# Laborem

N° 9 / 2009

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

## TEMA CENTRAL

La reforma del empleo público en el Perú

## SECCIÓN DEBATE

La regulación del contrato administrativo de servicios

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

# Laborem

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

N° 9 / 2009

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

SPDTSS
BIBLIOTECA
2009 / 2011

1ª edición
© Laborem 9
Revista de la Sociedad Peruana
de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

ISSN: 1996-4897
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional
del Perú N° 2005-3994

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú 2010 Printed in Peru

SPDTSS
BIBLIOTECA
2009 / 2011

# CONTENIDO

*Presentación* ..... 11

**Tema Central**
**LA REFORMA DEL**
**EMPLEO PÚBLICO EN EL PERÚ**

La evolución de los derechos del empleado público
*Jaime Beltrán Quiroga* ..... 15

Reforma del empleo público: necesidad de una ley general
*Leopoldo Gamarra Vílchez* ..... 33

Los servicios no personales y el empleo público
*Pedro G. Morales Corrales* ..... 53

Principales objeciones al contrato administrativo de servicios
*Javier Neves Mujica* ..... 79

El régimen de contratación administrativa de servicios: de la rigidez del unilateralismo a la deslaboralización
*César Puntriano Rosas* ..... 95

**Sección Debate**
**LA REGULACIÓN DEL CONTRATO**
**ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS**

Primera ponencia: Consideraciones acerca del Contrato Administrativo de Servicios
*Mario Pasco Cosmópolis* ..... 113

Segunda ponencia: Análisis preliminar del Contrato Administrativo de Servicios
*Edgardo Balbín Torres* ..... 121

Replica
*Mario Pasco Cosmópolis* ..... 129

Replica
*Edgardo Balbín Torres* ..... 133

**Sección Doctrina**
**DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Efectos laborales de la subcontratación de actividades productivas
*Wilfredo Sanguineti Raymond* ..... 139

El «estado de cosas inconstitucional» como técnica para la tutela de derechos constitucionales laborales
*Paul Cavalié Cabrera* ..... 163

Análisis de los proyectos de reforma procesal laboral peruana
*Adolfo Ciudad Reynaud* ..... 193

La protección penal de la libertad sindical
*Javier Arévalo Vela* ..... 217

Crisis financiera mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones: propuestas legislativas
*Víctor Mayorga Miranda* ..... 231

Implicancias de la crisis económica: el caso «Embraer» y el ordenamiento laboral brasileño
*Manoel Carlos Toledo Filho* ..... 247

**Sección Jurisprudencia**
**DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

Convención colectiva previa como condición de la negociación a nivel de rama
*Mario Pasco Lizárraga* ..... 257

Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en materia de enfermedad profesional (sentencia recaída en el Expediente Nº 02513-2007-PA/TC)
*Liliana Tsuboyama Shiohama* ..... 275

Sección
**MULTIDISCIPLINARIA**

Problemática de la reinserción laboral en el Perú
*Gustavo Yamada / María de los Ángeles Cárdenas* ..... 311

**CONCURSO UNIVERSITARIO**

El *mobbing* como violación de los derechos de la personalidad en la relación de trabajo: apuntes y propuestas para una efectiva tutela en nuestro ordenamiento
*Jhonatan Yovera Mendoza* ..... 335

Las stock options como incentivo laboral para los trabajadores en la empresa ..... 367
*Sandra Violeta Echaiz Moreno* ..... 367

Consideraciones sobre la responsabilidad solidaria de la empresa principal en la ley de tercerización peruana
*Christian A. Ríos Holguín* ..... 393

La ampliación de la cobertura de la seguridad social en pensiones: ¿función pública o privada?
*Joel Gerardo Martínez Medina* ..... 415

Licencia por paternidad: ¿exigir un derecho o asumir una responsabilidad? Comentarios al artículo 1º de la Ley Nº 26644 ..... 435
*Karina Díaz Farroñay* ..... 435

**DISCURSO**

Amistad, reciprocidad... y Derecho laboral
*Javier Neves Mujica* ..... 451

## Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Periodo 2009-2011)

| | |
|---|---|
| Presidente | : César Gonzales Hunt |
| Vicepresidente | : Javier Neves Mujica |
| Tesorero | : Jorge Toyama Miyagusuku |
| Pro-Tesorero | : Orlando Gonzales Nieves |
| Secretario | : Daniel Ulloa Millares |
| Pro-Secretario | : Víctor Mayorga Miranda |
| Secretario de Biblioteca y Publicaciones | : César Abanto Revilla |
| Eventos y reuniones científicas | : Edgardo Balbín Torres |
| Relaciones Internacionales | : Pedro Morales Corrales |

## Relación de miembros de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

César Abanto Revilla
Beatriz Alva Hart
Victoria Ampuero de Fuentes
Luis Aparicio Valdez +
Luis Arbulú Alva
Elmer Arce Ortiz
Javier Arévalo Vela
Edgardo Sergio Balbín Torres
José Balta Varillas
Julio César Barrenechea Calderón
Jaime Eduardo Beltrán Quiroga
Guillermo Boza Pró
José Andrés Butrón Fuentes
Martín Alberto Carrillo Calle
Nixon Javier Castillo Montoya
José Ignacio Castro Otero
Paúl Cavalié Cabrera
Adolfo Ciudad Reynaud
Juan Carlos Cortés Carcelén
Orlando De las Casas de la Torres Ugarte
Alfonso de los Heros Pérez Albela
Víctor Ferro Delgado
Leopoldo Gamarra Vilchez
Fernando García Granara
César José Gonzáles Hunt
Orlando Gonzáles Nieves
Isabel Herrera Gonzales-Pratto
Ricardo Herrera Vásquez
Víctor Mayorga Miranda
Ricardo Arturo Marcenaro Freís
Renato Mejía Madrid
Pedro Gonzalo Morales Corrales
Néstor Morales Gonzáles
Carlos Guillermo Morales Morante
Javier Neves Mujica
Estela Ospina Salas
Luz Pacheco Zerga
Paúl Paredes Palacios

