

El Artículo 62 de la Constitución, su aplicación a los contratos de trabajo y a las normas que modifican las relaciones individuales de trabajo

Roberto Juan Servat Pereira de Sousa

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, ante la reforma de la legislación laboral en materias puntuales tales como la normatividad especial para las micro y pequeñas empresas, la solidaridad de pago de los beneficios legales en la tercerización con desplazamiento de personal o la posible limitación de los contratos de trabajo de exportación no tradicional, entre otros, que ha surgido como una acción natural de los actores sociales frente a la falta de definición y voluntad política de aprobar una Ley General de Trabajo postergada por años que regule las mismas, una serie de iniciativas que buscarían reformar algunos artículos del actual texto constitucional (especialmente en el capítulo económico), llegándose hasta formular el retorno integral a la Constitución del año 1979, lo cual traería de por sí un cambio en la regulación laboral.

Es así que, sea por una modificación de leyes de trabajo o por una reforma constitucional total o parcial, resulta relevante analizar, al amparo de la normatividad vigente, hasta qué punto los cambios que puedan introducirse en las relaciones laborales, más específicamente en los contratos de trabajo, estarían limitadas en su eficacia por la protección de la denominada intangibilidad o inmutabilidad de los contratos consagrada en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado.

Recordemos que el citado artículo 62 recoge dos supuestos sobre la denominada intangibilidad o inmutabilidad de los contratos: en el primer párrafo trata sobre los contratos en general, y en el segundo párrafo, regula los denominados contratos ley.

Con respecto a los contratos ley, que no es materia de atención del presente trabajo, debemos mencionar que estamos ante contratos que celebra el Estado con particulares con la finalidad de otorgar estabilidad jurídica en diversos campos relacionados con la operación económica que desarrollará en nuestro país el inversionista nacional o extranjero.

Podemos afirmar que el Estado, con la celebración de dichos contratos, luego de evaluar los beneficios y sacrificios que representan las obligaciones contractuales durante el tiempo pactado, se somete a las reglas de los particulares para otorgar seguridad jurídica al inversionista, es decir, estabilidad para el privado, que le permitirá evitar los cambios de reglas en el tiempo, creando una protección a través de la ultractividad de las reglas pactadas. Esto permite al inversionista confiar y planificar su actividad económica, y al Estado, garantizar la inversión y el desarrollo económico del país. Los contratos ley han tenido un desarrollo normativo en el artículo 39 del Decreto Legislativo No. 757.¹

En líneas generales, los autores coinciden en la conveniencia que el Estado tenga este mecanismo jurídico que contribuya a la captación de capitales y dirigir las inversiones de aquellas actividades que tienen una importante participación en el desarrollo económico y social del país. Tema aparte, que para nosotros no afecta la validez jurídica y conveniencia de la regulación de los contratos ley, es la evaluación que se viene realizando en esferas políticas sobre la adecuada negociación que hizo el Estado peruano al celebrar algunos de los convenios de estabilidad en la década del noventa.

¹ Decreto Legislativo No. 757. Artículo 39.-"Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse y dejarse sin efecto por acuerdo de partes".Código Civil. Artículo 1357.- "Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato".

En cambio, el supuesto regulado en el primer párrafo del artículo 62 del texto constitucional, sobre la intangibilidad de los contratos en forma general, a diferencia de los contrato ley, tiene, en nuestra opinión, serios cuestionamientos sobre su conveniencia, validez y efectos legales en la esfera del Derecho del Trabajo.

Cabe mencionar que el presente trabajo, a pesar de reconocer que el artículo bajo comentario incluye a todo tipo de contratación, se enfocará únicamente en su repercusión con respecto al contrato de trabajo, y determinar si es correcto afirmar que, las recientes modificaciones a normas que afectan las relaciones individuales de trabajo, y otros cambios legislativos que podrían darse en el futuro, no serían de aplicación a las relaciones laborales vigente por la protección del artículo 62.

2. TEORÍAS DE LA APLICACIÓN EN EL TIEMPO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

El primer párrafo del artículo 62 de nuestra Constitución señala que “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes y otras disposiciones de cualquier clase (...)”.

A partir de lo dispuesto, resulta conveniente analizar el mismo y si tiene algún efecto con respecto a la aplicación de las normas en el tiempo, para lo cual, es necesario previamente evaluar en forma breve las dos teorías sobre la materia, es decir, la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de los hechos cumplidos.

2.1. Teoría de los derechos adquiridos

La inmutabilidad de las normas bajo las cuales se adquieren derechos o crean relaciones jurídicas, permite cumplir con el objetivo de otorgar a las personas una seguridad en un sistema jurídico. Esta teoría sostiene que “una vez que un derecho ha nacido y se ha establecido en la esfera de un sujeto, las normas posteriores que se dicten no pueden modificarlo. En consecuencia, el derecho seguirá produciendo los efectos previstos al momento de su constitución, bien por el acto jurídico

que le dio origen, bien por la legislación vigente cuando tal derecho quedó establecido.”² Como se desprende, esta teoría busca proteger la seguridad y estabilidad de los contratantes conforme a lo acordado al momento de la celebración del contrato, pacto que recoge beneficios contenidos en la legislación.

