisis, nos encontramos con que el TC ha resuelto ordenar el corte y anulación de miles de procesos de amparo en trámite, no precisamente por una trasgresión previa a las normas del debido proceso, sino en razón a novísimas y posteriores causales de improcedencia introducidas por el propio TC, causales que no existían al momento en que dichos amparos fueron presentados. Lo lógico hubiera sido, que el precedente se aplique únicamente a las nuevas demandas de amparo que se presentaran a partir de la publicación de la sentencia, mas no así a los procesos de amparo que se encontraban en trámite. Lo contrario implica indefectiblemente una aplicación retroactiva de los efectos pro-

cesales de la sentencia y un corte arbitrario de los procesos judiciales, los cuales se encuentran constitucionalmente prohibido, como lo hemos podido verificar.

Al respecto, el propio TC había introducido, tan sólo unos meses antes de la publicación del fallo Anicama Hernández, la tesis de que todo cambio de criterio en su línea jurisprudencial –quiebre que es denominado por la doctrina como *overruling*- debía aplicarse a los nuevos hechos que se presentaran con posterioridad a la introducción del nuevo precedente, denominándosele a esta técnica en el derecho constitucional comparado como *prospective overruling*[5], la cual consideramos como una prudente y razonable aplicación procesal de la jurisprudencia, ya que al igual que una Ley o cualquier norma, sus efectos solamente pueden aplicarse a partir de los hechos presentados con posterioridad a su publicación, sin embargo nuestro TC lejos de continuar con esa sabia senda de aplicación de sus giros jurisprudenciales, se apartó de ella radicalmente estableciendo una nueva forma de aplicación de sus precedentes vinculantes, al menos del que ahora analizamos, con las graves consecuencias que en el presente artículo advertimos.

Compartimos la tesis de que nuestro TC es el supremo intérprete de la Constitución. Dicha función dentro de un Estado de Derecho y un adecuado equilibrio de Poderes no la cuestionamos, sin embargo, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Tiene el Tribunal Constitucional suficiente autoridad para ordenar el corte de un proceso judicial en trámite ? Consideramos, modestamente, que no, al menos a la luz de los fundamentos vertidos para sustentar dicho precedente vinculante y de las graves consecuencias generadas.

5 En la sentencia expedida en el expediente N° 0090-2004-AA/TC (Juan Carlos Callegari Herazo Vs. Ministerio de Defensa), en el fundamento 5, el máximo interprete de la Constitución dispuso expresamente que mediante la técnica del *Prospective Overruling*, cualquier cambio de criterio jurisprudencial que se establezca, deberá aplicarse únicamente a todos aquellos casos que se presentaran a partir de la introducción del nuevo precedente.

III. DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO A UN RECURSO SENCILLO, RÁPIDO Y EFECTIVO E INOBSERVANCIA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El TC tampoco evaluó con la aplicación del precedente vinculante en mención, que se desconocía el derecho de los justiciables de ver restituidos sus derechos fundamentales en el caso que éstos fueran vulnerados, derecho consagrado en los instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte, y este derecho es precisamente el **derecho a ejercitar un recurso sencillo, rápido y efectivo** ante los jueces o tribunales competentes, derecho que se hace efectivo a través de un proceso de amparo, el mismo que según nuestro ordenamiento constitucional vigente, es el único recurso sencillo, rápido y efectivo que se puede ejercitar para dicho efecto.

Efectivamente, nuestra Constitución Política, establece en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que : Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. Es precisamente esta disposición constitucional, la que no ha sido evaluada, analizada, integrada, ni mencionada siquiera por nuestro máximo interprete de la Constitución en su sentencia al forjar su criterio de aplicación vinculante por el cual se ha dispuesto el corte y anulación de todos los procesos de amparo que se encontraran en trámite, constituyendo ésta una grave omisión, por cuanto dichos tratados internacionales disponen lo siguiente:

Declaración Universal de los Derechos Humanos

> "Artículo 8. - Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales y competentes, que la amparen contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y por la Ley."

Convención Americana de Derechos Humanos
(Pacto de san José de Costa Rica)

> " Artículo 25. - Protección Judicial
> Inciso 1: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales."

Las precitadas disposiciones supranacionales son muy claras al consagrar el ejercicio del proceso de amparo como un mecanismo eficaz para conseguir la restitución de los derechos fundamentales ante los tribunales competentes nacionales. Por ello, la medida adoptada por el TC, evidencia una contraposición a estos preceptos, al abortar tales recursos sencillos y efectivos que se encontraban en trámite (procesos de amparo) para obligar a los afectados a iniciar desde cero dilatadísimos procesos contenciosos administrativos en la vía ordinaria, pudiendo haber dispuesto la salvaguarda de la continuidad del proceso hasta obtenerse una sentencia favorable al actor o incluso al Estado. Dicha salida evidentemente, hubiera sido la más razonable, y hasta saludable para la economía presupuestal del Poder Judicial y del Estado, como lo vamos a analizar mas adelante.

IV. PERJUICIOS ADICIONALES (SOLUCIÓN MÁS GRAVOSA)

No podemos negar que el gran problema que padecía el TC, por el cual se emitieron los durísimos parámetros de procedencia de los amparos en materia pensionaria, fue y es la inmensa carga procesal de dichos procesos precisamente en materia previsional que ya existía. Ciertamente era urgente buscar una solución a dicho problema, sin embargo consideramos que la solución para aligerar dicha carga no era la imposición de interrumpir todos esos procesos y remitirlos a la vía ordinaria del Poder Judicial, puesto que además de las transgresiones a los instrumentos internacionales y a nuestro ordenamiento constitucional, la aplicación de este precedente vinculante, también generó no menos graves perjuicios adicionales que se señalan a continuación.

Uno de ellos, es la **doble labor de parte del Poder Judicial**, por cuanto sólo en el caso de Lima, al anularse los miles de procesos de amparo y ordenarse su remisión a un juez contencioso administrativo desde su etapa de postulación, se obliga a que este juez vuelva a tramitar innecesariamente en la vía ordinaria una misma pretensión que ya había sido calificada, admitida, sustanciada y sentenciada en la vía extraordinaria del amparo por otro juez, con el correspondiente gasto de tiempo, dinero, y recursos humanos por parte del Poder Judicial, lo cual evidentemente resulta una salida mucho **mas gravosa** al problema generado, lo que tampoco fue evaluado por nuestro máximo interprete de la Constitución al emitir su cuestionado precedente vinculante.

El tema se agrava aun más, si analizamos lo que sucede en las demás cortes superiores del país en donde no existen jueces contenciosos administrativos. En ellas, encontraremos que un juez civil o mixto, que conoció, tramitó, sustanció y posiblemente sentenció un proceso de amparo, ahora deberá anular dicho proceso en cumplimiento al cuestionado precedente vinculante del TC, para que ese mismo juez, con su mismo personal se avoquen al mismo caso desde su inicio, pero ahora, como un proceso contencioso administrativo en la vía ordinaria, para que nuevamente vuelva a conocer, tramitar, sustanciar y resolver la misma pretensión, con las mismas partes, las mismas pruebas, y todo lo que dicho expediente contenga. Lo mismo sucederá con la Sala Civil o Mixta que conoció de dicho proceso de amparo, la que nuevamente deberá oír los mismos informes que anteriormente ya había oído o que estaba a punto de oír. Es decir que, dicho precedente vinculante del TC no hace mas que consagrar la duplicidad de labores, lo cual resulta ser sumamente grave si se tiene en cuenta que el principal afectado no es otro que el propio Poder Judicial en su alicaído presupuesto, por cuanto dicho poder del Estado con el mismo presupuesto asignado a dicho Juzgado o Sala, deberá efectuar, por segunda vez, un mismo trabajo orientado hacia un mismo resultado.

Por otro lado, si nos ponemos del lado del Estado, encontraremos que la aplicación del cuestionado precedente vinculante a los miles de procesos de amparo que llegaron y siguen llegando hasta la instancia del Tribunal Constitucional (muchos de ellos con dos sentencias desestimatorias), también resultó tremendamente perjudicial para la administración Estatal, toda vez que lejos de proceder a analizarse el fondo de la litis y verificar que en muchos de esos casos no se advertía violación de derecho subjetivo u objetivo alguno, o que carecían de un mínimo sustento constitucional, y así resolver de una vez por todas su desestimación sobre el fondo con una cosa juzgada en favor del Estado, zanjando de este modo la posibilidad de que dicho asegurado pretenda un derecho que no le asiste, nuestro TC prefirió abrirles una puerta procesal, como es la vía ordinaria del proceso contencioso administrativo, para que su insostenible caso y/o temerario abogado continuase con un proceso judicial a todas luces inviable, afectándose de este modo, no solamente el Poder Judicial, sino también la seguridad jurídica de la Administración Estatal, por cuanto por segunda vez deberá defender la inviabilidad de un caso que ya anteriormente había sido advertido y ganado, bajo el riesgo de variarse los criterios de fondo.

Siguiendo con el análisis desde el lado del Estado, encontraremos que la Administración Pública también se ve afectada con la aplicación del cuestionado precedente vinculante, por cuanto los procuradores públicos y abogados defensores de las distintas entidades estatales demandadas a nivel nacional, deberán nuevamente y por segunda vez, trabajar en la defensa de todas esas causas a las que ya anteriormente se habían avocado cuando se tramitaban como amparos, sólo que esta vez dicha defensa será mucho mas larga y activa, dada la complejidad del proceso contencioso administrativo[6], afectando de este modo el tiempo, espacio y dedicación que deberían resguardar a la defensa de los otros procesos judiciales que dichas entidades también tienen. Con esto, evidentemente se termina afectando directamente el presupuesto de cada entidad estatal, primero por cuanto habrá una doble labor del Estado en una misma defensa y, segundo porque eventualmente dichas entidades deberán contar con mayor número de procuradores y defensores, para poder asumir toda la carga judicial que recaerá indefectiblemente sobre ellas.

Como puede apreciarse, el analizado precedente vinculante no solo resultó dramático[7], sino también sumamente perjudicial y gravoso para todos, absolutamente para todos, para los pensionistas afectados quienes deberán invertir tiempo y dinero para conseguir en la vía ordinaria lo que estaban a punto de conseguir en la vía extraordinaria, para el Poder Judicial cuyo magro presupuesto necesariamente se verá afectado por la doble labor que deberán efectuar, y para la economía del Estado, cuyas entidades deberán laborar nuevamente en la defensa de causas que ya habían ganado, por lo que cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿ Es qué acaso nuestro TC al analizar el impacto de su sentencia no evaluó todas estas graves consecuencias?, ¿Acaso no resultaba mucho menos gravoso y más beneficioso para el Estado, la no aplicación de su cuestionado precedente vinculante para los amparos en trámite? y ¿No era lo más razonable dejar continuar a todos esos procesos de amparo en trámite hasta que concluyesen con una cosa juzgada y aplicar el precedente vinculante únicamente a los nuevos amparos que se presentaran?

---

6 Conforme a la Ley 27584, el proceso contencioso administrativo puede llegar hasta la Corte Suprema de la República, e interviene el Ministerio Público como dictaminador en sus tres instancias.

7 Adjetivo utilizado por Lama More en el artículo citado para describir a los efectos del precedente vinculante materia de análisis.

Consideramos que nuestro máximo interprete de la Constitución, no se respondió dichas interrogantes, o en su defecto no se las planteó. En todo caso, tal vez fue necesario un adecuado análisis de las reglas del costo-beneficio o de las nuevas corrientes del Análisis Económico del Derecho -la cual ya dejó de ser una herramienta exclusiva del derecho a la competencia[8]- para medir el real impacto del precedente vinculante de su sentencia.

V. PROPUESTAS FINALES

Creemos que, si bien las consecuencias de los efectos del precedente vinculante en cuestión, ya vienen siendo padecidas, aun no es tarde para enmendarlas, por lo que a fin de evitar un colapso de los juzgados civiles de las distintas cortes del país y de los únicos 4 Juzgados Especializados Contenciosos Administrativos Permanentes que existen en Lima (a la fecha se han creado 04 juzgados contenciosos administrativos adicionales en calidad de transitorios), los cuales fueron declarados en situación de emergencia en Julio del año 2005 y están sobresaturados de carga procesal[9], y dado el idéntico precedente vinculante impuesto recientemente para los Procesos de Cumplimiento en trámite[10], y teniéndose en cuenta el magro presupuesto del Poder Judicial para el presente año 2006, que asegura la imposibilidad de crear mas de estos juzgados con el carácter de permanentes, el TC debe proceder a variar radicalmente el criterio de aplicación del precedente vinculante, señalando expresamente que las nuevas reglas procesales de procedencia de los

---

8 Según el Juez de la Corte de Apelaciones del Sétimo Circuito de los Estados Unidos, Richard A. Posner, estudioso del Análisis Económico del Derecho-AED, en su "*El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el Sistema Romano-Germánico, y en las Naciones en Desarrollo*", el AED se ha extendido mas allá de su concentración original en el derecho de la Competencia, la tributación y la regulación de los servicios públicos, para extenderse en campos tales como la propiedad, el derecho contractual, derecho previsional y derecho público (constitucional). *Respecto a la cita del Análisis Económico del Derecho, se puede apreciar en http://www.upc.edu.pe/bolson/0/16/gru/49/Articulo%201%20Posner.pdf.*

9 Mediante Resolución Administrativa N° 124-2005-CED-CSJLI/PJ, de fecha 25 de julio del año 2005, se declaró en Estado de Emergencia a los 4 Juzgados Contenciosos Administrativos de Lima.

10 Mediante sentencia recaída en el expediente 00168-2005-PC/TC de fecha 29 de septiembre del 2005, el Tribunal Constitucional estableció el mismo precedente vinculante para todos los procesos de cumplimiento que se encontrasen en trámite, los cuales también deberán ser remitidos y/o tramitados como proceso contenciosos administrativos a la vía ordinaria desde su inicio.

procesos de amparo, deben aplicarse a todos los nuevas demandas que se presenten a partir de la publicación del citado fallo, esto es a partir del 12 de julio del 2005, y mas no a los procesos en tramite, es decir el TC debe aplicar la técnica del *prospective overruling*, la misma que, como hemos visto, ya ha sido razonablemente aplicada por el mismo TC en un anterior caso.

Y como quiera que dicho cambio de criterio, aún no va corregir las graves consecuencias advertidas y analizadas en el presente artículo, es decir no se va aligerar la terrible sobrecarga que se ha generado en los juzgados contenciosos administrativos y en los distintos juzgados civiles del país por aplicación de dicho precedente vinculante, el TC debe regular detenidamente un breve y optimo procedimiento de remisión de retorno de todos los procesos de amparo que fueron concluidos, a las instancias jurisdiccionales en las que inicialmente se encontraban, especialmente si ya se encontraban en las Salas Superiores o en el mismo TC ad portas de ser resueltos.

Dicha variación, resultaría hoy urgente, no solo para solucionar todos los problemas ya generados y expuestos en este artículo, sino también para evitar que de aquí en unos 2 a 3 años, nuestra Corte Suprema de la República no colapse por una sobresaturación de procesos contenciosos administrativos en materia previsional, ya que indefectiblemente todas esas causas remitidas al fuero ordinario, sumadas a las que en adelante vienen ingresando como nuevas demandas, llegarán en última instancia a dicha sede, la que deberá resolver dichos procesos dentro de determinados plazos.

ENSAYOS PRESENTADOS POR LOS ASOCIADOS INCORPORADOS A LA SOCIEDAD

La presunción del contrato de trabajo

Néstor Morales González

Vocal Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Asociado de la SPDTSS

Sumario

1. Presentación; 2. Contrato de Trabajo; 3. La presunción, legal y judicial; 4. Presunción del contrato de trabajo; 5. Supuestos para la presunción del contrato de trabajo; 6. Consecuencias de la presunción del contrato de trabajo.

> "Como consecuencia simultánea de la buena fe, de la desigualdad entre las partes, del repudio al fraude y a la simulación de ilícitos y a la interpretación racional de la voluntad de las partes en orden a cual es el negocio jurídico laboral que concertaron, se configura el principio de primacía de la realidad.
> Este principio "significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir a lo que sucede en el terreno de los hechos" (Plá Rodríguez).
> La consecuencia práctica es que comprobada la inadecuación documental o contractual a la realidad de la relación laboral de que se trate, son de directa aplicación las normas imperativas que la rigen, a despecho de la que se aparentó. "[1]

1. PRESENTACIÓN

Hoy, cuando se estima que los altos índices de desocupación podrán únicamente ser combatidos eficazmente atacando a fondo la rigidez proteccionista del derecho del trabajo,[2] y es común observar como muchos empleadores recurren a la simulación, para detrás de un contrato de apariencia mercantil o civil, ocultar una

1 Podetti, Humberto A., "Los principios del Derecho del Trabajo", "Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social", Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México, México 1997, página 149.

2 Alburquerque, Rafel F., "¿Se desploma el Derecho del Trabajo?", www.bibliojuridica.org/libros/3/1090/5.pdf

relación laboral, en que, como expresa el profesor uruguayo Ermida, "la profusión de nuevas y viejas pero desempolvadas modalidades de contratos de prestación de servicios tendientes a legitimar la fuga del Derecho del Trabajo, pueden constituir una pura simulación o fraude, pero pueden también, en algunos casos, responder a un cambio real en la forma de trabajar", [3] cuando, como afirma Raso, en Latinoamérica de un lado, "se expanden formas de producción que se remiten a criterios pre-tayloristas (trabajo negro en proporciones antes desconocidas, maquilas, zonas francas y otras áreas de producción en las que no existe protección laboral)", y de otro, "se abren paso nuevas expresiones del trabajo organizado, en el que desaparecen los elementos típicos del trabajo industrial",[4] o como señala también de Buen Lozano, cuando estamos en un momento de transición de las relaciones laborales en que se presentan cambios de modelos pero también reiteración de algunos antiguos,[5] cuan importante resulta la aplicación de la presunción de existencia del contrato de trabajo, por ello, nuestra preocupación en revisar de qué manera nuestra legislación la regula, recordando antes la definición que la doctrina asigna al contrato de trabajo para el debido entendimiento de la norma reguladora de la presunción de su existencia.

Observaremos igualmente como trata la misma en algunos casos la legislación comparada, teniendo presente que la relación de trabajo es un concepto tratado con elementos comunes en diferentes sistemas jurídicos.

En nuestro caso, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (más adelante LPCL), no contiene una definición del contrato de trabajo y más bien establece una regla de presunción de su existencia en el artículo 4°, sobre la base de la concurrencia de la prestación personal de servicios subordinados y del pago de una remuneración, norma que será objeto de análisis más adelante.

---

3 Ermida Uriarte, Oscar, Prólogo en "Delimitación del Contrato de Trabajo", César Augusto Carballo Mena, Universidad Católica Andrés Bello, Primera Edición, Año 2001, p.6.

4 Raso Delgue, Juan, "La Contratación Atípica del Trabajo", Montevideo, 2003, p. 25.

5 De Buen Lozano, Néstor, "Nuevos perfiles de la relación de trabajo", Revista 21, Enero – Marzo 1995, www.uaz.edu.mx/vinculo/webrvj/rev21.2.htm

2.CONTRATO DE TRABAJO

El derecho al trabajo, a su libre elección, su ejercicio en condiciones equitativas y satisfactorias, así como a la protección contra el desempleo, constituye un derecho humano, como tal su ejercicio está sujeto a las limitaciones establecidas por la ley, conforme a los artículos 23 y 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.[6]

Nuestra Constitución Política consagra el derecho de toda persona, artículo 2.14: "A contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan las leyes de orden público", artículo 2.15: "A trabajar con sujeción a la ley" , en su artículo 22: el trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona, y en su artículo 26.2 como principio, el respeto en la relación laboral del carácter "irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley."

Para la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, la libertad de trabajo consiste en la facultad libre de ejercer cualquier tipo de actividad productiva, sin impedimentos inconstitucionales, ilegales o irrazonables, por parte del estado o de particulares. En cuanto expresión típica de un derecho de libertad se proyecta como prohibición de cualquier tipo de injerencia que limite o impida esa facultad irrestricta.[7]

Es necesario advertir que la libertad al trabajo no es incompatible con el deber de trabajar, en tanto este tiene dimensiones morales y sociales, pero no constituye una obligación jurídicamente exigible. La libertad de trabajo supone la prohibición

---

6 Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución de la Asamblea General del 10 de diciembre de 1948: "Artículo 23°.- Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo", "Artículo 29.2.- En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática."

7 Sentencia del Tribunal Constitucional, del dieciséis de octubre del 2001, Expediente N° 1290-1999-AA/TC, Lima, René Arturo Diaz Tavera, El Peruano, Garantías Constitucionales, 18 de junio del 2002, p. 5012.

del trabajo obligatorio.[8]

En términos filosóficos, dice De Ferrari, el trabajo es una actividad consciente y voluntaria que, citando a Borne Y Henrry *(El Trabajo y el Hombre)*, "puede considerarse como un deber o como un derecho que tiene todo hombre para alcanzar el desenvolvimiento de su personalidad".[9]

Pero es necesario tener presente que, tal derecho al trabajo no sólo comprende al trabajo autónomo, sino igualmente al que se desarrolla en una relación de dependencia, siendo oportuno en consecuencia para el presente análisis sobre la presunción del contrato de trabajo, acudir a la definición que del mismo nos ilustra la doctrina.

Cabanellas nos dice que: "la denominación contrato de trabajo tiene la ventaja de referirse precisamente al hecho objeto de la prestación, por la razón eficiente de que el individuo no se contrata; pues dentro del actual concepto de la libertad individual, ello no sería posible. Contrata su trabajo, sus servicios; esto es, el trabajador, por una suma denominada salario, hace abandono, a favor de quien lo paga, del producto de su actividad laboral."[10]

En la doctrina nacional para Gómez Valdez "el contrato de trabajo es el convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental."[11]

Toyama Miyagusuku, citando a Solazabal, Juan, refiere que << el criterio de "fundamentalidad" de los derechos no reside en la "etiqueta" que le asignen los Estados o el nivel de protección institucional o procesal existente en un ordenamiento. El verdadero fundamento está en la relación de un derecho cuestio-

---

8 Neves, Javier, "Introducción al Derecho Laboral", Pontifica Universidad Católica del Peru, Fondo Editorial 2000, p. 23

9 De Ferrari, Francisco, "Derecho del Trabajo", Volumen III, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970, p. 7

10 Cabanellas de Torres, Guillermo, "Contrato de Trabajo", Volumen I, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963, p. 34

11 Gómez Valdez, Francisco, "El contrato de Trabajo", Parte General, Tomo I, Editorial San Marcos, Lima, 2000, p. 109

nado, determinada ideológica, teórica e históricamente, con la "dignidad y la libertad de la persona humana" >>.[12]

La expresión contrato de trabajo ofrece a criterio de Rendón Vásquez, dos significaciones: es un acuerdo y además un conjunto de relaciones de carácter obligacional. Por el primero, sostiene, el trabajador se compromete a prestar sus servicios de manera dependiente del empleador, quien por ello queda comprometido al pago de una remuneración, en tal sentido considera el contrato de trabajo como "una determinada clase de acto jurídico", además como "el acto jurídico fundamental sobre el cual reposa gran parte del sistema económico del país", desde el punto de vista económico; sosteniendo respecto al segundo criterio, que el trabajador tiene un contrato de trabajo al encontrarse ligado al empleador "durante un tiempo, determinado o indeterminado, en que le entrega su fuerza de trabajo".[13]

En la doctrina española Pérez Botija considera "el contrato de trabajo como acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual, una persona realiza obras o presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una retribución."[14]

El deber y el derecho al trabajo está contemplado en la Constitución Española en su artículo 35°, prescribiendo: "1.- Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2.- La ley regulará un estatuto de los trabajadores."

Como señala Toyama, "la Constitución española de 1978 sí prevé un trato diferenciado: los derechos sociales y económicos no pueden ser tutelados mediante una acción de garantía; en cambio, los considerados como fundamentales sí pueden ser materia de este tipo de acción". [15]

Referencia expresa al trabajo como deber y derecho también la encontramos en

---

12 Toyama Miyagusuku, Jorge, "Instituciones del Derecho Laboral" Gaceta Jurídica, Lima 2004, p. 74.

13 Rendón Vásquez, Jorge, "Derecho del Trabajo Individual", Ediciones Tarpuy, Lima, 1986, p. 69, 70

14 Pérez Botija, Eugenio, "Curso de Derecho del Trabajo", Sexta Edición, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1960, p. 118

15 Ob. Cit. P.74

las Constituciones de Bolivia (artículo 156°), Colombia (artículo 25°), Cuba (artículo 45°), Ecuador (artículo 35°), Panamá (artículo 60°, Venezuela (artículo 87°), y en general el derecho al trabajo lo encontramos comprendido igualmente en las Constituciones de Argentina (artículo 14°), Chile (artículo 19.16), Costa Rica (artículo 56°), México (artículo 123°), Nicaragua (artículos 57°, 58°), Paraguay (artículo 86°), República Dominicana (Artículo 8°), Uruguay (artículo 53°).[16]

[16] Base de Datos Políticos de las Américas. (1998) Derecho al trabajo y salario. Análisis comparativo de constituciones de los regímenes presidenciales. [Internet]. Georgetown University y Organización de Estados Americanos. En: http://www.georgetown.edu/pdba/Comp/Derechos/trabajo.html. 3 de diciembre 192005. "BOLIVIA Artículo 156.- El trabajo es un deber y un derecho y constituye la base del orden social y económico." "COLOMBIA Artículo 25.- El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas." "CUBA Artículo 45.- El trabajo en la sociedad socialista es un derecho, un deber y un motivo de honor para cada ciudadano ...." "Ecuador Artículo 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales: ...." "Panamá Artículo 61.- A todo trabajador al servicio del Estado o de empresas públicas o privadas o de individuos particulares se le garantiza su salario o sueldo mínimo. Los trabajadores de la empresa que la Ley determine participarán en las utilidades de las mismas, de acuerdo con las condiciones económicas del país." "VENEZUELA Artículo 87.- Toda persona tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar. El Estado garantizará la adopción de las medidas necesarias a los fines de que toda persona pueda obtener ocupación productiva, que le proporcione una existencia digna y decorosa y le garantice el pleno ejercicio de este derecho. Es fin del Estado fomentar el empleo. La ley adoptará medidas tendentes a garantizar el ejercicio de los derechos laborales de los trabajadores y trabajadoras no dependientes. La libertad de trabajo no será sometida a otras restricciones que las que la ley establezca. ..." "ARGENTINA Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria licita; de navegar y comerciar; ..." "CHILE Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...) 16. La libertad de trabajo y su protección. Toda persona tiene derecho a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución. ..." "COSTA RICA Artículo 56.- El trabajo es un derecho del individuo y una obligación con la sociedad. El Estado debe procurar que todos tengan ocupación honesta y útil, debidamente remunerada, e impedir que por causa de ella se establezcan condiciones que en alguna forma menoscaben la libertad o la dignidad del hombre o degraden su trabajo a la condición de simple mercancía. El Estado garantiza el derecho de libre elección de trabajo." "México Artículo 123.- Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente util; al efecto, se promoveran la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley. ..." "NICARAGUA Artículo 57.- Los nicaragüenses tienen el derecho al trabajo acorde con naturaleza humana." "Artículo 80.- El trabajo es un derecho y una responsabilidad social." "PARAGUAY Artículo 86.- DEL DERECHO AL TRABAJO Todos los habitantes de la República tienen derecho a un trabajo lícito, libremente escogido y a realizarse en condiciones dignas y justas. La ley protegerá el trabajo en todas sus formas y los derechos que ella otorga al trabajador son irrenunciables."

Como precisa Vega Ruiz, "..., el contrato de trabajo garantiza la libertad de trabajo reconocida en las Constituciones y dota a la relación individual de trabajo de un bagaje de condiciones mínimas."[17]

3. LA PRESUNCIÓN, LEGAL Y JUDICIAL

La presunción según Cabanellas significa conjetura, suposición, indicio, señal, sospecha, decisión legal salvo prueba en contrario, inferencia legal que no cabe desvirtuar, vanagloria, jactancia, alarde. Según el mismo tratadista, la presunción judicial constituye la inferencia que el juzgador extrae de los hechos de autos, llegando de lo probado a afirmar la veracidad de lo probable o desconocido, la presunción *juris et de jure*, consiste en la suposición legal que no admite prueba en contrario, la presunción *juris tantum*, es la afirmación o conjetura legal que puede ser destruida por prueba en contra, la presunción violenta o vehemente es la fundada en indicios o conjeturas tan poderosos, que no dejan lugar a dudas.[18]

En la definición clásica de presunción, refiere Rodríguez – Piñera Royo, "ésta aparece como aquella actividad del juzgador o del legislador, por la cual se afirma un hecho a partir de la afirmación de un hecho distinto, con el cual guarda alguna relación; este mecanismo de determinación de la existencia de un hecho a partir de la prueba de otro opera en base a un razonamiento deductivo con la finalidad de facilitar la prueba de ciertos hechos".[19]

"REPÚBLICA DOMINICANA Artículo 8.-Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos. Para garantizar la realización de esos fines se fijan las siguientes normas: (...) 11. La libertad de trabajo ..." "URUGUAY Artículo 36.Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes."

17 Vega Ruiz, María Luz, "La reforma laboral en América Latina – Un análisis comparado", Oficina Internacional del Trabajo, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2001, p.24

18 Cabanellas de Torres, Guillermo, "Diccionario Jurídico Elemental", Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1979, p. 256

19 Rodríguez – Piñero Royo, Miguel C., "La presunción de existencia del contrato de trabajo", Editorial Civitas S.A., Madrid, Primera Edición 1995, p. 29

La presunción es el acto de aceptar la verdad de un hecho por la evidencia de otro, es la consecuencia jurídica extraída de un hecho que se tiene por existente.[20]

Se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros, punto de vista desde el cual, "las presunciones no son propiamente medios de prueba, son tan sólo uno de los muchos elementos integrantes de ese conjunto de operaciones intelectuales que es menester realizar para dictar una sentencia".[21]

Es oportuno advertir que según la doctrina no hay acuerdo sobre la integración de la presunción al derecho adjetivo o al sustantivo.

Al respecto la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, se ha pronunciado en el sentido de, "que en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema se ha establecido que las normas jurídicas se agrupan en dos categorías, unas reconocen un derecho o imponen una obligación, en tanto que las otras establecen los requisitos y sus reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado. De allí que a las primeras se les denomina normas materiales o sustantivas, y a las segundas, procesales, formales o adjetivas, y que su naturaleza se aprecia independientemente del cuerpo legal en que se encuentre."[22]

"La presunción constituye la operación mental por la cual, en aplicación de esa relación, se llega al conocimiento de ese hecho desconocido. No obstante que se discute si la presunción constituye realmente una prueba, la duda se aclara si se tiene en cuenta sus efectos procesales, pues, con ella – con la presunción -, se invierte la carga de la prueba. A quien invoca una presunción le bastará acreditar el o los antecedentes para que la presunción opere y al que pretende destruir sus efectos le corresponde la prueba en contrario.

El mismo ordenamiento jurídico, en unos casos, establece la presunción, de tal forma que probados ciertos presupuestos el Juez debe tener por ciertos los hechos;

---

20 Soler, Osvaldo H., "Ajuste por inflación impositivo. La ficción del artículo 39 de la Ley N° 24.073", 5 de noviembre de 2002, www.soler.com.ar/general/inftec/2002/otros/v140.htm

21 Couture, Eduardo J., "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", 4ta. Edición, B de F, Buenos Aires, 2002. p. 218

22 Casación N° 392-2002 Santa, Resolución del 25 de octubre de 2002, publicada el 30 de mayo de 2003.

en otros casos, deja al juzgador para que haga la inferencia, de modo que de determinados hechos llega por deducción al conocimiento de otros. En el primer caso estamos ante lo que se denomina la *presunción legal* y en el segundo ante la *presunción judicial.*"[23] Esta última debe apoyarse en hechos probados y no en otras presunciones, encadenarse lógicamente de tal manera que conduzca al resultado admitido.[24]

La presunción permite establecer un hecho desconocido de otro conocido, lo cual constituye su mecanismo clásico. Esto nos permite distinguir dos hechos:

- **hecho base:** hecho conocido a partir del cual opera el razonamiento deductivo.
- **hecho presumido**, cuya existencia es deducida del conocido

Hecho base: debe ser probado en el proceso, el conocimiento de éste debe ser seguro, contrastado a través de la prueba, lo cual permitirá acudir al mecanismo deductivo.

Hecho presumido: Rosemberg, citado por Rodríguez – Piñero sostiene que lo característico de la presunción es "la existencia de un hecho que no tiene importancia para el efecto jurídico en cuestión, pero del cual la Ley saca la conclusión de la existencia de otro hecho importante".[25]

La presunción adquiere relevancia jurídica al ser realizada por la instancia establecida por ley con facultad de regular conductas ajenas, así la conexión entre los hechos base y hecho presumido puede ser efectuada por el legislador dando origen a una norma, y por el juzgador decidiendo un caso concreto, lo cual determinará cuando estamos ante una presunción legal o de carácter judicial.

"**La presunción legal** no es otra cosa que el mandato legal por el cual se ordena tener por cierto un hecho determinado siempre y cuando otro hecho indicador del primero haya sido suficientemente acreditado en el proceso. En estos casos

[23] Carrión Lugo, Jorge, "Tratado de Derecho Procesal Civil", Tomo II, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2000, p. 27, 28

[24] Couture, Ob. Cit. , p. 224

[25] Ob. Cit., p. 33

hay un hecho que sirve de antecedente, un razonamiento y un hecho que se presume. En la presunción legal el legislador realmente hace el razonamiento y establece la presunción, pero a condición de que se pruebe el hecho en que ella se funda."[26]

El legislador impone la presunción con carácter general a efecto de que se lleve a cabo cuando se aplique la norma para la prueba de cuyo supuesto de hecho se trata.

Respecto a la presunción legal, conviene citar que doctrinariamente se distinguen las presunciones legales de hecho y de derecho:

Así, estamos ante una **presunción legal de hecho** cuando la norma jurídica de un supuesto de hecho legal deduce una situación distinta o complementaria, en cambio en la **presunción legal de derecho** lo presumido no es un hecho sino un derecho o estado jurídico.

Nuestra Ley Procesal del Trabajo en su artículo cuarenta establece una regla de presunciones legales relativas par el caso de los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contengan la demanda, cuando el demandado no acompañe a su contestación a la demanda o no cumpla con exhibir sus planillas y boletas de pago en caso le hayan sido solicitadas, o no haya registrado en planillas ni otorgado boletas de pago al trabajador que acredita su relación laboral.[27] Tal presunción funciona si está previamente probado el hecho de la relación laboral.[28]

---

26 Carrión Lugo, Jorge, Ob. Cit., p.29

27 "Artículo 40.- PRESUNCIONES LEGALES RELATIVAS.- Se presumen ciertos los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contenga la demanda, cuando el demandado:
1. No acompañe a su contestación los documentos exigidos en el artículo 35.
2. No cumpla con exhibir sus planillas y boletas de pago en caso le hayan sido solicitadas.
3. No haya registrado en planillas ni otorgado boletas de pago al trabajador que acredita su relación laboral."

28 El proyecto de la nueva Ley Procesal del Trabajo, en debate en el Congreso, incorpora un nuevo supuesto en el inciso 2do. de su artículo 47°, la presunción de los datos remunerativos y de tiempo de servicios que contenga la demanda, cuando el demandado: " No haya negado de manera expresa lo afirmado por el demandante con respecto a su fecha de ingreso y cese, última remuneración percibida o afirmaciones relacionadas con los beneficios reclamados." Siendo oportuno advertir que dicho artículo 47° del mencionado proyecto, incorpora en su inciso 5° un supuesto que no guarda relación con la presunción que regula e introduce más bien un factor de contradicción, cuando refiere que: "En caso que el trabajador

Tenemos entonces que en la presunción legal o *juris tantum*, la ley presume algo, pero se admite prueba en contrario y en la presunción de derecho *juris et de jure*, la ley afirma algo y no admite prueba en contrario.[29]

Nuestro Código Procesal Civil identifica a la primera como presunción legal absoluta, estableciendo además que el beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base,[30] a la segunda, como presunción legal relativa.[31]

Sin embargo cabe la posibilidad de duda sobre la naturaleza de la presunción legal y en tal caso el Juez estará obligado a considerarla como relativa.[32]

En el derecho comparado, tenemos que por ejemplo, para el Código del Trabajo de Chile, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador, si el empleador no hace uso del derecho de enviar a la respectiva autoridad de Inspección de Trabajo para que requiera al trabajador la firma del contrato de trabajo ante la negativa de éste;[33] en la

---

acredite su relación laboral, el importe de la remuneración será la percibida por un servidor que realice sus mismas actividades o análogas. De no ser posible, se fijará la remuneración mínima vital vigente a la fecha en que surgió el derecho reclamado."

29 Ojeda, Boanerge, "Caso DGI: Los contralores en su laberinto", Seminario de Información y Análisis, Año 4, N° 195, del 11 al 17 de junio de 2000, www.confidencial.com.ni/2000-195/temacentral2.html

30 "Artículo 278°.- Presunción legal absoluta.- Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base."

31 "Artículo 279°.- Presunción legal relativa.- Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte a favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso."

32 "Artículo 280°.- Duda sobre el carácter de una presunción legal.- En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa."

33 "Artículo 9°. El contrato de trabajo es consensual; deberá constar por escrito en los plazos a que se refiere el inciso siguiente, y firmarse por ambas partes en dos ejemplares, quedando uno en poder de cada parte contratante."

"El empleador que no haga constar por escrito el contrato dentro del plazo de quince días de incorporado el trabajador, o de cinco días si se trata de contratos por obra..."

"Si el trabajador se negare a firmar, el empleador enviará el contrato a la respectiva Inspección de Trabajo para que ésta requiera la firma. Si el trabajador insistiera en su actitud ante dicha Inspección, podrá ser despedido, sin derecho a indemnización, a menos que pruebe haber sido contratado en condiciones distintas a las consignadas en el documento escrito."

Ley de Enjuiciamiento Civil, de España, las presunciones establecidas por la ley admiten prueba en contrario salvo que la ley expresamente lo prohíba;[34] en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela, cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario, en cambio cuando la establece con carácter relativo, la carga de la prueba corresponderá a quien pretenda desvirtuar la presunción.[35]

El Código Civil de Uruguay, considera como presunciones legales absolutas, a aquellas en que se funda la ley para anular ciertos actos o para acordar una excepción perentoria contra la demanda, y considera como simples a todas las demás, toda presunción legal exime a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley, no siendo admisible la prueba contra las presunciones absolutas de la ley. [36]

En la **presunción judicial** el Juez deriva el hecho desconocido de otro que ha sido aportado en el proceso estableciendo conexión entre ambos. En este caso juegan papel importante los indicios, así el artículo 41° de nuestra Ley Procesal del Trabajo N° 26636 establece que los actos, circunstancias o signos suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza o convicción en torno a un hecho relacionado con la controversia, y considera como indicios, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antece

"Si el empleador no hiciere uso del derecho que se le confiere en el inciso anterior, dentro del respectivo plazo que se indica en el inciso segundo, la falta de contrato escrito hará presumir legalmente que son estipulaciones del contrato las que declare el trabajador..."

34 "Artículo 385°.-...inciso 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquella expresamente lo prohiba."

35 Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Venezuela, artículos 119 y 120

36 República Oriental del Uruguay, Código Civil, "Capitulo III, De las Presunciones. 1600. Las presunciones son consecuencias conjeturales que la ley o el magistrado sacan de un hecho conocido a otro desconocido. 1601. La presunción legal es la inherente a actos o hechos determinados por una disposición especial de la ley ... 1602. Toda presunción legal exime a la persona en cuyo favor existe, de probar el hecho presumido por la ley. Sin embargo, el que invoca la presunción legal debe probar la existencia de los hechos que sirven de base a la ley para establecer aquella. 1603, Las presunciones legales son absolutas o simples. Son absolutas aquellas en se funda la ley para anular ciertos actos o para acordar una excepción perentoria contra la demanda. Las demás son simples. 1604. No es admisible la prueba contra las presunciones absolutas de la ley."

dentes de la conducta de ambas partes; nuestro Código Procesal Civil trata sobre el indicio en igual sentido en su artículo 276°.[37]

Conforme al artículo 281° del mencionado Código: "El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados." La presunción judicial la establece el Juez recurriendo a sus propios conocimientos y a su experiencia mediante el examen de indicios acreditados.

Al respecto, para la Ley de Enjuiciamiento Civil (España), antes citada, a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; [38] y, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo de Venezuela,[39] de manera similar que el artículo 41° ,antes citado, de nuestra Ley Procesal del Trabajo, incluye la regla conforme a la cual el Juez pude extraer conclusiones de la conducta de las partes en el proceso.

Es importante advertir, que en ambos casos, tanto en la presunción legal como en la presunción judicial, en la comprobación de la existencia del hecho en que se funda la primera, y de los indicios en la segunda, en el proceso laboral es imprescindible en la búsqueda de la verdad, la aplicación del principio de la primacía de la realidad, aquel que, en expresión de Podetti, se configura: *"como consecuencia simultánea de la buena fe, de la desigualdad entre las partes, del repudio al*

---

37 Código procesal Civil, "Artículo 276°.- Indicio.- El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia."

38 "Artículo 386°. 1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a quien se refiere el apartado 2 del artículo anterior".

39 "Artículo 122. El Juez puede extraer conclusiones en relación con las partes, atendiendo a la conducta de éstas en el proceso, particularmente, cuando se manifieste notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas."

fraude y a la simulación de ilícitos, y a la interpretación racional de la voluntad de las partes en orden a cual es el negocio jurídico laboral que concertaron, ..."[40]

Cualquiera fuera la hipótesis por la que se produzca el desajuste entre los hechos y la forma, lo que interesa, afirma Plá Rodríguez, "... lo que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades."[41]

4. PRESUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Luego de haber revisado el marco conceptual y normativo sobre la institución de la presunción, pasaremos a identificar de qué manera la legislación nacional regula la misma con el correspondiente análisis de los elementos que consideran el hecho base, y cómo lo hacen algunas normas del derecho comparado.

El artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que:

"En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"

Es importante destacar que la mencionada norma no sólo establece la circunstancia en que **se presume la existencia de un contrato de trabajo** sino además la **duración** del mismo, esto es **"a plazo indeterminado".**

También es oportuno mencionar que el anteproyecto de la Ley General de Trabajo en discusión el Congreso, en el Artículo V del Título Preliminar señala que: "Se presume que toda prestación personal y remunerada de servicios es subordina-

---

40 Podetti, Humberto A., "Los principios del Derecho del Trabajo", en "Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, p. 149

41 Pla Rodríguez, Américo, "Los principios del Derecho del Trabajo", 2ª Edición Actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1978, p. 257.

da. Así mismo, 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".

Nos llama la atención que en el segundo supuesto no se haga referencia a la subordinación y tan sólo al hecho de prestarse los servicios en el interior del centro de trabajo para quien los aprovecha, teniendo relación esto último con el trabajo por cuenta ajena, característica que obviamente no está ausente en el primer supuesto aún cuando no se menciona expresamente.

Al respecto es oportuno asumir, como señala Caldera, que: "Cuando hay prestación de servicios bajo la dependencia de otro, y no se demuestra la existencia de una relación jurídica distinta del contrato de trabajo, la remuneración se sigue como consecuencia necesaria, y la falta de estipulación no basta por sí sola para quitar al servicio su cualidad jurídica de contrato de trabajo."[42]

En el artículo 17° del citado anteproyecto se establece que: "El contrato de trabajo se presume celebrado por tiempo indeterminado, salvo prueba en contrario. Puede celebrarse por tiempo determinado en los casos previstos por esta Ley."

Aquí a diferencia del texto del artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el supuesto de presunción no es la del contrato de trabajo, sino que parte de la existencia del mismo para establecer la presunción de su duración, esto es, a plazo indeterminado.

En la legislación comparada la Ley del Estatuto de los Trabajadores (España) establece en el inciso 1° de su artículo 8° que: "El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta una 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", norma que resulta concordante con el artículo 1° de dicho Estatuto, conforme al cual dicha Ley ".....será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios

[42] Caldera, Rafael, "Derecho del Trabajo", Tomo I, 2ª Edición, 3ª reimpresión, Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, Enero 1972, p.270

retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario."

En ambas legislaciones encontramos como elementos comunes la prestación personal que si bien en la norma española no se menciona literalmente se infiere del texto de la misma, la subordinación y la retribución.

La norma nacional no hace referencia al servicio por cuenta ajena y la española a la presunción del carácter indeterminado del contrato.

Para el Código del Trabajo de Chile, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, toda prestación de servicios personales, bajo dependencia y subordinación, por una remuneración determinada. (artículos 7° y 8°).[43]

En Argentina, según la Ley N° 20744, Ley del Contrato de Trabajo, constituye contrato de trabajo, para los fines de dicha ley, *"... toda actividad lícita que se preste a favor de quien tiene la facultad de dirigirla, mediante una remuneración"*, precisando luego que, *"El contrato de trabajo tiene como principal objeto la actividad productiva y creadora del hombre en sí. Sólo ha de entenderse que media entre las partes una relación de intercambio y un fin económico en cuanto se disciplina por esta ley"* (Artículo 4). Estableciendo luego la presunción de la existencia de un contrato de trabajo (Artículo 23), de la siguiente manera:

"El hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esa presunción operará igualmente aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio", remitiéndose a dicha norma su artículo 50, como uno de los modos de probar la existencia del contrato de trabajo.[44]

---

43 "Artículo 7°. Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente , éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquel a pagar por estos servicios una remuneración determinada."
"Artículo 8°. Toda prestación de servicios en los términos señalados en el artículo anterior, hace presumir la existencia de un contrato de trabajo ..."

44 Ley N° 20744, Ley del Contrato de Trabajo (Argentina), "Artículo 50.- El contrato de trabajo se prueba por los modos autorizados por las leyes procesales y lo previsto en el artículo 23 de esta ley."

La doctrina argentina se encuentra dividida respecto a la interpretación de dicha normativa. Para un sector, el sólo hecho de la prestación del servicio hace operativa la presunción, para otro el contrato de trabajo se presume del hecho de la prestación de servicios dependientes, posición en la que se ubican Justo López y Antonio Vásquez Vialard, de manera que la carga de la prueba de la dependencia o subordinación no queda sustituida por la presunción dependiendo ésta de aquella. En la primera posición se estima que imponer el deber de probar la dependencia o subordinación, transgrede el supuesto contemplado en la ley, al agregarse un presupuesto no contemplado en su texto.[45]

5. SUPUESTOS PARA LA PRESUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Como hemos podido apreciar, para la presunción de la existencia de un contrato de trabajo en nuestra legislación, se hace referencia a la prestación personal de servicios, que estos sean remunerados, y subordinados. En cambio la ley argentina lo hace únicamente a la prestación de servicios, el cual constituye en dicha norma el hecho base para que opere la presunción.

Pasaremos a tratar cada uno de dichos elementos:

– **Prestación personal:** La actividad objeto del contrato de trabajo es la prestada por el trabajador de manera personal, cumpliendo la tarea asignada por el empleador sólo o con los colaboradores que éste le asigne.[46] Sin embargo la LPCL prevé como excepción no invalidante del trabajo **personal** que, el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él si ello es usual a la naturaleza de las labores asignadas.[47]

---

45 Rodríguez, Juan Pablo, "Prueba de los contratos civiles y laborales", Septiembre, 2000, Publicación de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, Edición Electrónica, www.aaba.org.ar/ple00907.htm

46 Neves Mujica, Javier, "Introducción al Derecho del Trabajo", ARA Editores, 1era. Edición, 1997, p.35

47 "Artículo 5°.- Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores."

El contrato de trabajo es uno *intuitu personae*, obliga a la prestación personal del servicio, a su realización por sí mismo.

Encontramos que en cambio en el contrato de locación de servicios o de obra, estos deben prestarse personalmente, pero no constituye un elemento esencial en tanto el locador puede valerse bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si el contrato o los usos lo permiten y no exista incompatibilidad con la naturaleza de la prestación, en el primer caso, y el contratista puede subcontratar integramente o parcialmente la realización de la obra cuando el comitente se lo permita o autorice, en el segundo.[48]

- **Retribución:** Al ponerse el hombre como finalidad de su esfuerzo el procurarse los bienes necesarios para su subsistencia realiza un trabajo productivo, siendo aquella la causa final de éste. Por los servicios que recibe del trabajador, el empleador se obliga a abonarle una retribución que en tal relación jurídica constituye remuneración.

La LPCL considera remuneración para todo efecto legal, el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, puede ser en dinero o en especie, no importando la forma o denominación, pero con la condición para tal efecto de que sea de libre disposición del trabajador.[49]

- **Subordinación:** La subordinación es esencial en nuestro ordenamiento jurídico para determinar si existe contrato de trabajo o si en defecto nos encontramos por ejemplo ante uno de locación de servicios, de obra, de sociedad o de comisión mercantil.

---

48 Código Civil: "Artículo 1766°.- El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación", "Artículo 1771°.- Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a `pagarle una retribución", "Artículo 1772°.- El contratista no puede subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente."

49 "Artículo 6°.- Constituye remuneración para todo efecto legal el integro 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. 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 alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena."

La diferencia sustantiva respecto al trabajo autónomo, para nuestra legislación, está dada por la ausencia de subordinación en el caso de la locación de servicios, en tal sentido el artículo 1764° del Código Civil establece que: "Por locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución."

Según el artículo 9° de la LPCL, por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

Esta autoridad a la que se encuentra sometido el trabajador, de acuerdo a la norma citada, faculta al empleador a introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

De tal contenido de subordinación podemos clasificar los poderes o facultades del empleador cuyo ejercicio por éste no es ilimitado en tanto está sujeto a las normas protectoras, al contrato de trabajo y/o a los convenios colectivos.

Dicha clasificación comprende:

- poder de organización y dirección,
- poder de controlar y fiscalizar las labores,
- poder disciplinario.

En la doctrina encontramos tres criterios para explicar en qué consiste la subordinación:

a) Subordinación jurídica: conforme a la cual el trabajador se somete al cumplimiento obligatorio de las órdenes del patrono, tiene su origen en un acto contractual.

La subordinación tendrá por base el propio contrato y las limitaciones que en base a un orden público social ha diseñado el legislador en términos generales y las convenciones colectivas de trabajo en términos particulares.[50] De tal manera, resulta netamente jurídico el fundamento de su existencia en el contrato de trabajo, es netamente jurídico, como señala Sanguineti Raymond, "por cuanto la misma se deriva del contenido de la obligación principal asumida por el trabajador"[51]

b) Subordinación económica: la cual se entiende en que siendo la remuneración fuente primaria de las subsistencia del trabajador, éste se encuentra sometido económicamente al empleador. La dependencia económica conduce a la dependencia jurídica.

Señala Gómez Valdez que, "el aspecto económico del contrato de trabajo es circunstancial y en ocasiones coyuntural, puesto que la orientación actual de los trabajadores es ir hacia la búsqueda del mejor empleo, propósito diseñado a través de políticas de empleo dirigidas a una formación profesional continua, donde la aspiración de los trabajadores es resolver con su empleo y sin mayores contratiempos su canasta familiar, de donde, el trabajar, bajo estas condiciones, significa que el salario dentro del contrato de trabajo no necesariamente abarca el solo aspecto económico, sino que, no excluye que éste permita desarrollar al individuo como trabajador."[52]

c) Subordinación técnica y jerárquica: es ***técnica***, en tanto el empleador propietario de los medios de producción los coloca a disposición de sus trabajadores para que dentro de las limitaciones de una organización preestablecida las utilicen para la consecución de los fines del centro de trabajo; es ***jerárquica***, como consecuencia de la división que da lugar a la asignación de facultades de organización, dirección, coordinación y control, a la que se encuentra sometido el trabajador.