Se entenderá un derecho adquirido como aquellos que “(...) han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él, y de los cuales ya no puede privarnos aquél de quien los tenemos”³.

Sobre el origen del derecho adquirido en materia laboral, parte de la doctrina excluye su nacimiento a una norma en el sentido amplio, rescatando que éste debe nacer necesariamente de un contrato de trabajo, un convenio colectivo o una costumbre laboral, pero otras posturas doctrinarias admiten su origen a las diferentes fuentes del Derecho del Trabajo.

Con respecto a la finalidad de la teoría de los derechos adquiridos, podemos señalar que la norma bajo la cual nació el derecho, y que ya entró al dominio de las partes, continúa rigiendo mientras tal derecho surta efectos, aunque en el trayecto exista un momento en el que dicha norma haya sido derogada o sustituida.

2.2. Teoría de los hechos cumplidos

La teoría de los hechos cumplidos, a diferencia de la de los derechos adquiridos, destaca la naturaleza innovadora de la norma, privilegiando su aplicación inmediata frente a la ultractividad de las derogadas. Esta teoría se sustenta en el postulado que las leyes posteriores deben suponerse mejores que las anteriores, con lo cual deben aplicarse de manera inmediata.

Así tenemos que la teoría de los hechos cumplidos “sostiene que cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Entonces si se genera un derecho bajo una primera ley y

² RUBIO CORREA, Marcial. *Aplicación de la norma jurídica en el tiempo*. Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, 2007. p. 27.

³ *Idem*.

luego de producir cierto número de efectos dicha ley es modificada por una segunda, a partir de la vigencia de esta nueva ley, los nuevos efectos del derecho se deben adecuar a ésta y ya no ser regidos más por la norma anterior bajo cuya vigencia fue establecido el derecho que de que se trate”⁴.

El origen de esta teoría provendría del respeto hacia el *ius imperium* del Estado en cuanto al respeto a las leyes de orden público vigente. Adicionalmente a lo manifestado, recogiendo lo señalado por Marcial Rubio Correa, la teoría privilegia la transformación del Derecho al impulso del legislador.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, esta teoría plantea la existencia de una retroactividad prohibida cuando una norma nueva suprime o altera los efectos producidos por un hecho posterior. En consecuencia, el nuevo precepto no puede alterar hechos, situaciones o relaciones ya verificadas, así como tampoco modificar las consecuencias realizadas.

3. ¿QUE TEORÍA CONSAGRA LA ACTUAL CONSTITUCIÓN?

De la revisión de los fundamentos de las dos teorías desarrolladas sobre la aplicación de la norma en el tiempo, se puede advertir que éstas no son excluyentes si tomamos en cuenta que la norma siempre se aplica a los hechos ocurridos durante su vigencia. A partir de ello, para ambas teorías, el problema radica en el conflicto en cuanto a la aplicación de una ley a un determinado contrato una vez producido un cambio de regulación.

Este conflicto se evidencia ante el hecho que la teoría de los derechos adquiridos alega que la regla original debe ser aplicada ultractivamente, mientras que la teoría de los hechos cumplidos señala que los hechos, situaciones o relaciones jurídicas se deben regir por la ley vigente, es decir a partir de una aplicación inmediata, y no por la norma que reguló tal situación.

Si bien no tenemos una norma constitucional que trate sobre el conflicto en la sucesión de normas, y que nos permita advertir con facilidad la teoría recogida,

⁴ Ibidem. p. 29.

algunos autores consideran relevante analizar los artículos 103 y 62 de la Constitución, como lo realizaremos a continuación.

Así tenemos que, el segundo párrafo del artículo 103 precisa que “Ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

La cita constitucional reconoce en nuestro ordenamiento jurídico la aplicación inmediata de la norma, teniendo como excepción la retroactividad en materia penal. Esta propuesta normativa se confirma con la redacción del tercer párrafo del citado artículo constitucional que reconoce que “la ley se deroga sólo por otra ley”, con lo cual queda reconocida que las nuevas normas se aplican en forma inmediata reemplazando la anterior.

La regulación sobre aplicación inmediata de la ley expuesta en el párrafo anterior, ha permitido que los estudiosos del Derecho puedan presumir por vía interpretativa (aunado al desarrollo de normas infra constitucionales) que la teoría general adoptada por nuestra actual Constitución es la de los hechos cumplidos.⁵ Asimismo, las últimas modificaciones que reconoce como excepción para materia provisional la teoría de los derechos adquiridos, fortalecería esta posición.

⁵ Cabe señalar que en la normativa infra constitucional de naturaleza sustantiva se ha recogido la teoría de los hechos cumplidos. Así tenemos que el numeral III del Título Preliminar del Código Civil señala que “La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”. Esta regla es confirmada por la Disposición Transitoria del artículo 2121 del referido código al señalar que “A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes”.