---

50 Gómez Valdez, Francisco, "El Contrato de Trabajo", Tomo I, Edición 2000, Editorial San Marcos, Lima, p.246

51 Sanguineti Raymond, Wilfredo, "El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo", Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1988, p. 426

52 Ibídem, p. 245

"En sentido restringido, el poder de dirección se concreta a la facultad de impartir órdenes e instrucciones, de acuerdo con las necesidades de la empresa para que ésta pueda cumplir sus fines."[53]

En resumen, la subordinación es un vínculo jurídico cuyo fundamento de su existencia es el contrato de trabajo, derivándose de la obligación asumida por el trabajador de ejecutar la prestación de sus servicios de acuerdo a las órdenes de su empleador quien dispone de su actividad.

- **Cuenta ajena:** ésta involucra la integración del trabajador a la unidad productiva dirigida por el empleador quien ejerce los poderes de dirección y disciplina, los frutos o réditos del trabajo son cedidos al empleador quien asume los riesgos que entraña el proceso productivo. Así jurídicamente, la riqueza que emana del esfuerzo del trabajador resulta de propiedad del empleador, ajenidad de la que emana el poder de mando de éste y el deber de obediencia del aquel.

Carballo formula la siguiente clasificación:

> " a) El trabajador sólo se inserta en la empresa como una pieza necesaria para el normal desenvolvimiento del proceso productivo (ajenidad en la organización de los factores de producción)."
> " b) Por tal virtud, el empleador apropia originariamente los réditos o frutos que dimanan del proceso productivo bajo su dirección (ajenidad en los frutos)."
> " c) Como consecuencia de lo antes expresado, deberá el empleador asumir los riesgos que derivan del proceso productivo a su cargo (ajenidad en los riesgos)."
> " d) El empleador, entonces, ostenta un poder de mando o dirección sobre el trabajador que pretende garantizar que los factores aglutinados en la empresa se articulen en la forma que éste estime oportuno y conveniente para garantizar la satisfacción de sus intereses, básicamente, económicos; y"
> " e) Como contrapartida del poder de mando en cabeza del patrono, el trabajador se encuentra sometido al deber de obediencia (manifestación primaria de la subordinación) frente a las órdenes e instrucciones que aquel pudiere dirigirle."[54]

[53] Hernández Rueda, Lupo, "Poder de dirección del empleador", en "Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – Universidad Autónoma de México, México, 1997, p. 406

[54] Ob. Cit. p. 31

- Contrato de trabajo a plazo indeterminado:

El artículo 4° de la LPCL presume la existencia del contrato de trabajo a plazo indeterminado, es decir aquel considerado como un contrato típico sujeto para su extinción a las causas previstas en dicha ley de manera tasada, entre las que se encuentran la renuncia voluntaria del trabajador, el mutuo disenso, la jubilación, el despido, la terminación por causa objetiva, entre otras.[55]

Comprende tal presunción la voluntad de las partes de prolongar indefinidamente el contrato, esto es, sin límite en su duración.

En la legislación comparada a la que venimos refiriéndonos en el presente trabajo, el artículo 8° del ET como hemos apreciado anteriormente no hace alusión a la duración del contrato de trabajo cuya existencia presume, de manera que de la interpretación de dicha norma debe concluirse que la presunción está referida a uno de duración indeterminada, contemplando en su artículo 49° las causas de su extinción, de igual manera el artículo 23 de la Ley N° 20744

Debe advertirse que nuestra legislación (LPCL, artículo 53°)[56] al igual que la española (ET, artículo 15.1),[57] así como la argentina (Ley N° 20744, artículo

[55] "Artículo 16°.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:
a. El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;
b. La renuncia voluntaria del trabajador;
c. La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;
d. El mutuo disenso entre trabajador y empleador;
e. La invalidez absoluta permanente;
f. La jubilación;
g. El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;
h. La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley."

[56] LPCL, "Artículo 53°.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes"

[57] ET, "Artículo 15°. Duración del contrato.
1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada....."

21),[58] contemplan la posibilidad de contratos de trabajo sujetos a modalidad que por su naturaleza son temporales, es decir de duración prevista ab initio por las partes involucradas, aspecto que precisamente marca que la presunción contenida en las citadas normas nacional , española Y argentina, están sujetas a prueba en contrario cuya carga evidentemente corresponde al empleador.

Así tenemos entonces, que acreditado el hecho base, esto es, la prestación de servicios personales, subordinados, por cuenta ajena, retribuidos, para ambas legislaciones, nos encontramos frente a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, que viene a ser el hecho presumido y al que el Juez arriba por mandato legal.

Consecuencias de la presunción del contrato de trabajo:

Analizada la operatividad de la presunción y el alcance de ésta respecto a la existencia del contrato de trabajo, es importante concluir señalando las consecuencias de aquella. Así tenemos que:

- La presunción favorece la actividad probatoria del hecho presumido correspondiendo en cambio a quien discrepe con la existencia del contrato de trabajo, probar que se trata de uno de otra naturaleza y, en su caso, si aceptando la existencia de aquel sostenga que se trata de uno de plazo determinado.

- Si en los hechos se comprueba la concurrencia de los elementos constitutivos del contrato de trabajo, queda acreditada su existencia. Así, constatado el hecho base el hecho presumido se considera probado. Ello prevalece sobre lo que las partes hubieran declarado formalmente, atendiéndose a la realidad de los servicios prestados.

58 "Artículo 21.- Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios a favor de la otra y bajo dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres"

- La presunción de la existencia del contrato de trabajo permite establecer cuándo ha existido simulación en fraude a la ley laboral, alcanzándose así protección al carácter irrenunciable de los derechos que emanan de la relación laboral de acuerdo a la Constitución Política. Protección que permite enfrentar de alguna manera, los mecanismos utilizados por las tendencias neoliberales en las nuevas formas de organizar la producción y que buscan imponer la flexibilidad en las relaciones de trabajo.

Jóvenes y trabajo decente

Edgardo Balbín Torres

Catedrático de la Pontifica Universidad Católica del Perú - PUCP y
de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas –UPC.
Asociado de la SPDTSS.

Sumario

Introducción. 1. El trabajo decente como objetivo y contenido de las políticas públicas. 2. Algunos elementos del diagnóstico: el itinerario de los jóvenes y el enorme déficit de trabajo decente. 3. Tres ejes para la reflexión jurídica y la acción. 3.1. La formación profesional y el tiempo de trabajo. 3.2. La protección social. 3.3. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo

INTRODUCCIÓN

Desde que en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 1999, el Director General de la OIT propusiese la noción de "trabajo decente", los intentos por profundizar cada vez más su contenido, fijar indicadores para su medición y convertirlo en instrumento guía de las políticas sociolaborales en el mundo han sido múltiples y sostenidos[1]. La virtualidad del concepto para hacer frente a los problemas que plantea la globalización económica con su "dinámica desrregulada de desigualdades"[2], lo ha convertido en una herramienta inme-

[1] Sobre las propuestas para definir unos indicadores de medición del concepto de trabajo decente puede verse el número monográfico: *La medición del trabajo decente,* de la Revista Internacional del Trabajo (Volumen 122 Nº 2, 2003/2).

[2] Esta interesante idea es desarrollada en CASTEL, Robert: *Empleo, exclusión y nuevas cuestiones sociales*, en: Desigualdad y globalización; cinco conferencias. Compilador: Alain Touraine, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Sociales, 2001.

jorable para combatir la pobreza en el mundo y se afirma hoy, con contundencia, que el trabajo decente es un componente indispensable del crecimiento sostenible[3].

En nuestro país, aunque sin lograr resultados aceptables aún, han resultado significativos algunos esfuerzos por colocar el concepto dentro de la agenda sociolaboral. En el año 2003, a pedido del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la OIT elaboró una propuesta preliminar de "Programa Nacional de Trabajo Decente" que, luego de realizar un diagnóstico de su déficit en nuestro medio, formuló algunos lineamientos generales para hacerle frente y promover la efectividad y promoción del concepto[4]. Lamentablemente, ninguna acción sostenida y ningún resultado a destacar se observa todavía y el déficit de trabajo decente persiste o, lo que es más probable, se acrecienta.

Uno de los sectores más vulnerable al déficit de trabajo decente es la población laboral juvenil que, como advierte la CEPAL, debido a las escasas expectativas de integración social ocupan hoy, "*al calor de la crisis del empleo y el cambio acelerado de las formas de vida, un lugar más problemático*"[5]. Por esta razón, vincular los problemas laborales de los jóvenes con el enfoque del trabajo decente resulta de mucha utilidad pues contribuye a formular lineamientos para revertir el déficit general de trabajo decente e implementar políticas para el fortalecimiento del capital humano en nuestro país. Este breve trabajo tiene como propósito presentar una visión panorámica de algunos de los principales problemas de los jóvenes en el Perú vinculados a la noción de trabajo decente y proponer, en base al contenido de este concepto, algunos elementos para la reflexión jurídica y la formulación de políticas públicas.

---

3 *Superar la pobreza mediante el trabajo*. Memoria del Director General de la OIT en la 91° conferencia Internacional del Trabajo (2003), pp. 75 y ss.

4 Este documento puede encontrarse en el sitio web: http://www.oitandina.org.pe/

5 Comisión Económica para América Latina: *Panorama social en América Latina 2004*, Santiago de Chile: CEPAL, p. 155.

1. EL TRABAJO DECENTE COMO OBJETIVO Y CONTENIDO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

El discurso cotidiano sobre el empleo y los derechos en el trabajo aparece hoy plagado de terminología económica y muchos intentos de explicación de los problemas y de propuesta de posibles vías de solución se reducen al logro de indicadores de crecimiento o inversión.

Los indicadores económicos, ciertamente, son de mucha utilidad para revelar problemas, para ponderar las posibles soluciones o explorar los posibles efectos de las normas y las políticas laborales, pero resulta muy difícil aceptar que un indicador económico pueda o deba convertirse en el objetivo final de una política pública. La economía -al igual que el derecho- y los indicadores –lo mismo que las leyes- son medios o herramientas para lograr otros fines.

Esto, que puede parecer muy obvio, no lo es tanto cuando se atiende al discurso cotidiano y se aprecia que el objetivo central y directo de muchos planteamientos y propuestas de los responsables de la gestión de las políticas públicas lo constituye el incremento de un índice económico y no el incremento de bienestar de la población (lo que supone una distribución equitativa del crecimiento). Ha sido ilustrativo de esta tendencia, por ejemplo, que el objetivo proclamado por quienes sostuvieron o sostienen la necesidad de una reforma laboral a la baja haya sido la promoción de la competitividad (un índice económico) y no la mejora de las condiciones de vida y trabajo de la gente. El crecimiento y la competitividad como fines en sí mismos pueden condenarnos a postergar por largo tiempo aspiraciones fundamentales de nuestra sociedad que, en forma de derechos fundamentales, aparecen plasmadas en nuestro texto constitucional. Y la experiencia latinoamericana nos demuestra que los esfuerzos ciegos por alcanzar objetivos económicos sólo han contribuido a precarizar el empleo y mantener y justificar escenarios de violaciones flagrantes de derecho laborales fundamentales como la libertad sindical.

La mejora de las condiciones de vida y trabajo de la gente es lo único que puede dotar de sentido social a las políticas de impulso a la competitividad. Lo único que puede implicar a los trabajadores y trabajadoras, justamente, los protagonistas e impulsores de la competitividad y el crecimiento, con las políticas destinadas a su mejora. En materia de trabajo, la OIT ha propuesto como objetivo posible de las políticas públicas nacionales, no la competitividad ni el crecimiento, sino la noción del trabajo decente, definiéndola como "*aquella ocupación productiva que es justamente remunerada y se da en condiciones de libertad, equidad, seguridad y*

respeto a la dignidad humana"[6]. Como pone de relieve GHAI, este concepto implica entonces cuatro elementos centrales: empleo, protección social, derechos fundamentales de los trabajadores y dialogo social[7]

De este modo, hay que ser competitivos para lograr trabajo decente y sólo si los índices de crecimiento se orientan hacia la consecución de ese objetivo final, las políticas públicas destinadas a lograrlos alcanzan la justificación social necesaria para convertirse en asuntos de interés nacional. Adviértase, además, que el objetivo del trabajo decente es un objetivo sostenido en el tiempo, esto es, es un objetivo de hoy y mañana, de modo tal que resulta reñida con este objetivo toda propuesta destinada a promover trabajo precario hoy para lograr trabajo decente en el futuro.

Es en función de este idea preliminar que pasamos a evaluar la situación de los jóvenes en el Perú y, luego, a plantear algunos elementos para la reflexión jurídica que vinculan los problemas de los jóvenes con el concepto de trabajo decente.

2. ALGUNOS ELEMENTOS DEL DIAGNÓSTICO: EL ITINERARIO DE LOS JOVENES Y EL ENORME DÉFICIT DE TRABAJO DECENTE

Algunos estudios revelan que en la actualidad los jóvenes tienen más educación, es decir, más años de escolaridad formal que las generaciones precedentes, sin embargo, tienen menos empleo. Los jóvenes duplican el índice de desempleo de los adultos (situación que se agrava aún más en el caso de las mujeres) y, aunque cuentan con iguales o mayores calificaciones educacionales, no sólo no tienen empleo sino que, aún teniéndolo, perciben ingresos más bajos (lógicamente las mujeres tienen salarios aún más bajos)[8].

---

6 *Trabajo Decente*: Memoria del Director General de la OIT presentada en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1999).

7 GHAI, Dharam: *Trabajo decente: concepto e indicadores*. Revista Internacional del Trabajo, Vol. 122 (2003), número 2, p. 125

8 Comisión Económica para América Latina: *Panorama social en América Latina 2004*, Santiago de Chile: CEPAL, pp. 156 y ss.

Sería ideal que esto sucediese porque los jóvenes están dedicados a actividades formativas y porque pueden depender aún del ingreso familiar, pero sabemos que esto sólo explica la situación de un porcentaje pequeño de jóvenes. La mayoría afronta la necesidad de trabajar lo más pronto posible que impone la crisis económica, y los bajos ingresos familiares difícilmente alcanzan a cubrir periodos de formación prolongados. Hay que considerar, por tanto, que existe un porcentaje importante de jóvenes que no trabajan porque no hay trabajo o por otros motivos.

Ahora bien, los jóvenes que trabajan lo hacen mayormente en los sectores de agricultura, comercio y servicios, y un porcentaje muy importante lo hace como autoempleado, es decir, al margen de la protección que las normas laborales otorgan. Los boletines estadísticos del MTPE[9] revelan además que predomina la precariedad pero no sólo referida al ingreso sino también a aspectos formales básicos: un grupo importante de jóvenes que trabajan en forma dependiente lo hace sin contrato de trabajo y, en tanto la seguridad social en salud y en pensiones se desprende del vínculo de subordinación, trabaja sin protección social.

Lo anotado también repercute en el grado de efectividad del derecho de participación y organización colectiva, pues jóvenes desempleados, con empleo precario o sin garantías de permanencia en el empleo, por exclusión legal o por efecto de su especial vulnerabilidad frente a los actos antisindicales, no son jóvenes "sindicalizables". Las bajas tasas de afiliación juvenil son muestra clara de ello.

Pero, tal vez, el más grande problema de lo jóvenes sea el de la falta de empleos permanentes. Una de las dificultades más saltantes que se advierte es que el tránsito de la educación al empleo se torna complicado debido a que no se garantizan empleos permanentes. Ya no es suficiente estar sano y tener disposición al trabajo para tener garantizado un empleo. Es más, ni siquiera tiene garantizado un empleo quien ha culminado estudios universitarios. CEPAL coincide con la OIT en afirmar que, particularmente en América Latina, se ofrece a los jóvenes empleos informales, mal pagados, pero, lo peor de todo: sin ninguna estabilidad[10].

El panorama descrito, poco alentador, sugiere entonces que los jóvenes alternan o circulan entre tres posibles situaciones: i) no trabajar ni autónoma ni subordina-

9 Ministerio de trabajo y Promoción del Empleo: Boletín de Estadísticas Laborales, N° 25, Lima: 2003.

10 Comisión Económica para América Latina: Op. Cit. pp. 160 y ss.

damente; ii) tener un empleo precario o engordar las cifras de subempleados; y; iii) trabajar formalmente sin ninguna garantía de estabilidad o con empleo discontinuo (una minoría). Esto última situación se apreciaría en el ámbito del trabajo subordinado, en donde la permanencia deja de ser la regla porque se privilegia y facilita la contratación temporal o porque se relaja la protección contra el despido arbitrario; pero también se observaría en el ámbito del trabajo autónomo, en el que la situación de extrema dependencia económica y fragilidad en el mercado coloca al autoempleado en una situación incierta, con pocas expectativas de sostener una iniciativa económica.

El itinerario perfilado resulta muy preocupante porque, como lo señalamos al inicio, las expectativas de integración social de los jóvenes pueden tornarse cada vez más difusas, siendo posible que incrementen la larga fija de excluidos generada por la ausencia de gobernanza frente al fenómeno globalizador. De modo inevitable, si el principal mecanismo de inclusión social sigue siendo el trabajo, las dificultades para conseguirlo o mantenerlo conducen a los jóvenes a la exclusión.

Pero, junto a este problema de fondo aparece otro problema que debe ser advertido por la reflexión jurídica: una expectativa de empleo precario y sin estabilidad extiende el problema del acceso al empleo, más allá de lo acostumbrado.

Ahora, el problema del acceso al empleo (uno de los tantos que enfrentan los jóvenes) no es solo un problema de formación para el trabajo y de conexión adecuada entre oferta educativa y demanda laboral. Los jóvenes ya no aspiran, como las generaciones precedentes, al empleo único, de toda la vida, que inicia y culmina para un mismo empleador y da paso automático a la jubilación. El problema del empleo se ha convertido ahora, incluso y sobre todo en un problema del que tiene empleo y se sabe inmerso en una dinámica de rotación constante que lo llevará a alternar periodos de empleo y desempleo, de trabajo subordinado y autónomo y, en el mejor de los casos, cambios constantes de empleo en régimen de subordinación.

En conclusión, parece claro que la situación descrita da cuenta del enorme déficit de trabajo decente para los jóvenes: una población juvenil que engorda las filas del subempleo por ingresos no nos permite hablar de trabajo justamente remunerado y, menos aún de un trabajo que garantice la satisfacción de necesidad elementales; las bajas tasas de sindicalización no nos permiten hablar de trabajo en condiciones de libertad; un panorama de particular menoscabo en oportunidades de empleo e ingresos suficientes para la mujer no nos permite hablar de equidad; la

casi nula cobertura de la seguridad social en la población joven no nos permite hablar de un trabajo en condiciones de seguridad.

3. TRES EJES PARA LA REFLEXIÓN JURÍDICA Y LA ACCIÓN

Es posible, sin embargo, dar algunos pasos para revertir el panorama y puede emplearse, para ello, los elementos propuestos por la noción de trabajo decente. Aquí, plantearemos tres posibles ejes para la reflexión desde el Derecho y la acción, asentados sobre la base de derechos catalogados como "derechos humanos" y que forman parte del contenido de la noción de trabajo decente, y alertaremos acerca de algunos aspectos inadvertidos de su contenido estrechamente vinculados a instituciones jurídicas de suma relevancia. Estos tres ejes son: la formación profesional, la protección social y los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Sin embargo, antes de desarrollarlos conviene precisar que estos derechos son enormemente funcionales para lograr el objetivo del trabajo decente tanto en el ámbito del trabajo subordinado como en el ámbito del autoempleo pues, como señala SUPIOT, no se trata de derechos necesariamente asociados al trabajo en régimen de subordinación, sino de derechos sociales universales, cuya titularidad es atribuible a todo aquel sujeto que desarrolle una labor productiva y que requieren además de una importante actividad articuladora y prestacional a cargo del Estado[11]. Digamos, entonces, que se trata de derechos comunes a toda actividad profesional, cuya efectividad bien puede brindar de una cobertura digna al ahora penoso itinerario laboral que circulan los jóvenes.

3.1 La formación profesional y el tiempo de trabajo

Es indudable que la formación mejora las posibilidades de acceso al empleo y no debemos peder nunca de vista que el derecho a la formación profesional es el

[11] SUPIOT, Alain: *Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*, Valencia: Tirant lo blanch, 1999, p. 96.

derecho a la formación pre-laboral, cuya efectividad constituye, en gran parte, responsabilidad estatal en cuanto le demanda la habilitación de programas públicos de formación y certificación, o un esfuerzo serio por la adecuación de la oferta formativa a la demanda laboral. Pero, a lo que debemos prestar igual o mayor atención ahora es que el derecho a la formación profesional es también el derecho a la formación "en" el trabajo.

En efecto, existe un aspecto clave del derecho a la formación profesional poco advertido o desarrollado, que consiste en convertir en un auténtico derecho (exigible jurídicamente) una aspiración traducida en una frase coloquial "uno no debe dejar de aprender a lo largo de la vida". Ciertamente, un sujeto no pierde el derecho a la formación profesional cuando tiene un empleo y la labor de juristas y gestores de políticas públicas puede consistir en ampliar racionalmente los márgenes para hacerlo efectivo aún en el trabajo.

Es decir, si mayormente los empleos no son permanentes es cierto que es necesario proteger la permanencia en el empleo a través de la denuncia y sanción efectiva de la contratación temporal fraudulenta o de la articulación de un sistema de protección coherente y suficiente contra el despido arbitrario. Pero, junto con lo señalado habrá que considerar también dos cosas. En primer lugar, que las oportunidades de formación en el trabajo pueden facilitar el mantenimiento del empleo y protegerlo, en tanto fortalece la capacidad del trabajador de adaptarse al cambio empresarial dotándolo de competencias para el desarrollo de nuevas tareas en la empresa. En segundo lugar, que hay que prepararse para cambiar de ocupación y superar los periodos de inactividad lo más rápido posible (las altas tasas de rotación laboral así lo sugieren) y la formación en el trabajo facilita el paso entre trabajos subordinado y el paso del trabajo subordinado al trabajo autónomo. En suma, la "empleabilidad" no depende solo del periodo pre laboral, sino se fortalece sobre todo durante el periodo laboral y esto último es un asunto que concierne directamente a la regulación y gestión del tiempo de trabajo.

En el ámbito del trabajo subordinado, y con relación a esta faceta del derecho a la formación profesional (formación profesional en el trabajo), los actos que enervan su efectividad puede ser variados.

Para empezar, debemos atender a la poca inversión de las empresas en formación de los trabajadores, ocasionada por la mínima expectativa de permanencia que brindan. Ciertamente, el empresario no invierte en formación porque no está interesado en ofrecer estabilidad. SUPIOT advierte que esta nueva lógica trastoca los

términos del intercambio original y básico del derecho del trabajo (subordinación a cambio de seguridad), determinando que la mayor implicación y especialización exigida a los trabajadores no tenga como contrapartida ninguna garantía de estabilidad. Advierte el citado autor, que resulta absolutamente desproporcionado exigir mayor implicación al trabajador con la empresa cuando no se le garantiza futuro ni dentro ni fuera de ella[12].

Pero junto a este problema, se ubican las decisiones empresariales o modos de gestión que, directa o indirectamente, impiden al propio trabajador proveerse a sí mismo la formación durante el desarrollo de su ciclo laboral. Las excesivas jornadas laborales o el traslado de carga laboral al tiempo libre, basadas en la premisa a todas luces falaz de que la mayor productividad y la competitividad están asociadas al trabajo en sobretiempo, limitan las posibilidades de formación laboral o desmejoran severamente su calidad. Por esta razón, el respeto de los límites a la jornada, la limitación de las horas extras y la gestión racional del tiempo y la carga de trabajo se convierten de una cuestión fundamental. El tiempo fuera de la jornada de trabajo no es un tiempo de inactividad, sino un tiempo de formación, esto es, un tiempo productivo social y económicamente. Quizá nuestro legislador y nuestra jurisprudencia deban atender a estas razones, provistas por cierto de enorme contenido jurídico, para modular un sistema de promoción de la formación profesional en el trabajo[13].

3.2 La protección social

Como hemos señalado, el itinerario de los jóvenes en el trabajo transcurre, en la mayor parte de los casos, sin cobertura social: el joven desempleado no encuentra prestaciones por desempleo adecuadas y en materia sanitaria sólo le queda acudir a la, alicaída en recursos, salud pública. El joven en etapa formativa, de acuerdo a la nueva ley ve cubiertos los riesgos de enfermedad y accidentes a cargo de ESSALUD o de un seguro privado con una cobertura mínima, pero el aporte pensionario es facultativo. El joven autoempleado, salvo en muy pocos casos, tiene

12 SUPIOT, Alain: Op. Cit. P. 63 y ss.

13 Un muy interesante enfoque de la formación profesional en el trabajo puede verse en GARMENDIA ARAGÓN, Mario: *Derecho del Trabajo y Formación*; Montevideo: CINTERFOR, 2003; pp. 83-100.

también afiliación facultativa a seguros de salud y pensiones y no existen previsiones para la cobertura de los riesgos en el desempeño de su actividad profesional. Incluso, el joven que labora en una microempresa en régimen de promoción y formalización también accede sólo facultativamente a al cobertura de las seguridad social pensiones; y, demás está señalar que el trabajo precario niega cualquier cobertura a quien lo desempeña en dichas condiciones.

Parece claro, pues, que los principios de universalidad e integralidad de la protección social no son efectivos en nuestro medio y que, en el itinerario en el que circulan la mayor cantidad de jóvenes las normas estatales establecen existe menor protección social. Es cierto que, en ocasiones, la cobertura social suficiente no es más que una aspiración inviable (los ingresos de algunas unidades microempresariales no admiten reservas para contingencias), pero éste no argumento suficiente para negarla, sino por el contrario, para activar mecanismos de solidaridad social que universalicen la protección.

Sin embargo, este tema, en extremo complejo, es sólo uno atinente a la protección social, pues otro vinculado a éste es el de los periodos de discontinuidad en el empleo subordinado, aspecto que se mantiene irresuelto por nuestra legislación y jurisprudencia.

Básicamente, referimos a dos posibles situaciones. El primero atañe al posible tránsito del trabajo dependiente al autoempleo. Este es un problema en el que las políticas de reconversión laboral desempeñan un papel fundamental, aunque tan importante como esto resulta articular, legislativa y jurisprudencialmente, un sistema de protección adecuada para los créditos laborales, considerando sobre todo que la satisfacción oportuna de los créditos laborales lo que sostiene a veces la reconversión.

El segundo, concierne al tránsito entre trabajos en régimen de dependencia, ocasionado a veces por la descentralización productiva o la transmisión de empresa. Los capitales adquieren ahora una movilidad inusual y se transforman y reconvierten en formas empresariales nuevas o complejas, y estos fenómenos en ocasiones afectan la continuidad en el trabajo o el contenido del contrato. En nuestro caso, la inexistencia de disposiciones normativas no siempre ha sido siempre cubierta por la jurisprudencia con la aplicación del principio de continuidad y, por lo común, la descentralización productiva o la transmisión de empresa han interrumpido ficticiamente ciclos laborales afectando derechos de antigüedad o han implicado una rebaja sustancial en las remuneraciones de los trabajadores.

De hecho, un enfoque estático de la relación laboral en cuanto a los sujetos y formalista en cuanto a la figura del empleador[14], que pase por alto la enorme capacidad transformación del capital, puede dificultar a nuestro legislador y a nuestra jurisprudencia arbitrar mecanismo para garantizar la estabilidad en la descentralización o la transmisión de empresa.

3.3 Los principios y derechos fundamentales en el trabajo

Como es conocido por todos, en 1995, tras la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, la Conferencia Internacional del Trabajo y el Consejo de Administración de la OIT seleccionaron ocho Convenios denominándolos fundamentales por considerarlos esenciales para el desarrollo de las sociedades democráticas. Los derechos a los que refieren dichos convenios fundamentales fueron luego reconocidos como principios y derechos fundamentales en el trabajo en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 y, en adelante viene siendo objeto de una potente labor de promoción y seguimiento específico[15]. Los principios contenidos en la Declaración son la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la eliminación del trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y se les considera fundamentales porque su efectividad es la base y el impulso para el desarrollo de otros derechos laborales.

En cuanto refiere al nivel de efectividad de estos derechos, los jóvenes también aparecen como una población especialmente vulnerable y los informes emitidos con arreglo al seguimiento de la Declaración ha hecho hincapié en dos principios y derechos fundamentales: la discriminación en materia de empleo y ocupación y la libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva.

---

14 ARCE ORTIZ, Elmer: *Puntos críticos sobre el cambio de titularidad de empresa*; en: LABOREM N° 3, Lima: SPDTSS, 2003; pp. 103-115.

15 El texto completo de la Declaración así como las acciones desplegadas por la Oficina internacional del Trabajo para su promoción y seguimiento pueden verse en el sitio web: http://www.ilo.org/dyn/declaris/

En el primer caso, las oportunidades de desarrollo a través del trabajo pueden verse severamente mermadas por las prácticas discriminatorias, en particular, por aquellas que privan de empleo a los jóvenes. La apatía de los poderes públicos esta materia es alarmante y resulta significativo, por ejemplo, que las normas que proscriben la discriminación en las ofertas educativas y de empleo, vigentes desde 1997, han sido objeto sólo de nueve denuncias en lo que concierne a ofertas de empleo y manos de la mitad han dado lugar a la imposición de sanción. A pesar que dichas normas establecen la potestad de control de oficio de las ofertas de empleo a cargo del servicio de inspección del trabajo, este órgano no ha orientado sus esfuerzos hacia este tema así como tampoco incursiona en denuncias de hostigamiento sexual (motivo muy fuerte para dejar el empleo por la severa afectación a la dignidad que implica).

Por supuesto, este no es el único problema relativo a este principio pues ya hemos señalado que las mujeres jóvenes son especialmente vulnerables, pues sus oportunidades de acceso al empleo son aún más limitadas (potencial maternidad, asunción de responsabilidades familiares) y sus ingresos son siempre menores a los de trabajadores hombres.

En caso de la libertad sindical ya mencionamos como problema central, derivado de la inseguridad en el empleo, el de las bajas tasas de afiliación juvenil. Si los jóvenes están condenados mayormente a empleos precarios no permanentes, entonces la afiliación sindical no resulta atractiva pues puede convertirse en factor que facilite su pérdida: el despido antisindical. Aquí tal vez pueda pensarse en alternativas diversas.

Una primera refiere a facilitar los mecanismos que hagan posible la sindicalización a nivel de rama (derribando los actuales obstáculos que afronta la negociación a nivel de rama con el fin e hacer atractiva la sindicalización a ese nivel). Mantener la afiliación a lo largo del itinerario que circulan los jóvenes de sustancial y, como lo señala el Informe Global de la OIT relativo al principio de libertad sindical, un ciclo laboral convertido en una sucesión de episodios de empleo, requiere de una garantía de representación colectiva continua, con vocación y capacidad de persistir aún cuando la actividad se despliegue en el sector no estructura-

do.[16] En esta misma línea, también resultaría de sumo Interés explotar las posibilidades planteadas por el artículo 6° de la Ley de Relaciones Colectivas, de que "las organizaciones de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo" puedan defender sus intereses a través de medios acción colectivos que ejercen los sindicatos, tal vez articulando mecanismos de participación institucional en las entidades públicas que puede afectar sus condiciones de empleo. La defensa del empleo también resulta un aspecto sustancial en el trabajo autónomo y la representación colectiva de este sector de trabajadores en nuestro medio contribuiría, sin duda, a dotarles de voz para la representación de sus intereses[17].

De igual modo, de particular importancia sería explotar las materias negóciales vinculadas a las expectativas juveniles con relación al itinerario de empleo antes descrito. Contenidos vinculados a la gestión de licencias y permisos por formación, la inversión empresarial en capacitación, la limitación por negociación colectiva de las horas extras, la gestión negociada de la carga de trabajo, pueden resultar hoy en día de tanta importancia como la lucha por un salario justo. En esta dirección muchas organizaciones sindicales han advertido que inducir la inversión de la empresa en formación e los trabajadores desincentiva los despidos arbitrarios y brinda herramientas adicionales a los trabajadores frente una eventual situación de pérdida del empleo.

No debemos olvidar que, en el fondo, la desatención al déficit de trabajo decente planteados responde a la necesidad de atender otros problemas. Se quiere decir con ello que detrás de todo un fenómeno de poder, en el que unos intereses predominan sobre otros y se hacen merecedores de atención en desmedro de otros. Los desajustes producidos por el fenómeno globalizador, que potencian el capital frente al trabajo, han originado una merma significativa en el poder de las organizaciones de trabajadores para influir en la formulación de las políticas públicas y empresariales. Reajustar o recrear las reglas normativas estatales para la acción sindical es recomponer los términos del equilibrio necesario para la continuidad del sistema productivo.

---

16 *Su voz en el trabajo*; 2000. Informe global emitido con arreglo a la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998, pp. 13-14.

17 HURTADO, Monserrat: *Las organizaciones sindicales y el sector informal*; Ginebra: OIT, 2000, pp. 56-77

El Comité de libertad sindical de la Organización Internacional del Trabajo

Renato Mejía Madrid

Asociado de la SPDTSS.

Sumario

Introducción. I. Origen de los convenios internacionales del trabajo en materia de libertad sindical. II.Los mecanismos de control especial en materia de libertad sindical: La Comisión de Investigación y Conciliación en materia de libertad sindical y el Comité de libertad sindical. III. Composición y procedimiento del Comité de libertad sindical. IV. Eficacia jurídica de los pronunciamientos del Comité de libertad sindical. V. Perspectivas de futuro del Comité de libertad sindical

INTRODUCCIÓN

A pesar de no haber sido creado originalmente para dicho fin, el Comité de libertad sindical (CLS) es el principal órgano de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) encargado de examinar las quejas en materia de libertad sindical. Su trascendencia es, después de más de cincuenta años de su creación, absolutamente vigente, en particular en un país como el nuestro al ser el Perú uno de los Estados miembros de la OIT contra el cual se han presentado mayor número de quejas en materia de libertad sindical

De las 2423 quejas presentadas al CLS a nivel mundial desde su creación hasta junio de 2005, 105 lo han sido contra Perú. Así, el Perú tiene la segunda mayor concentración nacional en las Américas (que en su conjunto ha recibido 1279 quejas) y, en esa medida, la mayor concentración nacional en la región andina (Bolivia, Colombia, Ecuador Perú y Venezuela, que en conjunto han recibido 336 que-

jas)[1]. Si además consideramos que, de las quejas presentadas a nivel mundial, las Américas tienen la mayor concentración continental y, en las Américas, la región andina tiene la mayor concentración regional, podemos deducir que el número de quejas presentadas contra el Perú son altas no sólo a nivel regional y continental sino también a nivel mundial.

La creación y el desarrollo de mecanismos especiales de control en materia de libertad sindical en el ámbito de la OIT, de manera paralela a los mecanismos de control regulados en su Constitución, son consecuencia de una serie de acontecimientos que tuvieron origen en el reconocimiento de la importancia de la libertad sindical a nivel internacional desde la creación de la OIT, con ocasión de la suscripción del Tratado de Versalles de 1919 que puso fin a la Primera Guerra Mundial.

El preámbulo de la Constitución de la OIT reconoce de manera expresa la importancia del principio de libertad sindical al señalar en su Preámbulo: "Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente (...) [al] reconocimiento (...) del principio de libertad sindical". A través de la Declaración de Fidalelfia, adoptada en 1944 y anexada a la Constitución en 1946, la Conferencia Internacional del Trabajo "reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización [Internacional del Trabajo] y, en especial, los siguientes: (...) la libertad (...) de asociación es esencial para el progreso constante". Más recientemente, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento adoptada en la 86ta Conferencia Internacional del Trabajo de 1998, recordó que "los [Estados] miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos [sobre principios relativos a derechos fundamentales], tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir [entre ellos]: la libertad de asociación y la

[1] Cfr. Base de datos de quejas por violación a la libertad sindical. En: http://www.oit.org.pe/qvilis/

libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva".

Las vulneraciones a la libertad sindical representan entonces, a la luz de los instrumentos internacionales del trabajo, no sólo una vulneración grave desde un punto de vista jurídico al suponer una trasgresión a los principios fundacionales de la OIT reconocidos en su Constitución, sino una vulneración grave desde un punto de vista social pues comprometen el progreso y la paz social.

No fue sin embargo hasta 1948 que dicho principio contó con un instrumento internacional propio al adoptarse el Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, y un año después, en 1949, el Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

I. ORIGEN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL

Desde la creación de la OIT, y durante el intervalo hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, se hicieron varios intentos a fin de adoptar un convenio que consagrara la obligación clara y nítida de llevar a la práctica el principio de la libertad sindical proclamado en la Constitución de la OIT, pero estos intentos encontraron obstáculos debido, a diferencias de opinión sobre el contenido del proyecto: por ejemplo, cuál era el significado exacto de "para todos fines que no sean contrarios a las leyes" al que se refería el texto original de la Constitución de la OIT al reconocer el derecho a constituir organizaciones sindicales (frase que fue suprimida con ocasión de una enmienda en 1946), y si la libertad sindical debía incluir además del derecho de sindicación, el de no sindicación. "Sin embargo, las mayores dificultades eran de orden político y provenían del hecho de que en varios países de Europa, y también de otros continentes, surgieron regímenes totalitarios que suprimieron las organizaciones de empleadores y trabajadores o las redujeron a una situación de sometimiento"[2].

[2] OIT. Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera. Ginebra: OIT, 1998.

Ya en 1921, el Convenio 11 sobre el derecho de asociación (agricultura) estableció que los Estados que lo ratificaran deben "asegurar a todas las personas ocupadas en la agricultura los mismos derechos de asociación y de coalición que a los trabajadores de la industria". Sin embargo, su propósito era eliminar una desigualdad puesto que "los mismos derechos" podía significar "la misma falta de derechos", o "derechos estrictamente limitados"; dicho convenio no hace referencia alguna al contenido de la libertad sindical o a las garantías que debían acompañar a ésta, ni la OIT lo había hecho hasta dicho momento en algún otro instrumento respecto de los trabajadores industriales.

Sólo hasta después de la Segunda Guerra Mundial, las organizaciones de trabajadores plantearon la cuestión. Para ello, la reafirmación del principio de libertad sindical a través de la Declaración de Filadelfia y un acuerdo de cooperación suscrito en 1946 entre la ONU y la OIT, a través del cual se reconoce a la OIT como la primera agencia especializada asociada con la ONU, encargada de la protección de los derechos de los trabajadores y las cuestiones referidas a ellos, jugaron un papel determinante en el posterior proceso de elaboración de normas internacionales del trabajo sobre libertad sindical y en el establecimiento de un procedimiento especial de protección de dicho derecho[3].

De forma paralela, la Tercera Conferencia de Estados de América miembros de la OIT ocurrida en México en 1946 adoptó una resolución en materia de libertad sindical a través de la cual "llama la atención de los Estados miembros americanos sobre los principios siguientes que constituirían una definición apropiada de la libertad sindical (...) [así como de] los principios siguientes que otorgan una base apropiada para la regulación de la negociación colectiva", principios que serían retomados más tarde en la elaboración de los Convenios 87 y 98; y en 1947, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio 84 sobre el derecho de asociación (territorios no metropolitanos) que se refiere al derecho de los empleadores y de los trabajadores a asociarse para cualquier fin lícito, a la celebración de convenios colectivos y consultas y a la solución de los conflictos laborales, convenio que, aunque al ser concebido únicamente para Estados que poseían territorios no metropolitanos, sólo fue ratificado por cuatro Estados miembros (Bélgica,

[3] Cfr. DUNNING, Harold. Orígenes del Convenio número 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación. En: Revista internacional del trabajo, volumen 117, número 2, 1998.

Francia, Nueva Zelanda, Reino Unido, entre 1950 y 1955), también tuvo importantes efectos para el desarrollo del derecho internacional en la materia.

Ese año de 1947, a solicitud del Consejo Económico y Social de la ONU y con ocasión de los proyectos de resoluciones que la Federación Sindical Mundial, organización sindical que agrupaba a la mayoría de las centrales europeas junto con otras americanas, asiáticas y africanas, y la Federación Estadounidense del Trabajo, le presentaron referidas la regulación internacional de los derechos sindicales y al establecimiento de mecanismos de protección de la libertad sindical, la libertad sindical fue finalmente inscrita en el orden del día de la Conferencia Internacional del Trabajo. La principal diferencia entre los dos proyectos era que la AFL pedía al Consejo Económico y Social que delegara la competencia en materia de protección de la libertad sindical a la OIT, de conformidad con el acuerdo que suscribiera con ésta en 1946, en vez de crear un mecanismo de control propio de protección de la libertad sindical en el marco de la ONU, como proponía la Federación Sindical Mundial. Sin embargo, ambos proyectos proponían una regulación internacional sobre la materia, claramente inspirados en la Declaración de Filadelfia de 1944[4].

Así, la 30ma Conferencia Internacional del Trabajo de 1947 adoptó una resolución sobre la libertad sindical y la protección del derecho de organización y de negociación colectiva, basándose en la resolución de la Tercera Conferencia de Estados de América miembros de la OIT y en los proyectos de resoluciones de la AFL y la Federación Sindical Mundial transmitidas por el Consejo Económico y Social de la ONU, resolución que sirvió a su vez de base para los Convenios 87 y 98, así como para el establecimiento de un sistema especial de protección de la libertad sindical. "Esta fase decisiva para la protección de los derechos sindicales se inscribió en la evolución de los valores de la comunidad internacional en el fin de la Segunda Guerra Mundial con una orientación humanista muy marcada y una toma de conciencia de la dignidad humana, de la necesidad de garantizar y respetar

[4] Cfr. ODERO, Alberto y TRAVIESO, María Marta. Le Comité de la liberté syndicale: origines et genèse. En: AAVV. Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Ginebra: OIT, 2004; OIT. Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera. Ginebra: OIT, 1998. pp. 21-23.

los derechos fundamentales del hombre y del rol de la justicia social como agente de paz"[5].

La adopción de la resolución condujo a la adopción del Convenio 87 en 1948. Meses después, la ONU aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, la que, inspirada directamente en el Convenio 87 de la OIT, proclama en el numeral 4 de su artículo 23 que "toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses". Poco más tarde se adoptó el Convenio 98 en 1949.

Con posterioridad se estableció un sistema de control especial de cumplimiento de dicho principio con la creación de la Comisión de investigación y de conciliación en materia de libertad sindical (CICLS) primero, en 1950, y la creación del Comité de libertad sindical (CLS) después, en 1951.

II. LOS MECANISMOS DE CONTROL ESPECIAL EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL: LA COMISIÓN DE INVESTIGACIÓN Y CONCILIACIÓN EN MATERIA DE LIBERTAD SINDICAL Y EL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

En 1949, ante la constatación por parte del Consejo de Administración de que la aplicación efectiva e inmediata de los derechos sindicales requerían de la creación de un mecanismo especial de control de su cumplimiento, aprobó el establecimiento de una CICLS encargando al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo de la OIT que realice consultas ante el Secretario General de la ONU a fin de examinar de qué manera ésta podría ser establecida de la manera más útil posible y a la luz de las conclusiones a las que llegue que le presente proposiciones detalladas referidas al mandato, procedimiento y composición de ésta.

Sobre la base de esta decisión, el Consejo Económico y Social adoptó en agosto de 1949 una resolución invitando a la OIT a proseguir, no sólo a nombre propio sino también a nombre de la ONU, el establecimiento de la CICLS, y solicitó al Secretario General de la ONU y al Director General de la OIT introducir un procedimiento que permita a los órganos permanentes de la ONU recurrir a los servicios

[5] Ibid. pp. 169-170. Traducción libre.

de la comisión respecto de los miembros de la ONU que no sean miembros de la OIT.

En enero de 1950 el Consejo de Administración creó la CICLS fijando su mandato, su procedimiento y su constitución. La CICLS está compuesta por personalidades designadas por el Consejo de Administración, a proposición del Director General, elegidos en razón de su competencia e independencia, y se distribuye en grupos de tres a cinco miembros. La CICLS se encargaría de examinar las quejas en materia de libertad sindical que, presentadas por los gobiernos o las organizaciones de trabajadores y de empleadores, le sometiera el Consejo de Administración de la OIT, o el Consejo Económico y Social de la ONU a través del primero, para lo que éstos debían examinar previamente su procedencia y la necesidad de su examen sobre la base de los argumentos de la queja y la respuesta del gobierno quejado. El rol de la Comisión es esencialmente de investigación de la situación sometida a su examen. En febrero de ese mismo año el Consejo Económico y Social aprobó la decisión tomada por el Consejo de Administración y aceptó en nombre de la ONU los servicios de la OIT.

En junio de 1950, durante la 33ra. Conferencia Internacional del Trabajo los representantes de los gobiernos de Sudáfrica, Australia y Argentina, cuestionaron que el Consejo de Administración pudiera crear una Comisión de Investigación y de Conciliación en materia de libertad sindical toda vez que éste no había recibido de la Conferencia ni las instrucciones ni los poderes para tomar tales medidas, ni la Constitución le otorgaba dichas facultades o a la Conferencia la posibilidad de otorgarlas, requiriéndose de una modificación de la Constitución para hacer eso posible, más aun si ésta ya regulaba los procedimientos de queja y reclamación en caso de incumplimiento de convenios ratificados, suponiendo la creación de la Comisión la de un procedimiento de investigación incluso para casos en los que los convenios sobre libertad sindical no hubieran sido ratificados. Dichos argumentos fueron finalmente rechazados toda vez que el artículo 10 de la Constitución otorgaba al Consejo amplias facultades para "la compilación y la distribución de todas las informaciones concernientes a la reglamentación internacional de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores" así como para "la realización de encuestas especiales" a través de la Oficina Internacional del Trabajo.

Por otro lado, y a fin de establecer la competencia de la CICLS, se inició un debate sobre la necesidad de contar con el consentimiento del gobierno quejado antes de iniciar una investigación, estableciéndose finalmente, sobre la base del

respeto al principio de soberanía, que las quejas puestas en conocimiento de la CICLS pueden referirse a Estados miembros que hayan ratificado los convenios en materia de libertad sindical, los Estados miembros que no hayan ratificado dichos convenios pero que acepten que se remita el caso a la Comisión, y los Estados que no son miembros de la OIT pero que lo son de la ONU, si el Consejo Económico y Social remitió el caso y el Estado lo ha aceptado. Esta es una característica importante del procedimiento ante la CICLS y una de las razones por las que la Comisión funcionó por primera vez más de diez años después de su creación, en 1964, y hasta hoy ha ocurrido lo mismo en apenas cinco oportunidades más[6].

La explicación al hecho que a pesar del consenso en el establecimiento de un mecanismo de control especial en materia de libertad sindical, en más de cincuenta años desde su creación la Comisión ha examinado apenas seis casos, la mayoría de ellos referidos a Estados que en el momento en que se presentó la queja no eran

[6] En 1964 Japón, que había ratificado el Convenio 98 pero no el Convenio 87, aceptó que la CICLS examine las quejas presentadas en su contra por violaciones a la libertad sindical de los trabajadores del sector público. La Comisión realizó una visita a Japón en enero de 1965 y formuló recomendaciones preliminares siendo la principal la ratificación del Convenio 87. La CICLS presentó su informe final en julio de 1965, pero un mes antes Japón ya había ratificado el Convenio 87. Posteriormente examinó quejas presentadas contra Grecia, entre 1965 y 1966, en cuyo caso la queja fue retirada antes de la visita de la Comisión; contra Lesotho, entre 1973 y 1975, caso remitido por el Consejo Económico y Social pues dicho Estado dejó de ser miembro de la OIT de 1971 a 1980; contra Chile, entre 1974 y 1975, por violaciones a la libertad sindical con ocasión del golpe de Estado de 1973, en cuyo caso el informe final de la CICLS solicitó al gobierno que continúe informando a la OIT, de conformidad con el artículo 19 de la Constitución, sobre el estado de la legislación que había sido adoptada después del golpe y que impuso graves restricciones a la libertad sindical; informes cuyo seguimiento encargó al CLS; contra Estados Unidos/ Puerto Rico, entre 1978 y 1981, caso similar al caso de Lesotho pues dicho Estado dejó de ser miembro de la OIT de 1977 a 1980, y; contra Sudáfrica, entre 1991 y 1992, caso remitido también por el Consejo Económico y Social pues dicho Estado dejó de ser miembro de la OIT de 1966 a 1994, por violaciones de la libertad sindical producto de la aplicación de la política oficial del *apartheid* (aunque ésta había dejado de aplicarse paulatinamente desde 1990), en cuyo caso el informe final de la CICLS contuvo un detallado examen sobre la situación de la libertad sindical y de los derechos laborales en territorios excluidos de la aplicación de la legislación laboral nacional, informe sobre la base del cual el Consejo Económico y Social solicitó al gobierno que le informe sobre las medidas adoptadas para hacer efectivas las recomendaciones que en él se realizaban, comprometiéndose la OIT a otorgar asesoría técnica para modificar la legislación laboral nacional. Sudáfrica se reincorporó a la OIT en mayo de 1994, luego de las primeras elecciones multirraciales de abril del mismo año en las que resultó ganador Nelson Mandela, modificó íntegramente la legislación laboral nacional en 1995 y ratificó los Convenios 87 y 98 en 1996. VON POTOBSKY, Geraldo. El Convenio número 87, su impacto y la acción de la OIT. En: Revista internacional del trabajo, volumen 117, número 2, 1998, pp. 239-241.

miembros de la OIT, parece encontrarse curiosamente en la preferencia en la aplicación de los mecanismos de control establecidos en la Constitución de la OIT en vez de la aplicación de dicho mecanismo especial. "En primer lugar, tratándose de violaciones de los convenios sobre la libertad sindical en el caso de los países que lo hayan ratificado, se ha recurrido a menudo al procedimiento del artículo 26 de la Constitución de la OIT, que prevé la posibilidad de nombrar una comisión de encuesta. Se explica la utilización frecuente de este procedimiento de queja respecto de la aplicación de un convenio porque puede ser iniciado sin el consentimiento del Estado contra el cual se presenta la queja. Además, el número considerable de ratificaciones de los convenios considerados fundamentales en materia de libertad sindical explica el recurso repetido al artículo 26 y, consecuentemente, la escasa utilización de la Comisión de Investigación y de Conciliación. En términos más pragmáticos, los costos elevados que supone el nombramiento de una Comisión de Investigación y de Conciliación restringen el recurso a esa instancia"[7].

En vista de ello, el Consejo de Administración de la OIT, realizó en 1951 una revisión del procedimiento de la CICLS a fin de darle mayor flexibilidad y eficacia. Para ello el Consejo de Administración creó un comité especial en su propio seno, el CLS, el que se encargaría de estudiar preliminarmente las quejas en materia de libertad sindical, debiendo informarle sobre si un caso no requiere un examen detallado por ser demasiado vaga la queja, o porque no se presentaron pruebas suficientes, o porque los hechos sobre los que se basa no constituyen una violación de la libertad sindical, o porque las quejas tienen un contenido esencialmente político, o sobre si un caso requería un examen más detallado a fin de que el Consejo de Administración se pronuncie sobre la conveniencia de tratar de obtener el consentimiento del gobierno interesado, con vista al sometimiento del caso a la CICLS, tarea que en un principio realizaba la mesa directiva del Consejo[8].

Como la CICLS no llegaba a examinar las quejas por las razones ya explicadas, el CLS empezó a examinar el fondo de las quejas sin que sea necesario el consentimiento del Estado quejado. "Por no ser en sus orígenes más que una etapa preliminar dentro del funcionamiento interno de la OIT, no fue concebido según el

[7] GRAVEL, Eric, Isabelle DUPLESSIS y Bernard GERNIGON. El Comité de Libertad Sindical: el impacto desde su creación. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2001. pp. 9-10.

[8] OIT. Derecho sindical de la OIT. Normas y procedimientos. Ginebra: OIT, 1995. pp. 117-119.

modelo de la Comisión de Investigación y de Conciliación, es decir que no necesitaba el consentimiento previo del Estado para proceder al examen de las alegaciones, en el caso de no haber sido ratificados los convenios relativos a la libertad sindical"[9]. Así, en los hechos, el CLS se convirtió en el órgano principal encargado de examinar las quejas en materia de libertad sindical.

Con ocasión del caso 102, el gobierno de Sudáfrica cuestionó la competencia del CLS por el hecho que no había ratificado los convenios sobre libertad sindical, sobre la base de los mismos argumentos presentados en el pasado con ocasión de la creación de la CICLS, a lo que el CLS respondió retomando la argumentación ya expuesta en dicha ocasión en la Conferencia Internacional del Trabajo y precisando que los Estados que no han ratificado los convenios en materia de libertad sindical, por el hecho de ser miembros de la OIT están obligados a garantizarla toda vez que su Constitución, así como la Declaración de Filadelfia de 1944, la consagran. Este criterio ha sido ratificado por el CLS en posteriores pronunciamientos al señalar que "Las quejas ante el Comité pueden ser presentadas con independencia de que el país de que se trate haya o no ratificado los convenios sobre libertad sindical"[10], y más precisamente al señalar que "Cuando un Estado decide ser miembro de la Organización acepta los principios fundamentales definidos en la Constitución y en la Declaración de Filadelfia, incluidos los relativos a la libertad sindical"[11].

III. COMPOSICIÓN Y PROCEDIMIENTO DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

El CLS es un órgano del Consejo de Administración y tiene composición tripartita, al estar conformado por nueve miembros titulares: tres representantes de los trabajadores, tres de los empleadores y tres de los gobiernos de los Estados miembros que forman parte del Consejo de Administración. Además cuenta con nueve miembros suplentes en caso un miembro titular no pueda participar en él,

9 GRAVEL, Eric, DUPLESSIS, Isabelle y GERNIGON, Bernard. Op. cit. p. 10.

10 Recopilación de 1985, párrafo 34. En: OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996, párrafo 5.

11 Recopilación de 1985, párrafos 53; 275to. y 279no. informes caso número 1500, párrafos 351 y 630 respectivamente. En: OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996, párrafo 10.

como por ejemplo en caso una queja se refiera al Estado de algún miembro del CLS o éste pertenezca a la organización de empleadores o trabajadores que presentó la queja.

Es particularmente relevante tener en consideración que la composición tripartita del CLS evita cualquier asomo de duda sobre la objetividad de sus pronunciamientos, a lo que se suma la calidad técnica de los mismos; que ésta no le ha impedido adoptar sus pronunciamientos de manera unánime por sus integrantes, a pesar de que no existe regla alguna que los obligue en tal sentido, y; que, al controlar del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo en materia de libertad sindical, el CLS garantiza el tripartismo sobre el que se funda no sólo su composición sino la de la OIT misma, pues sólo el ejercicio pleno de la libertad sindical garantiza la existencia misma de las organizaciones sindicales de empleadores y trabajadores y, con ellas, el tripartismo.

La competencia general del CLS consiste esencialmente en el examen de las quejas contra los Estados miembros sobre violaciones de la libertad sindical, presentadas por otros Estados miembros ya sea directamente o a través de la ONU, por un delegado de la Conferencia, o por organizaciones de empleadores o de trabajadores ante el Consejo de administración, o por el mismo Consejo de Administración.

Sólo pueden ser quejados Estados, bastando el hecho de ser miembros de la OIT, sin importar, como se adelantó, si han ratificado o no los convenios internacionales sobre libertad sindical por ser ésta un principio recogido en la Constitución de la OIT. Puede ocurrir incluso que Estados que no son miembros de la OIT, pero sí de la ONU, puedan ser denunciados, pero en este caso el Estado quejado debe someterse al CLS. El Estado puede ser quejado además no sólo por hechos imputables a éste directamente sino también por hechos imputables a particulares toda vez que "Hechos imputables a particulares comprometen la responsabilidad de los Estados en razón de su obligación de diligencia y de intervención para prevenir la violación de los derechos humanos"[12].

[12] 275to. Y 278vo. informes, caso número 1512, párrafos 398 y 394 respectivamente. En: OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996, párrafo 19.

La presentación de una queja activa el correspondiente procedimiento de examen de la misma, que se inicia con un examen formal sobre su admisibilidad referida, por ejemplo, a si los hechos alegados corresponden a la materia de libertad sindical, a si dichos hechos ya han sido materia de examen en otro caso, a la identificación del querellante, a la claridad de la queja o al sustento documental de la misma.

Una vez admitida una queja, el CLS, a través del Director General, solicita información tanto al querellante como al Estado querellado. La demora u omisión de los gobiernos en el envío de dicha información supone que el CLS los mencione en un párrafo especial en la introducción de sus informes, llamando especialmente la atención del Consejo de Administración sobre el caso, contactando a los representantes del Estado querellado en la Conferencia Internacional del Trabajo a través del presidente del CLS, enviando comunicaciones especiales a través del Director General, y advirtiendo que el CLS puede presentar un informe sobre el fondo del asunto a pesar de no haber recibido las observaciones o información complementaria del gobierno, pudiendo finalmente recomendar al Consejo de Administración que se dé una mayor publicidad a los alegatos formulados, a las conclusiones y recomendaciones que adopte el Consejo de Administración, y a la actitud negativa del gobierno.

De más está decir que la presentación oportuna y suficiente de información de parte del Estado querellado, facilita el examen de las quejas por parte del CLS y, en esa medida, permite la adopción de recomendaciones y conclusiones más ajustadas a los hechos que originaron la presentación de la queja. En dicho sentido, el CLS ha señalado que "Los gobiernos deben reconocer la importancia que tiene para su propia reputación enviar respuestas precisas a los alegatos formulados por las organizaciones querellantes para que el Comité pueda proceder a un examen objetivo"[13].

En cualquier etapa del procedimiento, sea durante el examen de la queja o después de que el Consejo de Administración realice sus recomendaciones, y si lo considera necesario, el CLS puede recurrir, a invitación o con el consentimiento

[13] Recopilación de 1985, párrafo 59. En: OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996, párrafo 20.

del Estado querellado, a enviar a un representante de la OIT al Estado querellado, llamado "contacto directo", que puede ser un funcionario de la OIT o una persona independiente designada por el Director General, a fin de que determine los hechos que originaron la queja y examine *in situ* las posibilidades de solución del caso, entrevistándose libremente con las partes interesadas.

Luego de examinar la queja, el CLS emite un informe y, en caso de estimarla fundada, formula sus conclusiones, precisando las vulneraciones cometidas a la libertad sindical que ha encontrado, y sus recomendaciones, referidas a que el gobierno del Estado miembro levante todas las observaciones realizadas con el fin de cumplir con la Constitución de la OIT y los convenios internacionales de trabajo en materia de libertad sindical, y eleva dicho informe al Consejo de Administración, el que, de estar de acuerdo, lo aprueba, notifica y publica.

Una vez que el CLS ha emitido su informe definitivo formulando sus conclusiones y recomendaciones, éste solicita al gobierno interesado mantenerlo informado, después de un periodo razonable y considerando las circunstancias de cada caso, de las medidas tomadas respecto de dichas recomendaciones a fin de garantizar la efectividad del procedimiento, solicitando además al Consejo de Administración el seguimiento del caso.

El procedimiento descrito, al garantizar con la aplicación de las reglas descritas tanto el derecho de defensa del Estado querellado como la protección efectiva de la libertad sindical de los querellantes o de quienes se encuentran representados por ellos cuando ésta es vulnerada, hacen de este procedimiento uno que cumple con los criterios mínimos del debido proceso y de la justicia, y refuerza la autoridad que el CLS ha ganado en la solución de casos sobre la materia que le compete[14].

[14] Para un mayor detalle sobre la composición y el procedimiento del CLS, consultar: http://webfusion.ilo.org/public /db/ standards/normes/libsynd/index.cfm?Lang=SP&hdroff=1

IV. EFICACIA JURÍDICA DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

Las decisiones del CLS, adoptadas como propias por el Consejo de Administración, han dado pie a resultados tanto particulares, como la liberación de dirigentes sindicales detenidos, como generales, como la modificación de la legislación nacional en materia de libertad sindical, lo que se debe a la reputación ganada por sus conclusiones y recomendaciones. Dicha reputación no es gratuita pues, como ha sido señalado, sus conclusiones y recomendaciones son resultado de acuerdos unánimes en un órgano de composición tripartita, se producen dentro de un procedimiento guiado por reglas objetivas, y refiriéndose a la solución práctica de casos concretos sus pronunciamientos recogen principios lo suficientemente generales como para poder ser aplicados en situaciones similares.

Así, el número de pronunciamientos del CLS desde su creación ha generado una "jurisprudencia" autorizada en materia de libertad sindical; "hoy en día- y desde hace ya muchos años- la "jurisprudencia" que se ha ido acumulando con sus pronunciamientos [del CLS], constituye lo que podríamos denominar la "doctrina más recibida" en el mundo en materia de libertad sindical".[15]

Sin desconocer el significativo impacto que tiene el CLS, como órgano de control del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo en materia de libertad sindical, en la determinación del contenido y enriquecimiento de dicho principio, así como su papel en la realización de objetivos sociales en el mundo del trabajo, dicho impacto se debe más a un poder de persuasión derivado de la reputación y la autoridad que desde su creación se ha ganado en materia de libertad sindical, que a un poder jurídico que le permita obligar a los Estados miembros a aceptar sus conclusiones y cumplir con sus recomendaciones.

El propio CLS parece entenderlo así. En las reglas aplicables a su procedimiento referidas a su competencia señala que "El Comité puede recomendar que el Consejo de Administración comunique a los gobiernos interesados las conclusiones del Comité, llamándoles la atención sobre las anomalías comprobadas e invi-

[15] ERMIDA, Oscar. Perfil del sistema de control de normas de la OIT. En: Derecho del Trabajo, número 11, 2003, p.475.

tándoles a tomar las medidas adecuadas para remediarlas"[16]; y el Consejo de Administración tampoco tendría, de acuerdo a la Constitución de la OIT, la facultad de adoptar decisiones vinculantes jurídicamente. Incluso en el caso del procedimiento constitucional de queja en el que, por la gravedad del caso, se nombra una comisión de encuesta de conformidad con el artículo 26 de la Constitución de la OIT, y ésta emite un informe formulando recomendaciones al Estado querellado, el Estado querellado podrá, de acuerdo al artículo 29 de la Constitución de la OIT, decidir "si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión y, en caso de que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia"[17], siendo más bien la Corte Internacional de Justicia la que, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución de la OIT, emite una decisión inapelable. Adicionalmente, de acuerdo al artículo 37.1 de la Constitución de la OIT, es la Corte Internacional de Justicia el único órgano competente interpretar los convenios y las recomendaciones de la OIT[18].

No obstante, si bien de lo señalado se entiende que las conclusiones y recomendaciones del CLS no son jurídicamente vinculantes para los Estados miembros a los que se refieren, es posible que lo sean por una vía indirecta a través de la

---

16 Cfr.:http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/ libsynd/index.cfm?Lang=SP&hdroff=1, párrafo 17.

17 A propósito de una queja presentada en el año 1996 por delegados ante la Conferencia Internacional de Trabajo contra el Estado de Myanmar por el incumplimiento del Convenio 29 sobre trabajo forzoso, y la inacción de este ante las observaciones realizadas en el año 1998 por la comisión de encuesta conformada para examinar el caso, en el sentido que Myanmar no señalaba si aceptaba o no dichas recomendaciones ni si deseaba someter la queja a la Corte Internacional de Justicia, la Conferencia Internacional de Trabajo aplicó en el año 2000, y por primera vez en la historia de la OIT, el artículo 33 de la Constitución que señala que "En caso de que un Miembro no dé cumplimiento dentro del plazo prescrito a las recomendaciones que pudiere contener el informe de la comisión de encuesta o la decisión de la Corte Internacional de Justicia, según sea el caso, el Consejo de Administración recomendará a la Conferencia las medidas que estime convenientes para obtener el cumplimiento de dichas recomendaciones". La medida aprobada supuso una variedad de acciones incluyendo un llamado a los Estados miembros para reconsiderar sus relaciones con Myanmar y tomar las medidas apropiadas para que Myanmar no tome ventajas de dichas relaciones para perpetuar o extender el sistema de trabajo forzoso, así como hacer un llamado en similar sentido a otras organizaciones internacionales. Para un recuento de los hechos del caso consultar: ELLIOTT, Kimberly Ann. The ILO and enforcement of core labor standards. En: International economics policy briefs, número 00-6, 2000. pp. 5 y 6.

18 El artículo 37.1 de la Constitución de la OIT ha sido invocada en una sola oportunidad en 1932, cuando se solicitó a la Corte Internacional de Justicia una interpretación del Convenio 4 sobre el trabajo nocturno de las mujeres.

interpretación de las normas en materia de libertad sindical realizada por órganos que tengan la facultad de emitir pronunciamientos vinculantes jurídicamente que, en dicha interpretación, hagan suya la "jurisprudencia" del CLS; ello siempre que el sentido de dichas normas permita un margen de interpretación.

En dicha dirección, en el ámbito internacional, y más precisamente en el del sistema interamericano de derechos humanos, se ha pronunciado, aunque no explícitamente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Baena Ricardo y otros[19].

Así, al resolver una de las excepciones interpuestas por el Estado de Panamá referida a la supuesta duplicidad de procedimientos internacionales al ya haberse conocido el caso por el CLS, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció señalando que "Además, la naturaleza de las recomendaciones emitidas por dicho Comité es diferente a la de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana. En el primer caso se trata de un acto propio de un órgano de la OIT con el efecto jurídico propio de una recomendación a los Estados. En el segundo caso se trata de una sentencia que, en los términos de la Convención, es definitiva e inapelable (artículo 67), y de obligatorio cumplimiento (artículo 68.1)"[20].

Sin embargo, al resolver sobre el fondo del caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tomo en consideración el pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical a fin de interpretar el artículo 16 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reconoce la libertad de asociación con fines, entre otros, laborales, y de definir el contenido de dicha libertad parta poder determinar si en el caso hubo o no una vulneración a la misma: "Para arribar a conclusiones sobre si el Estado vulneró el derecho a la libertad de asociación, la Corte toma particularmente en cuenta las afirmaciones contenidas en la demanda de la Comi-

[19] El caso se origina en el despido de 270 trabajadores estatales en diciembre de 1990 por parte del Estado de Panamá con ocasión de protestas sindicales que el gobierno relacionó con acciones que tenían por fin derrocarlo, ante lo cual impulsó la aprobación de una ley que argumentando la defensa de la democracia, legalizó dichos despidos y estableció un procedimiento especial de impugnación de los mismos a través de un procedimiento contencioso administrativo y no laboral en el cual las impugnaciones realizadas por los trabajadores fueron declaradas infundadas.

[20] Caso Baena Ricardo y otros, serie C, número 61, excepciones preliminares, párrafo 57. En: http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_61_esp.pdf

sión, las constancias que figuran en el expediente y las Recomendaciones del Comité de Libertad Sindical de la OIT, al resolver el caso 1569 (...)"[21].

Entendemos que dicho pronunciamiento es consecuente con lo manifestado previamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-1/82 de 24 de setiembre de 1982, al señalar que "puede percibirse una cierta tendencia a integrar los sistemas de protección de los derechos humanos a nivel regional y universal (...). En relación con este tema corresponde referirse en especial al artículo 29, que contiene reglas concernientes a la interpretación de la Convención, y que claramente indican la intención de no restringir la protección de los derechos humanos a determinaciones que dependen de la fuente de la obligación", pues el artículo 29.b de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de sus Estados partes.

De esta manera, aunque precisando que los pronunciamientos del CLS no son vinculantes jurídicamente a diferencia de sus pronunciamientos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la autoridad de éste para determinar el contenido de la libertad sindical al interpretar los convenios sobre la materia en la solución del caso en examen, autoridad que se basa en el hecho de que la OIT es la agencia especializada en el sistema universal de derechos humanos encargada de la protección de los derechos de los trabajadores y las cuestiones referidas a ellos, entre ellos la libertad sindical, y de que el CLS es el órgano dentro de la OIT sobre el que, aunque no constitucionalmente facultado para ello, ha recaído principalmente dicha tarea. Haciendo suyo el pronunciamiento del CLS en la sentencia del caso Baena Ricardo y otros, la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo hizo vinculante para el Estado panameño.

En nuestro ordenamiento nacional, el Tribunal Constitucional ha realizado en múltiples ocasiones interpretaciones de derechos constitucionales a la luz de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de conformidad con la

[21] Caso Baena Ricardo y otros, serie C, número 72, sentencia, párrafo 171. En: http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/seriec_72_esp.pdf. Ver asimismo los párrafos 162 a 165.

cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; incluso considera la posibilidad de que las interpretaciones realizadas por los órganos supranacionales llamados a interpretar tales tratados también se "constitucionalicen". En este sentido, ha resuelto que "De conformidad con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado, los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado Peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la región"[22].

Si bien , a diferencia del caso del CLS, el artículo 62.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos reconoce expresamente que "La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención", ello no supone que, como ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, al interpretar normas nacionales en materia de libertad sindical, y en particular el lacónico e impreciso artículo 28 de la Constitución, los jueces nacionales no puedan hacer suya la "jurisprudencia" del CLS, considerando que el Perú ha ratificado los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT sobre libertad sindical y que, a lo largo de su "jurisprudencia", el CLS ha establecido principios que precisan su contenido.

Esto no implica reconocer que los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical son por sí mismos vinculantes jurídicamente para los Estados miembros, sino más bien que lo serían en la medida que un juez nacional en ejercicio de su jurisdicción interprete una norma haciendo suyos dichos pronunciamientos. Esa posibilidad depende, por supuesto, no sólo de que los jueces nacionales estén dispuestos a hacer suya la "jurisprudencia" del CLS sino de que, antes que eso, conozcan los convenios en materia de libertad sindical ratificados por el Estado peruano y la "jurisprudencia" que precisa su contenido, en particular aquella contenida en los informes de las quejas presentadas contra nuestro Estado.

[22] Sentencia recaída en el expediente 217-2002-HC/TC.

V. PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL

El impulso e incremento del número de ratificaciones de los considerados convenios fundamentales, entre los que se encuentran los convenios en materia de libertad sindical, podrían significar en el futuro, sino ya en el presente inmediato, una carga de trabajo que pudiera afectar la eficacia de los procedimientos de control realizados por el CLS así como por los demás órganos de control de la OIT. "Víctima de su éxito, y particularmente de los esfuerzos de promoción y de los numerosos programas de formación ofrecidos por la Organización en materia de libertad sindical, el número de quejas ante el Comité ha literalmente estallado estos últimos años. A pesar de una revisión de sus métodos de trabajo en 2002, que permiten particularmente un mejor filtro de las quejas, el número de casos en instancia ante el Comité ha pasado de 214 en 2001, a 304 en 2003, con una proyección de 340 casos en 2004"[23].

Para enfrentar las dificultades que pudieran presentarse, en el caso del mecanismo de control regular de cumplimiento de las normas internacionales de trabajo, basado en el examen de las memorias que los Estados miembros están obligados a presentar periódicamente señalando el nivel de cumplimiento de los convenios que hayan ratificado, el Consejo de Administración por ejemplo ha ajustado cada cierto tiempo la frecuencia con la que se solicita a los Estados miembros el envío de dichas memorias. En efecto, la periodicidad y regularidad para el envío de las memorias y su nivel de detalle determinados por el Consejo de Administración para efectos de la aplicación del mecanismo de control regular, ha sido el siguiente: memorias detalladas bianuales para Convenios fundamentales y prioritarios ratificados, memorias simplificadas quinquenales para los demás Convenios ratificados, y memorias especiales periódicas para Convenios fundamentales no ratificados[24].

---

23 GRAVEL, Eric. Les mécanismes de contrôle de l'OIT: bilan de leer efficacité et perspectivas d'avenir. En: En: AAVV. Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Ginebra: OIT, 2004.p.9.Traducción libre.

24 No obstante hay quienes consideran que dicha decisión no ha sido una solución en lo absoluto: "El resultado fue obvio –un progresivo debilitamiento del sistema de control de los instrumentos internacionales del trabajo, con la ausencia de control de la aplicación de muchos convenios importantes por períodos mayores a cuatro o incluso cinco años. Incluso en asuntos centrales como la libertad sindical, discriminación, trabajo forzoso y trabajo infantil, los Estados miembros, por cierto número de años, serán solicitados de presentar memorias en intervalos de dos años en vez de anuales a menos que las circuns-

Pero si bien un sistema como ese podría tener cierto grado de efectividad en un mecanismo de control basado en la presentación periódica de memorias, no ocurriría lo mismo en el caso del CLS en el que el número de quejas depende de la voluntad de los querellantes de presentarlas. En este caso resultaría efectivo retomar criterios ya considerados por el Consejo de Administración en el pasado pero que han sido abandonados o no son puestos en práctica, como clasificar las quejas admitidas por el CLS tomando en consideración la urgencia del caso debido a la gravedad o a la inminencia de la vulneración de la libertad sindical, con la finalidad de dar mayor y más rápida atención a los casos más urgentes, o recurrir a los "contactos directos", aunque ello se puede ver dificultado por un argumento tan práctico como que la OIT no cuenta con suficientes recursos para hacerlo.

La efectividad, que no precisamente la eficacia jurídica, de los pronunciamientos del CLS en nuestro ordenamiento, como en otros, depende en gran medida del reconocimiento de la trascendencia de la labor de dicho órgano en el ejercicio de sus funciones de órgano de control de cumplimiento de las normas internacionales de trabajo en materia de libertad sindical (con mayor razón si los mecanismos de control propiamente constitucionales en el ámbito de la OIT se activan con muchísimo menos frecuencia que éste mecanismo de control especial), del reconocimiento de la autoridad de los mismos en dicha materia, y del conocimiento de la "jurisprudencia" que desde la creación del CLS han ido formando sus pronunciamientos, la que puede ser apropiada por los jueces nacionales al interpretar las normas de nuestro ordenamiento. Por su parte, la vigencia del CLS, la que finalmente redunda en dicha efectividad, dependerá de cómo éste, y en particular su procedimiento, se adapte a las previsiblemente cada vez mayores exigencias sobre su actuación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AAVV. Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Ginebra: OIT, 2004.

tancias hagan que la presentación anual de memorias sea necesaria". SIMPSON, William. Standard-setting and supervision: A system in dificulty. En: En: AAVV. Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos. Ginebra: OIT, 2004. pp. 48-49. Traducción libre.

CANESSA, Miguel. Las violaciones a la libertad sindical en el Perú (1980-2002). Los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Lima: CEDAL, s/f. p.11

DUNNING, Harold. Orígenes del Convenio número 87 sobre libertad sindical y derecho de sindicación. En: Revista internacional del trabajo, volumen 117, número 2, 1998.

ELLIOTT, Kimberly Ann. The ILO and enforcement of core labor standards. En: International economics policy briefs, número 00-6, 2000.

GRAVEL, Eric, Isabelle DUPLESSIS y Bernard GERNIGON. El Comité de Libertad Sindical: el impacto desde su creación. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2001.

OIT. Derecho sindical de la OIT. Normas y procedimientos. Ginebra: OIT, 1995. pp. 117-119.

OIT. La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de libertad sindical del Consejo de Administración de la OIT. Ginebra: OIT, 1996.

OIT. Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera. Ginebra: OIT, 1998.

POUYAT, A.J. Normas y procedimientos de la OIT en materia de libertad sindical: Un balance. En: Revista internacional del trabajo, volumen 101, número 3, 1982.

SWEPTSON, Lee. Desarrollo de las normas sobre derechos humanos y libertad sindical mediante el control de la OIT.

VALTICOS: Derecho Internacional del Trabajo. Tecnos: Madrid, 1977

VON POTOBSKY, Geraldo. El Convenio número 87, su impacto y la acción de la OIT. En: Revista internacional del trabajo, volumen 117, número 2, 1998.

VON POTOBSKY, Geraldo. La protección de los derechos sindicales. Veinte años de labor del Comité de libertad sindical. En: Revista internacional del trabajo, volumen 85, número 1, 1972.

Los límites a las facultades de control del empleador en la utilización por parte de los trabajadores de las nuevas tecnologías (correo electronico e internet)

Daniel Ulloa Millares

Abogado Asociado del Estudio Rubio Leguía Normand Asociados.
Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Asociado de la SPDTSS.

Sumario

Introducción 1. Marco Constitucional. 2. El criterio de razonabilidad o proporcionalidad. 3. Los bienes de trabajo: una clasificación. 4. El control de acceso a internet y del correo electrónico. 5. La situación en Perú. 6. Un elemento importante: el uso por parte del sindicato. 7. Conclusiones.

Sumilla

En el presente trabajo se analizan las opciones que posee el empleador para supervisar de manera legal el uso de los medios informáticos que otorga a sus trabajadores, en especial al acceso a internet y la utilización del correo electrónico personal como el laboral. Para ello se toman en cuenta los elementos estudiados en decisiones jurisprudenciales nacionales así como experiencias de otros países.

INTRODUCCIÓN

Lamentablemente, cada cierto tiempo resulta común intentar modificar las normas jurídicas peruanas alegando su poca relación con la realidad, y a veces

hasta su vigencia efectiva[1]. Contribuye a esta común impresión el estudio de normas que incluyen conceptos ambiguos o que expresan modelos que no se generan en la vida diaria sino en el escritorio de determinados pensadores o en la copia de códigos o normas existentes en otros países muy diferentes al nuestro y cuya aplicación resulta mínima o a veces inexistente[2].

Uno de los críticos ejemplos de lo antes indicado lo constituye el Derecho Laboral peruano (lo cual incluye a la regulación relativa a Seguridad Social): pensado para regular lo que se conoce como "contrato de trabajo", es decir, todas las prestaciones personales remuneradas y subordinadas cuya aplicación práctica es muy reducida en nuestro país pues no cubre ni siquiera al veinte por cien de la población económicamente activa.

Consideramos que la situación antes indicada se basa, principalmente por la informalidad[3] existente en nuestra realidad, motivada en esencia por criterios económicos, dado que en nuestro país cumplir las normas laborales no tiene incentivo alguno, a contrario, resulta más costoso para el contratante (empleador). A pesar del intento de la Ley 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, de fecha 2 de julio de 2003, la realidad sigue siendo severa para toda persona que se encuentra obligada a prestar servicios, constituyendo un verdadero privilegio en el Perú figurar en una planilla. Esto también es fomentado por el escaso número de inspectores que posee la Autoridad de Trabajo (133 según una última declaración del Ministro de Trabajo) para poder realizar las importantes labores de control que tiene actualmente concedidas por la Ley de Inspección Laboral (aprobada por Decreto Legislativo 910), creándose así

1 Por ejemplo, actualmente se discute si debe sancionarse con mayor gravedad la violación de menores de edad, sancionar a los padres que maltratan físicamente a sus hijos.

2 De la misma opinión era Manuel Santos Pasapera en su obra "*La novísima legislación peruana de minas*" publicada hace cien años (1905), tal como refiere Jorge Basadre, Historia de la República del Perú, Tomo X, Ediciones Historia, 1964, p. 4552. Un ejemplo reciente de este "desfase" (por la imposición de innecesarios requisitos formales para la celebración de varios convenios) lo podría constituir el texto del reglamento de la ley de modalidades formativas laborales, aprobado por D.S. 007-2005-TR.

3 Este concepto genera una importante discusión y tiene, a su vez, una ambigua definición, lo cual motivó que la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social lo incluyera como el primer tema de su Primer Congreso Nacional, realizado en la ciudad de Trujillo en octubre de 2004, tal como se puede ver del texto que contiene las ponencias presentadas. El tema de la informalidad lo desarrollaron los profesores Guillermo Boza, Elmer Arce, Fernando García, Pedro Morales, Mario Pasco, entre otros.

una realidad en la que prevalece la simulación contractual y el incumplimiento de las normas laborales o de seguridad social, motivado también por la inexistencia normativa de una presunción de laboralidad[4].

En este escenario, discutir sobre los límites a las facultades de control del empleador, en especial sobre las nuevas tecnologías (correo electrónico e internet) que utilizan los trabajadores, puede parecer una exquisitez doctrinal. Empero, esto no puede cuestionar la importante prevalencia que el tema tiene en contextos que han superado el problema antes reseñado de la informalidad o en aquellas relaciones laborales locales formales que no cuentan con una adecuada protección. Asimismo, su correcta definición puede ser un instrumento que fomente (si bien indirectamente) la formalidad laboral, por lo que consideramos que su análisis se justifica, si bien no resulta ser, claro está, el primer problema a resolver en nuestra realidad[5].

Como ya lo ha destacado la doctrina, el avance de las nuevas tecnologías ha modificado la forma actual de prestar servicios, en especial en las actividades en que prevalece el aporte intelectual, sin que la legislación laboral haya podido reaccionar en la creación de normas específicas. Así, siguiendo a Valdés dal Ré[6], esta característica constituye una de las causas que han contribuido de manera decisiva al incremento de la vigencia y protección de los denominados "derechos laborales inespecíficos", es decir, los derechos fundamentales que poseemos todos por el simple hecho de ser personas, que en nuestro sistema legal están consagrados (formalmente) en los tres primeros artículos de la Constitución de 1993, y que por expresa indicación constitucional, tal como se verá a continuación,

4 Tal como fue propuesta en el anteproyecto de Ley General de Trabajo, presunción que evitaría la injusticia actualmente existente impuesta a todos los que realmente prestan servicios de manera subordinada pero están vinculados con contratos civiles o mercantiles, pues aquellos no solamente no reciben sus beneficios laborales durante todo el tiempo laborado sino que, para obtenerlos, tienen que seguir un procedimiento administrativo o uno judicial durante varios años para acreditar lo que realmente vienen haciendo: que su relación es laboral. Ello sin el riesgo de perder con su reclamo la única fuente de ingreso que poseen.

5 Así como tampoco decidir si deben ser 15 ó 30 los días de descanso anual remunerado (vacaciones), por ejemplo.

6 En "*Los derechos fundamentales de la persona del trabajador*", tema II de los informes generales presentados en el XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2003, p. 51.

tienen también plena aplicación dentro de una relación laboral, es decir, dentro de una prestación personal de servicios remunerada y subordinada[7].

En este ensayo, fragmento de un trabajo más amplio que venimos realizando, vamos a repasar las opciones que tiene el empleador para realizar el control de la utilización de las nuevas tecnologías que otorga a sus trabajadores, en especial el correo electrónico y el acceso a internet.

1. MARCO CONSTITUCIONAL

Como es evidente por su definición conceptual, en una relación laboral una parte dirige, fiscaliza y sanciona y la otra obedece, es controlada y es susceptible de ser "castigada", inclusive con la finalización de su contrato. El término subordinación fue y es entendido como una sujeción del contratado hacia el contratante, sujeción teóricamente jurídica pero que normalmente también es económica y hasta personal. Así el profesor Javier Neves define a la subordinación como el *"vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto"*.[8] Del mismo modo Sanguinetti indica que *"Naturalmente, al obligarse el trabajador a poner a disposición del empleador su actividad laboral, cede a éste el correlativo derecho de disponer de ella, aplicándola a la consecución de los objetivos que motivaron la celebración del contrato (...) La dependencia, entonces, pese a ser elemento que el Derecho del Trabajo cualifica*

7 Un tema muy importante para discutir y que escapa al objetivo de este ensayo consiste en definir si los derechos fundamentales también resultan de aplicación a todos aquellos que prestan servicios pero que no están sujetos a relaciones laborales formales sea porque una norma así lo determina (los practicantes por ejemplo) o porque el vínculo contractual no lo permite (comisionistas o locadores de servicios). Todo debería indicar que la respuesta debería ser positiva e inclusive con mayor aceptación y menor discusión que en el caso de las relaciones laborales dado que aquellos no están sujetos, teóricamente, a un "poder de dirección" legalmente consagrado.

8 En "Introducción al Derecho del Trabajo", Ara editores, 1997, p. 36.

como esencial y definitorio, no es en última instancia sino una consecuencia derivada de la obligación del trabajador de prestar sus servicios al empleador".[9]

Contra los naturales abusos que generó esta situación surgieron muchos años atrás los derechos laborales específicos[10]: derecho a una jornada limitada de trabajo, derecho a la salud y protección, derecho a un pago mínimo por el servicio prestado, derecho a protegerse de manera colectiva. Asimismo, como una garantía de protección, se optó por la constitucionalización de dichos derechos así como la búsqueda de su vigencia a nivel mundial con la creación de una entidad especializada, la Organización Internacional del Trabajo.

No obstante, existe otro conjunto de derechos que no tienen acogida laboral expresa pero que siguen perteneciendo a la persona cuando también actúa como trabajador y que necesariamente limitan la conducta del empleador. Son los denominados "derechos laborales inespecíficos"[11] y que han venido a cuestionar la incuestionable libertad del empleador para regular las prestaciones de sus contratados. La Jurisprudencia comparada y en algunas decisiones la nacional, han venido en reconocer este nuevo escenario de protección del trabajador, llegando inclusive a discutir y definir situaciones que décadas atrás parecían comunes o normales[12].

Si repasamos nuestro marco normativo podemos confirmar que existen todos los elementos que permiten sustentar enfáticamente la vigencia de los derechos laborales inespecíficos dentro de una relación laboral. En efecto, no sabemos si fue meditado o no por el Constituyente, pero el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1993 es contundente:

---

9 En "Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos", Ara editores, 1997, p. 48-49.

10 Aunque haya algunos que no participan de esta distinción. Ver posición de José Echeveste Costa "*¿Es necesario distinguir derechos fundamentales específicos e inespecíficos del trabajador?*" en XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 y 5 de diciembre de 2004, Salto, Uruguay, fcu, p. 89.

11 Tal como los calificó el profesor español Palomeque, M.C.. Ver "*Los derechos laborales en la Constitución Española*", Madrid, CEC, 1991, p. 31.

12 Podemos incluir en este grupo a los casos de hostigamiento sexual y al denominado "mobbing" o acoso moral.

> "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador."

Notemos que el segundo párrafo del artículo 42 de la Constitución de 1979 tenía un texto similar, por lo que podemos deducir que el Constituyente de la década pasada solamente cambió el orden de las palabras de la norma existente. En efecto, dicho párrafo señalaba:

> "En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad."

Con lo cual, utilizando solamente los textos antes citados, podríamos afirmar que el Constituyente, ya casi treinta años atrás, siempre tuvo presente la protección de los derechos laborales inespecíficos en el contrato de trabajo, afirmación que nos parece muy generosa dada la escasa aplicación de esta doctrina en la jurisprudencia nacional. Empero, no esta demás agradecer el tino del Constituyente en mantener un texto que no es programático, a contrario, es una excelente cobertura constitucional a un sinnúmero de problemas que se pueden generar en el desarrollo de las relaciones de trabajo.

Y es que no podemos entender que en la relación laboral, según lo señala el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por D.S. 3-97-TR, el único límite existente para la actuación del empleador sea la razonabilidad:

> "**Artículo 9.-** Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los limites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
> El empleador esta facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo"

En efecto, textualmente se puede observar que la razonabilidad es un límite solamente previsto para la facultad sancionatoria del empleador. Asimismo, junto con las necesidades del centro de trabajo, condiciona la procedencia de las

modificaciones de todo lo relacionado con la jornada de trabajo (turnos, días u horas) y con la forma y modalidad del servicio.

Empero, esta interpretación resultaría incompleta, por decir lo menos, dado que la norma legal debe adecuarse al texto constitucional y no leerse ni mucho menos aplicarse de manera independiente a sus parámetros.

Así, todo análisis debe partir del respeto de los derechos constitucionales, sean específicos o no, para luego analizar la legislación de nivel primario.

En este sentido, existen en la Constitución derechos fundamentales (art. 1 al 3), luego derechos laborales (art. 22-29) y finalmente el derecho a la libertad de empresa (art. 59), cuyo contenido no debe ser olvidado, más aún cuando muchos empleadores son personas naturales. Así, Sagardoy nos recuerda en un reciente texto que "las tesis que descansan en la supremacía omnicomprensiva del empresario sobre el trabajador es apriorística, falta de realismo y voluntarista"[13], por tanto el análisis no puede ser sometido a una ideología o sentimentalismo determinado sino que dependerá del caso en concreto.

Es así que cuando el empleador ejerce su poder de dirección se va a encontrar muchas veces con que debe limitar derechos que tiene el trabajador como persona (por ejemplo, cuando le cambia el turno de trabajo y con ello afecta su tiempo dedicado a estudiar o cuando le impone una determinada forma de vestir o de presentarse al trabajo, afectando así su imagen). Por tanto, considerando que el Tribunal Constitucional (en adelante "TC") tiene la indiscutible facultad de revisar estos casos, dada la eficacia horizontal de los derechos fundamentales claramente aceptada en nuestro país[14] resulta adecuado analizar los parámetros bajo los cuales el ejercicio del poder de dirección puede ser válidamente sustentado ante la

[13] Juan Sagardoy Bengoechea en *"Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo"*, Cuadernos Civitas, 2005, p. 38. En la misma línea, Jorge Toyama señala que la facultad de dirección resulta ser fruto de la libertad de empresa. Ver *"Los derechos fundamentales de los trabajadores en la empresa"*, En Diálogo con la jurisprudencia, Año 6, N° 19, abril 2000, p. 74.

[14] Lo cual ha sido manifestado reiteradamente por el indicado Tribunal. Ver por ejemplo el considerando 19 de la sentencia emitida en el Exp. 1058-2004-AA, en los seguidos por Rafael García contra Serpost y los considerandos 8 y 9 del Exp. 976-2001-AA/TC, en los seguidos por Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A.A.

utilización de las nuevas tecnologías. Y uno de los criterios que se viene utilizando sin mucha discusión es el criterio de proporcionalidad.

2. EL CRITERIO DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD

Este punto merece una previa advertencia pues en las decisiones emitidas en el último lustro, el TC ha seguido, como en otros temas, un irregular derrotero dado que en algunas ocasiones distingue el principio de razonabilidad respecto del principio de proporcionalidad (al cual también denomina "test de proporcionalidad") y a veces los confunde.

Así por ejemplo, en el sexto fundamento de la sentencia de fecha 30 de abril de 2003 emitida en el Exp. N° 16-2002-AI/TC (acción de inconstitucionalidad presentada contra el segundo párrafo del artículo 7 de la Ley 27755, Ley del Notariado) se define el "test de proporcionalidad":

> "El Tribunal Constitucional considera que tal como aparece planteada la cuestión controvertida, ésta puede resolverse bajo el test de proporcionalidad. En efecto, es pertinente preguntarse si el propósito legislativo de hacer del derecho de propiedad un derecho oponible frente a terceros (registrarlo), a través de la reducción de los costos que supone la obligatoria utilización de la escritura pública para la inscripción del mismo, no termina por sacrificar en tal grado el principio constitucional de la seguridad jurídica, que termina resultando desproporcionado aun cuando el fin resulte legítimo. Y es que si bien es cierto, tal como ha quedado dicho, la inscripción en el registro del derecho de propiedad dota de seguridad jurídica al ejercicio del mismo, también lo es que es importante que la legislación cree las condiciones suficientes para que la seguridad jurídica esté del mismo modo presente en el procedimiento previo a la inscripción, sobre todo si se considera que de lo que se trata es que el contenido de la inscripción sea fiel reflejo de la realidad."

Esta confusión, aspecto claramente anotado por el profesor Rubio en una importante obra para entender la influencia de las decisiones del TC en nuestro ordenamiento[15], busca ser precisada en los fundamentos 15 y 16 de la sentencia de

[15] Rubio Correa, Marcial. En "*La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*" p. 252 en adelante.

fecha 11 de octubre de 2004, emitida en el Exp. Nº 2192-2004-AA/TC, en la cual el TC señala que:

> "15 El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.
> 16. El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por este Tribunal, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna (Exp. N.º 0016-2002-AI/TC), ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Exp. N.º 0376-2003-HC/TC). No obstante, este Colegiado no ha tenido ocasión de desarrollar este principio aplicándolo al control de la potestad sancionadora de la Administración, ámbito donde precisamente surgió, como control de las potestades discrecionales de la Administración."

Posteriormente, el TC nuevamente toca el tema en los fundamentos 64 y 65 de la sentencia de fecha 1 de abril de 2005, emitida en el Exp. Nº 48-2005-PI/TC que resuelve la inconstitucionalidad de varios artículos de la ley de regalía minera:

> "64. Ahora bien, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del derecho-principio a la igualdad, la doctrina constitucional ha desarrollado mecanismos para determinar cuándo estamos frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o cuándo frente a un trato arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio. Precisamente, uno de esos instrumentos a los que habrá de recurrir nuevamente este Tribunal es al test de razonabilidad.
> 65. El test de razonabilidad o proporcionalidad, como ha señalado la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia N.º C-022/96), es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho test se realiza a través tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad o de adecuación; 2º subprincipio de

necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Criterios que en su momento fueran utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI, entre otras.

1. Subprincipio de idoneidad o de adecuación. De acuerdo con este, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

2. Subprincipio de necesidad. Significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

3. Subprincipio de proporcionalidad strictu sensu. Según el cual, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental."

Asimismo, el TC ha acogido expresamente la denominación del uso del "test" de proporcionalidad al determinar la invalidez de un decreto de urgencia, tal como se puede ver del sexto fundamento del Exp. N° 17-2004-AI/TC, con sentencia de fecha 6 de junio de 2005:

"El test de proporcionalidad en el análisis de la norma impugnada

Respecto de tal interrogante, este Colegiado considera que, aunque el Estado, dentro del modelo económico adoptado por la Constitución Política del Perú, tiene facultades de intervención en la vida económica y, en tal sentido, puede proponer y ejecutar decisiones tendientes a materializar los objetivos propuestos por dicho modelo o a evitar la alteración o distorsión del mismo, tal línea de comportamiento no supone, como se describe detalladamente en la citada Sentencia N° 008-2003.AI/TC, la adopción de cualquier tipo de medida o decisión dentro de cualquier contexto o circunstancia. En efecto, además de que las medidas o decisiones a adoptarse no solo no tengan por qué tener un carácter ordinario, sino excepcional, y además de que no se pueda ni se deba asumir que la sola invocación de finalidades aparentemente compatibles con la norma fundamental puedan, por sí solas, legitimar la puesta en marcha de todo tipo de alternativas, es un hecho inobjetable que del examen minucioso de las mismas (de tales alternativas) debe deducirse si, en efecto, eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos. En

> otros términos, se trata de practicar el consabido test de proporcionalidad en la verificación de la constitucionalidad, o no, de la decisión o decisiones adoptadas."

En una de las sentencias esenciales para entender el derecho laboral peruano de la última década (la emitida en el Exp. Nº 976-2001-AA/TC de fecha 13 de marzo de 2003) el TC indicó en la parte final del octavo fundamento:

> "De ahí que, a juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de **proporcionalidad y razonabilidad**."

Y en el décimo primer fundamento, respecto de la validez de la protección del derecho a la estabilidad:

> "Evidentemente, el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o, acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de **proporcionalidad** o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".

En este sentido, tomando en cuenta los casos antes citados y la práctica constitucional española y colombiana, podemos decir con Sanguinetti que

> "las limitaciones o restricciones impuestas a los derechos fundamentales serán contrarias a la Constitución cuando sean a) inadecuadas, por no ser aptas para conseguir el objetivo propuesto; b) innecesarias, por existir otras medidas susceptibles de conseguir el mismo objetivo sin obstaculizar su ejercicio y c) excesivas, por suponer un sacrificio desproporcionadamente amplio del derecho, en relación a la finalidad que se perseguía alcanzar, o ser posible recurrir a otros medios menos gravosos con el mismo fin[16]"

Dado que la utilización del criterio de proporcionalidad para definir los alcances de la protección de los derechos laborales inespecíficos es uno de

[16] Sanguinetti, Wilfredo, "Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español", En revista Foro Jurídico, Nº 2, julio 2003, p. 229.

indiscutible vigencia en la experiencia española, tal como lo relatan García Perrote[17], Sanguinetti[18], Valdés[19], Sagardoy[20], entre otros, y tomando en cuenta las decisiones del TC antes citadas al resolver diversos temas, consideramos que la utilización de dicho criterio resulta plenamente válida no solamente en procedimientos constitucionales (acción de amparo) sino también por parte de la jurisdicción ordinaria laboral.

Es así que en el presente trabajo vamos a utilizar el criterio de proporcionalidad para presentar una propuesta de resolución de todos aquellos casos en que se enfrentan el poder de dirección del empleador con el derecho constitucional del trabajador a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al utilizar determinados bienes del empleador, en especial el correo electrónico y el acceso a internet vía una computadora u ordenador. No olvidemos que muchas veces la utilización del criterio de la buena fe contractual puede llevarnos a conclusiones diferentes tal como lo pasamos a exponer.

3. LOS BIENES DE TRABAJO: UNA CLASIFICACIÓN

El trabajador recibe normalmente bienes del empleador para que desempeñe de manera adecuada su función, dado que el riesgo del negocio pertenece al empleador. También recibe otro tipo de bienes que buscan, principalmente, protegerlo contra determinados riesgos implícitos en la labor y, de manera secundaria, ayudarlo en su labor. Es así que se ha entendido que, en aplicación del principio de buena fe contractual, el trabajador debe utilizar dichos bienes con el cuidado necesario y exclusivamente para el fin del negocio y su propia seguridad, no así para actividades privadas o ajenas al objetivo determinado. Dentro de los bienes que se otorgan para el primer objetivo tenemos por ejemplo los escritorios, teléfonos, casilleros, papel, vehículos, computadoras, etc., los cuales denominaremos en adelante y por puro fin didáctico "herramientas de trabajo". En

[17] Garcia-Perrote, Ignacio en "*Ley, convenio colectivo y derechos fundamentales del trabajador*". Revista de Derecho Social N° 4, 1998.

[18] Sanguinetti, Wilfredo, op. cit.

[19] Valdés dal Re, Fernando op. cit.

[20] Sagardoy Bengoechea, Juan, op. cit.

el segundo grupo encontramos por ejemplo cascos, uniformes no inflamables, guantes, mascarillas, botas de hule, etc. Podemos denominar a estos, siguiendo el fin antes mencionado, como "condiciones de trabajo", los cuales resultarían de obligatorio otorgamiento según lo prevé el novísimo reglamento de seguridad y salud en el trabajo aprobado por D.S. 9-2005-TR[21].

El aspecto antes mencionado sustenta una primera posición sobre el control de las herramientas de trabajo: dado que el empleador es el que las contrata, paga y otorga, tiene pleno derecho a decidir a quién se las da, a quien se las retira y, aspecto que es el objeto del presente trabajo, a controlarlas en cualquier momento. Vamos a revisar este aspecto en los bienes que motivan el presente trabajo.

4. EL CONTROL DEL ACCESO A INTERNET Y DEL CORREO ELECTRÓNICO

Las nuevas tecnologías han logrado desplazar a la taquigrafía y a la máquina de escribir, imponiendo a la computadora (u ordenador en la terminología española) como herramienta esencial en toda labor intelectual o de transcripción de datos. Con ella se difundió la utilización de internet y de los correos electrónicos como medios de comunicación, resultando que hoy en día la comunicación epistolar sea una práctica casi en extinción.

En los países de cultura anglosajona la posibilidad de controlar estos bienes es bastante clara. Por ejemplo, las regulaciones referidas a telecomunicaciones vigentes en Gran Bretaña permiten controlar, interceptar y grabar las comunicaciones en caso se realicen para investigar o detectar usos no autorizados y para verificar si están siendo utilizadas para fines laborales, entre otros fines. Esta conducta es legal siempre que la persona que realice la interceptación haya hecho todos los esfuerzos razonables para informar a las personas que podrían utilizar el sistema de telecomunicaciones evaluado que las comunicaciones transmitidas pueden ser revisadas por el empleador. El Departamento de Comercio e Industria ha asumido la posición de que las obligaciones del empleador se

[21] Esta norma fue publicada el jueves 29 de setiembre de 2005 en la sección de normas legales del Diario Oficial El Peruano.

extienden solamente a sus trabajadores y a cualquier otra persona que utilice el sistema, no así a aquellos que llaman o reciben llamadas desde el exterior[22].

En la práctica estadounidense, la mentalidad moderna sobre el derecho de propiedad permite a los empleadores comprobar el uso que se da a las herramientas de trabajo dado que la empresa es dueña de dichos bienes,[23] pues ello puede implicar otros supuestos más severos, como lo puede ser la responsabilidad empresarial por casos de acoso sexual. Por ejemplo, en 1995 la compañía Chevron pagó más de dos millones de dólares a cuatro empleadas a cambio de que retiraran los cargos que habían presentado por acoso sexual, dado que recibían constantemente mensajes electrónicos con chistes subidos de tono[24]. En esta misma línea, el caso Smyth apuró la implementación de normas sobre el uso del correo electrónico laboral en miles de empresas de Estados Unidos, país en el cual, según lo indica la Asociación de Management de Estados Unidos, más de la mitad de las compañías norteamericanas practica alguna forma de control en la utilización de los correos de sus trabajadores. Asimismo, esta asociación estima que el 75% de las empresas ya habían implementado, al 2003, políticas propias y definidas respecto al uso del correo electrónico laboral y casi un 25% ya había despedido a algún trabajador por violar estas normas.[25]

En el citado caso, el señor Michael Smyth cuestionó judicialmente su despido por haber remitido un correo electrónico "cáustico" alegando que los comentarios realizados eran claramente confidenciales. Empero el Juez Federal de Filadelfia que resolvió el caso en 1996 rechazó la demanda determinando que los controles

22 *"To this end, the Telecommunications (Lawful Business Practice) (Interception of Communications) Regulations 2000 legitimise interceptions made for various purposes including establishing compliance with regulatory on self-regulatory practices or procedures, investigating or detecting unauthorised use of telecommunication systems, and monitoring communications to see if they are of a business nature. Such conduct is lawful only if the person making the interception has made all reasonable efforts to inform every person who may use the telecommunications system in question that communications transmitted by means thereof may be intercepted."* En "Labour Law", Simon Deakin y Gillian S Morris, tercera edición, Butterwoths, 2001, p. 353.

23 Tal como lo reseña el profesor titular de la Universidad de Cádiz Ignacio de Cuevillas Matozzi en *"El control del e-mail en la empresa y el derecho a la intimidad"* en www.enplenitud.com

24 Según lo refiere la nota periodística publicada en la edición digital del diario argentino "Clarín" el 7 de julio de 2003 (www.clarin.com/diario/hoy/t-585421.htm).

25 Ver nota 24.

de la empresa no violaban el derecho a la privacidad del señor Smyth.[26] Solamente en el estado de Connecticut están obligadas las empresas a hacer públicas las medidas de control que ejercen sobre sus trabajadores[27].

Esta primera opinión también ha sido asumida en varias sentencias emitidas en países que poseen una cultura jurídica similar a la nuestra, a saber por ejemplo, España y Uruguay:

1) El señor Gregorio Giménez, un técnico con más de treinta años de antigüedad en la nómina del Deutsche Bank de Barcelona envió en cinco semanas 140 correos electrónicos de carácter sexista, otros humorísticos y, en algunos casos, obscenos, mediante la dirección electrónica otorgada por su empleador, a pesar que existía la advertencia en la empresa de la naturaleza exclusivamente profesional que debía tener el uso del correo electrónico. La empresa, una vez detectado el uso abusivo del correo, revisó los contenidos de los mensajes sin contar con la aprobación del trabajador, a fin de decidir la sanción que iba a aplicar, la cual fue finalmente el despido. Recurrido el cese, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña mediante decisión de fecha 14 de noviembre de 2000 consideró que el trabajador transgredió la buena fe contractual y violó los deberes de conducta exigibles, al haber defraudado la confianza e interés de la empresa, violentando el deber de lealtad laboral. Asimismo señaló que en este caso "*concurre así un acreditado incumplimiento laboral del trabajador sancionado, ya que su actitud supone la pérdida de tiempo de trabajo efectivo, tanto del trabajador al confeccionar y enviar los mensajes como de sus compañeros al recibirlos y leerlos*". Empero, más que la existencia de la falta, lo interesente de esta sentencia, que fue finalmente confirmada por el Tribunal Supremo mediante decisión de fecha 7 de enero de 2002, justificó la necesidad de la empresa de revisar el correo "*a efectos de*

[26] Ver nota 24.