Sin embargo el artículo 2120 del Código Civil aceptaría la teoría de los derechos adquiridos pues precisa que “Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este código no los reconozca”. No obstante que la redacción podría conllevar una contradicción dentro del código sustantivo, consideramos que para descartar esta posibilidad sería necesario realizar una interpretación histórica para determinar que el citado artículo 2120 constituye una trascripción del artículo 1826 del Código Civil de 1936, de tal manera se debe entender que este artículo aludía a que cuando el Código Civil no regulaba derechos si reconocidos en el código anterior (en este caso el Código Civil de 1854) éste los seguía regulando en forma ultractiva.

Sin embargo, el principio de intangibilidad de los contratos recogido en el primer párrafo del artículo 62 del texto constitucional, permite que las normas derogadas, pero vigentes al momento de la celebración del contrato, sean aplicables a los hechos derivados de la relación contractual, con lo cual, si bien estamos ante un artículo que versa sobre contratos y no leyes (a diferencia del artículo 103) podría hacernos incurrir que abrazaría la teoría de los derechos adquiridos.⁶

En ese sentido, consideramos que si bien el ordenamiento jurídico se ha inclinado por la teoría de los hechos cumplidos como principio regulador de la aplicación de las normas en el tiempo, en el caso de la regulación del artículo 62 de la Constitución nos encontramos frente a una regulación particular para materia contractual, y no de leyes, por lo cual es necesario analizar el alcance del mismo cuando una ley posterior busca modificar lo pactado en el contrato de trabajo. De este modo, la norma en mención debe ser entendida como una especial “para los contratos, frente a la regla general contenida en el artículo 103 de la Constitución y aplicable a las demás circunstancias.”⁷

Bajo este orden de ideas, y retomando el tema central del trabajo relativo a los alcances del primer párrafo del artículo 62 con respecto al contrato de trabajo, se podría advertir a primera lectura que para estas relaciones contractuales la teoría aplicable sería la de los derechos adquiridos y no la de los hechos cumplidos. Vamos apreciar en las líneas siguientes que esta apreciación no resulta necesariamente válida para los contratos de trabajo.

⁶ Según NEVES MUJICA, Javier. La Constitución ha asumido expresamente en el artículo 62 una teoría sobre la vigencia de las normas en el tiempo, que es la de los derechos adquiridos, de tal manera que “en adelante, todo el ordenamiento vigente al momento de celebrar un contrato acompañará el desarrollo de la relación subsiguiente mientras ésta exista, independientemente de que aquél sea sustituido por otro ordenamiento más o menos favorable”. En “La Negociación y el Convenio Colectivo en las Constituciones de 1979 y 1993”; Asesoría Laboral, enero, 1994. p.29.

⁷ RUBIO CORREA, Marcial. Aplicación de la norma jurídica en el tiempo. Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, 2007. p. 42.

4. ¿ES APLICABLE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS A LOS CONTRATOS DE TRABAJO?

4.1. La Autonomía de la Voluntad en los Contrato de Trabajo

Como bien se puede apreciar, el primer párrafo del artículo 62, norma bajo análisis, alude a dos aspectos a partir de los cuales, consideramos, se delimitará su aplicación, tal como son la libertad de contratar y como consecuencia lógica de ésta, el contrato.

Al referirnos a la autonomía de la voluntad, damos relieve a la voluntad real o psicológica del agente, la cual al no ser manifestada o declarada mediante un acto jurídico no crea efectos jurídicos.⁸ Es importante indicar que la manifestación de voluntad, no es sólo una simple manifestación sino que realizada a través del acto jurídico, expresa la intención de obligarse válidamente a algo en sentido definitivo, de tal modo que el sujeto quede vinculado por su declaración.

Con la manifestación de voluntad los sujetos no se limitan a comunicar sus intenciones sino a regular sus relaciones. “Lo que está garantizado y tutelado por el Derecho no es la simple manifestación de voluntad sino la manifestación vinculante de intereses. Así el itinerario que recorre la voluntad concluye en una decisión cuya exteriorización constituye un precepto de autonomía privada, como podría ser un contrato cualquiera.”⁹

En materia contractual, la autonomía de la voluntad privada comprende a la libertad de contratar y a la libertad contractual. La primera de ellas ha sido reconocida como un derecho fundamental en nuestra Constitución en el numeral 14 del artículo 2.¹⁰

⁸ FERRI Luigi, citado por TORRES, Anibal. Acto Jurídico. Editorial San Marcos, 1998. p. 93.

⁹ TORRES, Anibal. Acto Jurídico. Editorial San Marcos, 1998. p. 94.

¹⁰ “Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:(...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan normas de orden público. (...)”