[27] De Cuevillas, op, cit.

precisar la incuestionable naturaleza de los mensajes judicialmente apreciados".[28]

2) Una empresa certifica mediante su servicio de vigilancia que un trabajador dedicaba casi hora y media de su jornada laboral diaria a atender sus asuntos personales a través de Internet, por lo que procedió a despedirlo. Cuestionado judicialmente el cese, el Juzgado de primera instancia declaró improcedente el despido por considerar que la empresa había vulnerado el derecho a la intimidad personal del trabajador al haber controlado el uso que éste hacía del correo electrónico y del acceso a Internet. Recurrida esta decisión, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia revocó la decisión y declaró legal el despido señalando que "*la empresa asigna al trabajador una dirección de correo electrónico personal y pleno acceso a Internet, pero ciertamente lo hace para el desarrollo de su actividad dentro de la empresa, no para su utilización en asuntos privados y particulares*" agregando que el derecho a la intimidad debe ser "*calificado de distinta manera según se desarrolle en la empresa, con sus instrumentos y dentro del horario de trabajo o fuera de él, en un ámbito de domicilio privado o en su horario de esparcimiento personal*". Por eso el fallo considera que la empresa tenía derecho a vigilar sus instrumentos de trabajo y que la prueba obtenida era válida y suficiente.[29]

3) Analizando la naturaleza del correo electrónico laboral (distinto del correo electrónico privado o particular) el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno de Uruguay en su sentencia N° 312/2004 de fecha 26 de agosto de 2004 advierte que "*en principio no se podrán establecer excepciones (mas allá de la autorización judicial) que permitan la interceptación del correo electrónico, pues no podríamos imponer limitaciones donde la ley no lo indica expresamente (artículo 10 de la Constitución). Sin embargo, la naturaleza del* ***correo electrónico laboral*** *propone una nueva interpretación en la medida que se considera que el*

[28] Reseña incluida en la página web de Comisiones Obreras, la cual puede revisarse en www.comfia.net/actual/general/deutsche/supremo.htm

[29] Reseña publicada en la revista Actualidad Laboral, edición de agosto 2002, p. 16.

trabajador no es dueño de la cuenta sino que lo es el empresario que proporciona la misma para fines exclusivamente laborales, y por ende las normas deben tender en este caso a proteger los intereses de una persona jurídica como propietaria de la cuenta de correo, que le asigna a un trabajador para su uso y administración en nombre del cargo que desempeña y para fines estrictamente laborales... Es de sentido común que el trabajador ha de utilizar las herramientas informáticas para cumplir su prestación laboral, y que el uso reiterado de las mismas para fines particulares en el centro de trabajo y en horario laboral implica un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo".[30]

Entonces, para esta primera posición, que cuenta con efectiva recepción jurisprudencial en la experiencia comparada, el empleador puede revisar el uso del correo electrónico, el acceso a internet y también el contenido de los mismos. Algunas razones que sustentan esta posición son:

- El empleador es el dueño de las herramientas de trabajo,
- El trabajador recibe las herramientas no para su libre disposición o diversión sino para colaborar con su prestación de servicio,
- El correo tiene identificación empresarial (el dominio, es decir, lo que sigue a la @), por lo que su mala utilización compromete la imagen de la empresa,
- Si existen reglas de utilización del correo o de internet previamente comunicadas que señalan la prohibición del uso para fines privados o ajenos a la prestación laboral, entonces se puede presumir que todo mensaje emitido tiene contenido laboral, y, por tanto, que esta sujeto al control empresarial. En efecto, para esta posición, si el trabajador desea comunicarse electrónicamente tiene acceso a cuentas de correo gratuitas en la red (hotmail o yahoo) por lo que no tiene necesidad de utilizar el correo otorgado por la empresa, el cual es una herramienta de trabajo, en

30 Spiwak Lew, Patricia, en "Intimidad e interceptación de las comunicaciones electrónicas", en XV Jornadas Nacionales de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 4 y 5 de diciembre de 2004, Salto, Uruguay, fcu, p. 112.

el caso que este permitido remitir mensajes dentro de la jornada de trabajo. De lo contrario, dicha remisión así como el acceso a internet, debe ser realizado fuera de jornada, sea en cabinas públicas o en el domicilio del trabajador. Si es una práctica aceptada, por lógica y razonable, que un empleador pueda prohibir llamadas a celulares o de larga distancia nacional o internacional desde sus teléfonos (para eso el trabajador que las quiera realizar puede contratar un servicio celular o llamar desde cualquier otro teléfono), el correo electrónico y el acceso a internet no son de libre disposición del trabajador sino como ya se ha indicado, herramientas de trabajo y deben ser utilizadas solamente con ese fin.

Empero, si bien coincidimos con las tres primeras razones antes mencionadas, somos de opinión que si el empleador cede el uso de algunos de sus bienes a sus trabajadores, ello no le permite revisarlos **en su contenido** en cualquier momento: dicha revisión debe incluir la autorización previa del usuario[31] o su presencia aceptando la intervención al momento de la supervisión. Alegar que dichos bienes son herramientas de trabajo y que la revisión busca verificar un uso apropiado de las mismas no resulta un argumento suficiente ni adecuado cuando aquella conducta puede vulnerar derechos constitucionales y cuando pueden existir otras modalidades de control que no lesionen aquellos derechos. Justamente es este el escenario que enfrenta los derechos constitucionales de ambas partes y cuya resolución depende, entre otros elementos, de resolver si la intromisión resulta proporcionada.

En esta línea se encuentra la práctica jurisprudencial francesa según una importante sentencia emitida por el Tribunal Supremo de fecha 2 de octubre de 2001[32]: El señor Frédéric Onof fue contratado por la compañía Nikon France como jefe del departamento de topografía el 22 de abril de 1991 y fue despedido el 29 de junio de 1995 por la comisión de falta grave, al haber utilizado los medios informáticos puestos a su disposición por la empresa para realizar asuntos personales. Este uso indebido fue comprobado por la empresa al revisar los

[31] Para evitar algún abuso en la obtención de esta autorización, ella debería ser otorgada en cada caso específico y no de manera general al inicio de la relación laboral o cada cierto tiempo.

[32] 99-42.942, Arret n° 4161 du 2 octobre 2001, Cour de cassation – Chambre sociale, en www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-423942arr.htm

mensajes que mantenía el señor Onof en la carpeta "personal" de la computadora asignada por la empresa. A diferencia del Tribunal de Apelaciones de París, que confirmó el despido del trabajador, el Tribunal Supremo anuló dicha decisión y señaló lo siguiente: *"Dado que el empleado tiene derecho, durante las horas de trabajo y estando en el centro de trabajo, al respeto a su intimidad y vida privada; que esta implica en particular el derecho al secreto de su correspondencia: que el empleador no puede violar esta libertad fundamental y tomar conocimiento de los mensajes personales emitidos por el empleado y recibido gracias a un medio informático puesto a su disposición para desarrollar su trabajo y esto es válido aunque el empleador haya prohibido el uso no profesional de la computadora".* Con esto queda claro que en Francia un empleador no puede abrir el correo electrónico personal de sus trabajadores porque constituye una violación del secreto de correspondencia.

5. LA SITUACIÓN EN PERÚ

El 3 de abril de 2003 se publicó en la separata de normas legales del Diario Oficial El Peruano la Resolución Jefatural N° 88-2003 INEI la cual aprobó las normas para el uso del servicio del correo electrónico **en las entidades de la administración pública**, Directiva N° 5-2003-INEI/DTNP. Esta norma es de cumplimiento obligatorio en las entidades del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, organismos autónomos, organismos públicos descentralizados, gobiernos regionales, locales y empresas públicas y tiene como características principales las siguientes:

- Define al correo electrónico *institucional* como una herramienta de comunicación e intercambio de información oficial entre personas, no una herramienta de difusión indiscriminada de información, con la excepción de las listas de interés establecidas por las instituciones para fines institucionales.

- Que cada institución establecerá, de acuerdo a su política institucional, la asignación de cuentas de correo electrónico institucional a todos o a parte de sus trabajadores, es decir, no es un derecho de todos los trabajadores.

- Que el tener una cuenta de correo institucional compromete y obliga a cada usuario a aceptar las normas establecidas por la institución y a someterse a ellas.

- Que la institución debe garantizar la privacidad de las cuentas de correo electrónico institucional y que la oficina de informática podrá realizar las medidas correspondientes respecto de la cuenta de correo sólo en caso se detecte la comisión de faltas graves en su utilización. No obstante no se menciona cuáles serán esas medidas ni tampoco los procedimientos para la detección de estas faltas, los cuales deben ser establecidos por la oficina de informática de cada institución.

- Que los usuarios deben tener contraseñas y conocer las diferencias entre los correos electrónicos institucionales y las cuentas privadas. Se considera como mal uso del correo institucional utilizarlo para fines comerciales o financieros ajenos a la institución, participar en cadenas, distribuir mensajes con contenido impropio o lesivo a la moral o para temas personales.

La oficina de informática o quien haga sus veces en cada institución es la responsable de que se cumpla la directiva antes citada y podrá elaborar un código de ética adicional a dicha directiva.

Jurisprudencialmente, el año pasado el TC tuvo la oportunidad de opinar sobre parte de este tema[33]. En este caso el sub gerente de recursos humanos del empleador descubrió mensajes con contenido pornográfico en la bandeja de entrada del correo electrónico del poseedor anterior de la computadora que le fue entregada, información que no había sido borrada de la máquina. Dichos correos habían sido remitidos desde la dirección electrónica asignada a otro trabajador de la empresa. Entonces, en lugar de confirmar con el remitente o con el destinatario el envío y recepción de dicha información, el sub gerente pidió a un notario público que certificara este descubrimiento. El hecho sustentó la imputación de falta grave y posterior despido del trabajador que tenía asignada la dirección electrónica remitente, sin que se le permitiera acudir al centro de trabajo durante el

[33] Se puede revisar la sentencia en http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/1058-2004-AA.html

periodo que transcurrió entre la imputación y el cese. Luego de despedido, el trabajador inició un proceso de amparo alegando imputación arbitraria de falta grave, violación de su derecho de defensa, libertad de trabajo y debido proceso, sin que su pretensión fuera amparada en las dos instancias iniciales.

El TC consideró que el procedimiento de despido fue inconstitucional porque:

- Se incumplió con el principio de tipicidad (considerando 7),
- Se impuso una sanción inadecuada (considerando 8),
- La carta de imputación y la de despido no explicaban los motivos que las sustentaban ni tampoco las pruebas (considerando 9),
- Se impidió al despedido acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos (considerando 12),
- No se verificó si el despedido fue quien realmente remitió los correos pornográficos, dado que solamente se confirmó que salieron de la máquina que él tenía asignada (considerando 15).

Si bien bastaban estos argumentos para la procedencia del amparo, el TC aprovechó la ocasión para manifestar su opinión sobre la facultad del empleador de controlar los medios informáticos que otorga a sus trabajadores. Y sobre esto deja importantes y discutibles mensajes:

- Toda herramienta de trabajo que sea un instrumento de comunicación y reserva documental no carece de determinados elementos de autodeterminación personal (considerando 17),
- Que la fuente o soporte de las herramientas de trabajo (soportes de comunicaciones y documentos) le pertenezcan al empleador no es argumento válido para sustentar una titularidad exclusiva y excluyente (considerando 18),
- La aplicación del artículo 23 de la Constitución en las relaciones laborales (considerando 19), lo cual supone implementar mecanismos razonables que no distorsionen el contenido de los derechos

> involucrados y que permitan cumplir los objetivos laborales (considerandos 20 y 23).

Lo que el TC pareciera señalar en esta decisión es que toda facilidad técnica o informática que suponga instrumentos de comunicación y reserva documental (por ejemplo teléfonos, correos electrónicos, discos duros de computadoras, casilleros) que sea otorgada por el empleador a sus trabajadores para desempeñar sus funciones en forma idónea y acorde con los objetivos laborales que persigue, no pertenece de manera exclusiva al empleador: el trabajador tiene, en cada una de esas facilidades, un ámbito íntimo, al cual aquel no puede acceder sin autorización.

Bajo esta lógica se entendería claramente coherente lo señalado por el TC en el considerando 21:

> "si se trataba de determinar que el trabajador utilizó **su** correo electrónico para fines opuestos a los que le imponían sus obligaciones laborales, **la única forma de acreditarlo** era iniciar una investigación de tipo judicial, habida cuenta de que tal configuración procedimental la imponía, para estos casos, la propia Constitución." (lo resaltado es nuestro).

Para el TC el correo electrónico no es de quien lo paga o de quien lo otorga: una vez entregado, **es** del trabajador. Y solamente él o el juez pueden revisar su contenido.

Siguiendo esta línea de análisis, si en algún momento un empleador desea verificar el buen uso de esta herramienta de trabajo, deberá acercarse al trabajador y pedirle que muestre sus mensajes. Pero el trabajador tendrá pleno derecho a negarse, alegando su derecho a la intimidad. El empleador, entonces, debe dar media vuelta y no podrá verificar si el trabajador redacta bien sus mensajes, si ha cumplido con sus órdenes o si remite información confidencial a un tercero.

Consideramos que la posición asumida por el TC es muy estricta e irreal por lo que necesariamente deberá atenuarse. En efecto, dicha opinión resulta desproporcionada y muy onerosa para el empleador, quien también tiene derechos fundamentales: si bien es verdadera la idea de que el trabajador puede disfrutar de su derecho a la intimidad y al secreto de sus comunicaciones dentro de la relación laboral ello no justifica que pueda usar de manera descontrolada o irrazonablemente una herramienta de trabajo. Caso contrario, un empleador nunca podría evaluar la conducta del trabajador en el uso de los indicados bienes o

tendría que asumir los costos de todas las conductas de sus trabajadores, sin distinguir los casos estrictamente laborales de aquellos que no lo sean[34].

No obstante lo indicado, debemos señalar que no coincidimos con aquellos que diferencian al correo laboral (o institucional en términos de la resolución jefatural antes citada) del correo personal o privado, aceptando un control absoluto en el primero[35], tal como se ha mencionado líneas arriba. Tal como lo señala el TC, todo medio de comunicación supone eventualmente un uso privado, el cual está vedado a toda persona, inclusive al empleador. Empero, el respeto de dicha intimidad no puede cuestionar el uso adecuado que deba hacerse del bien otorgado para fines laborales. Así por ejemplo, los vehículos que se otorgan al personal de dirección pueden válidamente ser intervenidos por el empleador para verificar el kilometraje, el uso no laboral realizado, etc. De la misma forma, el uso del teléfono y del correo electrónico puede ser verificado, limitado y hasta finalizado por el empleador, siendo algunas de las modalidades que respetan el principio de proporcionalidad en nuestra opinión el verificar:

- Los tiempos de acceso y utilización de la herramienta de trabajo, según la contraseña o "password" utilizado,
- Las direcciones electrónicas a las cuales se han remitido mensajes o de las cuales se han recibido mensajes,
- Las direcciones de páginas de la red (web) revisadas por cada usuario,
- El nombre, tipo y tamaño de los programas o archivos "bajados" de internet, aspecto que se puede observar en el servidor sin ingresar a la revisión de cada máquina,

[34] Tal como lo detalla Luis Antonio Fernández Villazón en "Las facultades empresariales de control de la actividad laboral", Aranzadi, 2003, p. 107-148.

[35] Ver Nuñez, Sandro, "¡Alerta: tienes un e-mail!" en revista Actualidad Laboral, octubre 2004, p. 26. Para el citado autor un correo laboral no es una comunicación privada si es que se advirtió previamente la prohibición de su utilización privada (p. 25). Empero siguiendo este criterio, el empleador también podría escuchar cualquier conversación telefónica si es que, previamente, advirtió a sus trabajadores que los teléfonos de la empresa solamente pueden utilizarse para fines laborales.

- El tamaño de los documentos que acompañan los mensajes remitidos o recibidos así como el formato de los mismos (por ejemplo: texto –doc-, imagen –jpg-, sonido –wma- entre otros).

En efecto, al empleador le interesa verificar el funcionamiento del correo electrónico dado que ello puede suponer pérdida de tiempo de trabajo, infracciones de las normas de propiedad intelectual y de protección de datos personales, fuga de información, hostigamiento sexual, etc. Por tanto, la utilización del correo no debe escapar al control empresarial[36].

Empero, ninguna de las modalidades antes indicadas, calificadas por Montoya Melgar como sistemas de control formal[37], supone o permite revisar el contenido del mensaje enviado o recibido por el trabajador investigado, con lo cual su derecho al secreto de las comunicaciones (antes que el derecho a la intimidad, el cual tiene un ámbito diferente) no se vería afectado.

En esta línea de análisis tampoco creemos correcta la idea de que la investigación de tipo judicial sea la "única forma" de determinar el uso inadecuado del correo electrónico: dicho procedimiento será útil cuando se quiera conocer el contenido de los mensajes enviados por el trabajador, pero el uso inadecuado no se limita al contenido sino también a la emisión o recepción excesiva, tal como detallamos anteriormente.

De otro lado, y siguiendo a Falguera i Baró[38], es imprescindible distinguir en cada caso la conducta del trabajador cuando utiliza el correo electrónico como sujeto activo (emisor) o como sujeto pasivo (receptor), existiendo mayor responsabilidad en la primera situación. Así, sin necesidad de entrar a revisar y analizar el contenido de las informaciones transmitidas, un empleador podrá autorizar tácitamente el uso personal de esta herramienta de trabajo, uso que tendrá como límite la buena fe contractual o la razonabilidad, aspectos que podrán ser

---

36 Tal como lo señala Ignacio Pinto Clapés en la página web del centro para empresas y profesionales de Microsoft (www.microsoft.com/spain/empresas/asesoria).

37 Alfredo Montoya Melgar, "Derechos del trabajador e informática"en Estudios en homenaje al doctor Néstor de Buen, 2003, p. 541.

38 En "Uso por el trabajador del correo electrónico de la empresa para fines extraproductivos y competencias de control del empleador", texto en www.ceveal.com, marzo de 2000. También en "Relaciones laborales", Nº 22, 2000.

válidamente controlados por el empleador analizando los elementos externos de las comunicaciones[39]. Al igual que el control del servicio telefónico, la utilización social del correo debe ser permitida siempre que sea razonable.

Cosa distinta es la posición del usuario pasivo: si el empleador autoriza la difusión de la dirección electrónica, sea en tarjetas o en su página web, luego no puede restringir el que cualquier tercero pueda remitir mensajes al poseedor de la indicada dirección y, por tanto, sancionar al trabajador por el contenido de los mensajes que recibe, conocimiento que le sería vedado. Esto es la base de la publicidad y los correos spam o correos basura, aspecto en el cual las empresas válidamente pueden establecer filtros.

Por tanto, siempre será útil contar con un código de conducta interno (el reglamento interno debería tener claramente definidos los usos permitidos del correo electrónico, sea el laboral como el privado durante la jornada de trabajo, como lo establece la resolución del INEI antes citada) a ser comunicado a todos los trabajadores de manera previa a la concesión del correo. Asimismo, la entrega de una contraseña genera mayor responsabilidad del trabajador en la utilización de cada herramienta.

6. UN ELEMENTO IMPORTANTE: EL USO POR PARTE DEL SINDICATO

En la doctrina comparada se discute el derecho que tendrían las organizaciones sindicales a que la empresa les asigne una cuenta de correo o, en una posición más modesta, de remitir a los correos laborales de los trabajadores mensajes de contenido sindical. Al respecto, y dada la ausencia de normas en nuestro ordenamiento, pareciera como válido que el empleador decida si le da o no una cuenta de correo a la organización sindical que lo solicita: el ejercicio de la libertad sindical debe suponer una neutralidad por parte del empleador y no imponerle que asuma costos que no le corresponden.

[39] Falguera señala que el uso activo del correo electrónico en nada difiere de la utilización del correo escrito, del fax, del teléfono, etc.

En cambio, la utilización de los correos laborales como destinatarios de las emisiones de la organización sindical sería una conducta en la que el empleador no podría interferir dado que dicha organización resultaría un tercero como cualquier otro, salvo, claro está, que se sature el sistema por la remisión de correos con contenidos de grandes dimensiones, es decir, cuando se abuse de la utilización de la herramienta de trabajo.

7. CONCLUSIONES

El análisis necesariamente tendrá que ser casuístico[40] pues las características varían en los diferentes supuestos ya analizados por la jurisprudencia pero también hay ideas comunes dado que siempre se deberán respetar los derechos constitucionales involucrados y los elementos que conforman el criterio de proporcionalidad reconocido por el TC. Asimismo, debemos ser conscientes que todo trabajador (así como el empleador) tiene derechos fundamentales, y que ellos no pueden ser dejados de lado por la exigencia estricta de la buena fe contractual o por un principio protector mal entendido.

[40] Además de Falguera, Antonio Sempere Navarro y Carolina San Martin llegan a la misma conclusión. Ver "*Vigilancia electrónica vs. Derecho a la intimidad y a la propia imagen (a propósito de las nuevas tecnologías en el marco laboral)*, en *"Temas actuales de Derecho Laboral"*, Editorial Normas Legales, 2005, p. 325-346.

El principio de irrenunciabilidad de derechos y la transferencia de créditos laborales

Herbert Prelle Mayuri

Asociado de la SPDTSS

Sumario

1. Introducción. 2. El principio de irrenunciabilidad. 3. La transferencia de créditos laborales. Supuestos de aplicación. 3.1. La transferencia de créditos ciertos a precio equivalente. 3.2. La transferencia de créditos ciertos a un monto menor. 3.3. La transferencia de créditos inciertos o contingentes. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En un contexto económico marcado por la incertidumbre y la permanente transformación de las condiciones de trabajo, se van presentando de modo constante adecuaciones de las distintas ramas jurídicas para enfrentar las nuevas situaciones. Esto supone la introducción y revisión permanente de figuras propias del derecho civil o mercantil en el ámbito de las relaciones laborales, toda vez que todas ellas actúan conjuntamente, respetando los principios y pautas que las inspiran. Esta situación se presenta concretamente en los casos en que una empresa insertada en un proceso de reestructuración, mantiene trabajadores respecto a los cuales debe cumplir una obligación, y se presentan terceros interesados en ocupar el espacio natural que supone la existencia de créditos laborales.

Este constituye uno de los ámbitos -no el único- en que se ubica la transferencia de créditos laborales a favor de terceros ajenos al propio empleador. El presente artículo tiene por objeto desarrollar el marco en el que se puede desenvolver la transferencia de créditos laborales con el objeto de dar algunos alcances respecto a la incertidumbre que le supone al trabajador la posibilidad de transferir en el marco de las relaciones laborales sus créditos laborales a un tercero, de tal modo que este último se subrogue en la posición de aquél con eficacia general.

En el ámbito laboral no existe regulación expresa para este supuesto, por lo que habrá de recurrirse supletoriamente a las reglas y disposiciones establecidas en nuestro Código Civil; específicamente a los disposiciones que contienen los artículos 1206° y siguientes y que regulan la cesión derechos, y el pago por subrogación. A estos efectos, debe tomarse en cuenta la remisión expresa que realiza el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil para la aplicación supletoria del ordenamiento civil en el ámbito laboral.

En este punto cabe agregar, sin embargo, que no existe una aplicación directa del ordenamiento civil ante el vacío del laboral, ya que ésta se ve condicionada a que no exista incompatibilidad de naturaleza entre los ordenamientos vinculados. Teniendo en cuenta lo anterior, para constatar la viabilidad de realizar una cesión de derechos en el ámbito laboral, previamente resulta necesario aclarar si a través de este acto se vulnera, por un lado, el carácter irrenunciable de los derechos laborales y, por el otro lado, la naturaleza personal de las prestaciones al interior del contrato de trabajo.

Para estos efectos, y atendiendo que es el principio de irrenunciabilidad el que finalmente debería operar como límite a la eventual disposición que efectúe el trabajador, se ha estructurado el presente trabajo sobre la base del análisis de este principio y su vigencia en el marco de transferencias crediticias nacidas de una relación laboral hacia terceros.

2. EL PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD

El principio de irrenunciabilidad de derechos a tenor de lo señalado por De La Villa, debe ser entendido como la imposibilidad que tiene un trabajador de disponer o renunciar a un derecho que se encuentra recogido en una norma imperativa y que contiene un derecho a favor del trabajador.

Al respecto Plá Rodriguez al referirse al principio de irrenunciabilidad señala que este supone "la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o

más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio"[1] consistiendo la renuncia en el acto voluntario a través del cual cualquier persona abandona un derecho que le es reconocido a su favor, eliminándolo de su esfera personal.

Con ello, entendemos que este principio supone concretamente la negación a cualquier acto por el cual un trabajador[2] en pleno ejercicio de su voluntad, resigna de un derecho que se encuentra contenido en una norma de carácter imperativo, estatal o convencional, en la cual se reconocen derechos de carácter indisponible. Este acto de renuncia supone un ejercicio de voluntad por parte del trabajador, mediante el cual decide alejar de su esfera personal los derechos que la norma imperativa le concede.

Este principio se encuentra recogido a nivel constitucional en el artículo 26 inciso 2 conjuntamente con los de igualdad y norma más favorable. Al respecto el texto Constitucional señala que son irrenunciables los derechos contenidos en la Constitución y la ley, sin hacer referencia expresa al convenio colectivo como norma jurídica imposible de ser renunciada.

Sin embargo, compartimos la posición mayoritaria de la doctrina nacional que considera también incluidas dentro del marco de normas que no pueden ser objeto de renuncia por el trabajador al convenio colectivo[3], tanto por el reconocimiento constitucional a la fuerza vinculante de los mismos (artículo 28 inciso 2), como por el hecho de reconocerse en el ámbito infraconstitucional la imposibilidad de dejarse sin efecto los convenios colectivos por la autonomía individual, recogida en el articulo 43° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

---

1 PLA RODRIGUEZ, Américo. "Los principios del Derecho del Trabajo", Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1978, p.118.

2 En este punto se discute acerca de la validez o aplicación del principio en los casos en que el renunciante a un determinado derecho sea la organización sindical o inclusive el propio empleador.

3 Al respecto véase FERRO DELGADO, VICTOR. "El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional" pp. 118-119 y GONZÁLEZ HUNT, CÉSAR. "La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos". Pp.142-143. Ambos en "Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodriguez". Lima. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004. Asimismo, véase NEVES MUJICA, JAVIER."Introducción al Derecho del Trabajo". Lima, Fondo Editorial PUCP. Lima, 2000, p.107.

Adicionalmente, el principio indicado se encuentra recogido en el Decreto Supremo No. 001-98-TR, artículo 20°, al precisarse *"La firma del trabajador en la boleta de pago no implicará renuncia por éste a cobrar las sumas que considere le corresponden y no figuran en la boleta"*, en la Ley Procesal de Trabajo al interior de la norma III del Título Preliminar, y en los artículos 23°, 46° y 66° del cuerpo normativo, al regularse la excepción de transacción, la aprobación del desistimiento y la conciliación al interior de un proceso laboral.[4] Igualmente encontramos referencias a este principio en el artículo 3° del Decreto Legislativo No. 910, Ley General de Inspecciones, y en los artículos 4°, 66° y 70° de su Reglamento.

En el ámbito del sistema concursal también existen referencias al principio, aunque ésta no es efectuada de manera directa. Al respecto se puede encontrar el reconocimiento de este principio, en los artículos 69° inciso 2 y 90° de la Ley No. 27809, Ley General del sistema concursal.

A nivel de una relación laboral, la particular aplicación de este principio, se encuentra sostenida sobre la base del principio protector, y en la necesidad de proteger al trabajador frente a la desigualdad existente entre éste y su empleador. Carecería de toda lógica plasmar en normas imperativas el reconocimiento de beneficios y derechos concretos que se precisan a fin de equiparar la desigualdad real, cuando paralelamente se le reconoce al trabajador la facultad para libremente exonerarse de su aplicación y alejarse de dicho marco protector. De este modo, y en

---

4 **Artículo III del Título Preliminar.-** "El Juez debe velar por el respeto del ***carácter irrenunciable*** de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley."
Artículo 23°.- Excepciones.- La excepción de transacción será apreciada por el Juez, *atendiendo al principio de irrenunciabilidad de derechos y las circunstancias que rodean dicha transacción.* Lo resuelto por el Juez no implica prejuzgamiento. Lo resuelto en un litigio en el que es parte un sindicato se produce los efectos de la cosa juzgada para todos aquellos a los que representó.
Artículo 46°.- Desistimiento.- El desistimiento de la pretensión, del proceso o de algún acto procesal, se formula antes de que surtan sus efectos. Cuando el demandante lo proponga debe motivar su pedido para obtener la aprobación del Juez, quien cuida que no se vulnere ***el principio de irrenunciabilidad*** respecto de los derechos que tengan ese carácter.
Artículo 66°.- Conciliación.- Saneado el proceso, en la misma audiencia, el Juez invita a las partes a conciliar el conflicto.
Se puede conciliar en forma total o parcial el petitorio contenido en la demanda. El Juez dejara constancia en el acta de la invitación a conciliar y de la falta de acuerdo si fuere el caso.
Al aprobar la formula conciliatoria, el Juez deberá observar el **principio de irrenunciabilidad** respecto de los derechos que tengan ese carácter.

aras de lograrse ventajas para si, el empleador podría fijar condiciones para iniciar o para mantener una relación laboral, e inclusive para satisfacer rápidamente un crédito determinado una vez concluida ésta, acordando con el trabajador la renuncia a todo o parte de un derecho de carácter indisponible. Por ello, establecer pautas concretas y ciertas que limiten esta posibilidad, y que faciliten al trabajador el pleno ejercicio de sus derechos laborales cobra especial importancia en el marco de una relación laboral.

Con todo ello, esta inderogabilidad en la esfera del trabajador lo priva del derecho a mantener un *ius disponendi,* en tanto no existe libertad plena de disposición, antes o después de la adquisición de derechos que se encuentren reconocidos por las disposiciones legales de derecho necesario o de carácter indisponible.

Esta situación no opera así en el marco de una relación civil, cuya base esencial se encuentra plasmada en el principio de la autonomía de la voluntad, que permite a las partes contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que consideren conveniente, sin más limite que la ley, el orden público o las buenas costumbres. De hecho, en el marco de una relación laboral, esta situación no resulta familiar, pues la relación entre las partes se regula por el acuerdo entre las partes pero principalmente se estructura sobre la base de la aplicación de lo previsto en las normas imperativas, las cuales dejan un bajo nivel de actuación a las partes. De este modo, la voluntad de las partes no sólo estará imposibilitada de fijar condiciones menos favorables a las disposiciones legales o los convenios colectivos, sino que adicionalmente y sin necesidad de pactarlas, estas le resultarán directamente aplicables.

Respecto a la aplicación de este principio en el ámbito de una relación laboral, se discute mucho acerca de si el mismo debe resultar igualmente atribuible a renuncias de derechos que efectúe una organización sindical e inclusive el propio empleador. En el primero de los casos, tal como refiere Neves[5] el acto de disposición efectuado por la organización sindical respecto a normas heterónomas[6] resulta

[5] Ibidem. p. 104.

[6] En el caso de normas convencionales de carácter imperativo, dejadas sin efecto por la propia Organización sindical mediante un convenio colectivo posterior, no operaría el principio pues estamos ante actos que no son efectuados directamente por el titular del derecho. En este caso, se tendrá que analizar la validez o efectos de dicha derogación, lo cual tendrá respuesta sobre la base de la sucesión normativa, y la

igualmente inválido, e importa poco que el agente renunciante sea considerado como propietario de un poder similar al del empleador. En cuanto a lo segundo existe discrepancia respecto a la posibilidad de su aplicación respecto a los actos del empleador. Para Toyama[7], en tanto este principio se origina en la desigualdad entre las partes y en la necesidad de protección que recae sobre el trabajador, este principio no puede resultarle aplicable. Por el contrario, Neves[8] refiere que el grueso de los derechos conferidos al empleador resultan plenamente disponibles. Sin embargo, precisa que determinados derechos, concretamente los vinculados al poder de dirección, no pueden ser objeto de renuncia, en tanto la relación laboral quedaría desnaturalizada.

Las características principales del acto que genera la disposición del derecho, supone que el mismo sea de carácter irrevocable, esto es, que no se encuentre condicionado, y que a la vez sea unilateral, es decir, que provenga de la voluntad válidamente estructurada del trabajador.[9] Los supuestos de manifestación tácita o el mero transcurso del tiempo[10] no podrán generar la aplicación del principio, en tanto la renuncia presupone un actuar del demandante y una expresión de voluntad válidamente estructurada, pero ineficaz por haberse efectuado desconociendo el marco protector del derecho del trabajo. En este sentido, el trabajador podría efectuar una renuncia a través de una declaración individual, un escrito al interior de un proceso judicial o mediante un acuerdo con su empleador o con un tercero, inclusive en este último caso, vía la transferencia de su acreencia a título oneroso o gratuito.

En cuanto al ámbito o aspecto temporal de este principio, coincidimos con Neves en el sentido de considerar que un derecho es irrenunciable desde que se cons-

eventual aplicación del principio de condición más beneficiosa. Al respecto véase, CORTÉS CARCELEN, JUAN CARLOS. "La negociación colectiva in peius en el Perú". En IUS ET VERITAS. No. 20, junio 2000.

7 TOYAMA MIYAGUSUKU, JORGE. "El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad". En IUS ET VERITAS, No. 22, junio 2001, p. 166.

8 Ibidem. p. 106.

9 De verificarse la existencia de un vicio en la formación de la voluntad, el acto mismo será ineficaz en su propia estructura, lo cual determinará la nulidad o anulabilidad de éste, más no por haberse hecho respecto a derechos irrenunciables, sino por haberse efectuado la manifestación en forma viciada.

10 Por ello, los supuesto de prescripción o caducidad no pueden considerarse inmersos o protegidos por el principio de irrenunciabilidad.

tituye la relación laboral, y resulta plenamente aplicable a aquellos supuestos en los que los requisitos para su disfrute no se hubieran producido y, por consiguiente, el derecho a renunciar aún no se hubiera adquirido. Nos ponemos en el caso, que trataremos posteriormente, referido a la posibilidad de renunciar a derechos o créditos futuros, como por ejemplo sería la posibilidad de renunciar al íntegro de la gratificación de Fiestas Patrias o Navidad, en la medida que aún no se ha brindado el servicio en los meses de pago respectivo, o en la posibilidad de renunciar al descanso vacacional que se va generando mes a mes, o día a día, y que supone el cumplimiento de determinados requisitos para su goce efectivo.

Asimismo, este derecho nacido de una norma imperativa, será irrenunciable más allá de la relación laboral, es decir, aún cuando hubiera concluido esta, pues lo que finalmente busca proteger este principio es el asegurar que el trabajador goce plenamente del beneficio que se encuentra contenido en una norma imperativa. No importa que a esa fecha el trabajador ya no se encuentre bajo el marco desigual de la relación laboral, sobre el cual se sustenta el principio, pues dicho beneficio lo ha generado como consecuencia de ella extendiéndose a este nuevo momento la protección frente a sus actos de disposición.

Finalmente, queda por determinar si es que la aplicación de este principio, también resulta adaptable en aquellos supuestos en los que el trabajador o eventualmente un ex trabajador que tiene en su esfera de derechos acreencias laborales puede disponer de ellos, ante un tercero, esto es, transfiriéndole a éste su acreencia laboral, con el objeto que éste último, pueda ejercer los derechos inherentes a éste crédito como el superprivilegio en el cobro de las mismas contenido en el artículo 24° de la Constitución y desarrollado en el Decreto Legislativo No. 856[11], o la

[11] El Decreto Legislativo No. 856 precisa los alcances y prioridades de los créditos laborales, considerando como créditos laborales a las remuneraciones, la CTS, las indemnizaciones y en general los beneficios establecidos por ley que se adeuden a los trabajadores. Además, son créditos laborales los aportes impagos, más intereses y gastos, a los sistemas de jubilación (públicos o privados). Asimismo, la jurisprudencia se ha encargado de incluir a los intereses laborales como créditos laborales de primer orden. Al respecto, la Sentencia recaída en el Expediente No. 533-97-BS(A) de la Sala Laboral de Lima del 10 de marzo de 1997, precisa que "*...el Decreto Legislativo No. 856 (....) no excluye de la prioridad que asigna a los créditos laborales a los intereses de éstos, pues al referirse a los conceptos que también los integran, debe entenderse la referencia hecha también a los intereses que generan éstos; [...] que el crédito laboral es de naturaleza alimentaria y por tanto no pueden hacerse distingos a los conceptos que la*

persecutoriedad propia que les alcanza[12]. Sobre este tema incidiremos en el presente artículo, analizando los distintos supuestos que podrían generarse al momento de efectuar la transferencia de créditos laborales a terceros.

3. LA TRANSFERENCIA DE CRÉDITOS LABORALES. SUPUESTOS DE APLICACIÓN

Como consecuencia de las necesidades materiales y vicisitudes propias de la relación laboral, el trabajador que mantiene una acreencia con su empleador puede verse atraído a transferirla a un tercero, bien sea porque mantiene una urgencia económica, porque la empresa deudora tiene dificultades en el pago de sus obligaciones, o simplemente porque no existe certeza en su cobro. En estos casos, el trabajador celebraría un acuerdo con este tercero, cediéndole el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, y por ende extendiéndole los privilegios propios de su derecho.

Por transferencia de créditos estamos considerando todos aquellos supuestos en los que un trabajador cede a un tercero su derecho de percibir una acreencia generada o por generarse durante la relación laboral, y de los cuales es titular exclusivo. Esta transferencia puede ser efectuada a titulo oneroso o gratuito, aunque sólo podría ser permitida en aplicación del principio de irrenunciabilidad, y sujeta a límites, la que se efectúa a título oneroso, descartándose cualquier supuesto de cesión gratuita.

La figura típica a través de la cual se daría esta transferencia o cesión es la recogida en los artículos 1206 y siguientes del Código Civil. La estructura interna de

integran para los efectos de desplazar alguno de ellos de la prioridad de pago que la ley le asigna porque implicaría entonces negarle tal naturaleza en perjuicio del trabajador".

12 El Decreto Legislativo No. 856 señala que la preferencia o prioridad se ejerce con carácter persecutorio de los bienes del negocio:

a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente y como consecuencia de ello ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra.

b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro del trabajo.

este negocio jurídico implicaría una "compra-venta" de obligaciones laborales ciertas o inciertas, donde el precio a pagar termina siendo igual o menor al valor nominal de la acreencia. El pago de ella podría ser realizado en forma inmediata o en cuotas, discutiéndose en este último caso el momento en que se daría la transferencia de dichos créditos.

3.1 La transferencia de créditos ciertos a precio equivalente

Una primera aproximación a la transferencia de créditos se presenta en los supuestos en que ésta se efectúa a título oneroso, y abonándose el íntegro de la obligación o acreencia laboral. Este supuesto no debería generar mayor discusión, pues finalmente el trabajador esta recibiendo una suma equivalente a su acreencia, y no existiría aparentemente ningún espacio para la aplicación del principio de irrenunciabilidad. Sin embargo, esta situación puede no resultar tan cierta, si se toma en cuenta que dicha acreencia podría ser pagada en una o varias cuotas, reconociendo intereses o no, dentro de un procedimiento concursal o en un proceso judicial, sobre acreencias existentes o futuras. Veamos entonces, como actúa el principio de irrenunciabilidad respecto a las situaciones descritas.

Como se ha dicho con anterioridad, el carácter irrenunciable de los derechos que proviene de normas imperativas se encuentra expresamente recogido en el artículo 26° inciso 2) de nuestra Constitución. Como es fácil de prever, en el caso de una cesión de derechos laborales a cambio de una contraprestación, podría generarse un supuesto de renuncia de derechos vedado constitucionalmente. Esto porque la figura de la cesión de derechos regulada en el Código Civil podría involucrar, siendo a título oneroso, la pérdida en el trabajador de los privilegios y características propias de los que goza la remuneración y los beneficios laborales.

Frente a esta primera premisa, hay un aspecto inicial que debería analizarse y es el relativo a si cabe discutir acerca del principio de irrenunciabilidad, siendo un tercero ajeno al empleador frente a quien el trabajador efectúa la renuncia.

Al respecto, se podría sostener que si bien el carácter irrenunciable de los derechos laborales opera de tal modo que no deja espacio para la autonomía de la voluntad de las partes involucradas en el contrato de trabajo, esto no es así cuando quien interviene es un tercero ajeno a dicha relación, en quien no se encuentra

presente el fundamento de la vigencia de este principio: la posición preferente que ostenta el empleador en la relación.

De este modo, se diría que en el supuesto de una cesión de derechos laborales a un tercero no estamos ante el típico acto de disposición por parte del trabajador ante su empleador, el mismo que intenta evitar el principio de irrenunciabilidad. En este caso, estamos ante una operación comercial que realizan dos partes ubicadas en igualdad de condiciones.

Ante esta posición, consideramos que el fundamento del principio de irrenunciabilidad que consagra nuestra Constitución no reside exclusivamente en la posición subordinada del trabajador frente a su empleador al momento de realizar el acto dispositivo. El carácter irrenunciable de los derechos reconocidos al trabajador tiene su fundamento en la naturaleza imperativa de la norma, la cual, si bien en su creación valora la posición subordinada del trabajador, una vez expedida con una naturaleza imperativa determina que sus efectos se prolonguen con carácter general, impidiéndole a éste una renuncia.

Mencionado ello, veamos concretamente el supuesto de transferencia de créditos en el cual el adquirente paga un monto equivalente o similar al crédito que posee el trabajador. Como se ha dicho esta transferencia puede ser realizada, mediante el pago total y en una sola cuota del íntegro de la deuda o también podría ser pagada en cuotas fraccionadas. Si bien se podría discutir la racionalidad económica de esta figura, lo cierto es que existen supuestos concretos en los que el adquirente del crédito puede tener intereses distintos a los del propio trabajador, como podría ser el de asumir un papel protagónico en una Junta de acreedores dentro de un proceso concursal, o el de compensar la acreencia adquirida con una deuda mantenida por el tercero con el empleador, que determinarían el interés en adquirir dichas acreencias al mismo precio o valor de la acreencia.

En este caso discutiremos el acto a través del cual se efectúa la transferencia de los crédito por parte del trabajador a favor del tercero, y de sí este constituye una cesión de derechos bajo el marco del artículo 1206° y siguientes del Código Civil o por el contrario su naturaleza se asemeja más al pago por subrogación que se encuentra contenido en el artículo 1260° del Código Civil.

Se debe tomar en consideración que la cesión de créditos y el pago subrogación se tratan de dos institutos nítidamente diferenciables, tanto por la expresa regulación existente para cada uno en el Código Civil, como porque mantienen diferencias específicas.

Así, Wayar sostiene respecto a estas figuras jurídicas lo siguiente:

- "En el pago con subrogación, la transmisión de los derechos, acciones y garantías del anterior acreedor tiene lugar - precisamente – en razón del pago efectuado por el nuevo acreedor, es decir, no hay transmisión sin pago, pues es su consecuencia. En la cesión de crédito, en cambio, la transmisión es independiente del pago del precio, en efecto, el pase opera por el solo consentimiento, aunque el cesionario goce de un plazo para pagar el precio (...)

- La cesión es un negocio jurídico *especulativo,* porque el precio que se paga suele ser inferior al valor del crédito ya que el cesionario espera ganar la diferencia, cobrándole al cedido la totalidad del valor del crédito. El pago con subrogación *no es especulativo,* porque el nuevo acreedor - a diferencia del cesionario - `no puede ejercer los derechos y acciones del acreedor, sino hasta la concurrencia de la suma que él ha desembolsado realmente..."[13, 14].

Atendiendo a ello, y siendo que el supuesto aquí trabajado es el del pago íntegro de la acreencia, habría que considerar que el mismo sólo resultaría válido en tanto, su pago se efectúa en forma directa y en una sola cuota, toda vez que el pago mediante cuotas o en forma diferida supondría la transferencia al adquirente de los derechos y privilegios propios de la acreencia laboral, quedando en la esfera del trabajador una acreencia de índole civil que no contendría el privilegio previsto en la Constitución para su crédito inicial. Es decir, en caso de permitirse la transferencia de la acreencia al tercero sin verificarse el ingreso al patrimonio del trabajador del monto que dicha acreencia supone, se estaría generando una renuncia ya no

[13] Debe tenerse en cuenta que nuestro ordenamiento tiene una regla igual a la vigente en la legislación argentina: "Artículo 1262.- La subrogación sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado."

[14] WAYAR, ERNESTO. "Obligaciones". 1ª Ed. Buenos Aires: Depalma, 2002. pp. 661-662

al monto mismo de la deuda, sino a los privilegios que dicha deuda contiene, y que se encuentran reconocidos en la Constitución y que forman parte de los principios propios del derecho del trabajo.

Debe considerarse adicionalmente que uno de los elementos esenciales al interior del contrato de trabajo es el carácter personalísimo de la prestación comprometida por el trabajador. Derivado de esto es que se le exige ejecute su prestación sin asistencia de dependientes a su cargo ni – menos aun – transferirla en todo o en parte a un tercero. Así, ante la posibilidad de trasladar este espacio dado al acreedor laboral para superar el principio de irrenunciabilidad hacia la figura de la cesión de obligaciones, se alza la naturaleza personal de las prestaciones laborales, la cual pareciera haber sido interpretada por nuestra judicatura desde una perspectiva absoluta que impediría el pago de obligaciones laborales a personas ajenas al círculo familiar del trabajador. Específicamente, en relación con el pago de los beneficios sociales que le puedan corresponder al trabajador, y luego de un análisis histórico de las normas relacionadas con los pagos ordenados a favor del trabajador, la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia ha concluido que dichos pagos deben efectuarse sólo al trabajador y excepcionalmente a sus familiares más cercanos - Expediente No. 2490-2004-BE (A)[15].

Con ello, queda manifiesta la excepcionalidad que existe respecto a la posible transferencia o cesión de derechos laborales a terceros, por lo que sólo cabría discutir respecto a la transferencia del crédito, en tanto la obligación del adquirente fuera plenamente satisfecha en un solo acto. Por ende, la única figura aplicable sería la del pago por subrogación, la misma que en el ámbito de las relaciones

[15] "Si buscamos en nuestra historia legislativa algún antecedente que pudiera justificar que los pagos ordenados a favor del trabajador, como consecuencia de un proceso laboral pudieran ser entregados a terceros encontramos que la antigua Ley No. 8683 del 23 de junio de 1938 prohibió , bajo sanción de carecer de valor el pago, que el abono de las indemnizaciones que pudieran corresponderle a los trabajadores fueran abonadas a sus mandatarios, salvo que estos fueran sus padres, cónyuge, hijos o hermanos; posteriormente el Decreto Ley No. 14404 del 07 de febrero de 1963 estableció que el pago de los salarios, reintegro de remuneraciones y beneficios sociales que correspondan a los empleados u obreros debería efectuarse en forma personal y directa al beneficiario, al igual que la norma antecesora sólo permitió que dichos pagos se efectuaran a mandatarios si estos acreditaban ser padres, cónyuges, hijos o hermanos mayores de edad de los beneficiarios; que de esta breve reseña histórica podemos concluir que en la legislación laboral peruana ha existido la tendencia legislativa a que los pagos que pudieran corresponderle al trabajador deban efectuarse en primer lugar directamente a éste y sólo en casos excepcionales a sus familiares más cercanos"

laborales tendría plena aplicación pues agota en un solo acto el íntegro de la obligación y satisface plenamente el interés del trabajador. La cesión de derechos en tanto no agota en un solo acto la obligación del adquirente y dado que permite la reducción del monto a pagar por un crédito determinado, no podría resultar aplicable en el ámbito de una transferencia de créditos laborales. No se podría aquí utilizar la analogía respecto de las concesiones recíprocas que se dan al interior de una transacción o conciliación sobre créditos controvertidos para admitir la posibilidad de una cesión onerosa o "compra – venta" de obligaciones laborales. Esto porque la conciliación y la transacción tienen por objeto extinguir con carácter definitivo el conflicto o la incertidumbre jurídica generada, situación ésta que no se daría en caso suceda una cesión onerosa de derechos.

Adicionalmente a lo anterior, se debe tener en cuenta que una cesión de derechos que implique una contraprestación pagada en partes, indirectamente estaría vulnerando la inescindible relación existente entre las obligaciones laborales y el conjunto de bienes patrimoniales pertenecientes a la empresa a la cual se brindó los servicios. Admitir que el trabajador puede disponer de quién es el sujeto pasivo de sus créditos, a través del establecimiento de un pago por cuotas, indirectamente vacía de contenido el privilegio y persecutoriedad que sobre los bienes del empleador la Constitución ha establecido.

Por todo lo anterior, consideramos que la figura de una cesión de derechos o transferencia de obligaciones en el ámbito laboral, al amparo de lo establecido ene los artículos 1206° y siguientes del Código Civil no resultaría admisible, en tanto lesiona, el principio de irrenunciabilidad de derechos, así como la relación casi inescindible entre trabajador – acreedor laboral; y patrimonio del empleador – créditos laborales.

Se tiene que tomar en cuenta que algunos ordenamientos excluyen expresamente la posibilidad de ceder créditos laborales. Así lo prescribe México, ya que el artículo 104° de su Ley Federal de Trabajo, establece que "(e)s nula la cesión de los salarios en favor del patrón o de terceras personas, cualquiera que sea la denominación o forma".

A la conclusión que hemos arribado previamente, no se le puede oponer el hecho de que el artículo 2° del Decreto Legislativo No. 856, señale que la prioridad y privilegio que ostentan los créditos laborales en un procedimiento concursal "se extiende a quien lo sustituya total o parcialmente al empleador en el pago de tales obligaciones" sin precisarse la figura o características a través de la cual deba darse

esta transferencia de créditos. La finalidad de esta norma, a diferencia de lo que la cesión de derechos implica, se encuentra en sintonía con el objetivo que las garantías que el ordenamiento establece para el prioritario y oportuno pago de los beneficios sociales, ya que privilegia la satisfacción inmediata del crédito del trabajador a través de su efectivo pago.

Si bien es cierto que por efecto de lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo No. 856 el tercero que paga se sustituye en la posición del acreedor laboral, consideramos que no resultaría posible efectuar tal sustitución mediante una cesión de derechos como de hecho podría suceder en una relación civil, debiendo efectuarse exclusivamente mediante la figura del pago por subrogación. En esta línea, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha precisado lo siguiente:

"(l)a Sala estima que ésta debe ser entendida en el sentido de que el privilegio laboral se extenderá a favor del tercero que ***paga*** *créditos laborales y que por efecto del pago sustituye al trabajador en sus derechos frente al empleador. Al respecto, es importante tener en cuenta que en este caso se recogen las reglas de subrogación del ordenamiento civil, según las cuales el tercero que paga una deuda sustituye al acreedor en sus derechos, a efectos de poder exigir al deudor una prestación igual a la satisfecha, gozando de las mismas garantías y privilegios establecidos a favor del crédito que él ha pagado[1]"* (Resolución No. 0467-2005/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente No. 026-2001/CRP-ODI-CCPLL-001-061).

Hasta aquí, debemos concluir que la posibilidad de transferir créditos laborales ciertos a terceros resulta plenamente posible en tanto la misma se efectúe a través del pago por subrogación. Mediante ello, no se perjudicaría el principio de irrenunciabilidad, y el nuevo acreedor laboral pasaría a ocupar plenamente el lugar del trabajador subrogándose en la acreencia y adquiriendo el privilegio y características inherentes a la remuneración y a los beneficios laborales.

Queda en este punto por analizar dos situaciones concretas; los efectos jurídicos de un eventual acto de cesión de derechos o transferencia de créditos que hubiera sido efectuado bajo las pautas del artículo 1206°, y la extensión del principio de irrenunciabilidad al tercero adquirente.

Respecto al primer punto, la eventual celebración de una cesión de derechos, en la que no se hubiera satisfecho la obligación del deudor, debería considerarse nula, por haberse pactado en contra del principio de irrenunciabilidad. En este caso, y siendo nulo dicho acuerdo, cualquier consideración respecto a pagos parciales o subrogaciones parciales pierde vigencia, toda vez que las partes no están legitimadas para darle valor a un acto que jurídicamente no puede generar efectos. Con ello, los pagos o adelantos de las cuotas que se hubieran efectuado en virtud de dicho acuerdo tendrían que ser restituidas por el trabajador, recobrando éste su crédito laboral. Reconocemos que ello puede resultar contraproducente al propio trabajador, pero en tanto no exista un marco jurídico que posibilite dicho acuerdo, la sanción tendría que ser la antes descrita, lo cual probablemente en un procedimiento concursal traería grandes consecuencias.

Así las cosas, el acuerdo en que dos partes expresamente plasmaron su voluntad de realizar una cesión de derechos, resulta nulo a la luz de los principios y normas aplicables al ámbito de las relaciones laborales, espacio en el cual sólo se admite excepcionalmente la figura de la subrogación por efecto del pago.

En cuanto a lo segundo, consideramos que el nuevo "acreedor laboral" se encuentra perfectamente legitimado para transferir a otro tercero, inclusive a un menor monto el crédito laboral obtenido, o mediante una cesión de derechos. A este tercero como ya se dijo antes, no le resulta aplicable el principio de irrenunciabilidad.

3.2 La transferencia de créditos ciertos a un monto menor

Una figura hasta aquí no discutida radica en la posibilidad de transferir los créditos laborales plenamente reconocidos y ciertos a un precio menor. Aquí debemos considerar la plena aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, no siendo posible en ningún caso habilitar la posibilidad de transferir tales créditos, sea cual fuere el mecanismo contractual que se utilice.

Como ya se ha dicho, el principio de irrenunciabilidad importa la imposibilidad del trabajador de ceder, transferir o desligarse de los beneficios laborales que las normas imperativas le conceden mediante una renuncia a tales derechos. Con ello, el espacio donde puede insertarse una transferencia de créditos respecto a derechos contenidos en normas imperativas que ya se encuentran en la esfera del trabajador

o que aún no ingresan pero cumplidos ciertos requisitos para su disfrute ingresarán a ésta, resulta inexistente.

Ha de tenerse en cuenta que la plena aplicación del principio puede en ciertos casos resultar lesiva del propio beneficio del trabajador, toda vez que cabrían supuestos en los que la remuneración del trabajador y los beneficios laborales concretamente determinados, puedan no llegar a ser pagados pese a su carácter privilegiado y hasta persecutorio. Nos referimos a los casos en los que un empleador insolvente o en situación de liquidación o quiebra no tenga un patrimonio suficiente para cancelar el íntegro de las deudas contraídas.

En este caso, podría presentarse un tercero interesado –p.e. ante la Junta de Acreedores en un proceso concursal- que ofrezca el pago de las acreencias laborales a un monto menor sobre la base de adquirir el negocio y los bienes que lo conforman. En tal situación estaríamos ante dos opciones, la posibilidad de cobro por parte del trabajador –aún en monto menor- frente al hecho cierto de que en el futuro no existirá ningún pago. Aún en este caso el principio de irrenunciabilidad tendría plena vigencia, en tanto no exista una norma que lo faculte y que elimine su aplicación en situaciones concretas. Eventualmente, y atendiendo a la propia naturaleza del sistema concursal, podría pensarse exclusivamente en este ámbito, y con previa autorización de un ente administrativo, en algún modelo que permita satisfacer las acreencias del trabajador parcialmente, si es que existe certeza de que el cobro de las mismas resultaría imposible si la empresa ingresa en liquidación. Con ello, el interés del trabajador podría ser satisfecho medianamente, permitiéndose la permanencia de la unidad productiva. Naturalmente esta posibilidad debería también estar sujeta a límites y restricciones a las que igualmente el trabajador no podría renunciar.

3.3 La transferencia de créditos inciertos o contingentes

Finalmente, existe la posibilidad de que el trabajador transfiera a terceros "acreencias laborales" que no se encuentran determinadas o definidas o que resulten contingentes por encontrarse controvertidos en el ámbito judicial, administrativo o arbitral. En este caso, habrá que determinar si es que la mera existencia de una controversia en cualquier sede determina la posibilidad de renunciar a los derechos reclamados, sobre la base de considerar que estos no se encuentran debidamente reconocidos.

Un argumento a favor que se podría utilizar con el fin de viabilizar esta posibilidad reside en señalar que si es posible realizar una conciliación o transacción sobre derechos laborales, las cuales intrínsecamente involucran concesiones recíprocas, se debería poder realizar una transferencia de créditos laborales por una suma menor a la nominal. Con mayor razón, si se tiene en cuenta que la misma sólo podría castigar de dicho valor el costo de oportunidad de desembolsar efectivo el día de hoy para ser recuperado en un tiempo prolongado e indeterminado.

Este razonamiento apela al espacio dado por el ordenamiento jurídico para que la autonomía de voluntad del trabajador pueda componer diferencias surgidas con el empleador de manera pacífica en aras del interés común y el suyo propio – artículo 45° de la Ley Procesal de Trabajo, así como en la Ley No. 26872 y sus modificatorias -. Sobre este aspecto, resulta sugestivo el argumento, tanto por la sola presencia de créditos controvertidos judicialmente como porque admitir la vigencia absoluta del principio implicaría negar la posibilidad al ámbito laboral de poder solucionar los conflictos mediante esta vía.

A pesar de lo señalado, creemos que ese argumento no es suficiente para admitir la cesión de cualquier tipo de crédito controvertido judicialmente en el ámbito laboral. Nosotros consideramos que en el caso de los créditos laborales que son objeto de transacción o conciliación el espacio dado por el ordenamiento no es absoluto y siempre se encuentra sujeto a que se constate la no vulneración del principio de irrenunciabilidad por parte de un tercero imparcial.

La autonomía del trabajador se encontrará circunscrita exclusivamente a los supuestos en los que exista incertidumbre jurídica respecto a los derechos del trabajador. Incertidumbre jurídica que deberá ser de tal magnitud, que nos permita concluir razonablemente que lo discutible es la existencia del derecho o de su ingreso al patrimonio del trabajador[16]. Sólo en caso la incertidumbre sea de la magnitud señalada, resultaría admisible la posibilidad de que el trabajador disponga de sus "supuestos" derechos, y que los transfiera a un tercero.

Así las cosas, en este punto pareciera ser plenamente admisible, desde la perspectiva de la irrenunciabilidad, la posibilidad de realizar una cesión de derechos

[16] Entendemos que debemos encontrarnos ante situaciones en las que se discute el derecho antes que los hechos mismos.

laborales a un tercero, siempre que los mismos sean controvertidos y gocen de las características señaladas.

4. CONCLUSIONES

El principio de irrenunciabilidad constituye un límite natural a la posibilidad que tiene el trabajador de disponer de los derechos reconocidos normativamente. El fundamento de ésta indisponibilidad radica específicamente en la necesidad de remover la desigualdad económica y social en la que se enmarca una relación de trabajo. Este principio vigente concretamente en el ámbito de las relaciones laborales, no tiene igual aplicación a nivel de las relaciones civiles. En este ámbito, se admite como principio general la validez de la renuncia de derechos, salvo que ella sea contraria al orden público, la ley o las buenas costumbres.

Sobre esta base, el presente artículo ha buscado enfrentarse a la posibilidad que tiene un individuo de disponer de los derechos nacidos de su relación laboral frente a la solicitud que le efectúe un tercero, para adquirir sus acreencias laborales. La conclusión arribada es sencilla y clara, el principio de irrenunciabilidad de derechos sólo permitirá la transferencia de acreencias determinadas y ciertas, en los casos en que la ejecución de cargo del tercero –el pago- sea satisfecha plenamente en un solo acto y al mismo monto al que asciende el derecho. Por ende, cualquier transferencia de derechos laborales que se efectúe mediante pagos diferidos (p.e. una cesión de derechos) o en montos menores a los reconocidos no resulta viable, en tanto a través de ella el trabajador no ve satisfecho plenamente su derecho y pierde automáticamente los privilegios que encierran los créditos laborales. Aquí resultaría importante contar con mecanismos que permitan al trabajador, en situaciones extremas, disponer de una parte de su derecho, si ello le va asegurar una protección mayor.

De otro lado, la transferencia de créditos inciertos o contingentes, no debe revestir mayor inconveniente si es que tales derechos efectivamente se encuentran en discusión, por cuanto aún no existe certeza respecto al ingreso en el patrimonio del trabajador del derecho en discusión.

BIBLIOGRAFIA

CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. "La negociación colectiva in peius en el Perú". En IUS ET VERITAS. No. 20, Lima, Perú, junio 2000.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. *"Concurrencia de la ejecución laboral con las universales y con las ejecuciones singulares civiles y administrativas"* En Relaciones Laborales. Agosto 1999, No. 15.

DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. "El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales". En: Revista de Política Social, Instituto de Estudios Políticos, No. 85, Madrid, 1970.

EZCURRA RIVERO, Huáscar. *"Créditos laborales contingentes y liquidación. ¿Prima el privilegio laboral o el derecho de los demás acreedores?"* En Revista de Economía y Derecho, Vol. 2, No. 6 (Otoño 2005). Sociedad de Economía y Derecho UPC.

FERRO DELGADO, Víctor. *"El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional"*. En *"Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodriguez"*. Lima. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004.

GARMENDIA ARIGON, Mario. "Orden público y Derecho del Trabajo", Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Primera edición, Agosto de 2001.

GONZÁLEZ HUNT, César. *"La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos"*. En *"Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodriguez"*. Lima. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2004.

HERNÁNDEZ ALVAREZ, Oscar. *"La protección de los créditos laborales frente a los acreedores del empleador en América Latina. Especial referencia a la situación de Venezuela y de Uruguay."*. Montevideo, 2001.

MAZA, Alberto José y LORENTE, Javier Armando. "Créditos laborales en los concursos". Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1996.

NEVES MUJICA, Javier. *"Introducción al Derecho del Trabajo"*. Lima, Fondo Editorial PUCP. Lima, Perú, 2000.

PLA RODRIGUEZ, Américo. *"Los principios del Derecho del Trabajo"*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. "La garantía de los derechos de los trabajadores (inderogabilidad e indisponibilidad)". Lex Nova, Valladolid, España, 2002.

ROSENBAUM, Jorge. *"La protección del acreedor laboral ante la insolvencia del empleador"*. Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, Uruguay, 1983.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad"*. En IUS ET VERITAS, No. 22, Lima, Perú, junio 2001.

WAYAR, Ernesto. "Obligaciones". Primera edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 2002.

El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

César Abanto Revilla

Profesor de Derecho de la Seguridad Social
Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
Asociado de la SPDTSS.

Sumario

I. Justificación e introducción. II. El contenido esencial de los derechos fundamentales. III. El contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales. IV. El derecho a la pensión en la doctrina. V. El derecho a la pensión en los Tratados Internacionales. VI. El derecho a la pensión en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. VII. Conclusiones Personales.

I. JUSTIFICACIÓN E INTRODUCCIÓN

La seguridad social constituye un elemento trascendental en la estructura política, social, económica y jurídica de cada nación, al punto que las decisiones que se asuman con relación al sistema que se adopte en determinado momento de la historia de un país podrían originar un ahorro considerable de sus recursos humanos y materiales, o, por el contrario, una profunda depresión de las reservas anímicas (por el descontento social derivado de su atención ineficiente, insuficiente e inoportuna) y dinerarias (producto de la aplicación de dispositivos legales inadecuados para el manejo del sistema elegido, que ocasionen su descapitalización).

Dentro de un modelo regular de seguridad social, esta se manifiesta generalmente a través de dos prestaciones: salud y pensiones; sin embargo, considerando el papel preponderante que las pensiones representan en la estructura financiera de los Estados y las recientes sentencias que el Tribunal Constitucional peruano ha emitido sobre dicha materia, creemos necesario centrar nuestro estudio en el análisis del contenido de dicha prestación a la luz de la doctrina más recurrida y normatividad aplicable al caso peruano.

En efecto, si bien como consecuencia de las demandas de inconstitucionalidad planteadas en contra de las leyes que aprobaron la reforma constitucional en materia previsional y establecieron las nuevas reglas del régimen de pensiones de los funcionarios y servidores públicos (Decreto Ley N° 20530)[1] el Tribunal Constitucional peruano ha determinado lo que considera el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión[2], y posteriormente ha delimitado los componentes de su contenido constitucionalmente protegido[3], en la medida que estamos ante un concepto con carácter dinámico que puede evolucionar en el tiempo dependiendo de las exigencias sociales, las posibilidades económicas de la nación, y la definición (y contenido) que se le atribuya por la doctrina y los tratados internacionales, consideramos que estamos presenciando el inicio de la discusión (interna) en torno a establecer los elementos que conforman al citado derecho.

En este escenario, el presente ensayo tiene por finalidad analizar el concepto que la doctrina, los tratados internacionales (particularmente aquellos ratificados por el Perú), y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (del Perú y la de aquellos países que influyen en él), le atribuyen al derecho fundamental a la pensión, efectuando una crítica constructiva (desde el punto de vista previsional, no constitucional) que se sume a los esfuerzos para determinar su composición; sin embargo, para iniciar dicho estudio será necesario que -previamente- diferenciemos lo

1 Leyes N° 28389 y N° 28449, publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de noviembre y el 30 de diciembre de 2004, respectivamente.

2 Sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado), publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de junio de 2005. Específicamente, el fundamento 107.

3 Sentencia recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la ONP, publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 12 de julio de 2005. Específicamente, el fundamento 37.

que implica hacer referencia al contenido esencial y al contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

II. EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si bien, como hemos anticipado, nuestro estudio tendrá un enfoque jurídico centralmente previsional, considerando que el tema a tratar tiene un origen constitucional, será necesario que partamos por revisar brevemente la cuestión del contenido esencial.

Se acepta pacíficamente en la doctrina que los derechos fundamentales no son absolutos, por tanto pueden estar sujetos a restricciones legales, empero, la facultad del legislador de limitar estos derechos tiene como barrera infranqueable al denominado contenido esencial.

La garantía del contenido esencial, que para la mayoría de autores tiene su origen en Alemania, en el numeral 2 del artículo 19° de la Ley Fundamental de Bonn de 1949[4], y está regulada también en el numeral 1 del artículo 53° de la Constitución española de 1978[5], se refiere a la limitación que tendrá el legislador al momento de emitir normas en las cuales se desarrollen aspectos relativos a los dere-

[4] Si bien reconoce que es una creación del Derecho Alemán, Mesía Ramírez indica que no debe olvidarse su antecedente en el Derecho Latinoamericano: el anteproyecto de Constitución Argentina preparado en 1852 por Alberdi, que concluía el catalogo de derechos fundamentales (a los que llamaba "garantías") con un artículo 20° en el cual podía leerse: "*Las leyes reglan el uso de estas garantías de Derecho Público;* pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las dism*inuya, restrinja, o adultere en su esencia*". MESÍA RAMÍREZ, Carlos. "Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional". Lima, 2004, Fondo Editorial del Congreso del Perú, página 34.

[5] La doctrina y la jurisprudencia española han referido en términos generales la cláusula del contenido esencial a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales, pese a que su Carta Magna no hace referencia a "limitar" (como sí indica la Ley Fundamental de Bonn) sino a "regular" su ejercicio, expresiones éstas que no pueden considerarse coincidentes. Ello, sería resultado de una recepción excesivamente mimética de la doctrina alemana, como precisa: MARTINEZ PUJALTE, Antonio. "La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales". Lima, 2005, Tabla XIII Editores, página 24.

chos fundamentales[6], de no poder afectar el núcleo de elementos mínimos sin los cuales el derecho perdería su identidad.

Para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales se han propuesto, a la fecha, hasta tres teorías:

1. Teoría absoluta: Según la cual, en cada derecho se deben distinguir dos esferas: un núcleo duro, constituido por el contenido esencial, en el cual no podrá ingresar el legislador para restringir aquellos elementos que sean absolutamente indispensables para la recognoscibilidad jurídica del derecho[7]; y un círculo exterior, constituido por los elementos accidentales o complementarios del derecho, cuya desaparición no pondría en cuestión la existencia del derecho, y sobre el cual no operaría esta garantía, pudiendo ser desarrollado por el legislador (facultad que no es ilimitada o incondicional, pues deberá operar dentro del marco constitucional)[8].

   Esta teoría ha sido criticada, aduciéndose que admitir que un derecho fundamental puede ser dividido y que el control de constitucionalidad sólo operaría respecto del núcleo duro implicaría reconocer que dicho control sólo protegería una parte de la norma constitucional y no la totalidad de la misma, en la cual se incluye también a los elementos accidentales[9]; asimismo, se alega que resulta imposible distinguir en cada derecho el núcleo duro y la parte accesoria o complementaria[10].

---

6 Como correctamente anota Alexy, las normas legales podrán establecer restricciones a los derechos fundamentales sólo si son constitucionales (legítimas). ALEXY, Robert. "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid, 1997, Centro de Estudios Constitucionales, página 272.

7 PAREJO ALFONSO, Luciano. "El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981". En: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, 1981, N° 3, página 187.

8 GAVARA DE CARA, Juan. "Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn" Madrid, 1994, Centro de Estudios Constitucionales, página 230.

9 Por todos: GAVARA DE CARA, Juan. Obra citada, páginas 231-232.

10 Para Mesía Ramírez, esta última parte de la crítica carece de sustento, pues no se trata de determinar contornos físicos sino teóricos, que bien pueden ser analizados caso por caso. MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Obra citada, página 36.

2. Teoría relativa: De acuerdo con esta teoría, el contenido esencial será determinado por un ejercicio de ponderación que se llevará a cabo entre un derecho y otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos, con el fin de establecer si la restricción está justificada[11]. Para esta teoría no existe algún elemento permanente identificable como contenido esencial, limitando al legislador a realizar -al evaluar la constitucionalidad de una norma- un juicio respecto de la validez de la limitación a un derecho fundamental (el denominado test de razonabilidad).

   El principal cuestionamiento formulado contra esta teoría es que se centra tanto en la determinación de la justificación de la restricción que puede llegar a legitimar el sacrificio de un derecho fundamental por proteger a otros derechos o bienes[12], con lo cual la garantía se limita al análisis de las restricciones y no de los derechos.

3. Teoría institucional: Sustentada por Häberle[13], esta teoría establece que los límites que se pueden imponer a los derechos fundamentales, así como la determinación de su contenido esencial, sólo pueden llevarse a cabo mediante un equilibrio que tiene punto de referencia el sistema objetivo de los valores de la Constitución, pues como los derechos fundamentales tienen una vertiente institucional y no sólo de derecho subjetivo, su contenido esencial viene determinado por el sentido, el alcance y las condiciones de ejercicio de estos en una sociedad democrática y pluralista.

Si bien en los países donde se ha desarrollado con mayor intensidad esta figura (Alemania y España) no se ha establecido una teoría en particular que sirva como parámetro fijo para determinar el contenido esencial de cada derecho fundamental (mas bien, se han utilizado de manera indistinta según cada caso concreto), resulta

---

11 En palabras de Alexy (uno de los principales exponentes de esta teoría), "*...el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación...*". ALEXY, Robert. Obra citada, página 288.

12 En ese sentido: MARTINEZ PUJALTE, Antonio. Obra citada, página 38, quien hace referencia a un autor alemán situado en dicha teoría (Von Hippel), que sostiene que las regulaciones legislativas que restringen un derecho fundamental en atención a bienes jurídicos superiores no afectan su contenido esencial, ni siquiera cuando llegan tan lejos que el derecho fundamental en cuestión quede vacío.

13 HÄBERLE, Peter. "La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional". Lima, 1997, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 432 páginas.

ilustrativa la postura asumida por el Tribunal Constitucional español en la sentencia del 8 de abril de 1981 (STC N° 11/1981), en el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley N° 17/1977 (regulador del derecho de huelga y los conflictos colectivos de trabajo), en cuyo fundamento 8 se opta por utilizar dos vías complementarias: la primera hace referencia a la naturaleza jurídica, al modo de concebir o configurar cada derecho, estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizaban las disposiciones normativas y el metalenguaje (las ideas generalizadas o convicciones generalmente admitidas por los juristas respecto al derecho subjetivo, que son previas al momento legislativo), de tal manera que los especialistas en Derecho puedan responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que se entiende por un derecho de determinado tipo, de acuerdo al momento histórico y las condiciones inherentes en las sociedades democráticas; la segunda, es determinar los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos, es decir aquella parte que es absolutamente necesaria para que dichos intereses resulten real, concreta y efectivamente protegidos, al punto que se desconoce el derecho cuando se somete a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultándolo más allá de lo razonable[14].

En la medida que el contenido esencial depende de nociones y conceptos jurídicos con carácter evolutivo, vinculados a un momento histórico y a los requerimientos sociales, deberá ser determinado (entendemos, para cada derecho) por el Tribunal Constitucional[15], que tendrá que remitirse: a la norma constitucional que recoge el derecho analizado; a otros dispositivos constitucionales vinculados con este derecho; a los tratados internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú; y, a la labor de la doctrina científica.

Si bien en el Perú, la Constitución Política de 1993 no hace referencia alguna a la garantía del contenido esencial[16], el Tribunal Constitucional ha recurrido a esta técnica en repetidas ocasiones para evaluar la constitucionalidad de las leyes, aun-

---

14 Una apreciación resumida de este pronunciamiento en: PÉREZ LUÑO, Antonio. "Los Derechos Fundamentales". Madrid, 1998, Editorial Tecnos S.A., 7ma. Edición, páginas 77-78.

15 Según Gavara de Cara el Tribunal Constitucional tiene dos opciones: (a) Establecer una metodología para la determinación general y abstracta del contenido esencial de cualquier derecho fundamental; o, (b) Fijar el contenido esencial de cada derecho en concreto, en función de los casos planteados en dicha instancia jurisdiccional. GAVARA DE CARA, Juan. Obra citada, páginas 345-346.

16 MESÍA RAMÍREZ, Carlos. Obra citada, página 35.

que sin precisar qué es lo que debe entenderse por ella[17], ni utilizando una teoría en particular[18].

Cabe precisar que el Tribunal Constitucional peruano ha justificado esta aplicación, cuando señaló en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 1593-2003-HC/TC que "(...) *aunque la Constitución de 1993 no tenga una cláusula semejante a la que existe en los ordenamientos de España o Alemania, por mandato de las cuales se exige al legislador que respete el contenido esencial de los derechos, es claro que se trata de un límite implícito, derivado de la naturaleza constituida de la función legislativa* (...)".

De lo expuesto en los párrafos precedentes, podemos apreciar que la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es necesaria para determinar la validez de las leyes que desarrollan y/o regulan tales derechos, sea para establecer sus elementos mínimos (y los accidentales) o para verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción sobre la base del sistema objetivo de valores de la Constitución, lo que resulta pertinente en este ensayo en lo que respecta al derecho fundamental a la pensión.

De la misma manera, la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental nos servirá de base para estructurar la composición del contenido constitucionalmente protegido del mismo. Si bien se trata de conceptos distintos,

(17) Por ejemplo: Expediente N° 1124-2001-AA/TC, proceso de amparo seguido por la Federación y el Sindicato de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú S.A.A. (al determinar el contenido esencial del derecho a la libertad sindical); Expediente N° 010-2001-AI/TC, acción de inconstitucionalidad planteada por el Defensor del Pueblo contra la Ordenanza N° 290 emitida por la Municipalidad de Lima (para descartar el derecho a la pluralidad de instancia como un elemento del contenido esencial del derecho al debido proceso administrativo); Expediente N° 004-2004-AI/TC (acumulado), acción de inconstitucionalidad planteada por el Colegio de Abogados de Cusco y otros contra los Decretos Legislativos N° 939, N° 947 y la Ley N° 28194 (al establecer los componentes del contenido esencial del derecho a la libertad contractual y descartar el derecho al secreto bancario como parte integrante del contenido esencial del derecho a la intimidad personal); entre otros casos.

18 Como precisa Sosa Sacio, el Tribunal Constitucional peruano aún no ha asumido un solo criterio (o teoría) para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Cita como ejemplos: el Expediente N° 010-2001-AI/TC, en cuyo fundamento 11 considera aplicada la teoría absoluta; el Expediente N° 016-2002-AI/TC, en cuyo fundamento 6 se aprecia la teoría relativa; y, el Expediente N° 1060-97-AA/TC, en cuyo fundamento 5 se encuentran los referentes de la teoría institucional. SOSA SACIO, Juan. "Notas sobre el Contenido Constitucionalmente Protegido de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Enero 2005, N° 134, página 148.

son complementarios desde el momento que los derechos fundamentales deberán ejercitarse (para su tutela judicial) de acuerdo a su contenido constitucionalmente declarado[19].

En efecto, como desarrollaremos en el numeral VI del presente ensayo, nuestro Tribunal Constitucional ha establecido recientemente los elementos que -a su criterio- conforman el contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, partiendo de los principios que (vinculados a la seguridad social, en la cual se encuentra comprendida la pensión como una de sus prestaciones básicas) reconocería la Constitución Política de 1993, fallos que -como indicamos- se complementan entre sí.

III. EL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la actualidad, existe relativo consenso en relación al concepto de lo que debería entenderse por derechos fundamentales, coincidiendo la mayoría de juristas en que se trata de los atributos de las personas que concretizan exigencias de dignidad, libertad e igualdad históricamente consideradas, y se encuentran previstos y garantizados normativamente[20].

Empero, los derechos fundamentales requieren de un instrumento que les brinde tutela ante su vulneración consumada o una amenaza inminente de agresión, para lo cual el Derecho Constitucional ha previsto la denominada jurisdicción constitucional: procesos judiciales a través de los cuales, mediante pretensiones

[19] Gavara de Cara ratifica lo expuesto, al señalar que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de un derecho fundamental (vinculados a procesos de amparo) son distintos de los que traten sobre el control de constitucionalidad de la ley, que están referidos al contenido esencial. GAVARA DE CARA, Juan. Obra citada, páginas 356-357.

[20] Por todos, ver: PÉREZ LUÑO, Antonio. Obra citada, página 44; y, PECES BARBA, Gregorio. "Derechos Fundamentales". Madrid, 1996, Universidad Complutense, página 66.

diferenciadas según el derecho protegido[21], se podrá recurrir ante el Poder Judicial para reclamar la restitución del derecho afectado.

En el Perú, sería a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Habeas Corpus y Amparo - Ley N° 23506[22], que se produce una especie de revolución procesal, en la cual la mayoría de pretensiones (independientemente del derecho que las origine) eran formuladas ante la sede constitucional, principalmente en la vía del proceso de amparo, que brindaba mayor celeridad y menores requerimientos de carácter formal (y probatorio).

En efecto, en la medida que todos los derechos de alguna manera encuentran su sustento en la Constitución (como base y fundamento del ordenamiento jurídico peruano)[23], se produjo una "inflación"[24] de los derechos fundamentales que originó interpretaciones extensivas, y que -producto de ello- se amplíen los alcances de los mismos para comprender supuestos y pretensiones que excedían su verdadero

[21] El artículo 200° de la Constitución Política de 1993 precisa en sus incisos 1 a 3 las acciones (en la actualidad denominadas "procesos" según el Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237) que se pueden interponer para tutelar los derechos fundamentales: (1) Habeas corpus, cuando se trata de la libertad individual o los derechos constitucionales conexos; (2) Amparo, en cuanto a los demás derechos constitucionales; y, (3) Habeas data, si se refiere a la protección de los derechos señalados en los incisos 5, 6 y 7 del artículo 2° de la Constitución (derecho a la información, secreto bancario, reserva tributaria, intimidad y honor). Los procesos de inconstitucionalidad y la acción popular son garantías que resguardan a la Constitución y la ley, mientras que el proceso de cumplimiento tiene por fin verificar que la ley y los actos administrativos sean acatados por los funcionarios públicos, por lo cual se configura al margen de la afectación de un derecho fundamental.

[22] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 8 de diciembre de 1982. Si bien, como precisa Abad Yupanqui, el proceso de amparo adquiere rango constitucional con la Constitución de 1979, en esos momentos (anteriores a la Ley N° 23506) se aplicaba un procedimiento denominado "habeas corpus civil", que recién es encaminado procesal y teóricamente por dicha ley. ABAD YUPANQUI, Samuel. "El Proceso Constitucional de Amparo". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A., páginas 13-14.

[23] CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Comentarios al Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, ARA Editores, página 578. El citado autor efectúa esta precisión al comentar el artículo 38° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, norma que señala: "*No procede el amparo en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*".

[24] En palabras de Abad Yupanqui. Obra citada, página 107.

contenido constitucionalmente reconocido (lo que fue denominado por algunos juristas como la "amparización" del proceso peruano)[25].

Con la finalidad de restituir el carácter residual al proceso de amparo y detener los efectos negativos de la "amparización" (en especial la sobrecarga de procesos en la sede civil, que está a cargo de la tramitación de estas causas luego de la desactivación de los Juzgados de Derecho Público, y la falta de sustento de fondo en materias tan especializadas como la laboral y la previsional) el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237[26] establece expresamente como una casual de improcedencia de los procesos constitucionales el supuesto en que "*(l)os hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*" (norma concordante con el artículo 38° del citado Código, en cuanto se refiere al proceso de amparo), con lo cual se busca restringir el acceso a la sede constitucional sólo a aquellas pretensiones en que el derecho constitucional sea la esfera subjetiva afectada, más no para los casos en los cuales se busca proteger derechos legales que, por mucho que se funden en la Constitución, deben ser reclamados en la sede judicial ordinaria[27].

En tal sentido, vinculado a la determinación que el Tribunal Constitucional deberá efectuar respecto al contenido esencial de cada derecho fundamental, será necesario establecer -en el articulado de la Constitución (y los tratados internacionales sobre derechos humanos)[28] - el conjunto de elementos del derecho examina-

---

25 En sede constitucional, ver: EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración al Debido Proceso: ¿cabe un amparo contra otro amparo?". En: Estudios Constitucionales, Lima, 2002, ARA Editores, páginas 219-220. En cuanto a su alcance en el Derecho Laboral y Previsional, ver: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los efectos de la amparización". En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional, Lima, 2004, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social & Academia de la Magistratura, páginas 209-216.

26 Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de mayo de 2004, pero recién en vigencia a partir del 1 de diciembre del mismo año.

27 CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Obra citada, página 578; y, MESÍA RAMÍREZ, Carlos. "Exégesis del Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A., páginas 117 y 321.

28 Que juntos conforman el denominado "bloque de constitucionalidad". Para Castillo Córdova, deberá tenerse en cuenta también la finalidad del derecho mismo y las circunstancias del caso concreto. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Pautas para la determinación del Contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Junio 2005, N° 139, páginas 144-149. Por su par-

do (en este caso, el de pensión) que tienen un reconocimiento dentro del marco constitucional peruano y, por ello, merecen tutela en la sede jurisdiccional constitucional a través del proceso de amparo.

Como hemos referido anteriormente, la pensión es una de las prestaciones reconocidas en el ámbito del derecho fundamental a la seguridad social, y es mencionada expresamente en el artículo 11° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993[29], empero, ambas normas se limitan a efectuar meras declaraciones respecto del ente (o entes) encargado (s) de brindar dicha prestación y su supervisión posterior[30], así como el respeto a los derechos adquiridos en determinados regímenes previsionales (en su texto original)[31] o los parámetros limitativos del nuevo ordenamiento legal que se establezca con posterioridad a la reforma constitucional[32], por lo cual resulta casi imposible determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión a partir de dichos dispositivos, lo que nos fuerza a remitirnos al contenido esencial de este derecho, el mismo que ha sido delimitado -con composición tripartita- por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado). Reiteramos que ambos conceptos serán desarrollados en el numeral VI del presente ensayo.

De lo expuesto en los puntos precedentes se concluye que el contenido constitucionalmente protegido (o declarado) de cada derecho fundamental sirve para

---

te, Abad Yupanqui considera que también debería considerarse, para la interpretación de los derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la del Tribunal Constitucional peruano. ABAD YUPANQUI, Samuel. Obra citada, página 569.

29 Tanto en su texto original, como después de la reforma aprobada por la Ley N° 28389.

30 El primer párrafo del citado artículo 11° únicamente señala: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. (...)".

31 Primera.- 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.

32 El texto actual de la Primera Disposición Final y Transitoria sustituido por la Ley N° 28389, contempla: el cierre definitivo del régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530; la aplicación inmediata de las nuevas reglas a los trabajadores y pensionistas de los regímenes previsionales a cargo del Estado; la prohibición de nivelar las pensiones con las remuneraciones; la aplicación progresiva de topes a las pensiones superiores a una Unidad Impositiva Tributaria (UIT); entre otros aspectos, que han sido recogidos -casi en su mayoría- por la Ley N° 28449.

determinar los extremos de este derecho que gozan de tutela en la sede judicial constitucional del proceso de amparo, al tener un reconocimiento en la Constitución, lo que en el caso peruano se determinará -en la mayoría de casos- a partir de la definición del contenido esencial que de cada derecho fundamental efectúe en su momento nuestro Tribunal Constitucional.

De la misma manera, en cuanto se refiere al derecho fundamental a la pensión, podemos concluir de modo preliminar, que se trata de un derecho que tiene un origen constitucional, pero que requiere de un desarrollo legal[33].

IV. EL DERECHO A LA PENSIÓN EN LA DOCTRINA

Sin duda, el principal obstáculo que hemos tenido al abordar este punto del ensayo es que no existen definiciones específicas del concepto "pensión", o autores que precisen los elementos que a su criterio lo conforman, pues la mayoría de ellos se centra en estudiar el concepto "seguridad social", y limitan el análisis de la pensión a las particularidades que la legislación brinda a las prestaciones que son reguladas en sus respectivos países, llámese cesantía, jubilación, invalidez, desempleo, sobrevivientes, entre otras.

La pensión, independientemente de la contingencia[34] que la origine (vejez, años de aportes o servicios, accidente, enfermedad, desempleo o muerte), constituye el

[33] En ese sentido: RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima, 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo N° 2, páginas 112-113; y, BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "La Constitución de 1993: Análisis Comparado". Lima, 1998, Editora RAO, 4ta. Edición, páginas 215-216. Si bien comentando la Constitución Política de 1979, en la medida que los preceptos son similares: NEVES MUJICA, Javier. "La Seguridad Social en la Constitución". En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación (Francisco Eguiguren, director), Lima, 1987, Cultural Cuzco S.A Editores, páginas 180-182. El propio Tribunal Constitucional peruano ha reconocido esta situación en el fundamento 120 de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado).

[34] Se entiende por contingencia, al evento que genera la disminución o extinción de la capacidad para trabajar del asegurado. En el Perú, el artículo 80° del Decreto Ley N° 19990 (norma que crea el Sistema Nacional de Pensiones) precisa que es el momento en el cual se genera el derecho a la prestación (pago de la pensión).

pago de una suma dineraria, con carácter generalmente vitalicio[35], que sustituirá a las rentas percibidas por el asegurado (trabajador en actividad, dependiente o independiente, público o privado) o el pensionista, cuando se presente un estado de necesidad (contingencia)[36], y le permitirá la satisfacción -cuando menos- de sus requerimientos básicos mínimos de subsistencia[37], siempre que -previamente- haya cumplido los requisitos específicos establecidos por la ley.

Si bien la especie de contingencia padecida determinará el tipo de prestación o pensión a la cual podría acceder el asegurado (trabajador en actividad), y tras el fallecimiento de éste (titular originario de jubilación, cesantía o invalidez) se generarían -a su vez- las pensiones de sobrevivientes (viudez, orfandad o ascendientes), estas prestaciones encuentran como rasgo común el ser el pago de una suma dineraria, empero, los requisitos[38] para acceder a ellas, el porcentaje[39], y los parámetros complementarios (pensión mínima y máxima, factor de reajuste, etcétera) variarán de acuerdo al régimen previsional del cual se trate.

En el Perú, existe a partir del artículo 11° de la Constitución Política de 1993 un sistema de pensiones que permite la existencia paralela de regímenes públicos y

---

35 Para Grzetich, las prestaciones en dinero pueden ser denominadas pensiones o subsidios, según sean permanentes o transitorias. GRZETICH LONG, Antonio. "Derecho de la Seguridad Social. Parte General". Montevideo, 2005, Volumen N° 1, Fondo de Cultura Universitaria, página 21. Señalamos que son "generalmente" vitalicias, en la medida que existen pensiones como la de invalidez que caducan, por ejemplo, cuando el pensionista recupera su capacidad física o mental (ver: inciso a del artículo 33° del Decreto Ley N° 19990).

36 Hasta este punto coinciden: ALMANSA PASTOR, José. "Derecho de la Seguridad Social". Madrid, 1989, Editorial Tecnos S.A., 6ta. Edición, páginas 328-329; y, FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco. "La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, N° 49, páginas 156 y 160.

37 La mayoría de autores acuerdan que, en la actualidad, resulta ilusorio pretender que el monto de la pensión guarde una relación matemática con el aporte efectuado. Por todos, ver: DÁVALOS, José. "La crisis de los Sistemas Contemporáneos de Seguridad Social". En: Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, México, 1988, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, página 947.

38 Contar con la edad y los años de aportes, para la jubilación; los años de servicios mínimos, para la cesantía; la certificación médica de incapacidad, para la invalidez; que exista un periodo de tiempo entre el matrimonio y el fallecimiento del causante (titular de la pensión) para la viudez; etcétera.

39 Normalmente corresponde el 100% de la pensión para los titulares de jubilación y cesantía; un 50% para los titulares de invalidez; 50% para la beneficiaria de viudez; y un 20% para cada uno de los beneficiarios de orfandad o ascendencia.

privados[40], en los que se prevé la existencia de pensiones de jubilación, cesantía, invalidez y sobrevivientes, por lo cual consideramos necesario, en este acápite de nuestro ensayo, definir cada una de estas prestaciones desde un ángulo teórico (sobre la base de la doctrina extranjera y nacional).

Por pensión de jubilación entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará al asegurado (trabajador) al alcanzar una edad avanzada (vejez), que sustituirá sus rentas[41]. En el Perú, como en la mayoría de países[42], se exige -además de la edad- una cantidad de años mínimos de aportación al régimen correspondiente[43].

Por pensión de cesantía entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará al asegurado (servidor o funcionario público, civil -en el caso del Decreto Ley N° 20530[44]- o de las Fuerzas Armadas o Policiales -en el

40 Si bien el cuarto párrafo del artículo 14° de la Constitución Política de 1979 permitía la existencia de entes privados en la administración de pensiones, ello estaba condicionado a que sus prestaciones fueran mejores y adicionales a las ofrecidas por el Estado y que exista consentimiento del asegurado, pese a lo cual el 6 de diciembre de 1992 (casi un año antes de la vigencia de la Constitución Política de 1993) fue publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el Decreto Ley N° 25897, norma mediante la cual se regulan los parámetros generales de funcionamiento del Sistema Privado de Pensiones, en competencia con los regímenes estatales sin los condicionamientos antes mencionados.

41 En ese sentido: MARTÍ BUFILL, Carlos. "Derecho de Seguridad Social. Las Prestaciones". Madrid, 1964, Artes Gráficas Diana, 2da. Edición, página 386; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. "La pensión de jubilación: Algunas reflexiones tras sus últimas reformas". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, N° 39, página 59; y, FAJARDO CRIBILLERO, Martín. "Teoría General de Seguridad Social". Lima, 1992, Luis Alfredo Ediciones, página 213.

42 En Japón, Marruecos y EE.UU. de Norteamérica, las personas que no cumplen los años mínimos de aportes (o cotización) no tiene derecho a ninguna prestación; en Suiza, el mínimo es de un año; en Irak, los años de aporte mínimo regular son 20, pero si el asegurado cuenta con 30 ó 25 (según se trate de hombre o mujer) puede jubilarse a cualquier edad; en Canadá no existe aporte mínimo. Ver: GILLION, Colin; TURNER, John; BAILEY, Clive y LATULIPPE, Denis. "Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y Reforma". Madrid, 2002, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Colección Informes OIT N° 57), pagina 97.

43 En el Sistema Nacional de Pensiones, el aporte mínimo varía de 20 años (régimen general) a 30 ó 25 (pensión adelantada, según se trate de hombre o mujer). En el Sistema Privado de Pensiones, no se exige una cantidad mínima de aportes para acceder al supuesto general de jubilación (sólo tener 65 años de edad), pero sí para las modalidades anticipadas.

44 Este régimen previsional ha sido "cerrado" definitivamente por mandato de la Ley N°28389, a partir del 18 de noviembre de 2004, como consecuencia de la reforma constitucional antes referida.

Decreto Ley N° 19846[45]-) que cumpla con acreditar una cantidad mínima de años de servicios prestados al Estado. Para acceder a esta pensión no se considera como requisito la edad del asegurado[46].

Por pensión de invalidez entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará al asegurado (trabajador) cuando, producto de un estado de incapacidad física o mental prolongado[47] o permanente, se ve imposibilitado de seguir laborando[48]. En algunos casos, se exige una cantidad mínima de años de aportación[49]. El porcentaje de esta pensión no siempre equivale al 100% de la remuneración pensionable[50], en la medida que se trata de una contingencia (accidente o enfermedad) que ha anticipado a la edad de jubilación[51]. Esta prestación, está condicionada -para su otorgamiento- a una previa certificación médica que reconozca y declare la existencia de un estado de incapacidad (física o mental), dentro de los parámetros establecidos por las normas correspondientes.

Por pensión de sobrevivientes entendemos el derecho a una prestación económica vitalicia que se otorgará a determinados familiares del asegurado (trabajador) o pensionista que ha fallecido, siempre que cumplan los requisitos establecidos en ley. Mediante esta prestación, que se divide generalmente en: viudez (también llamada viudedad, en otras legislaciones), orfandad y ascendientes, se pretende -en términos distintos al Derecho Civil (sucesorio)[52] - brindar medios de subsistencia a

---

45 En este régimen pensionario existe una cesantía temporal y una definitiva, según la situación en que se encuentre el servidor (en disponibilidad o retiro), así como incrementos vinculados con el grado en el cual se produjo el cese y otros reconocimientos de naturaleza castrense.

46 En ese sentido: ROMERO MONTES, Francisco. "La jubilación en el Perú". Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio, página 140. Este tipo de pensión vinculada únicamente a los años de servicio ha sido descartada en casi todos los países del mundo, predominando actualmente la jubilación.

47 Por encima del máximo legal fijado por ley para el goce del subsidio por enfermedad, como señala -por ejemplo- el inciso b del artículo 24° del Decreto Ley N° 19990.

48 En ese sentido: MARTÍ BUFFIL, Carlos. Obra citada, página 421; FAJARDO CRIBILLERO, Martín. Obra citada, páginas 208-209; y, ALONSO OLEA, Manuel. "Instituciones de Seguridad Social". Madrid, 1988, Editorial Civitas S.A., 11ra. Edición, página 220.

49 Por ejemplo, los supuestos contemplados en el artículo 25° del Decreto Ley N° 19990.

50 Por ejemplo, en el Decreto Ley N° 19990 es el 50% (artículo 27°); en los Decretos Leyes N° 20530 y N° 19846 será el 100% si la incapacidad se deriva del cumplimiento de funciones, o el 50% si la causa que la origina es distinta (accidente o enfermedad común).

51 Como precisan: GILLION, Colin y otros. Obra citada, página 123.

52 Indica Alonso Olea que en el Derecho Civil se prioriza la disposición del patrimonio como derecho derivado de la propiedad, mientras en la seguridad social lo que importa es alcanzar los medios de sub-

quienes dependían del causante[53]. El porcentaje para esta prestación generalmente varía dependiendo de la especie[54] y el régimen[55].

Como se aprecia, la labor de establecer una definición unívoca del concepto "pensión" no es sencilla, en la medida que cada una de sus variantes más comunes (jubilación, cesantía, invalidez y sobrevivientes) presenta matices particulares y diferenciados.

En definitiva, para concluir este punto, si bien es cierto la doctrina no brinda una definición específica del concepto "pensión" (pero sí de sus manifestaciones), y en las Constituciones no se le otorga generalmente una regulación detallada (al tratarse de un derecho que tiene un origen constitucional pero requiere de un desarrollo legal), se podría evaluar a futuro la conveniencia que la Carta Magna establezca ciertos pilares básicos en cuanto a esta materia, por ejemplo:

1. Determinar el modelo administrativo a aplicar[56]: sistema público, privado o mixto.

---

sistencia a quienes dependían del causante. ALONSO OLEA, Manuel. Obra citada, página 229. Corroborando lo expuesto, cabe agregar que en seguridad social no basta el vínculo de parentesco, pues lo determinante es la presunción de dependencia económica, razón por la cual -por ejemplo- la orfandad sólo se reconoce a los hijos menores de edad o a los mayores incapacitados para el trabajo; en algunos regímenes (como los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530) se extiende a quienes cursan estudios básicos o superiores, aunque bajo determinados requisitos y condicionamientos.

53 En ese sentido: MARTÍ BUFFIL, Carlos. Obra citada, página 487; FAJARDO CRIBILLERO, Martín. Obra citada, páginas 222-223; y, ALMANSA PASTOR, José. Obra citada, páginas 431-443.

54 Normalmente, a la viudez se le reconoce un 50% de la pensión, mientras que a cada beneficiario de orfandad y ascendiente únicamente el 20%.

55 Un caso particular se produjo en el régimen del Decreto Ley N° 20530, cuando mediante la Ley N° 25008, publicada el 25 de enero de 1989 en el Diario Oficial "El Peruano", se dispuso incrementar al 100% el porcentaje de las pensiones de sobrevivientes, situación que es regularizada posteriormente mediante las Leyes N° 27617 y N° 28449.

56 Como señala Sánchez-Urán, es importante que la Constitución determine el modelo de la seguridad social bajo el cual se estructurarán las características, principios y aspectos generales (que luego van a ser desarrollados por ley) que regirán en determinado momento histórico en cada país, aunque no compartimos su opinión en el sentido que deba ser atendida únicamente por el Estado. SÁNCHEZ- URÁN, Yolanda. "Seguridad Social y Constitución". Madrid, Editorial Civitas S.A, 155 páginas. En sentido similar: MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Las Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica". En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio comparado de 20 Constituciones Hispanoamericanas, Lima, 1993, ADEC-ATC, páginas 97-103; y, PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. "Los De-

2. Establecer su forma de financiamiento: sistema de reparto y/o de capitalización.

3. Señalar expresamente que el desarrollo de sus aspectos complementarios (pensión máxima, requisitos de edad y años de aportes, modalidad de reajuste, porcentajes o tasas de cotización, etcétera) será efectuado a través de la legislación ordinaria[57].

En cuanto a la regulación legislativa de los aspectos que correspondan al tratamiento de las pensiones (públicas o privadas) es importante recordar que resulta indispensable considerar los factores económicos y financieros[58], así como las variables sociales y demográficas[59] al momento de determinar los parámetros y particularidades sobre las cuales se desarrollarán.

V. EL DERECHO A LA PENSIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

En la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993 se establece expresamente que: "*Las normas relativas a los derechos y a las liber-*

rechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución". En: Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Constitución (ponencias), Madrid, 1981, Centro de Estudios Constitucionales, páginas 303-336.

57 En el caso español, Tortuero Plaza nos ejemplifica que a partir de 1984 se incorporaron en las Leyes de Presupuesto lo que se ha venido a conocer como el "derecho común de las pensiones", mediante el cual se ha establecido en dichos dispositivos todo un abanico de medidas sobre la determinación de las pensiones públicas (su identificación, revalorización, montos mínimos, concurrencia, etcétera) lo que ha originado un nivel de unificación extraordinariamente importante. TORTUERO PLAZA, José. "La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la modernización del sistema en clave continuista". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, N° 44, página 39. No compartimos la noción de incorporar los aspectos relativos a las pensiones en las Leyes del Presupuesto, empero, la idea a destacar es el unificar dichos preceptos en una sola norma.

58 Con relación a este punto resulta fundamental la revisión de: BANCO MUNDIAL. "Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Washington, 1994, Informe sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo, 457 páginas.

59 Como las tasas de natalidad y mortalidad, la evolución de la esperanza de vida, etcétera. Sobre este punto, revisar: HENKE, Klaus. "Dependencia de la política social a las condiciones económicas y demográficas" En: Seguridad Social en la Economía Social de Mercado (Werner Lachmann, editor), Buenos Aires, 1995, Konrad Adenauer (Ciedla), páginas 277-285.

tades 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". Este precepto configura lo que se viene a denominar en la práctica como el "bloque de constitucionalidad", es decir, todas aquellas disposiciones y principios a los que se les reconoce valor constitucional, por lo cual incidirá en nuestro estudio para la determinación del contenido del derecho fundamental a la pensión.

En este punto del ensayo, al igual que en la definición doctrinaria, nos encontramos con un nuevo obstáculo, pues en los principales tratados internacionales ratificados por el Perú no se establece una definición del concepto "pensión", aunque sí algunas directrices que nos permiten delinear su finalidad (dentro del ámbito de la seguridad social). Veamos:

1. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, suscrita y proclamada en París el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 217 A (III), ratificada y aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959, el artículo 22° y el inciso 1 del artículo 25° aluden a la seguridad social (como derecho) y a los seguros (aparente referencia a las prestaciones), en los términos siguientes:

   > Artículo 22
   > Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.
   >
   > Artículo 25
   > 1. Toda persona tiene derecho (...) a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...)

   La principal virtud de esta Declaración en cuanto al campo previsional es reconocer desde finales de la década de los cuarenta a la seguridad social como un derecho humano necesario para lograr la dignidad y libre desarrollo de la personalidad del individuo (artículo 22°), empero, al tratar respecto de los "seguros" por desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos (contingencias) no precisaba si la alusión estaba

dirigida a un seguro obligatorio estatal, que pudiera entenderse como una concepción primaria de las prestaciones económicas (pensiones).

2. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en 1948 (en la cual asistió y participó el Perú), instrumento de carácter meramente declarativo[60], el artículo XVI se refería a la seguridad social de la siguiente manera:

> Artículo XVI
> Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.

Se aprecia claramente que este instrumento utilizó como base para su redacción a la Declaración Universal de Derechos Humanos, por tanto nada nuevo añade respecto a las observaciones formuladas anteriormente.

3. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, abierto a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución N° 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966, ratificado y aprobada por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo de 1978, el artículo 9° señala escuetamente:

> Artículo 9
> Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.

En este tratado no se establece pauta, principio, característica y/o elemento alguno vinculado con el concepto "pensión".

4. En el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988 en el Décimo Octavo Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Orga-

[60] No hemos encontrado referencia legal alguna respecto de su aprobación y/o ratificación.

nización de los Estados Americanos, ratificada y aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26448, el artículo 9° se refiere a la seguridad social, sus contingencias y prestaciones, señalando:

> Artículo 9 Derecho a la seguridad social
>
> Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y la incapacidad que la imposibilite física y mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.
> Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.

En este tratado, que -a pesar de estar vinculado- es independiente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica[61] (en el que no se hace mención alguna al derecho de la seguridad social o a la pensión), vemos un tratamiento más detallado de ambos conceptos, pues no sólo refiere a un medio de protección ante las contingencias que padezca una persona y le impidan obtener los medios para llevar una vida "digna y decorosa", sino que se plantea el supuesto del traspaso de tal prestación a sus dependientes, en caso de muerte (concepción de la pensión de sobrevivientes), así como la necesaria regulación de las prestaciones de salud (atenciones médicas) y los subsidios temporales. En términos generales, podemos afirmar que se aprecia una influencia del desarrollo científico de la materia previsional en dicho tratado.

5. El Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo, Convenio sobre la seguridad social - Normas Mínimas, adoptado en Ginebra el 28 de junio de 1953, ratificado y aprobado por el Perú (sin plantear excepciones) mediante Resolución Legislativa N° 13284 del 15 de di-

[61] Suscrito en San José el 22 de noviembre de 1969, aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22231 del 11 de julio de 1978 y ratificado por la Décimo Sexta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1979.

ciembre de 1959, es sin duda el instrumento de carácter internacional que vincula a nuestro país -hasta la fecha- que desarrolla con mayor detalle los aspectos relativos a la seguridad social y sus prestaciones, a tal punto que el análisis del mismo merecería otro ensayo, en todo caso, para los fines del presente estudio debemos señalar que no se establece una definición específica del concepto "pensión", sino determinados parámetros básicos que la legislación de cada país que lo adopte deberá tener en cuenta respecto a las prestaciones de vejez (Parte V, artículos 25° a 30), de invalidez (Parte IX, artículos 53° a 58°), y de sobrevivientes (Parte X, artículos 59° a 64°), incluida la forma de cálculo del pago periódico que se efectúe de las mismas (Parte XI, artículos 65° a 67°).