Para la mejor comprensión de ambos conceptos, resulta conveniente remitirnos a pronunciamientos que sobre la materia ha expedido el Tribunal Constitucional peruano. Así tenemos que, la libertad de contratar, como señala este órgano, es también llamada “libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata”¹¹, la misma que comprende a “la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato”.¹²

Puede apreciarse que la libertad de contratar como derecho, le permitiría a una persona decidir respecto a cómo contratar. Es a partir de ello que se ha establecido en el Código Civil que el contrato es “el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”¹³, acuerdo que emana de la autonomía de la voluntad.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho Civil, en el cual predomina la autonomía de la voluntad y es la que determina el contenido de los contratos, en materia laboral, “la reducción de la autonomía privada en el contrato de trabajo ha sido uno de los elementos que ha dado sustantividad propia al Derecho del Trabajo que surgió contra el imperialismo del contrato, por negar en el contrato de trabajo el predominio de la autonomía de la voluntad como fuente reguladora y restringir la aplicación del “dogma” civil de la autonomía de la voluntad”.¹⁴

“El papel regulador de la autonomía privada individual en el contrato de trabajo, y por ello el espacio de la libertad contractual, ha sido una variable dependiente de la dinámica evolutiva de dos sistemas normativos heterónomos, la ley y la contratación colectiva, dando lugar a un alto grado de regulación heterónoma del contrato de trabajo”.¹⁵

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2185-2002-AA/TC.

¹² Idem.

¹³ Artículo 1351 Código Civil.

¹⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”; en: Los principios del derecho del trabajo, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003. p. 107.

¹⁵ Ibidem. p. 108.

Dentro de esta regulación heterónoma que restringe la autonomía de la voluntad en la contratación laboral, deberá tenerse en cuenta el grado de imperatividad o dispositividad de la misma.

A partir de ello, dicha autonomía estará delimitada por diferentes tipos de normas, que podrán ser “normas de derecho dispositivo, que permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia y su libre juego en cualquier dirección (de mejora o de disminución); derecho necesario relativo, que fijan pisos a la autonomía privada, debajo de los cuales la intervención de esta queda prohibida; máximos de derecho necesario, que establecen techos a la autonomía privada, que no puede sobrepasar; y derecho necesario absoluto, que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada. La gran masa de normas laborales es del segundo tipo”.¹⁶

Como se desprende de lo señalado, la autonomía de la voluntad derivada en el contrato de trabajo ocupa un espacio de “complemento” y concurrencia con productos normativos como la ley y/o el convenio colectivo. A partir de ello, “el espacio que le queda es limitado: (por lo que) puede ocuparse de lo no previsto por las normas, o de lo previsto dispositivamente por ellas (en este caso en cualquier sentido) o de lo previsto con imperatividad relativa (pero entonces, solo en sentido de mejora de piso)”.¹⁷

Adicionalmente, en doctrina se ha precisado que en muchos casos, por la desventaja que se encuentra el trabajador frente al empleador al momento de la negociación del contrato de trabajo, especialmente por la necesidad de obtener el empleo, pueden darse vicios del consentimiento, que afectan el contenido del pacto, viéndose obligado el trabajador aceptar condiciones desfavorables.

4.2. El Artículo 62 y los Contratos de Trabajo

Luego de analizar las particularidades que se presentan en el nacimiento del contrato de trabajo con respecto a la autonomía de la voluntad de las partes, auna-

¹⁶ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. Fondo Editorial PUCP, 2004. p. 48.

¹⁷ *Ibidem*. p. 84.

da a las situaciones propias que pueden afectar la negociación teniendo en cuenta la desigualdad de los sujetos de la relación laboral, debemos analizar si el primer párrafo del artículo 62 que recoge el principio de intangibilidad de los contratos, impediría que una nueva legislación laboral afecte lo pactado en el contrato de trabajo, especialmente cuando lo acordado recoge derechos o beneficios consagrados en normas de orden público vigente al momento de su celebración.

Como puede apreciarse del tenor de la primera parte del artículo 62 de la Constitución, se reconoce expresamente el carácter intangible del contrato, de tal manera que no admitiría ninguna posibilidad de modificación del mismo durante su vigencia, a partir de lo cual se puede concluir que “se establece una regulación complementaria según la cual los términos en que fue pactado un contrato no pueden ser modificados por leyes o disposiciones posteriores de cualquier clase”¹⁸, con lo cual “se garantiza la santidad del contrato”.¹⁹

Este artículo constitucional, en materia laboral, tiene un desarrollo legal a través de la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que dispone lo siguiente: “A efectos de lo dispuesto en el artículo 62 de la misma, debe entenderse que la Ley Laboral sustituye a la anterior, salvo que haya sido incorporada al contrato de trabajo por pacto expreso”.