Como se aprecia de lo expuesto en los puntos precedentes, los tratados internacionales ratificados por el Perú no fijan una definición del concepto "pensión", empero, la mayoría de ellos establecen ciertos principios que deben ser considerados al momento de elaborar la normatividad constitucional y legislativa interna respecto de dicha materia.

Finalmente, resulta importante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en una conocida sentencia (Caso Cinco Pensionistas contra el Perú), de fecha 28 de febrero de 2003, respecto del derecho de pensión, equiparándolo con el de propiedad (fundamento 103), en la medida que la Convención Americana de Derechos Humanos -como hemos referido- no regula el derecho en cuestión, sin embargo, esta tesis ha sido descartada recientemente por el Tribunal Constitucional peruano[62], el cual considera que si bien la pensión forma parte del patrimonio de una persona, no se puede establecer sin más su asimilación con la propiedad, pues entre ellas existen diferencias notables que se manifiestan en su naturaleza jurídica, en los actos que pueden realizarse, en el modo de transferencia y en su titularidad.

Sin duda, comulgamos más con la postura del Tribunal Constitucional peruano que con la argumentación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[62] Fundamentos 96 y 97 de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado).

VI. EL DERECHO A LA PENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Si bien la elaboración de la normatividad constitucional y legislativa relativa a la seguridad social y -en particular- al derecho fundamental a la pensión debe partir de los preceptos constitucionales, y su interpretación desde los tratados internacionales ratificados por el Perú, para los fines del presente ensayo resulta indispensable una revisión crítica de las recientes sentencias del Tribunal Constitucional peruano sobre la materia estudiada[63], así como la constatación del tratamiento que los Tribunales Constitucionales de España[64] y Colombia[65] dan a este tema, por ser sus principales fuentes jurisprudenciales de influencia.

Como hemos referido anteriormente en este ensayo[66], el Tribunal Constitucional peruano se había pronunciado desde hace un tiempo respecto del contenido esencial de los algunos de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de 1993, pero es a partir de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulado) que puede establecerse un "antes y después" de los pronunciamientos del Tribunal, en general, y del tratamiento de las pensiones, en particular, al haberse determinado su contenido esencial, fallo que ha sido complementado con el recaído en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, en el cual se ha establecido el contenido constitucionalmente protegido del citado derecho.

En tal sentido, procederemos a efectuar la revisión crítica de ambas sentencias.

A. El contenido esencial del derecho fundamental a la pensión

El 12 de junio de 2005 fue publicada en el Diario Oficial "El Peruano" la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC (acumulados), sobre las acciones de inconstitucionalidad planteadas en contra de

63 Para revisar las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, ver: www.tc.gob.pe.

64 Para revisar las sentencias del Tribunal Constitucional español, ver: www.tribunalconstitucional.es. También resulta de utilidad la relación efectuada por: CERVILLA GARZÓN, María. "¿Se pueden modificar retroactivamente las pensiones?". Madrid, Editorial Tecnos S.A., 69 páginas.

65 Para revisar las sentencias de la Corte Constitucional colombiana, ver: www.ramajudicial.gov.co.

66 Nota al pie N° 17.

las Leyes N° 28389 (que reformó los artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política de 1993) y N°28449 (que estableció las nuevas reglas para el régimen pensionario de los funcionarios y servidores públicos, Decreto Ley N° 20530), fallo en el cual se ha determinado el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión.

Efectivamente, el fundamento 107 de la citada sentencia (partiendo de los principios que sustentan este derecho: dignidad humana, igualdad, solidaridad, progresividad y equilibrio presupuestal) establece los elementos que constituyen su contenido esencial:

- El derecho de acceso a una pensión;
- El derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y,
- El derecho a una pensión mínima vital.

Estos tres elementos vienen a constituir el núcleo duro de este derecho fundamental, en el cual el legislador no podrá intervenir para restringir o privar a las personas del mismo.

En la medida que Tribunal Constitucional peruano no ha definido la configuración de cada uno de estos tres elementos, lo que -esperamos- posteriores fallos perfilarán, procederemos a efectuar algunas apreciaciones personales en relación a los mismos:

1. El acceso a una pensión (partiendo de la premisa que acceder implica: ingresar, acercarse o entrar en un lugar o situación[67]) alude a la posibilidad de formar parte de un régimen previsional por el hecho de satisfacer los requisitos para aportar al mismo, lo que no genera automáticamente el goce o percepción de una pensión, pues ello estará condicionado al cumplimiento de los supuestos fijados para cada prestación (edad establecida, años de aportes o servicios, incapacidad, etcétera)[68].

[67] Según el Diccionario de la Lengua Española, 22da. Edición, 2001 (Real Academia Española).

[68] Situación ya antes prevista como parte del derecho fundamental a la pensión por Neves Mujica, al analizar la Constitución Política de 1979. NEVES MUJICA, Javier. Obra citada, página 188.

2. El no ser privado arbitrariamente de una pensión implica la preexistencia de un derecho materializado en el cobro de una prestación o, inclusive, la garantía del goce futuro de la misma (por haber cumplido los requisitos previstos por ley), el cual no podrá ser conculcado sin mediar sustento fáctico o jurídico suficiente. Por ejemplo: que el beneficiario de una pensión de cesantía reingrese al servicio del Estado puede generar -de manera válida- la suspensión del pago de la misma[69].

3. En cuanto al derecho a una pensión mínima vital, que resulta el complemento de la pensión máxima (tope), que según el propio Tribunal Constitucional formaría parte del contenido no esencial[70] del derecho fundamental a la pensión, entendemos que -de igual manera- debería formar parte de dicha configuración, más no del contenido esencial. En efecto, un sistema de reparto estructurado sobre la base del principio de solidaridad (en que los mayores aportes de algunos proveerán las prestaciones de aquellos que aportaron menos) la pensión tiene como extremos un máximo y un mínimo, por lo tanto, ambos elementos deberían formar parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, por lo cual podrían ser susceptibles de una determinación posterior en vía legislativa[71]. Entendemos que al incluirlo como parte del contenido esencial, se pretende resguardar ciertos parámetros que permitan garantizar una prestación que, cuando menos, sirva para cubrir los gastos vinculados a las necesidades básicas del pensionista (principio de dignidad).

El Tribunal Constitucional también precisa (párrafo final del fundamento 107) que este derecho tiene un contenido no esencial, compuesto por el reajuste y el tope pensionario, además de un contenido adicional, integrado por las pensiones de sobrevivientes (viudez, orfandad y/o ascendientes), los cuales sí pueden ser mate-

---

69 Como establece el inciso d del artículo 54° del Decreto Ley N° 20530.

70 El último párrafo del fundamento 99 de la sentencia comentada.

71 Cabe recordar que la pensión mínima no fue desarrollada en los textos originales de los Decretos Leyes N° 19990 ni 20530, siendo incorporada en ambos regímenes por normas posteriores, empero, en ambas leyes se prevé la existencia de la pensión máxima (artículos 78° y 57°, respectivamente). De la misma manera, la no inclusión de la pensión mínima dentro del texto constitucional se resaltó al debatirse el proyecto respectivo. Consta en: CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO - CCD. "Debate Constitucional". Lima, 1993, Tomo I (Primera Legislatura), página 434. Con lo expuesto, se corrobora el origen legal, y no constitucional, de ambas conceptos previsionales.

ria de revisión para su libre configuración legal (claro que dentro de los parámetros fijados por el propio Tribunal).

Sobre la base de dicha diferenciación, se consideraron constitucionales la eliminación de la nivelación, la fijación de un tope y las modificaciones en la regulación de las pensiones de sobrevivientes.

Efectuado este breve comentario respecto de los elementos que a juicio del Tribunal Constitucional forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, pasaremos a revisar la definición del contenido constitucionalmente protegido, establecida en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

B. El contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a pensión

Para poder determinar las pretensiones que podrían ser planteadas en la sede de la jurisdiccional constitucional a través del proceso de amparo en materia pensionaria, y de esta manera aplicar la causal de improcedencia contemplada por el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237 (en concordancia con su artículo 38°), era necesario que el Tribunal Constitucional, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, delimite su contenido constitucionalmente protegido. Este paso lo dio con el fallo recaído en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC, que fuera publicado el 12 de julio de 2005 en el Diario Oficial "El Peruano", dentro del proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández en contra de la Oficina de Normalización Previsional - ONP[72].

En este pronunciamiento se identifica el ámbito que es objeto de protección por la norma constitucional con el fin de diferenciarlo de "*aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que este específicamente quiere proteger*"[73]. Como se precisa en el fundamento 8 del fallo comentado, reconocer que el proceso de amparo sólo procede en aquellos casos de afectación di-

[72] Entidad estatal encargada de administrar el Sistema Nacional de Pensiones regulado por el Decreto Ley N° 19990, en mérito a lo dispuesto por el artículo 7° del Decreto Ley N° 25967.

[73] Ignacio de Otto y Pardo, citado por: CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales", página 146.

recta de los derechos fundamentales implica determinar si la supuesta afectación en la que incurre el acto u omisión que es tachada de inconstitucional incide sobre el ámbito directamente protegido del derecho invocado, pues el proceso de amparo sólo puede encontrarse habilitado para proteger derechos de origen constitucional y no así para defender derechos de origen legal.

Complementando lo expuesto, los fundamentos 9 y 10 de este pronunciamiento precisan que la noción de "sustento constitucional directo" a que refiere el artículo 38° del Código Procesal Constitucional no se reduce a una tutela del texto constitucional formal, sino que alude a una protección de la Constitución en sentido material (pro homine) en la cual se va a integrar a la norma fundamental con los Tratados de Derechos Humanos, y a aquellos dispositivos legales que desarrollan directamente el contenido esencial (del derecho a la pensión, en este caso), conformando de esta manera el "bloque de constitucionalidad".

Reafirmando lo antes señalado en cuanto a la relación vinculante con el contenido esencial, el fundamento 21 de esta sentencia precisa que todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial, pues todo límite a dicho derecho sólo resulta válido en la medida que su contenido esencial se mantenga incólume.

En este orden de ideas, previo a determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, el fundamento 35 del fallo añade que cuando el inciso 20 del artículo 37° del Código Procesal Constitucional establece que el amparo procede en defensa del derecho "a la pensión", ello no supone que todos los derechos subjetivos que se deduzcan de las disposiciones contenidas en el régimen legal relacionados con el sistema previsional (público o privado) habilitan un pronunciamiento sobre el fondo en un proceso de amparo, pues tal razonamiento apuntaría a una virtual identidad entre el derecho legal y el derecho constitucional, que a todas luces es inaceptable.

Sobre la base de las apreciaciones mencionadas, el fundamento 37 de la sentencia delimita los lineamientos jurídicos que permiten ubicar las pretensiones que, por pertenecer al contenido esencial del derecho fundamental a pensión o estar directamente relacionados a él, merecen una protección a través del proceso de amparo, a saber:

1. En primer término, las disposiciones legales que establecen los requisitos del libre acceso al sistema de seguridad social consustanciales a la acti-

vidad laboral pública o privada, dependiente o independiente, que permiten dar inicio al periodo de aportaciones al Sistema Nacional de Pensiones[74], siendo de protección por vía del amparo los supuestos en los que habiendo el demandante cumplido con dichos requisitos legales se le niegue el acceso al sistema de seguridad social.

2. En segundo lugar, las disposiciones legales que establecen los requisitos para la obtención de un derecho a la pensión, siendo de protección en la vía del amparo los supuestos en que, presentada la contingencia, se deniegue a una persona el reconocimiento de una pensión de jubilación, cesantía, o invalidez.

3. En tercer orden, forman parte del contenido esencial aquellas pretensiones mediante las cuales se busque preservar el derecho concreto a un mínimo vital.

En el último párrafo de este literal se indica que, tomando como referente objetivo que el monto más alto de lo que en nuestro ordenamiento previsional se denomina pensión mínima asciende a S/.415 nuevos soles[75], cualquier persona que

---

[74] No se alude al Decreto Ley N° 20530 por tratarse de un régimen previsional cerrado definitivamente por mandato de la Primera Disposición y Transitoria de la Constitución Política de 1993, que fuera sustituida por la Ley N° 28389, ni al Decreto Ley N° 19846, referido únicamente a los miembros de las fuerzas armadas y policiales. Consideramos que tampoco incluye al Sistema Privado de Pensones en la medida que el propio Tribunal ha señalado que forma parte de la seguridad social (fundamento 140 de la sentencia recaída en el Expediente N° 050-2004-AI/TC), tesis esbozada anteriormente en la doctrina nacional por: PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1998, Secretaría General de la OISS, páginas 169-179.

[75] Consideramos inadecuada la fijación de los S/. 415 nuevos soles como parámetro, en tanto se trata del extremo mayor de la pensión mínima (como reconoce el citado literal). En efecto, desde el 23 de abril de 1996 el Decreto Legislativo N° 817 estableció escalas diferenciadas para la pensión mínima, en función a los años de aportación y la naturaleza del derecho (propio o derivado), las mismas que -con variación en cuanto al monto- se mantienen actualmente (Leyes N° 27617 y 27655), razón por la cual consideramos que no podría establecerse como un parangón inamovible la suma de S/. 415 nuevos soles como un pretendido mínimo vital único, debiendo analizarse en la sede judicial y caso por caso el cumplimiento de los presupuestos legales para determinar el mínimo correspondiente. Este punto del pronunciamiento del Tribunal también ha sido cuestionado, alegándose una lesión al bloque de constitucionalidad, por: PORTAL GALDÓS, Alfredo. "La pensión mínima en los fallos del TC". En: Diario Oficial "El Peruano", edición del 7 de setiembre de 2005, página 20.

sea titular de una prestación que sea igual o superior a dicho monto deberá acudir a la vía judicial ordinaria para dilucidar los cuestionamientos existentes respecto a la suma específica de la prestación que le corresponde, a menos que, a pesar de recibir una pensión o renta superior, por las objetivas circunstancias del caso se considere urgente su verificación a efectos de evitar consecuencias irreparables (por ejemplo: los supuestos acreditados de graves estados de salud).

4. Como cuarta opción, serán susceptibles de protección a través del amparo los supuestos en que se deniegue el otorgamiento de pensión de sobreviventes (viudez, orfandad o ascendientes)[76], pese a cumplir los requisitos para obtenerla.

5. Finalmente, como quinta pretensión viable se señala que las afectaciones al derecho a la igualdad como consecuencia del distinto tratamiento que se dispense a personas que se encuentran en situación idéntica o sustancialmente análoga, podrían ser protegidas mediante el proceso de amparo, siempre que el término de comparación propuesto resulte válido.

Cabe destacar, que el literal f del citado fundamento 37 establece -como un parámetro complementario- que para que quepa un pronunciamiento de mérito en los procesos de amparo, la titularidad del derecho subjetivo concreto de que se trate debe encontrarse suficientemente acreditada, con lo cual -entendemos- se ratifica la sumariedad de esta sede procesal constitucional en la que no puede pretenderse la actuación de pruebas, forzando al demandante a presentar documentos y demás medios probatorios de actuación inmediata que demuestren diáfanamente su legitimidad para obrar.

De igual modo, el literal g del mismo fundamento 37 precisa que las pretensiones referidas al reajuste pensionario o al tope máximo deben ser ventiladas en la vía judicial ordinaria, y que las pretensiones vinculadas a la nivelación (de pensión) o aquellas en las que se alegue la aplicación de los derechos adquiridos no

[76] En este punto habría una especie de contradicción, pues el propio Tribunal Constitucional indicó que estas pensiones forman parte del contenido no esencial del derecho fundamental a la pensión, por lo tanto, ¿dónde estaría la afectación a dicho contenido que habilite esta vía procesal?.

son susceptibles de protección a través del amparo por haber sido proscritas constitucionalmente dichas instituciones previsionales[77].

Este fallo tiene por finalidad restringir la "amparización" de las pretensiones pensionarias, limitando su postulación a los casos en que la afectación tenga referencia directa con el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, conforme requiere como supuesto de procedencia el inciso 1 del artículo 5° del Código Procesal Constitucional - Ley N° 28237, concordante con su artículo 38°.

C. El derecho fundamental a la pensión en las sentencias de los Tribunales Constitucionales de España y Colombia

Como hemos referido, las sentencias del Tribunal Constitucional de España y de la Corte Constitucional de Colombia constituyen las principales fuentes jurisprudenciales de influencia del Tribunal Constitucional peruano, lo cual no ha sido ajeno (al contrario, se efectúan citas expresas a fallos de ambas instituciones en las sentencias comentadas) al campo del análisis del Derecho Previsional.

En la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español, no encontramos una sentencia que nos brinde una definición del contenido esencial o del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, empero, si podemos verificar pronunciamientos en los cuales se perfilan algunas características de este derecho, así como del derecho fundamental a la seguridad social, a saber:

1. STC N° 134/1987, de fecha 21 de julio de 1987, en la cual señala que las pensiones no constituyen un derecho subjetivo a una cuantía determinada, por tanto no existe la obligación de que el Estado deba incrementarlas anualmente, pues en el sistema de pensiones no se puede prescindir de las circunstancias sociales y económicas. De igual manera, se precisa que las Leyes del Presupuesto pueden incluir regulaciones relacionadas con dicha materia.

[77] Con la entrada en vigencia de la Ley N° 28389.

2. STC N° 100/1990, de fecha 30 de mayo de 1990, en la cual, además de reiterar lo expuesto en la sentencia antes citada, se precisa que la finalidad perseguida con la congelación (sic) transitoria de las pensiones de cuantías más elevadas respecto de las restantes, en cuanto a la actualización de sus montos es objetiva y razonable, en la medida que se encuentre fundada en las exigencias derivadas del control del gasto público y del principio de solidaridad.

3. STC N° 37/1994[78], en la cual se indica que la seguridad social es una garantía institucional cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo un núcleo o reducto indisponible por el legislador, de tal suerte que ha de ser mantenido en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (como se aprecia, el Tribunal Constitucional español enuncia la existencia de un núcleo indisponible en el derecho o garantía de la seguridad social, empero, no lo determina).

A nuestro entender, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano, pese a no formular -igual que el español- una definición del contenido esencial o del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión, es más precisa con relación a los lineamientos directrices de este derecho, como puede apreciarse en los fallos que a continuación reseñamos:

1. Sentencia T-1000/02, de fecha 15 de noviembre de 2002, en la cual se precisa que la persona que cumple con los requisitos exigidos para acceder a una pensión tiene, *ipso jure*, el status de jubilado y por consiguiente un derecho adquirido[79] al pleno y oportuno reconocimiento de su prestación. De igual manera, añade que la seguridad social en pensiones debe ser respetada con aplicación del principio de favorabilidad y es exigible ante los jueces.

[78] Citada en el párrafo final del fundamento 30 de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 1417-2005-AA/TC.

[79] El artículo 11° de la Ley N° 100 de 1993 (legislación colombiana) ordena respetar y mantener la vigencia de los derechos adquiridos conforme a la normatividad anterior. En el Perú, los derechos adquiridos han sido suprimidos de nuestro ordenamiento jurídico por mandato de la Ley N° 28389.

2. Sentencia T-355/95, de fecha 9 de agosto de 1995, en la cual se desarrolla una serie de aspectos relativos a la pensión de invalidez y de sobrevivientes, reconociendo a ambas prestaciones como derechos subjetivos fundamentales e inalienables.

3. Sentencia T-313/95, de fecha 19 de julio de 1995, en la cual precisa que la pensión de invalidez es un derecho fundamental derivado directa e inmediatamente del derecho al trabajo, cuya falta de reconocimiento tendría la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad psíquica, moral o el derecho a la igualdad entre las personas.

4. Sentencia T-608/96, de fecha 13 de noviembre de 1996, en la cual establece que la pensión adquiere el carácter de derecho fundamental cuando a su desconocimiento sigue la vulneración o amenaza de derechos o principios de esa categoría, y resulta indispensable su protección tratándose de la solicitud de pago oportuno de las pensiones reconocidas, ya que la pensión guarda estrecha relación con el trabajo, al constituir una especie de salario diferido al que se accede previo cumplimiento de las exigencias legales.

5. Sentencia T-1001/99, de fecha 9 de diciembre de 1999, en la cual se define que el mínimo vital es aquella porción de ingresos indispensables e insustituible para atender las necesidades básicas y permitir así una subsistencia digna de la persona y su familia, pues sin un ingreso adecuado a ese mínimo no es posible asumir los gastos más elementales, de tal forma que su ausencia atenta en forma grave y directa contra la dignidad humana.

VII. CONCLUSIONES PERSONALES

1. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales es necesaria para determinar la validez de las leyes que desarrollan y/o regulan tales derechos, sea para establecer sus elementos mínimos (y los accidentales) o para verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción sobre la base del sistema objetivo de valores de la Constitución,

lo que resulta pertinente en este ensayo en lo que respecta al derecho fundamental a la pensión.

2. El contenido constitucionalmente protegido de cada derecho fundamental sirve para determinar los extremos del mismo que gozan de tutela en la sede constitucional del proceso de amparo, al tener un reconocimiento en la Constitución, lo que en el caso peruano se determinará a partir de la definición del contenido esencial que de cada derecho fundamental efectúe en su momento nuestro Tribunal Constitucional.

3. La pensión, independientemente de la contingencia que la origine (vejez, años de aportes o servicios, accidente, enfermedad, desempleo o muerte), constituye el pago de una suma dineraria, con carácter generalmente vitalicio, que sustituirá a las rentas percibidas por el asegurado (trabajador en actividad, dependiente o independiente, público o privado) o el pensionista, cuando se presente un estado de necesidad (contingencia), y le permitirá la satisfacción -cuando menos- de sus requerimientos básicos mínimos de subsistencia, siempre que -previamente- haya cumplido los requisitos específicos establecidos por la ley.

   La pensión es un derecho que tiene un origen constitucional, pero que requiere de un desarrollo legal. Se debe evaluar a futuro la conveniencia que se establezca en la Constitución los pilares básicos sobre los cuales se estructuraría su regulación legal.

4. La mayoría de tratados internacionales ratificados por el Perú no establecen una definición del concepto "pensión", empero, determinan ciertos principios que deben ser considerados al elaborar la normatividad constitucional y legislativa interna con relación a dicha materia.

5. Las definiciones del contenido esencial y contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión efectuadas por el Tribunal Constitucional peruano en las recientes sentencias recaídas en los Expedientes N° 050-2004-AI/TC (acumulado) y N° 1417-2005-AA/TC presentan ciertas imprecisiones respecto del presunto derecho a una pensión mínima vital, que deberá ser aclarado a futuro con los nuevos pronunciamientos de dicha instancia, empero, constituyen un paso hacía adelante en la elaboración de una doctrina jurisprudencial en pensiones.

BIBLIOGRAFÍA

ABAD YUPANQUI, Samuel "El Proceso Constitucional de Amparo". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A.

ALEXY, Robert "Teoría de los Derechos Fundamentales". Madrid, 1997, Centro de Estudios Constitucionales.

ALMANSA PASTOR, José. "Derecho de la Seguridad Social". Madrid, 1989, Editorial Tecnos S.A., 6ta. Edición.

ALONSO OLEA, Manuel. "Instituciones de Seguridad Social". Madrid, 1988, Editorial Civitas S.A., 11ra. Edición.

BANCO MUNDIAL . "Envejecimiento sin crisis. Políticas para la protección de los ancianos y la promoción del crecimiento". Washington, 1994, Informe sobre investigaciones relativas a políticas de desarrollo.

BERNALES BALLES TEROS, Enrique. "La Constitución de 1993: Análisis Comparado". Lima, 1998, Editora RAO, 4ta. Edición.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Comentarios al Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, ARA Editores.

"Pautas para la determinación del Contenido Constitucional de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Junio 2005, N° 139.

CERVILLA GARZÓN, María . "¿Se pueden modificar retroactivamente las pensiones?". Madrid, Editorial Tecnos S.A.

DÁVALOS, José. "La crisis de los Sistemas Contemporáneos de Seguridad Social". En: Estudios en Homenaje al Dr. Héctor Fix Zamudio, México, 1988, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "Las distorsiones en la utilización del amparo y su efecto en la vulneración al Debido Proceso: ¿cabe un amparo contra otro amparo?". En: Estudios Constitucionales, Lima, 2002, ARA Editores.

FAJARDO CRIBILLERO, Martín. "Teoría General de Seguridad Social". Lima, 1992, Luis Alfredo Ediciones.

FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco. "La Seguridad Social en el XXV Aniversario de la Constitución". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, N° 49.

GAVARA DE CARA, Juan. "Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn" Madrid, 1994, Centro de Estudios Constitucionales.

GILLION, Colin; TURNER, John; BAILEY, Clive y LATULIPPE, Denis. "Pensiones de Seguridad Social. Desarrollo y Reforma". Madrid, 2002, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Colección Informes OIT N° 57).

GRZETICH LONG, Antonio. "Derecho de la Seguridad Social. Parte General". Montevideo, 2005, Volumen N° 1, Fondo de Cultura Universitaria.

HÄBERLE, Meter. "La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional". Lima, 1997, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

HENKE, Klaus. "Dependencia de la política social a las condiciones económicas y demográficas" En: Seguridad Social en la Economía Social de Mercado (Werner Lachmann, editor), Buenos Aires, 1995, Konrad Adenauer (Ciedla).

MARTÍ BUFILL, Carlos. "Derecho de Seguridad Social. Las Prestaciones". Madrid, 1964, Artes Gráficas Diana, 2da. Edición.

MARTINEZ PUJALTE, Antonio. "La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales". Lima, 2005, Tabla XIII Editores.

MESÍA RAMÍREZ, Carlos. "Derechos de la Persona. Dogmática Constitucional". Lima, 2004, Fondo Editorial del Congreso del Perú.

"Exégesis del Código Procesal Constitucional". Lima, 2004, Gaceta Jurídica S.A.

MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Las Seguridad Social en las Constituciones de Latinoamérica". En: Constitución, Trabajo y Seguridad Social. Estudio comparado de 20 Constituciones Hispanoamericanas, Lima, 1993, ADEC-ATC.

NEVES MUJICA, Javier. "La Seguridad Social en la Constitución". En: La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación (Francisco Eguiguren, director), Lima, 1987, Cultural Cuzco S.A Editores.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel. "Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución". En: Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Constitución (ponencias), Madrid, 1981, Centro de Estudios Constitucionales.

PAREJO ALFONSO, Luciano. "El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia Constitucional: A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981". En: Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, 1981, N° 3.

PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "Los efectos de la amparización". En: Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional, Lima, 2004, Sociedad Per uana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social & Academia de la Magistratura.

"¿Son los Sistemas Privados de Pensiones formas de la Seguridad Social?". En: Las Reformas de la Seguridad Social en Iberoamérica. Madrid, 1998, Secretaría General de la OISS.

PECES BARBA, Gregorio. "Derechos Fundamentales". Madrid, 1996, Universidad Complutense.

PÉREZ LUÑO, Antonio. "Los Derechos Fundamentales". Madrid, 1998, Editorial Tecnos S.A., 7ma. Edición.

PORTAL GALDÓS, Alfredo. "La pensión mínima en los fallos del TC". En: Diario Oficial "El Peruano", edición del 7 de setiembre de 2005.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. "La pensión de jubilación: Algunas reflexiones tras sus últimas reformas". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, N° 39.

ROMERO MONTES, Francisco. "La jubilación en el Perú". Lima, 1993, Servicios Gráficos José Antonio.

RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima, 1999, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo N° 2.

SÁNCHEZ- URÁN, Yolanda. "Seguridad Social y Constitución". Madrid, Editorial Civitas S.A.

SOSA SACIO, Juan. "Notas sobre el Contenido Constitucionalmente Protegido de los Derechos Fundamentales". En: Actualidad Jurídica, Lima, Enero 2005, N° 134.

TORTUERO PLAZA, José. "La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la modernización del sistema en clave continuista". En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, N° 44.

Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo

Isabel Herrera Gonzales-Pratto

Asociada de la SPDTSS.

Sumario

Introducción. (I) Primera parte: sobre deberes, necesidades y daños. I.1.Marco legal sobre los accidentes de trabajo. I.1.1.La ley peruana de seguridad social en materia de accidentes de trabajo. I.1.2. Alcance de los seguros privados. I.1.3. La llamada obligación de seguridad o deber de protección. I.2. Compatibilidad de las prestaciones de seguridad social con la responsabilidad civil. I.2.1. Relación entre seguro privado y responsabilidad civil en la Ley N° 1378. I.2.2. Relación entre seguro social y responsabilidad civil en el Decreto Ley N° 18846. I.2.3. Relación entre seguridad social y responsabilidad civil en la Ley N° 26790 y el Decreto Supremo N° 009-2005-TR. I.2.4. Rol del derecho de la seguridad social y del derecho de daños. (II) Segunda parte: zonas grises y responsabilidad civil patronal. II.1. Responsabilidad extracontractual objetiva y responsabilidad civil patronal. II.1.1.Responsabilidad contractual vs. extracontractual. II.1.2.Responsabilidad objetiva vs. subjetiva II.1.3. Elementos de la responsabilidad civil patronal. II.1.3.1. La ilicitud o antijuricidad II.1.3.2. El daño II.1.3.3.La relación de causalidad II.1.3.4.Los factores de atribución II.1.4. La jurisprudencia de las Salas Civiles II.2. Competencia: por la elección del trabajador. III. Conclusiones y recomendaciones. Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Pese a la recurrencia, antigüedad y sensibilidad de la cuestión de los accidentes de trabajo en el Perú, tenemos en realidad desarrollos legislativos y doctrinarios que no dejan de ser parciales, pues está pendiente relacionar los diferentes ordenamientos involucrados. Este artículo pretende contribuir con un intento de enlace al respecto, centrándonos en la responsabilidad civil patronal, sobre la cual existen las mayores sombras, y que implica además relacionar el cuerpo civil con el laboral.

Nuestra primera idea es que la protección al trabajador contra los accidentes de trabajo emana del derecho fundamental de toda persona a la vida e integridad física

(este artículo no abarca enfermedades profesionales, más relacionadas al derecho a la salud). Y, que consecuencia de ello, implica necesariamente una tutela pública, la cual se expresa básicamente en normas de seguridad industrial y seguridad social.

Pero enseguida surge una segunda y más importante reflexión para fines de este ensayo: incluso el cabal cumplimiento de dicha normativa, no puede garantizar la eliminación de los riesgos ni menos al trabajador la efectiva reparación de los daños. En este terreno, es normalmente la teoría de la responsabilidad civil la que fundamenta la reparación integral del daño. Se necesita entonces, –como necesario complemento– del derecho privado.

Este trabajo parte entonces de identificar los roles o funciones que cumplirían los diferentes ordenamientos que entrarían a tallar en la cuestión de los accidentes de trabajo: el orden preventivo, el de seguridad social y el del derecho común. A partir de ello, planteamos cómo creemos que tales ordenamientos interactúan, y qué compatibilidades (acumulación, no necesariamente absoluta) u oposiciones (exclusión) encontramos.

Nuestro ensayo aborda la clásica distinción entre responsabilidad civil objetiva versus subjetiva, contractual versus extracontractual, y también la obligación de seguridad o deber de protección eficaz, buscando identificar la doctrina que podría plantearse como la más apropiada o funcional en nuestro país hoy por hoy, para otorgar una eficaz protección al trabajador frente a los accidentes de trabajo.

Finalizamos nuestra tarea advirtiendo la urgencia de dar pronta solución a dos cuestiones elementales: la competencia jurisdiccional y el título de imputación de la responsabilidad civil patronal, precisando nuestras preferencias: Se sugiere que el trabajador elija libremente al juez civil o laboral que ventilará la reparación, a menos que más adelante el legislador otorgue competencia exclusiva a uno u otro. En cuanto al título de imputación de la responsabilidad, postulamos la inmediata aplicación del artículo 1970 del Código Civil, siquiera para aquellos casos en que el empleador desarrolle actividades riesgosas o peligrosas.

I. PRIMERA PARTE: SOBRE DEBERES, NECESIDADES Y DAÑOS

Creemos oportuno empezar por describir algunas reglas de nuestra legislación de seguridad social sobre los accidentes de trabajo. Luego haremos una referencia al campo de los seguros privados. También haremos alusión a la obligación de seguridad propia del contrato de trabajo, cuya infracción puede dar lugar a responsabilidad civil contractual o inclusive extracontractual. A partir de ahí, levantamos la interrogante de si la protección que brinda la seguridad social es compatible con un régimen de responsabilidad civil, para lo cual revisamos los antecedentes legislativos sobre tal relación. Surge entonces nuestra apreciación de que el derecho de la seguridad social viene a encarnar un derecho de las necesidades, mientras que el derecho de daños es obviamente uno de tales, habiendo cada uno evolucionado hacia la integridad en sus respectivas áreas, siendo compatibles aunque no acumulables de forma absoluta.

I.1 Marco legal sobre los accidentes de trabajo

I.1.1 La ley peruana de seguridad social en materia de accidentes de trabajo

La ley peruana trae una definición de accidente de trabajo. "Accidente de trabajo" es "toda lesión corporal producida en el centro de trabajo o con ocasión de las labores para las cuales ha sido contratado el trabajador, causadas por acción imprevista, fortuita u ocasional de una fuerza externa, repentina y violenta, que obra súbitamente sobre la persona, independientemente de su voluntad..." (Decreto Supremo N° 009-97-SA, reglamento de la Ley de Modernización de Salud, art.2).

Además, la ley divide a los empleadores en dos tipos: aquellos que están y que no están relacionados con el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA (texto según Decreto Supremo N° 003-98-SA); anexo que se supone debería contener todas las actividades de alto riesgo y que por ende debería abarcar a aquellas empresas en que los accidentes son consecuencia natural o inevitable de los riesgos que implica la actividad industrial del patrono. Pues bien. Los empleadores que están relacionados con el Anexo 5, por desarrollar una actividad de alto riesgo, deben contratar coberturas especiales y adicionales para cubrir los accidentes de trabajo, las cuales conforman el llamado "Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo". Concretamente son dos las coberturas adicionales: una de salud (para prestaciones médicas); y otra de invalidez, sobrevivencia y sepelio. En consecuen-

cia, para dichas empresas las contingencias de lesión, invalidez y muerte (en lo que respecta al sepelio) por causa de accidente de trabajo, corren por cuenta del SCTR.

En lo que se refiere a los demás empleadores, la cobertura de los accidentes de trabajo está incluida dentro de la cotización general que todo empleador (incluyendo los relacionados con el Anexo 5) debe hacer al llamado "Seguro Social de Salud" (Ley N° 26790, Ley de Modernización de Salud), cuya tasa es de 9% de la remuneración asegurable mensual. Este Seguro cubre las enfermedades comunes de la población trabajadora, pero también los accidentes de trabajo de los trabajadores empleados por patronos que no realizan las actividades de alto riesgo señaladas en el Anexo 5 del Decreto Supremo 009-97-SA (texto según Decreto Supremo N° 003-98-SA).

De otro lado, el Seguro Social de Salud debe otorgar a toda la población trabajadora sin excepción, los subsidios que reemplazan la remuneración durante la incapacidad para el trabajo, sea que estén o no empleados por empresas relacionadas al Anexo 5, pues en el régimen vigente, los subsidios son de cargo exclusivo del ESSALUD.

I.1.2 Alcance de los seguros privados

Como se sugirió al inicio, los daños derivados de los accidentes de trabajo no quedan necesariamente reparados con las prestaciones del sistema de seguridad social (el concepto de daño es cada vez más amplio en el derecho común). Para afrontar este riesgo, el empleador puede tomar un seguro de responsabilidad civil o uno de accidentes personales. En un seguro de accidentes personales, el tomador del seguro protege la integridad de terceros (asegurados), y si éstos son trabajadores, se denomina seguro de accidentes de trabajo. Es suficiente acreditar el accidente y los daños para que surja la obligación de la aseguradora de cubrir el siniestro. El seguro de responsabilidad civil, en cambio, se celebra por cuenta del eventual responsable (asegurado), siendo el bien protegido el patrimonio del éste. Por ello, jurídicamente el siniestro se configura sólo cuando el patrimonio del asegurado queda gravado con una obligación de indemnizar derivada de su propia respon-

sabilidad civil.[1] Para este segundo supuesto, sólo si la empresa fuera judicialmente declarada como civilmente responsable, operará la cláusula de responsabilidad civil patronal y la aseguradora cubrirá el daño (en la práctica ante una responsabilidad civil evidente, la aseguradora puede optar por cubrir el daño sin necesidad de seguir el proceso judicial, pues éste sólo le ocasionará mayores costos).

I.1.3 La llamada obligación de seguridad o deber de protección

En el derecho español la llamada obligación de seguridad o deber de protección consiste en el derecho del trabajador "a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene", cuyo contenido está dado básicamente por el cumplimiento de las normas sobre riesgos de trabajo, la evaluación de los riesgos a que están sometidos los trabajadores, la planificación de la actividad preventiva y la gestión de ésta.[2]

La doctrina española se pregunta si esta obligación es de medios o de resultado. Como se sabe, en las obligaciones de resultado, el deudor garantiza la obtención de un resultado que es el interés primario del acreedor; en las obligaciones de medios, se obliga a una conducta encaminada a satisfacer el resultado esperado por el acreedor, sin garantizar su obtención por el carácter aleatorio o incierto del mismo. En las obligaciones de medios, el deudor cumple si actuó con la diligencia debida, en las obligaciones de resultado, la diligencia forma parte mas no agota la obligación, sólo hay cumplimiento tras la efectiva obtención del resultado.

Raúl Saco Barrios denomina "normas preventivas" al conjunto de disposiciones de seguridad y salud en el trabajo.[3] Dicho carácter se aprecia en nuestro reciente Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, Decreto Supremo N° 009-2005-TR. Este Reglamento señala en su Título Preliminar una serie de principios de la seguridad y salud en el trabajo, entre ellos el de protección (condiciones de trabajo dignas que aseguren un estado de vida saludable), el de prevención (medios y condiciones que protejan la vida, salud y bienestar), el de responsabilidad (según

1 Garrigues, Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil" Tomo II, México, Porrúa S.A., 1984: pág.310.

2 Luque Parra, Manuel, "La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo". Madrid, Consejo Económico y Social, 2002: pág.15.

3 Saco Barrios, Raúl "Reparación de los infortunios del trabajo en el Perú: el seguro complementario de trabajo de riesgo", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004: pág.828.

las normas vigentes), los principios de cooperación, información y capacitación, el principio de gestión integral (la seguridad y salud se integran a la gestión general de la empresa), el de atención integral (hasta la recuperación y rehabilitación, procurando la reinserción laboral), el de consulta y participación (de las organizaciones representativas) y, el de veracidad (información completa y veraz).

Además, el Reglamento establece una serie de obligaciones del empleador, incluyendo la planificación y gestión de un sistema de prevención de riesgos, con la participación de los trabajadores, obligándose la empresa a dar información y capacitación. Específicamente el empleador se obliga a "garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor" (art. 39 inc.a). La norma comentada dispone que el empleador ejercerá "un firme liderazgo" y debe "estar comprometido" en la misión de mantener un ambiente de trabajo seguro y saludable de acuerdo "con las mejores prácticas y con el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo." Al igual que sucede en la legislación española, no surge una clara respuesta en cuanto a si estas obligaciones y garantías corresponden a una obligación de medios o de resultado.

De modo más general, el Anteproyecto de Ley General del Trabajo consagra una obligación de seguridad donde los trabajadores tienen derecho a la protección de su vida, salud e integridad física (art. 48 inc.2) y correlativamente el empleador está obligado a dar protección aplicando las medidas de higiene y seguridad "que sean necesarias" (art. 57 inc.2). El empleador está obligado a promover condiciones que garanticen un trabajo seguro y saludable (art. 308), a prevenir los riesgos laborales incorporando la técnica disponible (art. 309), y a dar información y capacitación preventiva al personal (art. 310).

Como resulta aparente, la obligación de seguridad o deber de protección estará configurada en parte por el cumplimiento de normas objetivas de prevención de riesgos y de seguridad y salud en el trabajo;[4] pero también queda librada en parte a un territorio subjetivo: el cumplimiento diligente de tales normas, el deber de vigilancia, las actividades de prevención, es decir, la conducta diligente del empleador

[4] Gonzáles Labrada, Manuel, "Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario", Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1996: pág.346.

dirigida a garantizar la vida e integridad física del trabajador.[5] Es por ello, que no existiendo norma expresa que consagre una responsabilidad por resultados, y abarcando el deber de protección diferentes obligaciones, siendo éstas de carácter preventivo y, por lo tanto, más afines a las obligaciones de medios, creemos que se debería reputar la obligación de seguridad como una de medios.

En cualquier caso, el eventual incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, ¿puede generar una responsabilidad civil patronal? La respuesta es afirmativa, pues todo incumplimiento de deberes importa un ilícito civil (sobre la ilicitud o antijuricidad volvemos más adelante). Por lo demás, también un ilícito penal en materia de seguridad y salud en el trabajo implicaría una responsabilidad civil, pues toda persona penalmente responsable tiene una responsabilidad civil si del delito o falta derivan daños o perjuicios.

¿Pero esta responsabilidad sería una de carácter contractual por inejecución de obligaciones? Esta respuesta es difícil. Dice la doctrina española lo siguiente: Si hablamos del incumplimiento de una específica obligación en materia preventiva prevista en el contrato de trabajo, pacto, acuerdo, convenio colectivo o ley, es evidente que existe una responsabilidad civil contractual, puesto que ésta no sólo deriva del incumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato, sin también de las contempladas en las fuentes reguladoras del contrato.[6]

El problema acontece, –dice Luque Parra, refiriéndose a la ley española–, cuando el incumplimiento afecta el genérico deber de protección consagrado en el artículo 14.2 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, es decir, cuando el empresario no ha adoptado aquellas medidas preventivas que sin estar expresamente previstas en norma o en pacto individual o colectivo alguno, sean racionalmente exigibles. De alguna forma, este deber genérico de protección eficaz, podría entenderse como la obligación de no dañar a nadie (alterum non laedere), fundamento de la responsabilidad civil extracontractual,[7] siendo pertinente aplicar entonces este ordenamiento.

5 Ibid: págs. 345-348.
6 Luque Parra, Manuel, op cit: pág.41.
7 Loc.cit.

Sin embargo, de llegar el deber de protección hasta este punto al cual alude Luque Parra, la reclamación por daños por un ilícito civil surgido del orden laboral o prevencionista, aparentemente se superpondría con una pretensión de daños basada en las normas de responsabilidad civil del Código Civil.

I.2 Compatibilidad de las prestaciones de seguridad social con la responsabilidad civil

I.2.1 Relación entre seguro privado y responsabilidad civil en la Ley N° 1378

La primera ley de accidentes de trabajo en el Perú fue la Ley N° 1378 del año 1911. En ella la suerte del trabajador en caso de sufrir un accidente de trabajo estaba cubierta por la responsabilidad por riesgo que debía asumir objetivamente el empleador, en forma de asistencia médica y de reconocimiento de indemnizaciones.

En caso de accidente, la asistencia médica y farmacéutica debía ser prestada en forma inmediata hasta que el trabajador vuelva a estar en condiciones de trabajar, o sea comprendido en algún caso de incapacidad permanente (sea total o parcial).

Las llamadas indemnizaciones eran de dos tipos: renta vitalicia para las incapacidades permanentes (sean totales o parciales), y subsidios durante las incapacidades temporales (sean absolutas o parciales). Los montos de las rentas vitalicias y de los subsidios estaban fijados por la ley para cada supuesto.

Sin embargo, el empleador podía optar por contratar a su costo un seguro privado de prestaciones económicas no menores a las que reconocía la ley. En ese caso, por ley se sustituía la obligación de las indemnizaciones antes mencionadas.

Cabe señalar que las indemnizaciones de la Ley N° 1378 sólo alcanzaban al personal que laboraba en determinadas industrias expresamente mencionadas y con salarios anuales de hasta 120 libras. Si el trabajador ganaba un salario superior, se aplicaba el derecho común (se reconocía la facultad de los trabajadores de acogerse a la ley, pero renunciaban a la indemnización por daños del derecho común). Los trabajadores que no laboraban en las industrias señaladas por la ley regían sus reclamaciones por daños y perjuicios por el derecho común.

Como se puede apreciar, la responsabilidad civil patronal se orientaba sobre todo al lucro cesante (para incapacidades temporales cubría un subsidio, y para incapacidades permanentes una renta vitalicia). El daño emergente estaba en buena parte cubierto por la obligación de prestar asistencia médica y farmacéutica.

En este esquema, el seguro privado puede cubrir la responsabilidad civil del empresario. Este último elige entre asumir directamente las prestaciones de ley o bien asegurar su responsabilidad civil objetiva. Por lo tanto, la relación que se plantea entre el seguro privado y la responsabilidad civil es excluyente, son incompatibles.

I.2.2 Relación entre seguro social y responsabilidad civil en el Decreto Ley Nº 18846

El segundo antecedente es el Decreto Ley Nº 18846 (de 1971), y su Reglamento Decreto Supremo Nº 002-72-TR (de 1972). Este régimen es propio de la etapa de los Seguros Sociales por ser de aplicación exclusiva a los obreros para afrontar específicamente accidentes y enfermedades profesionales.

Este Seguro tuvo ventajas con respecto a la legislación anterior, pues además de convertirse en público, facilitando así el acceso al mismo, permitía superar los riesgos de insolvencia del empleador e incumplimiento o demora en asumir sus obligaciones, por ejemplo el pago de las indemnizaciones.

Sin embargo, el Seguro Social de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales normado por el Decreto Ley Nº 18846 también cumplió la función de asegurar la responsabilidad civil patronal, a menos que el siniestro hubiese ocurrido por acto intencional, negligencia o culpa del empleador. Así, la Primera Disposición General del Reglamento citado, estableció lo siguiente:

"El otorgamiento de las prestaciones establecidas por el presente Reglamento por parte de la Caja Nacional de Seguro Social exonera al empleador de toda otra indemnización por causa del mismo accidente o enfermedad profesional. Pero si el riesgo se hubiere producido por acto intencional o por negligencia o culpa del empleador o sus representantes, o de un tercero, la Caja Nacional de Seguro Social procederá a demandar el pago del monto de las prestaciones otorgadas.

Asimismo, la víctima o sus causa-habientes podrán instaurar las acciones pertinentes de derecho común para obtener la indemnización por perjuicios."

En el esquema del Decreto Ley Nº 18846, el trabajador debía entonces demostrar dolo o culpa para reclamar una indemnización adicional por el derecho común. Quizá de alguna manera se consideraba que, por existir ya una protección de responsabilidad civil objetiva a través del Seguro Social, el mismo que estaba instaurado sobre bases de seguridad y equidad, no se cabía la responsabilidad civil. Sólo en caso de dolo o culpa del empleador, sobrevenían para éste las consecuencias de tener que restituir al Seguro Social el monto de las prestaciones y además asumir responsabilidad civil bajo las normas del derecho común.

La regla era entonces la incompatibilidad entre el Seguro Social y la responsabilidad civil. La excepción era la compatibilidad (caso de dolo o culpa del empleador).

I.2.3 Relación entre seguridad social y responsabilidad civil en la Ley Nº 26790 y el Decreto Supremo Nº 009-2005-TR

En la ley vigente, Ley Nº 26790, si una empresa que realiza actividades de riesgo no se inscribe en el registro del Ministerio de Trabajo o, no contrata las coberturas del SCTR o éstas son insuficientes, dicha empresa asumirá el costo de las prestaciones que recibirá el trabajador de las entidades estatales (vale decir, del ESSALUD y la Oficina de Normalización Provisional) "independientemente de la responsabilidad civil" por los daños y perjuicios (Decreto Supremo Nº 009-97-TR, artículo 88). Por su parte, tratándose de empleadores que no desarrollan actividades de riesgo, si los mismos incumplen con abonar las cotizaciones del Seguro Social de Salud (que en este caso cubre los accidentes de trabajo), el ESSALUD otorgará las prestaciones y repetirá el pago contra el empleador.[8]

Pues bien, si a pesar del incumplimiento del empleador el trabajador recibe oportunamente todas las prestaciones, éste entonces no podrá demandar por daño emergente vinculado a dichas prestaciones, sino sólo una responsabilidad civil por los daños adicionales no cubiertos. En buena cuenta, la situación de un trabajador

[8] Ley 26790, art.10, art. 36 del D.S. 009-97-SA y Acuerdo 59-22-ESSALUD-99: Si el empleador incumple con pagar el aporte y ocurre el siniestro, ESSALUD exigirá al empleador el reembolso de las prestaciones.

con respecto al cual no se cumplieron las normas del registro ante el Ministerio o las coberturas adicionales en materia de accidentes de trabajo, debería ser equivalente a la de cualquier trabajador cuyo empleador sí efectuó el registro o contrató las coberturas (al menos en el plano teórico, en la práctica aparentemente no se cumple la disposición según la cual ante el incumplimiento patronal, los trabajadores deben recibir las mismas prestaciones de las entidades estatales).[9]

El artículo 88 citado ha querido dejar a salvo la posibilidad que el trabajador con respecto al cual se haya producido un incumplimiento manifiesto (falta de registro o falta de coberturas de acuerdo a ley), pueda reclamar los daños y perjuicios que surjan de dicho incumplimiento. No se plantea entonces el incumplimiento de la normativa de seguridad social como el único y exclusivo caso de responsabilidad civil. Tampoco existe prohibición expresa para que un trabajador que esté en capacidad de demostrar daños, reciba acumulativamente las prestaciones de seguridad social y la indemnización de una demanda de daños. Por lo tanto, para que surja la obligación de indemnizar es suficiente que el trabajador pruebe el daño y demás elementos propios de la responsabilidad civil según se explica más adelante.

Más aún, en el caso del Decreto Supremo N° 009-2005-TR, el principio de responsabilidad alude en forma amplia a que el empleador asumirá las consecuencias de orden legal, económico y de otra índole según las normas vigentes. Al tener dicho principio una redacción abierta, consideramos que se mantiene la compatibilidad de acumular las prestaciones de seguridad social y la indemnización del derecho de daños. Por lo demás, ambos derechos tienen distinta función y fundamento en el ordenamiento jurídico, según el rubro que sigue.

Sin embargo, existen posiciones contrarias a la expuesta. Por ejemplo, Carlos Guillermo Morales afirma que debe mantenerse el esquema actual que desde su punto de vista, prioriza la cobertura a cargo de ESSALUD, ONP y las EPSs, reservando la vía judicial para los supuestos de dolo o culpa.[10] En el mismo sentido,

9 Es más, la Oficina de Normalización Provisional no actúa como parte contratante del empleador con respecto a las prestaciones de invalidez, sobrevivencia y sepelio del SCTR, pese a que la ley reconoce la opción del empleador de contratar alternativamente a una compañía privada de seguros o a la ONP.

10 Morales, Carlos Guillermo, "Competencia de los Jueces de Trabajo en las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios: notas para una Ley procesal del Trabajo", en: Aportes para la Reforma del Proce-

Juan Carlos Cortés destaca la presencia de dos corrientes. Una primera que plantea que la cobertura de la ley de seguridad social ya es integral, por lo tanto, no cabe demandar daños adicionales por daños psíquicos o físicos no cubiertos por las entidades de seguridad social, tampoco cabe demandar sumas mayores basadas en negligencia del empleador, ni daños por infracción genérica del deber de seguridad. La segunda corriente admite una demanda por daños, pero los temas en debate son muchos: sobre quién recae la prueba, si cabe demandar por responsabilidad objetiva cuando la seguridad social lleva insita una responsabilidad objetiva, o si necesariamente debe probarse negligencia o dolo del empleador. Cortés termina aludiendo a que en el derecho español la responsabilidad del empleador por los daños no cubiertos por la seguridad social, es de rasgos cuasi objetivos.[11]

I.2.4 Rol del derecho de la seguridad social y del derecho de daños

En la legislación de seguridad social los daños indemnizables son únicamente los señalados en la ley, y se otorga una reparación dentro de los límites que la misma prevé. Así, por ejemplo, en el régimen del SCTR se consideran, para fines de la pensión de invalidez, los siguientes tipos de incapacidades:

Invalidez parcial permanente: pensión de 50% de la remuneración del asegurado, siempre que la invalidez alcance una disminución de la capacidad igual o superior al 50% pero menos de dos tercios;

Invalidez total permanente: pensión de 70% de la remuneración del asegurado, procediendo si la invalidez comprende una disminución de la capacidad en proporción igual o superior a dos tercios;

Invalidez parcial permanente inferior al 50%: Si fuera superior al 20% se pagará por única vez 24 mensualidades de pensión calculados proporcionalmente a lo que correspondería para una invalidez permanente total.