En ese sentido, a partir de una lectura conjunta del artículo 62 de la Constitución con la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se entendería que en materia laboral, solamente si se incorpora en forma expresa en el contrato de trabajo la ley laboral, el mismo se mantendría intangible. Bajo este orden de ideas, si las partes, no han acordado “contractualizar la ley laboral” se admitiría la modificación porque se ha dejado de lado la posibilidad de hacerlo en forma autónoma, por tanto ambas prefieren el interés colectivo, el cual podría entenderse a partir de la dación de una ley. En caso las partes hayan acordado “contractualizar” la ley laboral, de

¹⁸ BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Análisis Comparado. Editora RAO S.R.L.. Quinta Edición, 1999. p. 362.

¹⁹ CHIRINOS SOTO, Enrique. Constitución de 1993. Editorial Grijley. Cuarta Edición, 1997. p. 114.

acuerdo a lo señalado, se rechazaría la modificación porque prima el interés individual.

Sin perjuicio de lo señalado, en nuestra opinión, la citada Disposición es contraria al texto constitucional por las siguientes razones:

- a. Si bien estamos ante una norma de desarrollo del artículo constitucional, la Disposición va más allá de ésta (que versa sobre materia contractual y no de sucesión de normas en el tiempo) al pretender establecer la posibilidad de acogerse vía pacto la aplicación inmediata de la ley (hechos cumplidos) o a la teoría de los derechos adquiridos. Sin embargo, el propio texto del artículo 62 de la Constitución no reconoce excepción alguna como si lo hace la Disposición bajo comentario. En otras palabras, la norma legal regula un supuesto contrario a la norma constitucional que debe desarrollar.
- b. Establece un requisito para la aplicación del artículo 62 que no aparece en el texto constitucional, y que no se condice con la naturaleza jurídica del contrato de trabajo. Es así que la Disposición legal señalaría que para que sea aplicable la teoría de los derechos adquiridos, las partes de la relación laboral tendrían que acordar pactar en forma expresa la incorporación de la ley laboral.²⁰

En nuestra opinión y tal como lo hemos desarrollado líneas arriba, al tratar sobre la autonomía de la voluntad en los contratos de trabajo, las particularidades propias del carácter protector del Derecho del Trabajo, hace que en las relaciones laborales se incorporen automáticamente al contrato la legislación laboral de orden público, no siendo necesario su incorporación expresa en el texto del mismo, más aún, cuando por su naturaleza de contrato realidad no se requiere formalizar el mismo a través de la suscripción de un documento.

²⁰ Entendemos que la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al referirse a la incorporación de la ley laboral al contrato de trabajo, no permitiría que este requisito se cumpliera con una simple remisión – como se acostumbra en los contratos de trabajo, civiles o comerciales – al carácter supletorio de la legislación vigente. Tampoco podemos aceptar como pretendería esta Disposición que tal incorporación dejaría de tener un carácter puramente convencional al poder primar sobre una norma posterior.

La heteronomía de las normas laborales, conforme a lo determinado en la doctrina tiene como finalidad “corregir la debilidad contractual del trabajador y reestablecer en el plano formal una paridad entre los contratantes que no existe en los hechos”²¹, toda vez que los contratos de trabajo no se rigen por la autonomía de la voluntad. De este modo, podemos afirmar que la heteronomía, en cuanto al establecimiento de normas de derecho necesario relativo, “está íntimamente conectada a la estructura desigual”²² de las reglas de juego en las relaciones de trabajo.

No comprendemos por otro lado, cuál sería el criterio jurídico o lógico, en el hipotético caso que sea válido, para que este requisito de incorporación de la legislación al contrato sea exigido para los contratos de trabajo y no para otros tipos de contratos, cuando es en lo laboral donde por la desigualdad de las partes resulta más difícil la negociación, y por ende, la inclusión expresa de términos en beneficio del trabajador.

Es más, esta “contractualización de la legislación laboral”, podría prestarse, siendo un documento privado, ha convertirse en un mecanismo perverso ante la amenaza o posibilidad de una modificación legislativa en materia laboral, porque permitiría a un mal empleador “exigir” al inicio o durante la relación laboral incluir en el contrato leyes laborales menos protectoras o excluir expresamente del contrato leyes laborales más protectoras, según como venga la modificación legal que se discute en el Congreso de acuerdo a los intereses del contratante.

Por consiguiente, en base a los argumentos legales expuestos, podríamos afirmar que la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Derogatoria de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral al ser contraria al texto del artículo 62 de la Constitución no es oponible ni puede limitar los alcances del mismo, de tal manera que la regla de los contratos de trabajo es la intangibilidad de los contratos, no debiéndose exigir “contractualizar la ley” para que prime sobre la nueva normatividad.

²¹ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”; en: Los principios del derecho del trabajo, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003. p. 110.

²² Ibidem. p. 111.

No obstante ello, aunque reconozcamos que el artículo 62 consagra la intangibilidad de los contratos de trabajo, y que lo pactado de origen legal (vigente al momento de su celebración) prevalecería sobre la nueva norma laboral que busque modificar el mismo, consideramos, como desarrollaremos a continuación, que existen fundamentos legales sólidos que nos permitirán precisar que ello no es siempre de aplicación para los contratos de trabajo.

4.3. Las normas de orden público y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales

El artículo 62 se encuentra ubicado en la parte dogmática del texto constitucional y tiene un efecto general para cualquier tipo de contratación, incluyendo el contrato de trabajo. Sin embargo, es necesario indicar que cualquier análisis del referido artículo tiene que comprender lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución que determina que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

Esto ha sido precisado, también, por el propio Tribunal Constitucional en diversas sentencias, señalando que en ningún caso ambos artículos pueden ser tomados de manera independiente, sino de manera conjunta. A partir de lo expresado, es evidente que de la interpretación sistemática de los citados artículos no se pretende “que las partes acuerden por decisión propia, regular su conducta de manera distinta de cómo estableció el legislador”.²³

Por otro lado, deberá tenerse en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional²⁴, en el sentido que la libertad de contratar no puede contravenir las leyes del orden público, esto es, las normas que contienen los valores y reglas esenciales de la vida en común.

A partir de este criterio jurisprudencial, el orden público puede convertirse en una carga que limita la libertad de contratación, por ello las personas deben ser

²³ PLA RODRIGUEZ, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones De Palma, 2da Edición 1978. p. 128.

²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente No. 3283-2003-AA-TC.

concientes que no pueden imponer sus intereses individuales frente a dicho orden y, es más, que el Estado debe dar primacía al orden público cuando los particulares pretendan enfrentarlo con derechos puramente individuales aunque aparezcan en los contratos.

En lo que respecta a la interpretación del artículo 62, dicho órgano jurisdiccional nos dice que si bien en la Constitución la libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar según las normas vigentes al momento del contrato, y que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, dicho derecho no es ilimitado.²⁵

En atención a lo desarrollado, si bien el mandato del artículo 62 consagra la intangibilidad de los contratos, ésta no es absoluta, toda vez que su regulación se encuentra sujeta a normas de orden público, que en el caso del Derecho Laboral se “aplican necesaria, directa e inmediatamente al contrato, y se imponen a la voluntad de las partes del contrato”²⁶. Por tanto, a pesar que no exista una norma específica que nos permita la exclusión del contrato de trabajo de la aplicación del artículo constitucional referido, el mismo no puede tener el adjetivo de inmodificable.

Conforme se recoge al citar a Rubén STIGLITZ²⁷, todo contrato siempre está sometido a un orden público, que de acuerdo con las circunstancias que rodean determinadas coyunturas pueden variar. Consideramos que estas situaciones son mucho más evidentes y relevantes en materias como la laboral, que regulan conductas humanas y que busca a través del Derecho crear mecanismos de protección y de igualdad entre los trabajadores, como medios de obtener un desarrollo personal y familiar a través del trabajo, y un mecanismo eficaz y eficiente de distribución de riqueza y justicia social en una sociedad.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente No.2670-2002-AA-TC.

²⁶ RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. “El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual”; en: Los principios del derecho del trabajo, Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003. p. 113.

²⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La intervención estatal y la intangibilidad contractual laboral: ¿Hacia una modificación constitucional y legal? En Asesoría Laboral, abril 1999. p. 29.

Por lo que, en nuestra opinión, el mecanismo jurídico que sustentaría la no aplicación de un artículo constitucional a un caso concreto, es a través de la oposición de otro artículo constitucional que por criterios objetivos debe primar sobre el cuestionado. Es así que hay dos artículos constitucionales que nos permite alegar porque no es siempre de aplicación el primer párrafo del artículo 62 a los contratos de trabajo, que son el artículo 2 numeral 14 y el artículo 26 numeral 2 de la Constitución.

El numeral 14 del artículo 2, desarrollado párrafos arriba, exige que toda contratación debe respetar las leyes de orden público, conforme lo ha determinado la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Siendo éste un artículo que consagra los derechos fundamentales de la persona, no puede ser obviada por otra norma del texto constitucional.

Con respecto al otro artículo citado de la Constitución, es decir el numeral 2 del artículo 26 que estipula el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley²⁸, si bien consagra una norma de orden público de obligatorio cumplimiento, ésta además forma parte de los principios constitucionales del Derecho del Trabajo, y por tanto, por su especialidad, también resulta oponible al primer párrafo del artículo 62 bajo comentario.

Recordemos que el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales recogido en el texto constitucional, que contiene lo que se ha llamado el “orden público laboral”, dispone que el trabajador no puede exonerarse de beneficiarse con los derechos laborales de origen constitucional o legal, pues al permitirlo, carecería de eficacia la legislación laboral que con este principio busca atenuar la condición de desigualdad entre el empleador y el trabajador.²⁹

²⁸ La irrenunciabilidad de los derechos guarda directa relación con el principio de progresividad de los derechos laborales que es unidireccional, es decir, “dirigido a los empleadores con su imperatividad protectoria de los trabajadores”. CORNAGLIA, Ricardo. *Reforma Laboral. Análisis Crítico. Aportes para una Teoría General del Derecho del Trabajo en crisis*. Fondo Editorial de Derecho y Economía; Buenos Aires, 2001. p. 108.