---

so Laboral Peruano, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Coorinador de edición: Alfonso De Los Heros Pérez-Albela, Lima, Ali arte gráfico publicaciones SRL, 2005: pág.78.

11 Cortés, Juan Carlos, "Responsabilidad Empresarial por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", en: Diálogo con la Jurisprudencia, Vol. 8, N° 43, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.

Por lo tanto, para reclamar los daños que excedan de lo contemplado en la legislación especial, el trabajador debe acudir a una demanda de daños, siendo entonces los presupuestos civiles de la acción de daños y perjuicios los que se considerarán para resolver la indemnización.

Y es que el derecho de la seguridad social surge como un derecho de las necesidades (o del bienestar general)[12], mientras que el derecho de daños tiene por finalidad la reparación integral de los mismos. Para la seguridad social, en el ejemplo comentado, se deben conjurar los riesgos y las necesidades que implica una situación de invalidez, cubriendo quizá sólo lo suficiente; mientras que para el derecho común se deben reparar íntegramente al damnificado con invalidez todos los daños y perjuicios que pueda demostrar. Podrían acaso entonces superponerse parcialmente las reparaciones que reconocen ambos ordenamientos, pero atendiendo a diferentes finalidades.

Como ya se indicó, ambos ordenamientos han evolucionado hacia la integridad en sus respectivos territorios. La seguridad social cubre cada vez mayores contingencias, siendo sus posibilidades ilimitadas, pues es suficiente que existan necesidades. De otro lado, el derecho de daños abarca cada vez más tipos de daños, por ejemplo, daño al proyecto de vida. Es por ello que cumpliendo roles distintos, los derechos que emanan de ellos deberían acumularse, aunque creemos no de forma absoluta.

En efecto, la responsabilidad civil, por propia definición se dirige a compensar los daños pendientes de resarcimiento, por lo que la acumulación total de prestaciones no debería tener cabida. Las reparaciones que surgen de ambos derechos se superponen en cierta medida, por ejemplo las prestaciones de seguridad social compensan las necesidades que se derivan de la falta de ingresos o un exceso de gastos, lo que de alguna forma se podría corresponder con el lucro cesante y el daño emergente del derecho común. Es por ello que consideramos que en el mo-

[12] Javier Neves Mujica señala lo siguiente: "La seguridad social, pues, tiene la ventaja sobre los mecanismos que la anteceden –y que subsisten hoy en día complementándola en el terreno de las necesidades sociales– de constituir un derecho de todo individuo a obtener la satisfacción de ciertas necesidades económicas, sociales y culturales. Sus posibilidades son tan amplias, que podría sostenerse que su objetivo es contribuir a asegurar el bienestar general." Neves Mujica, Javier, "Constitución y Seguridad Social" "en La Constitución Peruana de 1979", Lima, Cuzco, 1987: pág.174.

mento en que el Juez deba fijar la indemnización civil, podría efectuar un análisis de conjunto.

Sin embargo, aún para los que admitimos la acumulación de las prestaciones de los órdenes del derecho de la seguridad social y del derecho de daños, existen diferentes posiciones sobre la forma en que debería realizarse tal acumulación.

Raúl Saco Barrios denomina normas "reparatorias" a las de la seguridad social y normas "indemnizatorias" a las derivadas de la póliza del Seguro de Vida Ley (Decreto Legislativo N° 688) y derivadas de la inejecución del derecho común[13] (añadiríamos de la responsabilidad civil extracontractual, según la posición que asumimos en este trabajo). Quizá sería conveniente profundizar en la clasificación y naturaleza de estas normas para convalidar o no la compensación parcial que se plantea en este trabajo.

En todo caso, la relación que se plantea como más compleja, es aquella entre los daños que pueden surgir del orden civil de daños y, aquellos daños emanados de la infracción al orden prevencionista (sobre todo si éste conlleva rasgos cuasi objetivos como dice Cortés, o si se interpreta hasta el punto de cobijar la obligación general de no dañar a nadie –alterum non laedere, como sostiene Reglero Campos).

II. SEGUNDA PARTE: ZONAS GRISES Y RESPONSABILIDAD CIVIL PATRONAL

La responsabilidad extracontractual es más amplia que la contractual y además recoge la regla de la responsabilidad objetiva, particularmente aplicable a las situaciones de riesgo creado (artículo 1970 del Código Civil) que justamente creemos debería regir los casos de responsabilidad civil patronal de las industrias que implican el desarrollo de labores riesgosas o peligrosas. En esta parte planteamos la viabilidad de aplicar esta norma, partiendo primero de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, y responsabilidad objetiva y subjetiva. También comentamos cómo creemos sería la aplicación de los elementos de la responsabilidad civil al campo laboral y citamos algunas ejecutorias de las Salas Civiles.

13 Saco Barrios, Raúl, loc cit.

Nuestro análisis nos lleva a plantear tres posibles posiciones sobre cuál debería ser el factor de atribución (objetivo o subjetivo), quedándonos con aquella que plantea la responsabilidad objetiva al menos para los casos en que se verifiquen los requisitos del artículo 1970 del Código Civil. No podemos dejar de hacer una breve mención al grave problema sobre la competencia antes de finalizar nuestro trabajo planteando nuestras conclusiones y recomendaciones.

II.1 Responsabilidad extracontractual objetiva y responsabilidad civil patronal

II.1.1 Responsabilidad contractual vs. extracontractual

Para la doctrina clásica la responsabilidad contractual presupone la existencia de un vínculo (contrato), por ende, ante un caso de accidente de trabajo, al haber mediado una relación laboral, se adoptarían las reglas de la responsabilidad contractual (inejecución de obligaciones).

Entre nosotros, Pedro Morales Corrales y Carlos Guillermo Morales optan por dicha teoría clásica. Podemos reseñar la cita transcrita por Carlos Guillermo Morales:

"No se trata pues de un supuesto de incumplimiento de no dañar a otro, como afirma la jurisprudencia civil, sino de la específica, insita en todo contrato de trabajo, de garantizar la seguridad de los trabajadores al servicio de la empresa."[14]

Pero la doctrina civil reconoce zonas grises cuando dentro de una relación jurídica obligatoria se produce un daño que exhorbita los derechos y deberes inherentes a dicha relación, configurando también un supuesto de responsabilidad extra-

[14] Salfungencio, José Antonio, "Las contradicciones del Tribunal Supremo en el establecimiento del orden jurisdiccional competente para enjuiciar la responsabilidad civil empresarial porlos daños y perjuicios derivados de accidentes de trabajo: a propósito de las sentencias dictadas el 1 (Sala de lo Social) y 31 de diciembre de 2003 (Sala de lo Civil)", en Revista Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica, La Ley, Madrid, 2004, Tomo II, pág. 817 y sigs., citado por Carlos Guillermo Morales, op cit: pág.66.

contractual.[15] Luego, también cabría fundar la demanda indemnizatoria vía responsabilidad extracontractual.

Carlos Guillermo Morales, citando a Lizardo Taboada, indica que los magistrados civiles califican la responsabilidad civil patronal como una hipótesis de responsabilidad extracontractual:

"Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico de no causar daño, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual. La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia de un deber genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber específico denominado relación jurídica obligatoria."[16]

Una tendencia moderna en la doctrina civil es a unificar el tratamiento de la responsabilidad civil, reputándose artificiosa la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. En ambos casos se produce un daño y el derecho interviene para repararlo. No importa el origen del daño, sino cómo solucionar las consecuencias.[17]

Empero, el Código Civil peruano adopta un sistema "binario" del que nacen diferencias, siendo las principales las siguientes:

a. Factor de atribución: En la responsabilidad contractual es generalmente subjetivo (art.1321 y 1314, sobre dolo o culpa) y excepcionalmente objetivo (art.1325); en la responsabilidad extracontractual más bien conviven los factores de atribución objetivo (arts. 1970, 1976, 1979, 1980 y 1981) y subjetivo (art.1969).

15 Espinoza Espinoza, Juan, Derecho de la responsabilidad civil, Lima, Gaceta Jurídica: págs. 52 y 222.

16 Taboada, Lizardo, en Mimeo, Academia de la Magistratura, Curso de Responsabilidad Civil, Lima, 2002: pág. 23, citado por Carlos Guillermo Morales, op cit: pág.62.

17 Espinoza, Juan: pág.51.

b. Carga de la prueba: En la responsabilidad contractual se presume la culpa leve (art.1329) y el dañado debe probar el dolo o culpa inexcusable (art.1330). En la extracontractual, se presume la culpa y el descargo corresponde al autor del daño (art.1985).

c. Plazo de prescripción: Es de diez años en la responsabilidad civil contractual (art.2001 inc.1) y de dos años en la extracontractual (art.2001, inc.4). A pesar lo cual existe jurisprudencia civil orientada a la unificación de las responsabilidades "a partir del dato de concebir el daño como centro de gravedad del problema".[18]

Atendiendo a que la responsabilidad civil es una sola, y al hecho de que en materia laboral se estaría en presencia de una zona gris, para Espinoza, en la medida que el daño sufrido excede el cumplimiento de las obligaciones laborales, se configuraría un derecho de opción del dañado.[19] Espinoza se respalda en una corriente de la doctrina argentina para la que si concurren al mismo tiempo los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento y la aquiliana, la víctima puede escoger entre accionar por la vía de la responsabilidad contractual o la extracontractual, e inclusive elegir lo que más le convenga de cada una de estas vías.[20]

Existe jurisprudencia de la Sala Civil en la cual se recoge la viabilidad de aplicar las normas de responsabilidad extracontractual objetiva a casos donde preexiste un vínculo contractual. Ello se advierte, por ejemplo, de un caso de daños a un pasajero, en que se atribuyó responsabilidad civil a la empresa de transporte. La ejecutoria señaló que aunque existían elementos de una responsabilidad civil contractual, se aplicaron las normas de la responsabilidad extracontractual por derivar los daños del ejercicio de una actividad riesgosa.[21]

[18] Ibid: pág.52. Espinoza cita la resolución casatoria 849-96 de 10 de julio de 1997.

[19] Ibid: pág.222.

[20] Ibid: págs.49-50.

[21] Expediente N° 4338-98, en: Ledesma Narvaez, Marianella, "Jurisprudencia actual", Tomo 5, Lima, Gaceta Jurídica, edición 2002: pág.252-253.

II.1.2 Responsabilidad objetiva vs. subjetiva

¿A título de qué sería responsable el empleador? Según Espinoza, el factor de atribución de la responsabilidad depende de la carga ideológica que inspire el modelo jurídico.[22] En los orígenes de la responsabilidad civil regía el principio clásico de "ninguna responsabilidad sin culpa", entendida ésta como un estado anímico reprobable frente a un daño. La sociedad industrial, que trajo los primeros accidentes a transeúntes y trabajadores, provocó una evolución, primero en el terreno del concepto de culpa, que se empezó a apreciar en función del parámetro de la conducta diligente, luego en la presunción de culpa e inversión de la carga de la prueba, hasta alumbrar la responsabilidad objetiva que busca a "un responsable" y no al autor del daño. Así, surgieron diversas construcciones: la del "riesgo beneficio" (la empresa asume la carga de los daños por cuanto se ha beneficiado con su actividad), la del "riesgo creado" que recoge el Código Civil peruano (el que emplea fuentes de riesgo, debe asumir las consecuencias negativas)[23].

El common law ha propuesto recientes teorías como la del "chapest (or easiest) cost avoider" (responde por las consecuencias económicas de los daños el agente a quien le va a resultar más económico o fácil enfrentarlas), y la del "deep pocket" (se imputan las pérdidas a los grupos sociales mejor protegidos contra las consecuencias derivadas del hecho de tener que soportar las aquéllas).[24]

La responsabilidad objetiva del empleador podría por tanto fundamentarse en tales teorías, o bien, en la clásica distinción entre obligaciones de medios y de resultados considerando como obligación de resultados la obligación de seguridad del empleador, tal y como lo viene planteando una corriente de la doctrina española.

Es importante mencionar que la justicia social y la justicia civil española no sólo se disputan la competencia sino también el fundamento jurídico del derecho de daños del trabajador. Mientras que los civilistas tienden a basarse en el Código Civil, los laboralistas utilizan como cristal la infracción del deber de protección.

---

22 Espinoza Juan, op.cit.: pág.105.

23 Tabeada, Lizardo, Elementos de la responsabilidad civil, Lima, Grijley, 2001: págs 88-91.

24 Espinoza, Juan, op.cit.: págs. 80-86 y 102-103.

II.1.3 Elementos de la responsabilidad civil patronal

En la doctrina civil los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución.[25] ¿Cómo se aplican en el campo de los accidentes de trabajo?

II.1.3.1 La ilicitud o antijuricidad

Una conducta es antijurídica si viola una norma legal o bien valores o principios del ordenamiento. Se distingue entonces antijuricidad formal (ilegalidad) de material (surge de los principios que sostienen el orden público).[26] Se dice que en materia de responsabilidad civil contractual (que presupone el incumplimiento de una obligación, generalmente nacida de un contrato) la antijuricidad es típica porque resulta del incumplimiento de una obligación. Luego, la obligación de indemnizar surge a partir de una conducta antijurídica tipificada. En cambio, en la responsabilidad civil extracontractual (donde la obligación de indemnizar es consecuencia del deber genérico de no causar daño a otro), la antijuricidad es atípica, sólo interesa la producción de un daño, pues cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea antijurídica, da lugar a responsabilidad civil.[27]

Los accidentes de trabajo generalmente se pueden prever mas no siempre se pueden evitar, aún cuando el empleador cumpla adecuados estándares de prevención y diligencia. Si no siempre hay incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de una obligación, mal podría postularse la antijuridicidad formal o responsabilidad contractual, salvo que, como en el derecho español, la ley consagre una obligación de seguridad y ésta tenga elementos para ser interpretada como una obligación cuasi objetiva o de resultado. La única forma de proteger al trabajador en el sentido de procurar asegurarle la reparación del daño, sería conceptuando la ilicitud en forma atípica y material.

---

25 Taboada, Lizardo, op. cit.: p.27.
26 Espinoza, Juan, op.cit.: p.63.
27 Taboada, op cit.: pp.28-29.

II.1.3.2 El daño

Sin daño no hay nada que indemnizar ni surge responsabilidad civil. Daño es la lesión a derechos subjetivos, con énfasis en su aspecto social.[28] Los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Se reputan daños patrimoniales el daño emergente (pérdida patrimonial efectiva) y el lucro cesante (ganancia dejada de percibir). Se considera daño extrapatrimonial el daño moral (el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos de carácter efímero y no duradero)[29] y el daño a la persona (según Espinoza, abarca más que un proyecto de vida, "los derechos o legítimos intereses existenciales").[30]

Para Taboada en el ámbito contractual se reparan sólo daños directos (artículo 1321 del Código Civil) y en el campo extracontractual la reparación es integral (artículo 1985 del Código Civil).[31]

En un caso de accidente de trabajo, una pronta y adecuada atención del trabajador atenuaría los daños y sus costos finales. El daño emergente se aminoraría con el apoyo de la empresa para solventar los gastos directos (gastos médicos, por ejemplo). Si el trabajador recibe subsidio económico del ESSALUD (que en el Perú cubre el 100% de la remuneración) propiamente no se generaría durante el plazo del subsidio un lucro cesante o sólo se generará a partir de la terminación del vínculo. En cuanto a daños personales, un accidente podría mellar el derecho a la imagen si los rasgos físicos del trabajador se ven notoriamente afectados.

II.1.3.3 La relación de causalidad

En materia de causalidad, los accidentes de trabajo no generan especial particularidad. Se afirma que debe existir una relación de causa a efecto entre la conducta

28 Ibid.: p.29.

29 Espinoza, op cit: p.158. Espinoza precisa que algunos postulan que daño moral y daño a la persona son lo mismo, que otros postulan que el daño a la persona es el género y el daño moral una especie, pero en todo caso aclara que para la jurisprudencia nacional hay diferencia y el daño moral se refiere a los conceptos arriba acotados.

30 Espinoza, op cit: p.159.

31 Taboada, Lizardo, op cit.: p.30.

típica o atípica y el daño producido a la víctima; reconociéndose además las siguientes figuras:

- Concausa: contribuye a la producción del daño tanto la conducta del autor como la de la propia víctima.

- Fractura causal: existe un conflicto de causas o conductas, una de las cuales produce efectivamente el daño, haciendo imposible que la otra hubiera llegado a producirlo. Las fracturas causales en el ámbito extracontractual son el caso fortuito o fuerza mayor, el hecho de la víctima y el hecho de un tercero.

- La pregunta clave es: ¿la conducta de la víctima, es por sí misma suficiente para la producción del daño? Si la respuesta es afirmativa, es una fractura causal, si es negativa, es una concausa.[32]

II.1.3.4 Los factores de atribución

Bajo el factor de atribución subjetivo (culpa), quien observe determinado patrón diligencia, se liberará del resarcimiento. Según este esquema, si uno ha sido diligente, no puede ser reprobado ni obligado a indemnizar a la víctima. La alternativa es la responsabilidad objetiva, donde un sujeto es responsable independientemente de sus inversiones en prevención, ya que ningún estándar de diligencia le permite liberarse.[33]

En materia de accidentes de trabajo, se podrían entonces postular las siguientes posiciones:

- Primera posición: Ya sea contractual (inejecución de obligaciones) o extracontractual la responsabilidad del empleador, el juez debe emplear el factor de atribución subjetivo por no existir norma que consagre expresamente para los accidentes de trabajo la responsabilidad objetiva del

32 Ibid: p.82.
33 Ibid: p.122.

empleador (caso Expediente 2996-99 al cual haremos referencia más adelante).

- Segunda posición: Bajo el postulado que hay lugar a responsabilidad extracontractual cuando el daño excede del ámbito de las relaciones obligatorias, es posible aplicar al menos en algunos casos el factor de atribución objetivo (caso Expediente 4350-98). Por lo tanto, si el empleador ejerce una actividad en sí misma "riesgosa o peligrosa", la responsabilidad es objetiva. ¿Cuándo un empleador ejerce una actividad "riesgosa o peligrosa"? Un referente sería la legislación peruana de accidentes de trabajo que lista actividades de "alto riesgo" (anexo 5 del D.S. 009-97-SA, texto según el D.S.003-98-SA). Sin embargo, esta relación se ha mostrado como incompleta, existiendo muchas industrias donde se producen normalmente accidentes de trabajo que no están obligadas a contratar las coberturas del SCTR.

- Tercera posición: Se puede reconocer al trabajador un derecho de opción o cúmulo de las reglas de la responsabilidad contractual y extracontractual, partiendo de la premisa que la responsabilidad civil es "una sola" y que el daño exhorbita los derechos y deberes inherentes a la relación laboral. Espinoza cita el voto singular del vocal Roncalla Valdivia en el Expediente N° 849-96 del 10 de julio de 1997.

II.1.4 La jurisprudencia de las Salas Civiles

En el Perú, normalmente es la jurisprudencia civil la base de las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores por accidentes de trabajo. Empero, se apreciará que no hay criterios uniformes.

Un caso de responsabilidad objetiva y reparación por daños extrapatrimoniales aparece en el Expediente N° 614-96 seguido contra una compañía de trabajos marítimos. La Corte Superior de Tacna confirmó una indemnización de US$ 10,000 porque se había causado "un daño a la persona, ya que jamás podría recuperar la extremidad inferior izquierda, menos realizar actividades normales, ...que lo reduce a la incapacidad para el trabajo..., (debiendo) apreciarse el sufrimiento psicológico y la frustración del proyecto de vida que afecta no sólo al trabajador sino también a sus familiares."

Inversamente, un caso de responsabilidad subjetiva surge del Expediente N° 2996-99 seguido contra una empresa industrial pesquera. La Corte Suprema rechazó la argumentación de que el Seguro Social debía cubrir todo daño derivado del accidente de trabajo, y amparó una indemnización de S/. 80,000. Se consideró "la negligencia de la demandada como empleadora que no tomó las precauciones del caso al momento de instalar en forma correcta y no invertida las válvulas de vapor de los calderos".

Aunque el presente trabajo no abarca los casos de enfermedad profesional, se puede citar el Expediente N° 4350-98 seguido contra una empresa minera, donde el trabajador contrajo silicosis con incapacidad de 75% para trabajos que demanden esfuerzo. Una Sala Civil consideró que los daños escapaban al marco del contrato, calificando la responsabilidad como extracontractual además de objetiva por el tipo de actividad de la empresa.

II.2. Competencia: por la elección del trabajador

Constituye un gravísimo problema para el trabajador que en materia de competencia, se puedan plantean dos tesis perfectamente defendibles (con las excepciones de incompetencia que ello implica en los procesos). La primera, según la cual, la justicia especializada del trabajo es la competente para el conocimiento de una demanda de daños derivados de un accidente laboral. Esta justicia tiene competencia para conocer cualquier acción por incumplimiento de derechos y obligaciones derivados de un contrato de trabajo y por incumplimiento de normas y disposiciones laborales (artículo 4 inc.2 de la Ley Procesal del Trabajo). Además el Pleno Jurisidiccional Laboral de 2000 acordó la competencia de los jueces de trabajo para conocer las demandas de indemnización de daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Juan Carlos Cortés sostiene la tesis contractualista al afirmar que es obligación genérica del empleador no causar un perjuicio al trabajador, siendo su infracción incumplimiento de disposiciones y normas laborales.[34] Por su parte, Carlos Guillermo Morales sostiene que es mejor seguir un modelo integral de reparación asignando la competencia al Juez Laboral Civil por daños patrimoniales y extrapatrimoniales, hacien-

[34] Cortés, Juan Carlos, op. cit.

do la salvedad que en materia de accidentes de trabajo se debe restringir la acción de daños a situaciones de dolo o culpa, por estar cubierta la responsabilidad del empleador por la seguridad social.[35]

Inversamente, se puede sostener exactamente lo contrario, asumiéndose con los civilistas, la tesis de la unidad del derecho de daños, pues los daños derivados de un accidente de trabajo muy bien pueden no considerarse como acaecidos estrictamente dentro del ámbito de la relación contractual laboral. El resultado dañoso, a pesar de ser consecuencia de un hecho realizado durante los quehaceres laborales, excede la específica órbita del derecho del trabajo, pudiendo la justicia civil conocer la demanda por su carácter residual y extensivo[36] (artículo 5 del Código Procesal Civil). A este respecto, existe una ejecutoria en los autos seguidos por un trabajador contra una empresa minera, según la cual la indemnización extracontractual puede presentarse aún durante la ejecución de un contrato, ello por el deber general de prevenir la comisión de daños que tiene toda persona respecto de otra. La Sala Civil señaló que los eventos dañosos que excedan de la relación contractual deben ser reparados bajo el sistema de responsabilidad extracontractual, y que en el caso sublitis se daba la figura de la responsabilidad objetiva por actividad riesgosa o peligrosa del artículo 1970 del Código Civil (Expediente N° 857-2001, 4ta Sala Civil de Lima).[37]

Como señalan Juan Espinoza y Fernando Reglero Campos, mientras no exista una norma que delimite claramente la competencia, cualquier orden civil o laboral debería legítimamente considerarse competente para el conocimiento. Lo contrario supondría la negación de una tutela judicial efectiva, no pudiendo perjudicar esta confusión a quien busca auxilio en el órgano judicial.

Es más, esta solución no sería extraña o ajena. Es posible solicitar una reparación civil al interior de un proceso penal, como también puede optarse por reclamar los daños originados en un ilícito penal ante la justicia civil.

---

35 Morales, Carlos Guillermo, op.cit: pág.78.

36 Reglero Campos, Fernando, "Responsabilidad del Empresario por Accidentes de Trabajo: Jurisdicción competente y título de imputación", en: http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Articulo_de_Fernando_Reglero_Campos.pdf

37 Ledesma Narvaez, Marianella, "Jurisprudencia actual" Tomo 6, Lima, Gaceta Jurídica, edición 2005: pág.329-330.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Primera: Existen tres órdenes implicados en materia de accidentes de trabajo: el orden de la seguridad social, el orden prevencionista de salud y seguridad en el trabajo, y el orden civil del derecho de daños.

- Segunda: Defendemos la compatibilidad de acumular las prestaciones de la seguridad social, con la indemnización del orden civil, aunque no de manera absoluta, pues de lo que se trata en materia de responsabilidad civil patronal es únicamente de reparar los daños.

- Tercera: En cambio, el deber de protección eficaz compite directamente con el derecho de daños del orden civil para fundamentar la reparación civil del trabajador en caso de accidente de trabajo. Ambos órdenes serían incompatibles en lo que se refiere al aspecto del resarcimiento de daños.

- Cuarta: Somos de opinión que en el Perú de hoy, la mejor forma de garantizar al trabajador la reparación integral de los daños, es mediante la responsabilidad objetiva del artículo 1970 del Código Civil, y no mediante tesis subjetivistas o a partir de la doctrina laboral del deber de protección eficaz. Como mínimo el artículo 1970 del Código Civil debería regir para los casos en que se desarrollen labores que impliquen riesgo o peligro para la vida o seguridad del trabajador. Pero una línea más proteccionista (extensión máxima del artículo citado), sugeriría recoger para todo evento de accidente de trabajo la responsabilidad objetiva, salvo fractura causal o concausa que eliminarían o atenuarían la responsabilidad según el caso.

- Quinta: Las corrientes subjetivistas son inadecuadas para normar los daños derivados de los accidentes de trabajo, acorde con las tendencias modernas del derecho de daños que busca identificar un responsable (y no un culpable) para la reparación integral del daño.

- Sexta: Las causas de accidentes de trabajo no necesariamente deben conducirse al capítulo de la inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual) del Código Civil, pues el conjunto de obligaciones implicadas en materia de seguridad y salud ocupacional recaen en una zona gris.

- Séptima: En el Perú no existen mayores desarrollos del deber de seguridad o protección eficaz y menos aún se relaciona éste a un alto estándar de diligencia o deber cuasi objetivo. Por lo tanto, en la práctica la función que cumple dicha doctrina es equivalente a las tesis subjetivistas de responsabilidad civil. Bajo cualquiera de estas perspectivas, el trabajador no tiene ventajas y podría quedar sin reparación.

- Octava: Consideramos que tanto la justicia civil como la laboral están legitimadas para admitir las demandas de daños y no rechazar éstas por incompetencia. Ante todo, se debe privilegiar la tutela judicial efectiva. Dos órdenes jurisdiccionales podrían conocer reclamaciones sobre responsabilidad civil, a elección del trabajador (como sucede en el ámbito penal con la reparación civil).

- Novena: En sede judicial, las opiniones parecen tornarse extremas tanto en materia de competencia, como en cuanto al título de imputación de la responsabilidad. En España, jueces civilistas y laboralistas se disputan ambos elementos, teniendo normalmente los trabajadores preferencia por la justicia civil, la misma que al igual que en el Perú, reconoce mejores indemnizaciones. El drama en el Perú es que el trabajador, luego de sortear la valla de la competencia, no siempre obtiene una reparación, pues la contienda suele plantearse en la arena de la responsabilidad civil subjetiva.

- Décima: Los puntos antes mencionados exigen una solución legislativa inmediata, y hasta que ello ocurra, nuestros magistrados podrían ensayar una solución judicial como la que se sugiere: sobre qué juez (civil, laboral o ambos) tiene competencia para los casos de accidentes de trabajo, nos alineamos con la doctrina nacional (Espinoza) y española que afirma que pueden asumir competencia ambos, a elección del trabajador. Respecto de cuál es el fundamento legal o título de imputación de la responsabilidad civil patronal, sugerimos acoger la responsabilidad civil objetiva del artículo 1970 del Código Civil, empezando por la extensión mínima aludida en la conclusión cuarta.

BIBLIOGRAFÍA

Cortés, Juan Carlos "Responsabilidad Empresarial por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", en: Diálogo con la Jurisprudencia, Vol. 8, N° 43, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.

Dolorier Torres, Javier y Frank Espinoza Laureano, "Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo. Una aproximación al Derecho Comparado y jurisprudencia extranjera", en: Diálogo con la Jurisprudencia, Vol.8, N° 43, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.

Espinoza Espinoza, Juan, Derecho de la responsabilidad civil, Lima, Gaceta Jurídica, 2002.

Garrigues, Joaquín, Curso de Derecho Mercantil, Tomo II, México, Porrúa S.A., 1984.

Gonzáles Labrada, Manuel, Seguridad y salud en el trabajo y responsabilidad contractual del empresario, Barcelona, Cedecs Editorial S.L., 1996.

Gutierrez-Solar Calvo, Beatriz, "Protección por accidentes de trabajo de la Seguridad Social y responsabilidad civil por riesgo", en: http://www.mtas.es/publica/revista/numeros/53/Est14.pdf

Ledesma Narvaez, Marianella, Jurisprudencia actual, Tomo 5, Lima, Gaceta Jurídica, edición 2002.

Ledesma Narvaez, Marianella, Jurisprudencia actual Tomo 6, Lima, Gaceta Jurídica, edición 2005.

Luque Parra, Manuel, La responsabilidad civil del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo. Madrid, Consejo Económico y Social, 2002.

Morales Corrales, Pedro, "Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales", en: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, N° 59, año XX, Lima, Asesorandina SRL, 2005.

Morales, Carlos Guillermo, "Competencia de los Jueces de Trabajo en las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios: notas para una Ley procesal del Trabajo", en: Aportes para la Reforma del Proceso Laboral Peruano, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, Coordinador de edición: Alfonso De Los Heros Pérez-Albela, Lima, Ali arte gráfico publicaciones SRL, 2005.

Neves Mujica, Javier, "Constitución y Seguridad Social" "en: La Constitución Peruana de 1979, Director: Francisco Eguiguren Praeli, Lima, Cuzco, 1987.

Reglero Campos, Fernando, "Responsabilidad del Empresario por Accidentes de Trabajo: Jurisdicción competente y título de imputación", en: http://www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/Articulo_de_Fernando_Reglero_Campos.pdf

Saco Barrios, Raúl "Reparación de los infortunios del trabajo en el Perú: el seguro complementario de trabajo de riesgo", Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

Taboada, Lizardo, Elementos de la responsabilidad civil, Lima, Grijley, 2001.

Propuesta para la descriminalización del delito de violación de la libertad de trabajo en la modalidad de incumplimiento de resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente

Javier Arévalo Vela

Asociado de la SPDTSS.

Sumario

CAPÍTULO I. MARCO TEORICO DE LOS DELITOS LABORALES. 1. La Protección Penal de los Derechos Laborales: Criminalizar o No Criminalizar 2. El Bien Jurídico en los Delitos Contra los Derechos Laborales. 3. Protección Penal de los Derechos Laborales en el Derecho Comparado. 4. El delito de violación de la libertad trabajo en el Código Penal Peruano. CAPITULO II. EL DELITO DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO EN LA MODALIDAD DE INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES DE LA AUTORIDAD COMPETENTE. 1. Antecedentes históricos. 2. Análisis del tipo penal. 2.1 Descripción típica. 2.2 Bien jurídico. 2.3 Tipo objetivo. 2.3.1 Sujeto activo. 2.3.2 Sujeto pasivo. 2.3.3 Acción. 2.4 Tipo subjetivo. 2.5. Antijuridicidad. 2.6 La culpabilidad. 2.7 La penalidad. CAPITULO III. INVESTIGACION DE CAMPO REALIZADA. 1. Delimitación de la investigación. 1.1 Ambito espacial. 1.2 Ambito temporal. 2. Técnicas de acopio de datos. 3. Procesamiento de datos 3.1 Análisis cuantitativo. Cuadro N° 01: Cantidad de Procesos por Delito de Violación de la Libertad de Trabajo en Juzgados Penales. Cuadro N° 02: Cantidad de Procesos por Delitos de Violación de la Libertad de Trabajo en Salas Superiores Penales. 3.2 Análisis cualitativo. a. En cuanto a la modalidad del delito b. En cuanto al sujeto activo c. En cuanto al sujeto pasivo d. En cuanto a la tipicidad e. En cuanto a culpabilidad f. En cuanto a penalidad. CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES. 1.Conclusiones 2. Recomendaciones. BIBLIOGRAFIA

CAPÍTULO I : MARCO TEORICO DE LOS DELITOS LABORALES

1. La Protección Penal de los Derechos Laborales: Criminalizar o No Criminalizar

Se discute en la Doctrina si resulta conveniente o no el recurrir al Derecho Penal para sancionar aquellas conductas que atentan contra los derechos de los trabajadores.

Los partidarios de la opción criminalizadora sostienen que a través de la sanción penal se puede reforzar la tutela de los derechos laborales, en razón que muchas veces las medidas de carácter administrativo y las propias del Derecho Laboral no resultan efectivas para proteger esa clase de derechos, resultando necesaria una mayor protección de su núcleo esencial, pues, los mismos pueden ser lesionados a partir de conductas basadas en el uso abusivo de la flexibilidad y desregulación laboral.

BAYLOS y TERRADILLOS consideran que "el fundamento de esta protección penal se encuentra en el propio carácter de las normas laborales como normas que, como ha destacado Rivero, requieren de un sistema reforzado de sanciones para prevenir sus ineficacia" [1].

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), aunque con un criterio más restringido, también considera necesario recurrir al Derecho Penal para sancionar ciertas conductas que lesionan los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, como son los reconocidos en su Declaración de 1998 adoptada en su 86 Sesión de la Conferencia Internacional del Trabajo.

Desde sus inicios la OIT contempló la posibilidad de sanción penal para ciertas conductas antilaborales, así tenemos que el artículo 25 del Convenio No.29, Convenio sobre trabajo forzoso (1930), estableció que "el hecho de exigir ilegalmente trabajo forzoso u obligatorio será objeto de sanciones penales, y todo Miembro que ratifique el presente Convenio tendrá la obligación de cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente".

---

1 BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan: "Derecho Penal del Trabajo", Madrid : Editorial Trotta, Segunda Edición Revisada, 1997.

En el caso del trabajo infantil, el Convenio No. 182 Sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999), en su artículo 7° considera que todo miembro que ratifique dicho convenio deberá adoptar cuantas medidas sean necesarias para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones, incluidas la aplicación de sanciones penales.

Por su parte quienes rechazan la criminalización de las conductas antilaborales sostienen que existen mecanismos extrapenales de protección de los derechos de los trabajadores que permiten sancionar dichos ilícitos sin tener que recurrir al Derecho Penal, el cual por lo demás debe ser " ultima ratio" frente al fracaso de otras opciones de control social no penal.

En la Doctrina nacional encontramos que mayoritariamente los autores se pronuncian en contra de la tipificación como delitos de las conductas lesivas a los derechos de los trabajadores, tanto por motivaciones jurídicas como por motivos prácticos.

En el ámbito de la primera argumentación encontramos que RODRIGUEZ DELGADO inclinándose por la descriminalización de los delitos laborales nos dice "...me resisto a creer que el Derecho penal pueda ofrecer soluciones favorables en este aspecto, creo que su utilización debe restringirse para aquellas conductas consideradas socialmente dañosas, y donde ningún otro mecanismo pueda tener respuesta alguna. En el presente caso estoy seguro que el Derecho laboral tiene mejores y más eficientes propuestas que el Derecho penal por ello que tal conducta, de acuerdo a un modelo de política criminal de mínima intervención, debe dejar de ser sancionada penalmente"[2].

Dentro del grupo que rechaza la sanción penal por motivos prácticos encontramos que ELIAS MANTERO sostiene "es necesario crear las condiciones para el desarrollo de cualquier clase de actividad empresarial, principalmente aquélla que genere empleo. Los estímulos para crear actividad empresarial en nuestro país

[2] RODRIGUEZ DELGADO, Julio Antonio : "No a la sobrecriminalización: Descriminalización del delito de violación de la libertad de trabajo", En: Revista Actualidad Laboral, enero 1996, Número 235, Pág. 15.

son pocos y la eventualidad que el empleador pueda ser sometido con facilidad a un proceso penal es un factor que desalienta dicha actividad" [3].

Por nuestra parte somos de la opinión que, sin pretender otorgar al Derecho Penal un carácter regulador de las relaciones de trabajo ni mucho menos pensar que constituya un instrumento que logre acabar con el incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores, su intervención resulta necesaria para garantizar un mínimo de tutela a ciertos derechos laborales que han superado el ámbito propio de las relaciones de trabajo para convertirse en derechos fundamentales de la persona humana reconocidos así por la Constitución y los convenios internacionales .

2. El Bien Jurídico en los Delitos Contra los Derechos Laborales

Según HURTADO los bienes jurídicos, sean estos individuales o colectivos, se pueden percibir "como valores expresamente o implícitamente reconocidos por las reglas y principios constitucionales, que son necesarios para garantizar la realización de los fines del sistema social y el normal funcionamiento de éste"[4].

En las sociedades democráticas la lista de estos bienes jurídicos resulta ser una lista muy extensa, así por ejemplo tienen tal calidad la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, el honor, etc.; y son objeto de protección a través de diversos mecanismos como son el civil y el administrativo por sólo mencionar los más importantes, sin embargo, cuando esta protección ingresa al ámbito penal, a decir de ZAFARONI "los bienes jurídicos pasan a ser bienes jurídicos penalmente tutelados" [5].

Si bien consideramos necesaria la intervención del Derecho Penal como medio de control social, destinado a para proteger bienes jurídicos vitales para la vida

---

3 ELIAS MANTERO, Fernando: "Delitos Contra la Libertad de Trabajo", EN: Revista Asesoría Laboral, Año III, No.28, Pág. 17.

4 HURTADO POZO, José: Manual de Derecho Penal –Parte General I, Lima-Perú, Editora Jurídica Grijley e.i.r.l., Tercera Edición 2005, Pág. 27.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal-Parte General",Buenos Aires-Argentina, Ediciones Jurídicas 1990 , Pág.389

en sociedad , dicha intervención puede resultar peligrosa, pues, abre la posibilidad a una aplicación desmedida de la represión penal.

Esto nos lleva a afirmar que el Estado sólo debe recurrir a la protección penal de los bienes jurídicos cuando las otras formas de control social no penal hayan fracasado.

En materia de Derecho Penal del Trabajo no existe en la doctrina un criterio unánime sobre que bienes jurídicos laborales deben ser objeto de tutela penal, sin embargo, nos pueden resultar indicadores objetivos para determinar estos bienes jurídicos, las disposiciones constitucionales, los convenios internacionales de la OIT así como los convenios relativos a derechos humanos.

De una manera genérica debemos decir que en principio el bien jurídico penalmente protegido son los derechos laborales cuya titularidad ostentan los trabajadores en tanto son sujetos de relaciones jurídicas de trabajo, sean estas individuales o colectivas.

De una manera concreta el bien jurídico objeto de tutela penal será aquel que la ley penal en cada caso concreto seleccione como objeto de su protección, ya que no sería posible ni tampoco conveniente que todos los derechos derivados de la relación laboral gozaran de protección penal.

Creemos hemos dicho anteriormente un indicador objetivo para identificar los bienes jurídicos laborales que deben ser objeto de protección penal lo constituyen los Tratados sobre Derechos Humanos, los Convenios de la Organización del Trabajo y los textos constitucionales, aunque en este último caso no debe olvidarse que como bien lo dice VILLAVICENCIO "no todos los valores constitucionales necesariamente deben ser protegidos por el derecho penal y a la inversa, no todos los bienes que el derecho penal protege deben estar necesariamente registrados en las normas constitucionales"[6].

[6] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Lecciones de Derecho Penal" Lima-Perú; Cultural Cuzco Editores, 1990, Pág.49

3. Protección Penal de los Derechos Laborales en el Derecho Comparado

Efectuando una revisión la legislación latinoamericana y del Reino de España encontramos que los delitos contra los derechos laborales tiene la regulación siguiente:

a. Código Penal de la República Argentina

Título V, Delitos Contra la Libertad; Capítulo IV, Delitos Contra la Libertad de Trabajo y Asociación; artículos 158° a 159°.

b. Código Penal de Bolivia

Libro Segundo: Parte Especial; Título X, Delitos Contra la Libertad; Capítulo IV, Delitos Contra la Libertad de Trabajo; artículos 303° a 307°.

c. Código Penal de Brasil

Parte Especial: Título IV, Dos Crimes Contra a Organiçao do Trabalho; artigos 197° a 207°.

d. Código Penal de Chile

No se ha tipificado esta clase de delitos.

e. Código Penal de Colombia

Libro Segundo: Parte Especial de los Delitos en Particular; Título III, Delitos Contra la Libertad y otras Garantías; Capítulo Octavo de los Delitos Contra la Libertad de Trabajo y Asociación; artículos 198° a 200°.

f. Código Penal de Costa Rica

No se ha tipificado esta clase de delitos.

g. Código Penal de Cuba

Libro III, Parte Especial Delitos; Título X, Delitos Contra los Derechos Laborales; Capítulo V, Incumplimiento de Normas de Protección e Higiene en el Trabajo, artículo 296°; Capítulo II, Imposición Indebida de Medidas Disciplinarias, artículo 297°.

h. Código Penal de Ecuador

Libro Segundo: De los Delitos en Particular; Título II de los Delitos Contra las Garantías Constitucionales y la Igualdad Social; Capítulo VIII, De los Delitos Contra la Libertad de Trabajo, Asociación y Petición; artículos 209° a 212°.

i. Código Penal de El Salvador

Libro Segundo: Parte Especial de los Delitos y sus Penas; Título IX, Delitos Relativos al Orden Social Económico; Capítulo IV De los Delitos Relativos a los Derechos Laborales y de Asociación; artículos 244° al 248°.

j. Código Penal de España

Libro II: Delitos y sus Penas; Título XV, De los Delitos Contra los Derechos de los Trabajadores; artículos 311° al 318°.

k. Código Penal de Guatemala

Libro Segundo: Parte Especial; No se ha tipificado esta clase de delitos.

l. Código Penal de Honduras

Libro Segundo: Parte Especial; No se ha tipificado esta clase de delitos.

m. Código Penal de Nicaragua

Libro II; Título II, Delitos que afectan el estado civil de las personas; Capítulo VIII, Delitos Contra la Libertad de Comercio, de Trabajo y de Asociación; artículos 256° al 259°.

n. Código Penal de México

Libro Segundo: Parte Especial; Título Décimo, Delitos Contra la Dignidad de las Personas; Capítulo Único: Discriminación; artículo 206° parágrafo III; Título Décimo Quinto, Delitos Contra el Patrimonio; Capítulo III: Fraude; artículo 231° parágrafo IX.

o. Código Penal de Panamá

Libro II, De los Delitos; Título IV, Delitos Contra el Patrimonio; Capítulo VI, Retención Indebida; artículos 195° D, E y F.

p. Código Penal de Paraguay

Libro Segundo: Parte Especial; Título III, Hechos Punibles Contra la Igualdad de la Vida e Integridad Cívica de las Personas; Capítulo II, Hechos Punibles Contra la Seguridad de las Personas Frente a Riesgos Colectivos; artículo 205°.

q. Código Penal de Uruguay

No esta tipificado estos delitos.

r. Código Penal de Venezuela

Título II, Delitos Contra la Libertad; Capítulo VI, De los Delitos Contra la Libertad de Trabajo; artículos 192° al 194°.

4. El delito de violación de la libertad trabajo en el Código Penal Peruano

El legislador peruano, siguiendo la tendencia de la mayoría de Códigos Penales latinoamericanos, ha ubicado en nuestro Código Penal de 1991 los Delitos contra los Derechos Laborales en el Título IV Delitos Contra la Libertad, Capítulo VII Violación de la Libertad de Trabajo, Artículo 168°.

De conformidad con la modificación introducida por la Tercera Disposición Derogatoria y Final del Decreto Legislativo No.857 promulgado el 25 de setiembre de 1996 y publicado el 04 de octubre de 1996 en el Diario Oficial "El Peruano", el artículo 168° del Código Penal, tiene la redacción siguiente:

> "Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:
> 1. Integrar o no un sindicato.
> 2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.
> 3. Trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad. La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales".

Como podemos apreciar, la modalidad delictuosa materia de estudio, se encuentra ubicada entre el grupo de delitos contra la libertad de trabajo pero en realidad no resulta ser una conducta contraria al bien jurídico libertad.

CAPÍTULO II: EL DELITO DE VIOLACIÓN DE LA LIBERTAD DE TRABAJO EN LA MODALIDAD DE INCUMPLIMIENTO DE RESOLUCIONES DE LA AUTORIDAD COMPETENTE

1. Antecedentes históricos

Si efectuamos una revisión histórica de nuestra legislación encontraremos que a través del tiempo el legislador peruano a ha recurrido al Derecho Penal para sancionar a los empleadores que incumplieran las resoluciones en materia laboral, dictadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo o por el Poder Judicial, sobre todo las relativas a estabilidad laboral.

En las líneas siguientes presentamos una breve síntesis sobre la manera como han evolucionados las normas legales al respecto.

Decreto Ley No. 22126

El Decreto Ley No.22126 promulgado el 31 de marzo de 1978, en su artículo 1°, amparaba a los trabajadores en su derecho a mantener el vínculo laboral y establecía sus causales de rescisión en los casos que por acción u omisión, las partes incumplieran sus obligaciones en perjuicio de la producción, la productividad, la disciplina y armonía en el centro de trabajo.

Este dispositivo en su artículo 21° consideraba como delito el incumplimiento de resoluciones consentidas y /o ejecutoriadas de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 21°, incurrían en delito de resistencia o desobediencia a la autoridad, el empleador fuera persona natural, o sus representantes en el caso de ser persona jurídica, que incumplieran con las resolu-

ciones consentidas o ejecutoriadas expedidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo. A pesar que la norma penal se encontraba inserta en un dispositivo que regulaba la estabilidad laboral, ella no precisaba que el incumplimiento estuviera referido sólo a resoluciones administrativas que ordenaban la reposición del trabajador lo que por su amplitud podía prestarse a la aplicación abusiva de la norma en la medida que podía ser invocada en caso de incumplimiento de "cualquier resolución" de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Se perseguía con esta disposición que los empleadores acataran el mandato de reposición dictado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, que en aquella época era competente para resolver esta clase de reclamos vía el procedimiento de denuncias regulado por el Decreto Supremo No.006-72-TR, actualmente derogado.

El segundo párrafo del artículo 21°, contenía un requisito de procedibilidad, consistente en exigir que el empleador previamente fuera requerido al cumplimiento de la resolución bajo apercibimiento de denuncia penal, debiendo acompañarse a la denuncia la copia certificada de la resolución consentida o ejecutoriada cuyo cumplimiento se había exigido así como del auto que hacía efectivo el apercibimiento.

La penalidad no era muy severa, pues, consistía en de prisión no mayor de tres años, sin embargo el tercer párrafo del artículo 21°, contenía una medida de sobrecriminalización consistente en negar al encausado la posibilidad de acogerse al beneficio de la libertad provisional.

Sin embargo, en consideración a que la sanción penal la originaba el incumplimiento de un mandato de la Autoridad Administrativa, el último párrafo permitía cortar el proceso penal en el estado que se encontrara si se cumplía con dicho mandato.

Ley No. 24514

La Ley No.24514 promulgada el 04 de junio de 1986, de acuerdo con su artículo 1°, regulaba el derecho a la estabilidad en el trabajo previsto en el artículo 48° de la Constitución de 1979.

El artículo 8° de la Ley No.24514 otorgó a los jueces del hoy desaparecido Fuero de Trabajo y Comunidades Laborales competencia para conocer las demandas contra despidos individuales injustificados o improcedentes.

El artículo 27° de la Ley No.24514, establecía que el empleador, si era una persona natural o sus representantes, si una persona jurídica ,que no cumpliesen con una resolución consentida y/o ejecutoriada de la Autoridad Judicial de Trabajo, por la que se ordenaba la reposición de un trabajador, sería requerido para que en el termino de cuarenta y ocho (48) horas cumplieses con la reposición, bajo apercibimiento de ser denunciado por delito de resistencia o desobediencia a la Autoridad.

Siendo el caso que el Fuero de Trabajo era un órgano jurisdiccional que formaba parte del Poder Judicial, el incumplimiento del mandato de reposición dictado por un Juez de Trabajo, constituía un acto de rebeldía frente a una orden judicial, lo que configuraba el Delito de Resistencia o Desobediencia a la Autoridad, tipificado en aquel entonces en el artículo 322° del Código Penal de 1924.

Debe destacarse que en este caso la ley sí señalaba expresamente que la resolución incumplida debía ser la que ordenaba la reposición del trabajador, lo que era un avance en materia de técnica legislativa frente a la genérica redacción del artículo 21° del Decreto Ley N° 22126.

La Ley N° 24514, al igual que su antecesora el Decreto Ley No.22126, exigía que la denuncia fuera acompañada de la resolución consentida y/o ejecutoriada que ordenaba la readmisión en le empleo y del auto que hacía efectivo el apercibimiento.

El artículo en comentario mantuvo el supuesto sobrecriminalizador de no permitir en estos casos la libertad provisional, pero a la vez permitía que se cortara el proceso cualquiera fuere su estado, si el denunciado daba cumplimiento a la resolución de la Autoridad Judicial de Trabajo.

2. Análisis del tipo penal

El incumplimiento de las resoluciones en materia laboral dictadas por la Autoridad competente, constituye una modalidad del delito de violación de la libertad

de trabajo tipificado en el artículo 168° del Código Penal de 1991 modificado por el Decreto Legislativo No.857.

2.1 Descripción típica

"al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente"

2.2 Bien jurídico

En esta modalidad delictiva no existe propiamente un bien jurídico de naturaleza laboral, lo que en realidad se pretende proteger es el cumplimiento de los mandatos de la autoridad competente, contenidos en resoluciones referidas a derechos laborales.

Podemos decir que nos encontramos frente a una modalidad de delito de violencia y resistencia la autoridad tipificado en el artículo 168° del Código Penal, resultando ser el bien jurídico protegido la Administración Pública.

2.3 Tipo objetivo

Según HURTADO POZO el tipo objetivo está conformado por "todas aquellas referencias que se hacen a lo que se encuentra fuera de la esfera psíquica del agente, a lo que no forma parte de su mundo interno"[7].

Siguiendo esta definición conformarían el tipo objetivo el sujeto activo, el sujeto pasivo y la acción típica.

[7] HURTADO POZO, José: Manual de Derecho Penal –Parte General I, Lima-Perú, Editora Jurídica Grijley e.i.r.l., Tercera Edición 2005, Pág. 410.

2.3.1 Sujeto activo

El sujeto activo es la persona que ejecuta la conducta descrita por el tipo como delito.

En principio creemos que el sujeto agente de este delito puede ser un empleador si es persona natural, o su representantes si es persona jurídica, a quienes la autoridad competente ha requerido de manera definitiva a cumplir con una obligación de naturaleza laboral.

Sin embargo, la vaguedad de la redacción del tipo legal deja abierta la posibilidad que el sujeto activo de este delito también puede ser otra persona vinculada al ámbito laboral como es el caso de los integrantes de la junta directiva de un sindicato (si se tratara de un conflicto intra o intersindical) o de un funcionario de la Administración Pública de Trabajo (caso de conflictos sobre registro sindical) a quienes la autoridad competente ha requerido de manera definitiva a cumplir con una obligación de naturaleza laboral.

2.3.2 Sujeto pasivo

Es necesario distinguir entre el objeto del delito, que según HURTADO POZO es "... la persona o cosa sobre la que recae la acción delictuosa"[8] y en sujeto pasivo que resulta ser "...el titular del bien jurídico dañado o puesto en peligro"[9], lo que nos lleva a concluir que no siempre existe coincidencia entre el titular del bien jurídico objeto de protección por el tipo penal y el sujeto típico de la acción delictiva.

En este caso el sujeto pasivo directamente es el funcionario administrativo o el juez, competentes en materia laboral, cuyo mandato contenido en una resolución es incumplido.