²⁹ 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 Rodríguez*, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 112.

Aunque no es materia de análisis del presente estudio el segundo párrafo del artículo 62 sobre los contratos ley, es conveniente mencionar que, en nuestra opinión, los convenios de estabilidad jurídica tampoco podrían excluir la aplicación del principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, de tal manera que no es posible limitar o impedir que los derechos sean mejorados por la normativa laboral.

Sin embargo, deberá tenerse presente que la no aplicación del artículo 62 a los contratos laborales no impide que, al haber recogido nuestra regulación la teoría de los derechos cumplidos, la propia ley determine si es o no de aplicación para los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley.

Cabe precisar que resulta evidente que la consagración de la denominada santidad o inmutabilidad de los contratos de trabajo en la Constitución, no permitiría que ninguna de las partes de la relación laboral que pactó válidamente (es decir, respetando la legislación vigente al momento del nacimiento del contrato) podría modificar unilateralmente dicho contrato.

Si bien esta precisión legal no es materia de estudio por el presente trabajo, no podemos dejar de mencionar que podrían existir opiniones conservadoras que salvo que estemos frente a una norma de orden público, la legislación no podría dejar en la esfera del empleador la facultad de modificar el contrato de trabajo, llegando al absurdo, en nuestra opinión, de llegar a limitar la facultad del *ius variandi*³⁰ intrínseco al poder de dirección del empleador, o peor, asumir que las mejores condiciones de trabajo que modifican las existentes requerirían de una aceptación expresa del trabajador para que tengan eficacia jurídica.

³⁰ La importancia del *ius variandi* las grafica como suma claridad DE FERRARI, al señalar que éste cumple dos funciones, una como facultad unilateral del empleador que le permite ejercer su poder de dirección, y desde el lado del trabajador, “funciona como una especie de “válvula de escape” que, al permitir ciertas adaptaciones del contrato a la realidad, alivia las inevitables tensiones que con el correr del tiempo se van planteando entre uno y otra, permite, entonces, la continuidad o durabilidad del vínculo”. En Derecho del Trabajo, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, p.370.

5. NORMAS QUE MODIFICAN LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO

La teoría de los hechos cumplidos, aunada a la no aplicación de la intangibilidad de los contratos de trabajo regulada en el primer párrafo del artículo 62 por oposición de las normas de orden público, y más específicamente por oposición del principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, permite al legislador modificar las relaciones laborales individuales – contratos de trabajo - con la dación de una norma.

En efecto, resulta evidente que de estar ante derechos laborales de origen legal modificados por una nueva norma, los sujetos de la relación laboral solamente podrían exonerarse de sus efectos si habría un reconocimiento constitucional a la teoría de los derechos adquiridos, situación que no se da siempre en las relaciones individuales de trabajo.

Frente a ello nos preguntamos, según el ordenamiento jurídico constitucional peruano ¿Estaría obligado el Estado a modificar las relaciones individuales existentes antes de la vigencia de una nueva normatividad o puede únicamente delimitar sus efectos a las relaciones laborales que nazcan después de su vigencia? ¿Si en un caso concreto el legislador aplica los efectos de una nueva normatividad únicamente a los contratos celebrados luego de la vigencia del dispositivo legal estaría amparando la intangibilidad de los contratos?

Estas preguntas resultan importantes porque como indicamos al desarrollar la introducción, en la actualidad se vienen discutiendo proyectos de ley tales como la supresión de los contratos de exportación no tradicional y aprobando leyes como el régimen laboral especial de las micro empresas o la inclusión de la solidaridad en el pago de las empresas tercerizadoras y la principal con respecto a los trabajadores desplazados de la primera que podrían configurar modificaciones a los contratos de trabajo.

Sobre el particular somos de opinión que, el reconocimiento de la teoría de los hechos cumplidos, no obliga que la nueva normatividad tenga que aplicarse nece-

sariamente a las relaciones laborales nacidas con anterioridad a la vigencia de la misma. En otras palabras, el legislador puede determinar libremente a quiénes se aplica una nueva ley laboral, siendo extensiva o delimitada con respecto a los afectados o beneficiados, según como se quiera evaluar la ley, lo cual no conlleva que se esté o no cumpliendo con la intangibilidad de los contratos por disposición del artículo 62 de la Constitución sino que se está ejerciendo una opción de la propia ley.

La limitación que podría hacer el legislador consistente en que un determinado dispositivo legal se aplique únicamente a las relaciones laborales que surjan luego de su vigencia, en nuestra opinión, no conlleva un incumplimiento a la aplicación inmediata de la ley y menos un reconocimiento de la ultractividad de la norma anterior, porque simplemente estamos ante una norma con un campo de aplicación limitado, que no ha derogado la normativa anterior.

Es más, conforme a lo señalado, gracias a la no exigibilidad de la intangibilidad de los contratos de trabajo, conforme al análisis realizado en el presente trabajo, es que el legislador podría dictar un dispositivo legal que cubra a todas las relaciones laborales o que pueda limitarse a un grupo objetivo.

Siguiendo este orden de ideas, podemos advertir que muchas de las últimas normas laborales que tienen un efecto modificadorio en los contratos de trabajo, y otros proyectos que están en discusión en el Congreso de la República, se ha reconocido en su aplicación, un trato diferenciado entre las relaciones laborales anteriores con las nuevas.

Así a manera de ejemplo podemos comentar que con la dación de la Ley No.28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, que reguló un régimen laboral especial para los trabajadores de las micro empresas, expresamente se excluyó de la aplicación de dicho régimen a los trabajadores que tenían derechos ya nacidos de una relación laboral.³¹

³¹ Ley No.28015, artículo 56.- Disposición complementaria al régimen laboral "(...) Los trabajadores con relaciones laborales existentes al momento de la entrada en vigencia del régimen especial, mantienen los derechos nacidos de sus relaciones laborales"

Por otro lado, el legislador también podría modificar los contratos de trabajo aplicando la nueva normatividad a todas las relaciones existentes, anteriores o posteriores a la vigencia de la ley. Es así por ejemplo como se ha formulado los proyectos que se vienen discutiendo para la eliminación de los contratos de trabajo de exportación no tradicional o se ha consagrado legalmente la inclusión del derecho del trabajador de reclamar solidariamente el pago de sus beneficios legales a su empleadora (empresa contratista que presta servicios de tercerización destacando a su personal) y a la empresa contratante (empresa principal).

De estos ejemplos mencionados, y de la revisión de la legislación laboral dictada luego de la actual Constitución, resulta evidente que el legislador al aprobar una ley en materia laboral, no ha considerado aplicable el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución sobre la intangibilidad de los contratos laborales, porque en muchos casos se ha variado las relaciones contractuales anteriores a la vigencia del nuevo dispositivo legal.

Merece un estudio adicional el analizar en qué casos es conveniente o razonable que la nueva ley laboral se aplique a todas las relaciones laborales o establezca un criterio objetivo que limite sus alcances entre los “antiguos” y los “nuevos” contratos de trabajo, y evitar que bajo el criterio de respetar un supuesto mecanismo protector de los trabajadores, pueda obtenerse una reacción contraria por parte del empleador, del trabajador o del mercado de trabajo.

Sin embargo, sobre la base la tendencia progresiva que debería tener la legislación laboral para obtener sus fines de protección y distribución entre los miembros de la sociedad, en nuestro caso los trabajadores dependientes, buscando la justicia social, somos de opinión que a pesar que la legislación nacional no reconoce el principio de la condición más beneficiosa³², puede el dador de la norma, y de hecho se ha realizado en muchas leyes laborales, tomar como referencia los al-

³² Una forma de aplicación de la condición más beneficiosa frente a un cambio normativo, como señala SALA FRANCO, se resuelve con que esta nueva norma tenga una disposición transitoria que precise el respeto a las condiciones más beneficiosas anteriores nacida de normatividad anterior. Otra forma de aplicar la condición más beneficiosa que haya nacido a nivel convencional, es que la nueva ley reconozca este hecho para no afectar los derechos que tiene el trabajador mediante su contrato de trabajo.

cances y criterios del referido principio para lograr una mayor protección en favor del trabajador.

6. REFLEXIONES FINALES

Como lo hemos desarrollado en el presente trabajo, consideramos innecesario, y puede resultar hasta contraproducente, reconocer a nivel constitucional la inmutabilidad o intangibilidad de los contratos de trabajo como lo hace el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución, más aún cuando entra en directa contraposición, como lo hemos revisado líneas arriba, con respecto a las normas de orden público, y específicamente en materia laboral, al principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la Ley.

La naturaleza particular del contrato de trabajo, de permanencia indefinida en el tiempo y de contrato realidad, hace que en algunos casos cualquiera de las partes o el propio Estado, cree mecanismos legales de modificación del contrato que no requieran la aceptación expresa del otro, porque obedecen a fines que van más allá de la esfera individual de los sujetos laborales hacia un espacio mayor y de trascendencia social.

En todo caso, frente a las modificaciones legales que podrían variar las condiciones normativas y convencionales de los contratos de trabajo, hemos advertido que existen mecanismos jurídico válidos que permiten que la aplicación esté limitada en un caso concreto a hechos que nazcan a partir de la vigencia de la nueva norma sin tener que recurrir al artículo 62 del texto constitucional.

Finalmente, en etapas de cambios legislativos, resulta muy importante evitar que por desconocimiento legal o como mecanismo de generar una falsa controversia jurídica, se repita sin fundamento alguno que no se pueden modificar las condiciones pactadas en los contratos de trabajo argumentando una errónea aplicación de la intangibilidad contractual recogida en el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución que ha merecido nuestra atención en el presente trabajo.