Como consecuencia de la actitud de incumplimiento también resulta afectado en uno o varios derechos de carácter laboral el trabajador individual o la organiza-

[8] HURTADO POZO, José: Op.Cit. Pág. 413.
[9] HURTADO POZO, José: Op.Cit. Pág. 413.

ción sindical, que después de haber seguido un proceso ante la autoridad competente y haber logrado una resolución definitiva se ven imposibilitados de hacerla cumplir por la negativa del sujeto activo.

2.3.3 Acción

MUÑOZ CONDE nos dice que "en todo tipo hay una acción, entendida como comportamiento humano (acción u omisión), que constituye el núcleo del tipo su elemento más importante"[10].

La acción por lo general se describe por el verbo principal del tipo legal, en el delito materia de estudio consiste en el incumplimiento por parte del sujeto activo de la resolución consentida o ejecutoriada expedida por la autoridad competente.

Para la configuración de este delito, en primer lugar debemos tener en cuenta que aunque la ley no lo dice expresamente, es necesario que exista una resolución consentida o ejecutoriada que contenga un mandato de naturaleza laboral.

La Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, al resolver con fecha 09 de abril del 2003, el Expediente No.469-2003-A , declarando fundada una cuestión previa deducida por el procesado, sostiene *"...que al no existir resolución consentida o ejecutoriada que contenga mandato judicial vigente que debe cumplir el denunciado, estamos ante la ausencia de un requisito de procedibilidad :.."*

En segundo lugar debe entenderse que la resolución consentida o ejecutoriada materia de incumplimiento fue debidamente notificada al sujeto activo, pues, de lo contrario no podría atribuírsele desobediencia a la misma.

La Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima al resolver con fecha 12 de junio de 1998, el Expediente No.816-98, declarando nula la sentencia de primera instancia, sostiene que " ... *no apareciendo de autos el requerimiento de autoridad competente, a cuyo incumplimiento procede la denuncia*

[10] MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría General del Delito, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., reimpresión de la segunda edición 1999, Pág.38.

penal, sino obrando tan sólo a fojas cuarentiuno un requerimiento bajo distinto apercibimiento respecto de un extremo de la imputación, no puede concluirse en la comisión del delito y la responsabilidad del procesado,... "

Igualmente la citada Sala Penal al resolver mediante resolución de fecha 05 de noviembre de 1998 recaída en el Expediente No.4813-98 ,declarando fundada la cuestión previa deducida por el procesado ,sostiene que " ... *que si bien el artículo 168 precitado no dispone el haber requerido al procesado bajo apercibimiento de ser denunciado por el delito de Violación contra la Libertad de Trabajo, debe haberse acreditado el conocimiento del procesado de la sentencia consentida y ejecutoriada para establecer su responsabilidad, que ello importa un requisito de procedibilidad que determina que se declare de oficio , fundada la Cuestión Previa,...* "

En tercer lugar debe entenderse que la "autoridad competente", sólo puede ser la que por mandato de la ley tiene facultad para resolver en sede administrativa o judicial conflictos de trabajo.

Al respecto un sector de la doctrina nacional, partiendo de la exposición de motivos del Código Penal, considera que la autoridad competente es la Autoridad Administrativa de Trabajo; así tenemos que PEÑA CABRERA sostiene que "cuando se habla de autoridad competente ,se refiere a la autoridad Administrativa de Trabajo, quien es la encargada de dictar resoluciones cuando existe incumplimiento o violación de las disposiciones legales o convencionales de trabajo, además el vínculo está vigente"[11].

Este criterio se encuentra hoy en día superado, pues, la competencia de la Autoridad Administrativa de Trabajo para resolver conflictos se ha reducido a un mínimo de supuestos, habiéndose por el contrario otorgado competencia de la Autoridad Judicial de Trabajo a través de la Ley Procesal del Trabajo, Ley No.26636, para conocer de casi la totalidad de conflictos jurídicos laborales, se encuentre vigente o extinguido el contrato de trabajo. De acuerdo a lo explicado podemos afirmar que las resoluciones incumplidas que dan origen al delito materia

[11] PEÑA CABRERA, Raúl: Tratado de Derecho Penal Parte Especial I, Lima: Edit. Ediciones Jurídicas, Segunda Edición Ampliada y Actualizada 1994,Pág.663-664.

de estudio pueden ser emitidas tanto por al Autoridad Administrativa de Trabajo como por el Poder Judicial.

SEIJAS coincidiendo con nuestra posición dice que "...la textura abierta del tipo penal permite, sin violar el principio de legalidad, que la expresión "resolución" incluya las expedidas por la Autoridad Administrativa de Trabajo y las de la jurisdicción laboral"[12].

A diferencia de lo que ocurría en la derogada Ley No.24514, en que el delito se configuraba cuando el empleador se resistía a reponer en empleo al trabajador, actualmente, dada la imprecisión del tipo legal, el mandato que se incumple puede consistir en dar, hacer o no hacer, la única exigencia lógica es que esté referido a derechos laborales.

Así por ejemplo que puede consistir en la reposición de un trabajador en un puesto de trabajo (hacer), pagar beneficios sociales (dar) o cese de un acto de hostilidad (no hacer).

El contenido laboral del mandato incumplido es fundamental para la configuración de esta modalidad delictiva, por lo tanto no se configura la misma cuando un funcionario público incumple la orden de un juez de incorporar o reincorporar a una persona a determinado régimen pensionario, tal como sería el del Decreto Ley No.20530, pues, la Sexta de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales del Texto Unico Ordenado del Régimen Pensionario del Estado aprobado por Decreto Supremo No.070-98-EF, se ha precisado que los aspectos relativos a los regímenes previsionales en general, no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social, por este motivo, a pesar de las semejanzas que puedan existir, el incumplimiento de mandatos judiciales en materia previsional no configura delito de violación de la libertad de trabajo, mas aún si el inciso 9) del artículo 139° de la Constitución considera como un principio de la función jurisdiccional la inaplicabilidad por analogía de la ley penal.

El incumplimiento de resoluciones judiciales en materia previsional en todo caso podrá configurar un Delito Contra la Administración Pública en la modalidad

[12] SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús: "Los Delitos Laborales", En: Revista Actualidad Jurídica, setiembre 2001, Tomo 94, Pág. 28.

de violencia y resistencia pero nunca un delito de violación de la libertad de trabajo.

2.4 Tipo subjetivo

Para que una conducta pueda ser considerada como típica no basta la presencia de los elementos objetivos del tipo sino que además es necesario que pueda ser atribuida a su autor a título de dolo o culpa.

Es de carácter doloso, el sujeto activo debe incumplir la resolución de la Autoridad Administrativa o Judicial, en forma intencional a pesar que está en condiciones de acatarla.

No existirá dolo, y por lo tanto no se configura este delito cuando, el sujeto pasivo no da cumplimiento a la resolución en materia de trabajo, por carecer de los medios materiales para hacerlo.

En la resolución superior de fecha 14 de mayo de 1998,recaída en el Expediente No. 498-98, la Sala Penal señaló " No se configura en el accionar del procesado los elementos del delito instruido, si el incumplimiento del pago de los beneficios sociales al agraviado se debió a un hecho que escapaba a su voluntad y posibilidades, ya que la empresa que representaba se encontraba insolvente, de lo cual se colige que en su ánimo no existió intención o dolo de evadir o incumplir el mandato judicial" .

Tal sería el caso del funcionario que mediante un mandato judicial es requerido al pago de remuneraciones o beneficios sociales de un servidor público pero que no cuenta con la disponibilidad presupuestal para atender el mismo. Igualmente se presenta la misma situación en los casos que se dispone la readmisión en el empleo de un servidor público y no existe plaza vacante para ello.

Creemos que en los casos antes mencionados la persona que incumple la resolución debe demostrar que no desobedece la resolución acreditando haber realizado los trámites ante las instancias correspondientes dirigidos a facilitar el cumplimiento de mandato recibido.

2.5 Antijuridicidad

La antijuridicidad de un acto implica que el mismo configure un comportamiento típico y que no existan causas que lo puedan justificar.

De una manera genérica podemos decir que, que al igual que en los demás delitos, tratándose del delito de violación de la libertad de trabajo, corresponderá al juez evaluar en el cada caso concreto si se presenta algún hecho que justifique la conducta del sujeto activo, sin embargo creemos en algunos supuestos típicos las causas de justificación merecen un comentario especial.

2.6 La culpabilidad

Para que un hecho sea considerado como delito no basta que el mismo esté tipificado como tal y que tenga la calidad de antijurídico, sino que es necesario también que su autor haya actuado con culpabilidad.

BRAMONT ARIAS TORRES nos dice que la "la responsabilidad o culpabilidad es la posibilidad de atribuir un hecho desvalorado a su autor"[13].

El Juez para analizar la culpabilidad del autor deberá en primer lugar determinar si el autor de la conducta típica y antijurídica, es imputable, es decir que no se encuentra afectado por anormalidad psíquica u otra afección que lo prive de la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión; luego deberá valorar si el sujeto activo pudo actuar de otra manera diferente a la de atentar contra la libertad de trabajo.

2.7 La penalidad

La pena oscila entre los dos días y los dos años, pudiendo el juzgador, dada la naturaleza del delito y el quantum de la pena, suspender su ejecución conforme

[13] BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis: Manual de Derecho Penal – Parte General, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Tercera Edición 2005, Pág.297.

al artículo 57 del Código Penal; asimismo podrá reservar el fallo condenatorio con arreglo a lo previsto en el artículo 62 del Código Penal.

CAPITULO III: INVESTIGACION DE CAMPO REALIZADA

1. Delimitación de la investigación

1.1 Ambito espacial

Tomando muestras del 30% sobre una población total de 28 Juzgados Penales para Reos Libres y del 50% sobre una población total de 06 Salas Superiores para Reos Libres, estando ubicados todos estos órganos jurisdiccionales en el Distrito Judicial de Lima.

1.2 Ámbito temporal

La investigación se desarrolló sobre la base de la actuación de los órganos jurisdiccionales antes indicados durante el periodo 2003, 2004 y 2005 en la Corte Superior de Justicia de Lima.

2. Técnicas de acopio de datos

Se utilizó la técnica documental de fichar expedientes judiciales

3. Procesamiento de datos

Terminada la etapa de recolección de datos se procedió a su clasificación y análisis utilizando los métodos inductivo y deductivo.

3.1 Análisis cuantitativo

La tabulación de los datos recopilados se presenta en los cuadros siguientes:

Cuadro 1
Cantidad de procesos por delito de violación de la libertad de trabajo en juzgados penales

Juzgado	Año 2003	Año 2004	Año 2005
2°	0	3	0
5°	3	2	0
6°	3	7	3
9°	2	0	0
11°	1	3	0
12°	2	2	3
17°	2	1	4
31°	1	1	0
Total procesos por año	14	19	10

Cuadro 2
Cantidad de procesos por delitos de violación de la libertad de trabajo en salas superiores penales

Salas Para Reos Libres	Año 2003	Año 2004	Año 2005
4°	0	0	0
5°	11	0	0
6°	2	1	7
Total Procesos por año	13	1	7

3.2 Análisis cualitativo

El trabajo de campo nos permitió verificar las situaciones siguientes:

a. En cuanto a la modalidad del delito:

Se comprobó que durante los años 2003 , 2004 y lo que va del 2005 se presentaron muy pocos procesos penales en los Juzgados y Salas Penales de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre delitos contra la libertad de trabajo, estando referidos todos ellos a la modalidad de incumplimiento de resoluciones consentidas y/o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente, esto es, en la práctica el incumplimiento de resoluciones dictadas por Juzgados de Trabajo en procesos que ordenaban el pago de beneficios económicos o la reposición del trabajador en su puesto de labores.

b. En cuanto al sujeto activo:

En todos los casos revisados el sujeto activo fue el empleador persona natural o sus representantes cuando se trató de personas jurídicas.

En los casos relativos al incumplimiento de resoluciones sobre el régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, se consideró sujeto activo a los funcionarios públicos encargados de dictar el acto administrativo correspondiente.

c. En cuanto al sujeto pasivo:

Se comprobó que en todos los casos fue un trabajador con el vínculo laboral terminado; salvo el caso de las denuncias relativas al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530 que el denunciante fue un pensionista o persona cesante que se consideraba con derecho a algún beneficio de naturaleza previsional.

d. En cuanto a la tipicidad:

Se pudo apreciar que en el caso de los procesos por incumplimiento de resoluciones relativas al régimen pensionario del Decreto Ley N° 20530, no se ha respetado el elemento tipicidad, pues, se ha procesado a funcionarios por la comisión de Delito contra la Libertad de Trabajo al infringir mandatos judiciales de contenido previsional, sin tener en cuenta que la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 817 establece textualmente lo siguientes: "precísase que los aspectos relativos a los regímenes pensionables en general, no son de naturaleza laboral, sino de seguridad social".

e. En cuanto a culpabilidad:

Se ha determinado que se ha recurrido a un criterio de responsabilidad objetiva proscrita por el artículo VI del Título Preliminar del Código Penal, pues, se ha procesado y condenado a personas por el sólo hecho de incumplir mandatos judiciales, sin tener en cuenta la culpabilidad de las mismas en dicho incumplimiento.

f. En cuanto a penalidad:

Por estar el Delito de Violación de la Libertad de Trabajo, en todas sus modalidades sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de

dos años, en ningún caso revisado se ha dictado prisión efectiva para los condenados, por su comisión. Los jueces han aplicado la suspensión de la ejecución de la pena conforme al artículo 57° del Código Penal o la reserva de fallo condenatorio conforme al artículo 62° del mismo Código.

CAPITULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. Conclusiones

a. Que, el Delito de Violación de la Libertad de Trabajo en la modalidad de incumplimiento de las resoluciones consentidas y/o ejecutoriadas de la autoridad competente, lesiona el bien jurídico Administración Pública y constituye una modalidad de Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad, pero no lesiona bien jurídico alguno de carácter laboral.

b. Que, en el Distrito Judicial de Lima, el Delito de Violación de Libertad de Trabajo sólo se presenta en la modalidad de incumplimiento de las resoluciones consentidas y/o ejecutoriadas de la autoridad competente.

c. Que, tanto las denuncias fiscales, los autos apertorios de instrucción, las acusaciones fiscales y las sentencias de los jueces penales, así como las resoluciones de las Salas Superiores consideran principalmente el hecho que el sujeto activo haya incumplido el mandato de la Autoridad Judicial de Trabajo, dejando de lado el análisis del motivo que originó tal incumplimiento.

2. Recomendaciones

a. Que, se modifique la segunda parte del artículo 168° del Código Penal modificado por el Decreto Legislativo N° 857 suprimiéndose la modalidad de Delito de Violación de la Libertad de Trabajo, consistente en el incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente.

Esta propuesta de descriminalización tiene sustento en el hecho que, sancionar penalmente a un empleador por no cumplir con resoluciones expedidas por la Autoridad Judicial de Trabajo que le ordenan un pago de beneficios económicos, no impide tal conducta patronal, pues, se ha comprobado en la investigación realizada que en la mayoría de los casos tal incumplimiento no obedece a una actitud dolosa sino a una real falta de capacidad de pago.

Tratándose del incumplimiento de resoluciones que ordenan la reposición de un trabajador como consecuencia de procesos de nulidad de despido, creemos que no es necesaria la existencia de una modalidad especial de Delito de Violación de la Libertad de Trabajo como el que es materia de nuestra investigación, pues, si el empleador no cumple con la orden judicial dictada podrá ser denunciado penalmente por el Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad.

b. Que, el delito de incumplimiento de resoluciones judiciales firmes, tanto de naturaleza laboral como previsional, sea considerado como un Delito de Violencia y Resistencia a la Autoridad tipificado en el artículo 368° del Código Penal, pues, el bien jurídico lesionado es la Administración Pública.

c. Que, se refuercen los mecanismos alternativos a la sanción penal, que permitan de lograr un efectivo cumplimento de los mandatos judiciales en materia de trabajo o previsonal.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO, Edición Oficial, 1998.

CÓDIGO PENAL, Edición Oficial, 1998.

BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan: "Derecho Penal del Trabajo", Madrid : Editorial Trotta ,Segunda Edición Revisada, 1997.

BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis: Manual de Derecho Penal – Parte General, Editorial y Distribuidora de Libros S.A., Tercera Edición 2005.

ELIAS MANTERO, Fernando: "Delitos Contra la Libertad de Trabajo", EN: Revista Asesoría Laboral, Año III, No.28.

HURTADO POZO, José: Manual de Derecho Penal –Parte General I, Lima-Perú, Editora Jurídica Grijley e.i.r.l., Tercera Edición 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco: Teoría General del Delito, Santa Fe de Bogotá-Colombia, Editorial Temis S.A., reimpresión de la segunda edición 1999, Pág.38.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO : "Una Alianza Global Contra el Trabajo Forzoso", Primera Edición 2005.

PEÑA CABRERA, Raúl: Tratado de Derecho Penal Parte Especial I, Lima: Editorial Ediciones Jurídicas, Segunda Edición Ampliada y Actualizada 1994.

RODRIGUEZ DELGADO, Julio Antonio : "No a la sobrecriminalización: Descriminalización del delito de violación de la libertad de trabajo", En: Revista Actualidad Laboral , enero 1996, Número 235.

SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús: "Los Delitos Laborales", En: Revista Actualidad Jurídica, setiembre 2001, Tomo 94.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: "Lecciones de Derecho Penal" Lima-Perú; Cultural Cuzco Editores, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: "Manual de Derecho Penal-Parte General", Buenos Aires-Argentina, Ediciones Jurídicas 1990.

La calificación ocupacional de buena fe

José Balta Varillas

Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (marzo 1996 - hoy) en diversos cursos electivos de Derecho del Trabajo. Asociado de la SPDTSS.

Sumario

1. Introducción. 2. Aspectos generales. 3. El Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo. 4. El criterio adoptado en los Estados Unidos de América. 5. Los criterios adoptados por otras legislaciones occidentales. 5.1. España. 5.2 Inglaterra. 5.3 La Comunidad Económica Europea. 6. La legislación interna peruana. 7. Conclusiones. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN[1]

La prohibición de no discriminar sobre la base de uno de los motivos constitucional o legalmente prohibidos, no es absoluta. Admite excepciones.

El mandato de no discriminación, para utilizar la expresión de Rodríguez-Piñero y Fernández López[2], no es otra cosa que una prohibición de tomar en cuenta uno de los motivos prohibidos[3] para afectar de manera negativa el empleo de una persona. Asi, tanto para las personas que postulan a un empleo como para las

1 En este artículo se citan muchos textos traducidos libremente del inglés al español, por lo que las traducciones podrían no ser del todo exactas. Asimismo, y con el único propósito de facilitar su lectura, en estos mismos textos también se han omitido algunas notas a pie de página y citas internas.

2 RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Igualdad y Discriminación. Tecnos, Madrid, 1986.

3 La expresión "motivos prohibidos" es utilizada en este artículo para hacer referencia a las razones que son listadas por las normas constitucionales y/o legales como factores prohibidos de diferenciación. Con contadísimas excepciones, es un regla universal el asociar al acto discriminatorio con los motivo específicos de diferenciación.

que ya lo tienen, la obligación impuesta al empleador se reduce a considerar a tales personas al margen de los motivos prohibidos –sexo, raza, religión, etc.–. Dicho de otro modo, el mandato de no discriminación no impide al empleador establecer las diferencias que le parezcan más convenientes; únicamente le prohíbe establecer diferencias que se basen en uno de los motivos prohibidos. Asi, el empleador puede inclusive adoptar decisiones que sean injustas o incluso arbitrarias; lo único que le está vedado es tener en cuenta uno de los motivos prohibidos.

Este concepto general se aplica por igual tanto a la discriminación directa como a la indirecta. En el caso de la discriminación directa, el empleador simplemente no podrá utilizar uno de los motivos prohibidos para afectar el empleo de un trabajador o de un postulante a un empleo. En el caso de la discriminación indirecta, el empleador estará impedido de adoptar criterios de selección neutros –es decir, que se aplican a todos por igual– que no se encuentran justificados por las necesidades del negocio y que tienen por efecto afectar a uno de los grupos protegidos mucho más que a otro, siempre en función de los motivos prohibidos.

En este contexto, el presente artículo se restringe al ámbito de la discriminación directa y, específicamente, se limita a abordar su excepción más conocida: la calificación ocupacional de buena fe[4]. Con este propósito, haremos una breve introducción inicial acerca de la calificación ocupacional de buena fe, para luego pasar a reseñar los aspectos más importantes de su tratamiento en diversos ordenamientos jurídicos. El conocimiento de tales ordenamientos en esta materia nos permitirá extraer algunos criterios acerca de la forma en la que suele aplicarse e interpretarse la excepción materia de este artículo.

[4] Esta, sin embargo, no es la única excepción. Por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo reconoce otras dos excepciones válidas: las medidas que puedan estar justificadas por la protección de la seguridad del Estado y las que tengan el carácter de medidas de protección o asistencia, que a su vez comprenden tanto a las previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo como a las especiales definidas como no discriminatorias previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores que tengan por finalidad satisfacer las necesidades particulares de personas a las que generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial. Ver Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de las Memorias Relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, página 145.

2. ASPECTOS GENERALES

Seguramente todos compartimos la idea de que la utilización de los motivos prohibidos no debería tener cabida en las relaciones laborales. Asi, en la actualidad es un principio aceptado de manera mayoritaria –sino unánime– que tales motivos no deberían servir de sustento para que un empleador adopte ciertas decisiones que perjudiquen en el empleo a los trabajadores o a los postulantes a un empleo.

Sin embargo, un análisis minucioso y más detenido puede llevarnos a una conclusión distinta respecto de ciertos casos particulares. Así, por ejemplo, suena razonable que un empleador pueda prescindir de los hombres cuando busca modelos para ropa femenina; o que otro empleador pueda buscar sólo personas de determinado color de piel para personificar en una determinada obra teatral a cierto líder histórico.

No todos los casos, sin embargo, son igualmente claros. Por ejemplo, puede un Colegio administrado por la Iglesia Católica decidir contratar profesores de matemáticas que profesen sólo la religión católica?; puede un chifa contratar únicamente personas de ascendencia china para desempeñarse como mozos y anfitriones?

De esta primera aproximación, pareciera que pueden extraerse por lo menos dos conclusiones. Primero, que es forzoso admitir la existencia misma de la excepción, pues existen casos y circunstancias en las que ella claramente se justifica . Segundo, que debe hacerse lo posible por restringir la extensión de la excepción lo más posible, a fin de evitar que a través de ella pierda sentido la regla de la no discriminación.

Asi, pareciera ser que el sustento de la Calificación Ocupacional de Buena Fe "(...) reside en la fijación de un punto de equilibrio entre principios jurídicamente tutelados (...) el de no discriminación y el de libertad empresarial. La prohibición de discriminaciones en el empleo pretende que el sexo no sea un factor en la em-

presa, salvo en las estrictas circunstancias en que es necesario para la actividad de la empresa"[5].

Precisamente por ello, casi todas las legislaciones sobre discriminación en el empleo han establecido los casos en los cuales un empleador puede válidamente tomar en cuenta alguno de los motivos prohibidos; es decir, los casos en los cuales dichos motivos constituyen una calificación ocupacional de buena fe[6]. Estos criterios, por cierto, varían de país en país, como veremos más adelante.

Como punto de partida, debe señalarse que la calificación ocupacional de buena fe es una defensa frente a una acusación de haber discriminado de manera directa a un trabajador. Asi, para esta excepción pueda ser argumentada por el empleador en su defensa, es necesario que de manera previa haya admitido que tomó en cuenta alguno de los motivos prohibidos para afectar de manera negativa el empleo de una persona.

La excepción, como tal, ha de ser interpretada de manera restrictiva. En eso existe consenso, como veremos más adelante. Si bien es cierto que cada país que ha regulado la calificación ocupacional de buena fe ha establecido su propia forma de redactar o frasear esta excepción, no es menos cierto que en todos ellos tal redacción o fraseo apunta al carácter esencialmente restrictivo de la excepción. El fundamento de ello es que la interpretación flexible de la excepción determinaría que la regla de la no discriminación pierda el vigor y la fuerza que requiere para otorgar la protección para la que fue creada.

En ese restrictivo contexto, la excepción calificación ocupacional de buena fe ha sido tradicionalmente aceptada en ciertos casos y rutinariamente rechazada en otros. La calificación ocupacional de buena fe es normalmente aceptada en aquellos casos en los que existe un componente de autenticidad de por medio o cuando. A su vez, la calificación ocupacional de buena fe ha sido rechazada casi de manera

---

5 SAEZ LARA, Carmen. Mujeres y Mercado de Trabajo. Las Discriminaciones Directas e Indirectas. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, páginas 87-88.

6 El término "calificación ocupacional de buena fe" es una traducción literal de *Bona Fide Occupational Qualification*, que es la expresión con la que inicialmente se conoció a esta excepción en los Estados Unidos de América. Otros países utilizan expresiones similares. Por ejemplo, en Inglaterra se utiliza la expresión "Genuine Occupational Qualification".

unánime en todos aquellos casos en los que se sustenta en las preferencias del empleador, de los compañeros de trabajo o de los clientes del establecimiento. También ha sido rechazada en aquellos casos en los que su sustento consiste en prejuicios o en los costos asociados a la contratación de una determinada clase de individuos.

En todos los casos, sin embargo, corresponderá al empleador demostrar la validez y suficiencia de las razones que la justifican en un determinado caso concreto. Tales razones tendrán que estar necesariamente vinculadas al desempeño de un trabajo en particular. En tal virtud, el empleador tendrá que demostrar que un determinado motivo prohibido es una característica indispensbale para la realización de un determinado puesto de trabajo, haciendo referencia específica a las particularidades de ese trabajo.

A lo largo de las páginas que siguen veremos la forma en la que diversas regulaciones han tratado a la calificación ocupacional de buena fe.

3. EL CONVENIO NO. 111 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

El Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo el 25 de junio de 1958 y aprobado por el Perú a través del Decreto Ley No. 17687 de 6 de junio de 1968.

El artículo 1, inciso 2, de este Convenio, señala que "las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación".

Como se aprecia fácilmente, la redacción de la norma apunta a una interpretación restrictiva de la misma. Las expresiones "calificaciones exigidas" y "empleo determinado" aluden a una relación de necesidad entre el desarrollo de una específica labor y los requisitos que se exigen para llevarla a cabo. Teniendo en cuenta además el carácter categórico de la prohibición de discriminar y la restrictiva redacción de una de sus excepciones, debe concluirse que no será válido que el empleador decida exigir un determinado requerimiento –basado en uno de los motivos prohibidos– a los postulantes a un empleo o a sus propios trabajadores por una

razón que no sea la imperiosa necesidad de cumplirlo para estar en aptitud de desarrollar una determinada y específica labor.

Los propios documentos emitidos por la Organización Internacional del Trabajo con posterioridad a la adopción del Convenio 111 establecen que "la excepción, admitida por el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio, debe interpretarse de una forma estricta para que no conduzca a una limitación indebida de la protección que tiende a asegurar el Convenio"[7].

Siguiendo con el mismo razonamiento, en otros documentos emanados de la Organización Internacional del Trabajo se ha señalado que "(...) es preciso que esos criterios [basados en uno de los motivos prohibidos] correspondan concretamente a las exigencias inherentes a un empleo o a una ocupación dados"[8].

Siempre para abundar en lo que atañe a la restrictiva aplicación de la excepción, los documentos provenientes de la Organización Internacional del Trabajo han señalado que "(...) los órganos de control de la OIT han observado que no existen casi ejemplos de consideraciones de raza o de origen que dependan de esta categoría (excepto, por ejemplo, en actividades artísticas dedicadas a la cultura de algunos grupos étnicos)", agregando que en lo que se refiere a la religión "(...) se deberían tener únicamente en cuenta las exigencias intrínsecas de un empleo dado, es decir, el contenido efectivo de las tareas que implica y su posible incidencia en los objetivos de la institución empleadora; asi, la cláusula de excepción sólo debería aplicarse a propósito de empleos que, por su naturaleza, implican la responsabilidad especial de contribuir a la realización de los objetivos de la institución"[9].

Rodríguez-Piñero y Fernández López señalan, comentando el Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que "el artículo 1.2 considera como no discriminatorias las cualificaciones (de color, sexo, religión, etc.) exigidas para un empleo determinado. Se trata de una excepción muy rigurosa que debe

---

7 Ver Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Página 146.

8 Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Página 151.

9 Oficina Internacional del Trabajo. Las Normas y la Acción de la OIT para la Eliminación de la Discriminación y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades en el Empleo. Ginebra, 1992, numerales 31 y 32.

responder no sólo a una justificación objetiva, sino a una rigurosa necesidad en relación con las tareas concretas a desarrollar en el puesto de trabajo en cuestión"[10].

Por último, debe destacarse que es el empleador el que debe probar que se encuentra en el supuesto de la norma. Al respecto, se ha señalado que "una de las mayores dificultades para aplicar las mencionadas disposiciones lo representa la carga de la prueba. Por lo general, se pide al empleador que pruebe que el trato especial está justificado por razones objetivas no relacionadas con un criterio discriminatorio, o que ese criterio constituye un requerimiento esencial (o de buena fe o legítimo) para el trabajo[11]".

4. EL CRITERIO ADOPTADO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Es en los Estados Unidos de América, donde la excepción a la prohibición de discriminar tomó la denominación de *Bona Fide Occupational Qualification* o calificación ocupacional de buena fe.

De acuerdo con lo que señala el Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, "(...) para un empleador no será una práctica ilegal de empleo contratar o emplear trabajadores (...) sobre la base de su (...) religión, sexo u origen nacional en aquellos casos donde la religión, el sexo o el origen nacional es una calificación ocupacional de buena fe necesaria para la marcha normal de ese particular negocio o empresa"[12].

A los efectos de determinar cuando existe una calificación ocupacional de buena fe, es necesario satisfacer dos criterios. "Primero, el demandado debe estable-

---

10 RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Obra citada, páginas 97-98.

11 Guía Sobre Legislación del Trabajo. Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo (DIALOGUE). CAPITULO VII, referido a las "Disposiciones sustantivas de la legislación del trabajo: Eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación".

12 Si bien la raza no es en ningún caso una Calificación Ocupacional de Buena Fe, jurisprudencialmente se ha admitido que ella puede ser tomada en cuenta por el empleador en los casos en los que existe una imperiosa necesidad del negocio. Tal sería el caso, por ejemplo, de un policía que tiene que trabajar de incógnito o de un actor que tiene que representar a una persona de determinada raza.

cer que tiene una base sustancial para creer que todas o casi todas las personas dentro de una clase protegida, por ejemplo mujeres, serían incapaces de ejecutar las funciones del trabajo en cuestión o que es imposible o altamente impracticable determinar individualmente si las personas dentro de la clase protegida pueden ejecutar las funciones. (...) Segundo, la particular calificación o requisito en cuestión debe ser necesario para el negocio, en el sentido que la "esencia del negocio" se vería socavada si se contrataran miembros de la clase protegida"[13].

La jurisprudencia norteamericana también ha concluido que la interpretación de esta excepción, debe ser sumamente restringida. Asi, por ejemplo, en el caso *Dothard vs. Rawlinson*, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos de América señaló que "estamos persuadidos –por el restrictivo lenguaje de la Sección 703 (e), por la historia legislativa y por la consistente interpretación de la EEOC– que la excepción BFOQ fue diseñada para constituir una excepción extremadamente estrecha a la prohibición general de discriminar en base al sexo de las personas".

La jurisprudencia americana ha establecido que existen algunos criterios que no pueden utilizarse para sustentar una BFOQ. Por ejemplo, como regla general se ha establecido que la preocupación por el bienestar del trabajador no es suficiente para justificar la existencia de una BFOQ[14]. El ya mencionado caso *Cheatwood vs. South Central Bell Telephone & Telegraph Company* ejemplifica perfectamente esta situación. Tres mujeres y un hombre postularon al puesto de Representante Comercial en Alabama. El empleador se rehusó de plano a considerar sus solicitudes de empleo, sin importarle las calificaciones individuales de esas tres mujeres. El trabajo fue finalmente otorgado al único postulante hombre. El empleador justificó su decisión señalando que la persona a ser contratada tendría que enfrentar situaciones poco apropiadas para las mujeres, como el cambio de llantas, la inexistencia de servicios higiénicos para mujeres, el sometimiento a hostilización sexual y peligro y el trabajo extenuante y pesado. La Corte amparó la demanda señalando que "(...) el Título VII otorga a las mujeres la facultad de determinar cuáles son sus "intereses individuales, correspondiéndoles decidir si aceptan o no las tareas poco "románticas".

---

13 COX, Paul. Employment Discrimination, 1991, páginas 10-4 y 10-5.

14 Sin embargo, si algunos miembros de la clase protegida presentan un riesgo sustancial al empleador o a terceros y es imposible eliminar el riesgo a través de evaluaciones individuales, puede alegarse una BFOQ. Este sería el caso de un piloto de avión mayor de 60 años.

La jurisprudencia también ha señalado que las preferencias de los clientes no justifican la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Sin embargo, el tema se ha tratado de manera heterodoxa, pues cuando hay aspectos de privacidad que ponen en riesgo la salud de los pacientes (no quieren atenderse por personas del sexo opuesto) o cuando hay procesos de rehabilitación de mujeres violadas, si se acepta a tales preferencias como válidas.

De igual modo, la jurisprudencia ha señalado algunos criterios que sí pueden utilizarse como base para alegar exitosamente la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Dentro de estos criterios se encuentran la autenticidad para las obras de teatro o cine o para algunos locales comerciales que desean vender una determinada imagen (los chifas, por ejemplo).

Estas excepciones han sido recogidas en unas regulaciones administrativas adoptadas por la *Equal Employment Opportunity Commission*, la agencia estatal federal encargada de velar por el correcto cumplimiento de todas las normas en materia de igualdad de oportunidades y de discriminación en el empleo. A continuación citamos algunas de estas regulaciones a título de ejemplo.

En materia de sexo, por ejemplo, la *Equal Employment Opportunity Commission* ha señalado "(...) que la excepción de la Calificación Ocupacional de Buena Fe en lo que atañe al sexo debería ser interpretada restrictivamente. Las etiquetas –"Trabajos de Hombres" y "Trabajos de Mujeres"– tienden a negar oportunidades de empleo innecesariamente a un sexo o al otro". En esas regulaciones se agrega que "la Comisión encontrará que las siguientes situaciones no justifican la aplicación de la excepción de la calificación ocupacional de buena fe:

i) La negativa a contratar a una mujer por causa de su sexo, basándose en suposiciones de las características comparativas de empleo de las mujeres en general. Por ejemplo, la idea de que la tasa de rotación entre las mujeres es más alta que entre los hombres.

ii) La negativa a contratar a un individuo basándose en caracterizaciones estereotipadas de los sexos. Tales estereotipos incluyen, por ejemplo, que los hombres tienen menor capacidad para ensamblar equipos complejos; que las mujeres tienen menor capacidad de agresividad en el arte de vender. El principio de la no discriminación requiere que los individuos sean considerados sobre la base de sus capacidades individuales y no so-

bre la base de cualesquiera características generalmente atribuidas al grupo.

iii) La negativa a contratar a un individuo debido a preferencias de sus compañeros de trabajo, del empleador o de los clientes, a excepción de lo especificado en el punto (a)(2) de esta sección"[15].

En similar sentido, en materia de origen nacional, la *Equal Employment Opportunity Commission* ha señalado que "la excepción contenida en la sección 703(e) del Título VII, de que el origen nacional pueda ser una Calificación Ocupacional de Buena Fe, será estrictamente interpretada."

Por último, en materia de edad, la *Equal Employment Opportunity Commssion* ha señalado lo siguiente:

a. El que las calificaciones ocupacionales sean consideradas como de "buena fe" para un trabajo específico y "razonablemente necesarias para el normal funcionamiento del negocio", se determinará en base a todos los factores que rodeen cada situación específica. Se anticipa que este concepto de Calificación Ocupacional de Buena Fe tendrá alcance y aplicación limitados. Es más, como se trata de una excepción a la Ley, será interpretada estrechamente.

b. Un empleador afirmando una defensa BFOQ tiene la responsabilidad de probar que (1) la edad límite es razonablemente necesaria a la esencia del negocio, y también (2) que todos o sustancialmente todos los individuos excluidos del trabajo en cuestión se encuentran efectivamente descalificados, o (3) que algunos de los individuos asi excluidos poseen características que los descalifican y que sólo pueden ser determinadas haciendo referencia a su edad. Si el objetivo del empleador al afirmar una defensa BFOQ es la meta de la seguridad pública, el empleador debe probar que la práctica cuestionada cumple en efecto con dicha meta y

[15] La sección (a)(2) señala que "donde sea necesario para propósitos de autenticidad (...), la Comisión considerará el sexo como una calificación ocupacional de buena fe, por ejemplo, un actor o actriz".

que no existe alternativa aceptable que la mejore o iguale con un impacto discriminatorio menor".

5. LOS CRITERIOS ADOPTADOS POR OTRAS LEGISLACIONES OCCIDENTALES

5.1 España

Hasta donde conocemos, el Tribunal Constitucional Español no ha establecido una doctrina que regule de manera integral y orgánica este tema. Sin embargo, si existen algunos antecedentes que dan cuenta de una interpretación restrictiva de la excepción.

De acuerdo con Carmen Saez[16], en la sentencia No. 216/1991 de 14 de noviembre de 1991 el Tribunal Constitucional Español rechazó dos posibles argumentos como justificación de una calificación ocupacional de buena fe, al resolver un caso en el que se discutía el ingreso de las mujeres a las fuerzas armadas: (i) las diferencias de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres, dadas las especiales características del trabajo y (ii) las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar.

Carmen Saez[17] continúa mencionando que para el Tribunal Constitucional Español "(...) la excepción al principio de no discriminación no puede fundarse en una presunción de ineptitud de la mujer sobre la base de caracteres que se suelen asociar al colectivo – mujeres; por el contrario, la prohibición de no discriminación exige una valoración de la aptitud y capacidad individual de cada individuo con independencia de su sexo. Y en segundo lugar, el TC tampoco parece acoger un aumento de los gastos derivado de las adaptaciones estructurales, para justificar la exclusión de las mujeres de ciertos trabajos o empleos".

Carmen Saez[18] también hace referencia a la sentencia No. 229/1992, en la que el Tribunal Constitucional rechaza "(...) que la protección de la mujer pueda fundar

[16] SAEZ LARA. Carmen. Obra citada. Página 94.
[17] SAEZ LARA. Carmen. Obra citada. Página 94.
[18] SAEZ LARA. Carmen. Obra citada. Página 94.

exclusiones de aquella para ciertos trabajos (...) salvo que esté en juego (...) el embarazo o la maternidad".

Finalmente, considero que es necesario hacer una referencia al concepto de la razonabilidad, pues no es infrecuente escuchar o leer que las situaciones "objetivas y razonables" con la excepción al mandato de no discriminación.

Si bien es cierto que los españoles se refieren frecuentemente al concepto de "razonabilidad" cuando hacen alusión a la discriminación, no es menos cierto que ese concepto de razonabilidad en el caso concreto de la discriminación en el empleo no es el tradicional concepto de razonabilidad sino uno mucho más estricto. En este sentido, Rodríguez-Piñero y Fernández López señalan lo siguiente: "es cierto que el mandato de parificación admite algunas derogaciones, cuando una norma constitucional prevalente disponga lo contrario, o excepciones, y en este último caso el elemento de la razonabilidad o no arbitrariedad reaparece, pero no en un sentido abierto, sino muy restrictivo, en función de que el fin de la misma sea constitucionalmente superior al valor de la igualdad de raza, sexo, etc., o que, a través de ella, se logre más efectivamente la tutela antidiscriminatoria, o que, en algunos casos límite pueda corresponder a la "naturaleza de las cosas". La paridad de trato se impone así en todos los casos, salvo estas muy estrictas excepciones, que además no contrarían los propios objetivos de la tutela antidiscriminatoria".

5.2 Inglaterra

En Inglaterra, la calificación ocupacional de buena fe se denomina calificación ocupacional genuina (Genuine Occupational Qualification). A diferencia de lo que ocurre en los casos anteriores, los Ingleses han preferido establecer sendos listados de ocupaciones en los que el sexo o la raza, por ejemplo, constituyen una calificación ocupacional genuina, lo que definitivamente ratifica su limitado campo de acción.

En materia de discriminación por razón de sexo, por ejemplo, la subsección 2 de la sección 7 de la Ley de Discriminación Sexual de 1975 establece los contados casos en los que el sexo es una calificación ocupacional genuina. La norma señala que "ser hombre es una calificación ocupacional genuina para un trabajo sólo donde:

a. la naturaleza esencial del trabajo requiere a un hombre por razones de fisiología (excluyendo la fuerza física o resistencia) o, en representaciones dramáticas u otro entretenimiento, por razones de autenticidad, de manera que la naturaleza esencial del trabajo sería notablemente diferente si lo lleva a cabo una mujer; o

b. es necesario que el trabajo sea efectuado por un hombre para preservar la decencia o privacidad porque:

   i. es probable que involucre contacto físico con hombres en circunstancias en las cuales ellos podrían objetar razonablemente que sea efectuado por una mujer, o

   ii. es probable que la persona que realice el trabajo lo efectúe en circunstancias en las cuales los hombres podrían razonablemente objetar la presencia de una mujer por encontrarse sin ropa o utilizando los servicios higiénicos; o

c. la naturaleza o ubicación del establecimiento hace imposible que la persona que realice el trabajo viva en un lugar distinto a las instalaciones proporcionadas por el empleador, y:

   i. las únicas instalaciones disponibles para las personas que realicen el trabajo están habitadas, o normalmente habitadas, por hombres y no se encuentran equipadas con alojamiento separado para mujeres y servicios higiénicos que podrían ser utilizados por mujeres en privado, y

   ii. no es razonable esperar que el empleador equipe esas instalaciones con alojamiento y servicios o proporcione otras instalaciones para mujeres; o

d. la naturaleza del establecimiento, o del lugar en el cual el trabajo es realizado, requiere que éste sea efectuado por un hombre porque:

   i. es, o es parte de, un hospital, prisión u otro establecimiento para personas que requieren cuidado especial, supervisión o atención, y

   ii. esas personas son todos hombres (exceptuando a cualquier mujer cuya presencia es excepcional), y

iii. es razonable, considerando el carácter esencial del establecimiento o de dicha parte, que el trabajo no sea realizado por una mujer; o

e. la persona que realiza el trabajo presta a individuos servicios personales promoviendo su bienestar o educación, o servicios personales similares, y esos servicios pueden ser prestados de manera más efectiva por un hombre, o

f. es necesario que el trabajo sea efectuado por un hombre debido a restricciones impuestas por las leyes que regulan el empleo de mujeres, o

g. es necesario que el trabajo sea efectuado por un hombre porque es probable que involucre la ejecución de labores fuera del Reino Unido en un país cuyas leyes o costumbres sean tales que dichas labores no puedan ser realizadas, o realizadas en forma efectiva, por una mujer, o

h. el trabajo es parte de una labor que deberá ser realizada en conjunto por una pareja de esposos".

En similar sentido, la Ley de Relaciones Raciales de 1976 también contiene un listado de situaciones en los que la raza es una calificación ocupacional genuina. Las subsecciones 1 y 2 de la sección 5 de dicha Ley señalan lo siguiente:

"(1) 1. En relación a la discriminación racial:
a. el punto 4(1)(a) o (c) no aplica para cualquier empleo en el cual formar parte de un grupo racial específico sea una calificación ocupacional genuina para el trabajo; y
b. el punto 4(2)(b) no aplica para casos de promoción, transferencia o entrenamiento para dicho trabajo.

(2) 2. Ser parte de un grupo racial específico es una calificación ocupacional genuina para un trabajo sólo donde:
a. el trabajo involucra la participación en una representación dramática u otro entretenimiento para el cual una persona de ese grupo racial es requerida por razones de autenticidad; o
b. el trabajo involucra la participación de un artista o modelo fotográfico en la producción de un trabajo o arte, imagen visual o secuencia de imágenes visuales para las cuales una persona de ese grupo racial es requerida por razones de autenticidad; o
c. el puesto implica trabajar en un lugar donde la comida y bebida provista y consumida (ya sea gratis o pagada) por los miembros del público o por parte del público en un escenario específico para el cual, en dicho traba-

jo, una persona de ese grupo racial es requerida por razones de autenticidad; o

d. la persona que realiza el trabajo presta a individuos de ese grupo racial servicios personales promoviendo su bienestar, y esos servicios pueden ser prestados de manera más efectiva por una persona de ese grupo racial".

Como se puede apreciar, en ambos casos estamos ante listados sumamente restrictivos, en los que se admite excepcionalmente la utilización del sexo y de la raza como motivos de diferenciación.

5.3 Comunidad Económica Europea

El artículo 4, sección 1, de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación señala lo siguiente: "No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado".

De igual modo, el artículo 4 de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, señala: "No obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado".

Como se observa, en ambos casos se utiliza la expresión "requisito profesional esencial y determinante", manteniéndose asi la tendencia de concebir y/o interpretar la excepción de manera sumamente restrictiva.

6. La legislación interna peruana

La legislación interna peruana actual no regula a la calificación ocupacional de buena fe[19]. Sin embargo, ello no siempre fue asi.

En efecto, la Ley No. 27672[20] reguló durante cerca de tres años las ofertas de empleo. Esta Ley señala que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no pueden establecer tratos diferenciados basados "en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquiera otra índole", salvo que exista una "justificación objetiva y razonable".

Los tres artículos más importantes de la Ley No. 26772 –los únicos, a excepción del artículo 4 que establecía que el Poder Ejecutivo debía dictar las normas reglamentarias correspondientes[21]– fueron sustituidos el 29 de mayo de 2000 por la Ley No. 27270. Estas modificaciones, lamentablemente, supusieron un retroceso técnico en la regulación de las ofertas de empleo discriminatorias.

Efectivamente, a diferencia de lo que establecía el texto inicial del artículo 2 de la Ley No. 27662, el nuevo texto –actualmente vigente– no contempla la posibilidad de que pueda existir una "justificación objetiva y razonable" para que el empleador pueda tomar en cuenta uno de los motivos prohibidos.

---

19 En este apartado no hacemos referencia al Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que ya ha sido materia de análisis. Este apartado se refiere únicamente a las Leyes, Decretos Supremos y demás normas emanadas de los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

20 La Ley No. 26772, sin ninguna duda, constituyó una respuesta legislativa a la oferta de empleo que se publicó el domingo 9 de marzo de 1997 en el diario "El Comercio", en el que una "importante entidad financiera" que no se identificaba ofrecía empleos de ejecutivo de ventas a personas que, entre otro requisitos, debían cumplir uno en especial: ser "de excelente presencia tes (sic) blanca". El aviso agregaba que la tez blanca era "indispensable" y solicitaba a los interesados remitir una fotografía reciente.
El anuncio en cuestión suscitó justificadamente la ira e indignación de muchas personas, que pensaban que este tipo de prácticas de empleo eran una cuestión del pasado. Un periódico local informó incluso que el entonces Congresista Carlos Torres y Torres-Lara presentó una moción de orden del día solicitando a la Comisión de Fiscalización del Congreso que emita un informe identificando a los autores del aviso e indicando "las responsabilidades a que hubiere lugar". Fue en ese contexto que se promulgó la Ley No. 26772 luego de poco mas de una hora de discusión en el pleno del Congreso.

21 La Ley No. 26772 fue reglamentada mediante Decreto Supremo No. 002-98-TR, publicado en el diario oficial El Peruano el 1 de febrero de 1998.

El texto inicial del artículo 2 de la Ley No. 27662 había dado lugar a dos a reglamentarias. De un lado, el artículo 3 del Decreto Supremo No. 002-96-TR señalaba que "no se consideran prácticas discriminatorias por estar sustentadas en una justificación objetiva y razonable, aquellas basadas en las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo o medio de formación ofertado". De otro lado, el artículo 4 de dicho Decreto Supremo No. 002-98-TR señalaba que "no se considera justificación objetiva y razonable y por lo tanto constituye práctica discriminatoria, para los fines del Artículo 2° de la Ley, aquélla referida a las preferencias subjetivas de los clientes, o a los costos específicos derivados de la contratación o admisión de una persona. Tampoco se considera que existe una justificación objetiva y razonable cuando se excluye al postulante, en función de su pertenencia a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos".

Como se apreciará, las citadas normas interpretaron de una manera sumamente restrictiva el difuso concepto de "justificación objetiva y razonable", restringiéndolo al caso de las calificaciones exigidas para el desempeño del empleo o medio de formación ofertado y señalando tres ejemplos concretos de razones que en ningún caso constituirían una razón objetiva y razonable: las preferencias subjetivas de los clientes, los costos específicos derivados de la contratación o admisión de una persona y la pertenencia de una persona a un grupo, gremio o asociación con fines lícitos.

7. CONCLUSIONES

1. La calificación ocupacional de buena fe es una excepción a la prohibición de discriminar. En específico, se trata de una excepción a la discriminación directa.

2. En esta materia, en el Perú deben aplicarse los criterios y reglas del Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo.

3. La calificación ocupacional de buena fe es una excepción a la regla. Como tal, debe ser interpretada de manera restrictiva.

4. Tiene que hacerse un análisis específico de las obligaciones y responsabilidades de cada puesto de trabajo para poder establecer si el pertenecer a un determinado grupo protegido constituye una calificación ocupacio-

nal de buena fe. Hacer un análisis sumamente general o excluir a ciertas personas de la posibilidad de obtener un empleo simplemente porque alguna tarea de menor importancia tiene que ser desarrollada por una persona perteneciente a un determinado grupo protegido, no sería suficiente para establecer la existencia de una calificación ocupacional de buena fe.

5. Ciertas circunstancias no justifican la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Las medidas de protección a la mujer, los costos para el empleador, las preferencias de los clientes o de los compañeros de trabajo y los perjuicios colectivos, en ningún caso sirven para justificar la existencia de una calificación ocupacional de buena fe. Sin embargo, en determinadas circunstancias concretas, como por ejemplo cuando hay aspectos de privacidad que ponen en riesgo la salud de los pacientes o cuando hay procesos de rehabilitación de mujeres violadas, suele admitirse que las preferencias de los clientes jueguen un rol en la determinación de si existe o no una calificación ocupacional de buena fe.

6. Uno de los criterios que tradicionalmente se ha aceptado como válido para que exista una calificación ocupacional de buena fe tiene que ver con la autenticidad, tanto para las obras como para la generación de ciertos ambientes. Así, las ocupaciones relacionadas con las obras de teatro o de cine, el modelaje de ropa o de accesorios para personas de un determinado sexo etc. justifican la existencia de una calificación ocupacional de buena fe, siempre que exista una relación de necesidad entre la labor a ser desempeñada y la pertenencia a un determinado grupo protegido. De la misma manera, la existencia de personas de determinada apariencia, color u origen para darle cierto ambiente a restaurantes, bares, etc. también ha servido excepcionalmente de base para justificar la existencia de una calificación ocupacional de buena fe.

7. La carga de la prueba corresponde al empleador, pues le corresponde a él demostrar que el sexo, la raza, etc. de una persona es indispensable para poder realizar una determinada labor.

BIBLIOGRAFIA

COX, Paul. *Employment Discrimination*, 1991, páginas 10-4 y 10-5.

Guía Sobre Legislación del Trabajo. Departamento de Diálogo Social, Legislación y Administración del Trabajo (DIALOGUE).

Igualdad en el Empleo y la Ocupación. Estudio General de las Memorias Relativas al Convenio (núm. 111) y a la Recomendación (núm. 111) sobre la Discriminación (Empleo y Ocupación), 1958. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución).

Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución).

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Las Normas y la Acción de la OIT para la Eliminación de la Discriminación y la Promoción de la Igualdad de Oportunidades en el Empleo. Ginebra, 1992.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda. Igualdad y Discriminación. Tecnos, Madrid, 1986.

SAEZ LARA, Carmen. Mujeres y Mercado de Trabajo. Las Discriminaciones Directas e Indirectas. Consejo Económico y Social, Madrid, 1994.

Impreso en octubre del 2006 en
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Tiraje: 500 ejemplares

Psje. María Auxiliadora 156-164, Breña, Lima, Perú
Teléfonos: 424-8104 / 332-3229
Tareagráfica@terra.com.pe