Mario Martín Pasco Cosmópolis
Mario Pasco Lizarraga
Luigino Pilotto Carreño
Herbert Prelle Mayuri
César Alfredo Puntriano Rosas
José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón
Francisco Javier Romero Montes
Raúl Saco Barrios
Hugo Salas Ortiz
Wilfredo Sanguineti Raymond
Roberto Juan Servat Pereira de Sousa
Jorge Luis Toyama Miyagusuku
Liliana Tsuboyama Shiohama
Mauro Ugaz Olivares
Daniel Augusto Ulloa Millares
Edmundo Villacorta Ramírez
Alfredo Villavicencio Ríos
Luis Vinatea Recoba
Jaime Zavala Costa
Roger Enrique Zavaleta Cruzado

## Relación de miembros honorarios de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Carlos Blancas Bustamante
Fernando Elías Mantero
Ricardo Nugent López Chávez
Jorge Capriata D'auro
Néstor de Buen Lozano
Oscar Ermida Uriarte
Jean Claude Javillier
Emilio Morgado Valenzuela
Alfredo Montoya Melgar
Fernando Suárez González
Américo Plá Rodríguez +
Mozart Víctor Russomano
Héctor Hugo Barbagelatta
Antonio Ojeda Avilés
Manuel Alonso Olea +
Guillermo Gonzales Rosales +
Ricardo La Hoz Tirado +
Javier Vargas Vargas +
Joaquín Leguía Gálvez +

# PRESENTACIÓN

La revista *Laborem* inicia una nueva etapa con la Junta Directiva 2009-2011, en la cual se ha decidido incorporar algunas novedades que buscan su modernización, a la par de reforzar su institucionalización, a saber:

1. Fijarle una temporalidad semestral, es decir, de dos ediciones por año.
2. Desarrollar un tema central, que incluya una sección debate, en la que dos de nuestros asociados (partiendo de posturas contrarias) analizarán un tópico vinculado al tema central.
3. Mantener la sección doctrina, en la que se traten diversos temas laborales (Derecho individual, colectivo, procesal, etc.) así como de la seguridad social.
4. Incluir la sección jurisprudencia, en la que se comenten fallos del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, relacionados tanto con el Derecho laboral como con alguna de las prestaciones de la seguridad social.
5. Añadir una sección multidisciplinaria, en la que a partir de una especialidad que sea distinta al Derecho (economía, sociología, psicología, etc.), se desarrolle un tema relacionado a la materia laboral o a la seguridad social.

En la presente edición, el tema central es la «Reforma del empleo público», y podremos encontrar comentarios que van desde la evolución del tratamiento legal de los derechos de los empleados públicos (Jaime Beltrán), los diversos proyectos de reforma (Leopoldo Gamarra), los servicios no personales (Pedro Morales), hasta el Contrato Administrativo de Servicios o CAS (Javier Neves y César Puntriano). En la sección debate, Mario Pasco Cosmópolis y Edgardo Balbín Torres comentan respecto a la regulación del CAS.

En la sección doctrina, podemos encontrar temas variados como los efectos laborales de la subcontratación de las actividades productivas (Wilfredo Sanguineti), la técnica del estado de cosas inconstitucionales (Paúl Cavalie), los proyectos de reforma del proceso laboral peruano (Adolfo Ciudad), la protección penal de la libertad sindical (Javier Arévalo) y los efectos de la crisis

financiera en el Sistema Privado de Pensiones (Víctor Mayorga). En esta oportunidad, contamos además con una colaboración extranjera de Manoel Toledo, que comenta sobre el ordenamiento judicial laboral del Brasil en materia de despido, a partir del análisis del caso Embraer.

La sección jurisprudencia, nos trae dos comentarios: el primero, relativo al análisis de la convención colectiva previa como condición de la negociación a nivel de rama (Mario Pasco Lizárraga), y el segundo, que desarrolla el precedente del Tribunal Constitucional que unifica los criterios relacionados con los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales (Liliana Tsuboyama).

En la sección multidisciplinaria, Gustavo Yamada y María de los Ángeles Cárdenas, destacados economistas de la Universidad del Pacífico, analizan la problemática de la reinserción laboral en el Perú, un tema de importancia no solo en el plano jurídico, sino especialmente en lo social.

Se incluyen además –en el mismo orden de su premiación– los cinco trabajos que obtuvieran los tres primeros lugares y las menciones honrosas en el Tercer Concurso Universitario de Investigación en materia laboral y de seguridad social convocado por nuestra Sociedad con ocasión del Tercer Congreso Nacional realizado en la ciudad de Chiclayo los días 29, 30 y 31 de octubre de 2008, que tratan temas como el *mobbing* (Jhonatan Yovera), las *stock options* (Sandra Echaíz), la responsabilidad solidaria en materia de tercerización (Christian Ríos), la ampliación de la cobertura en seguridad social (Joel Martínez) y la licencia por paternidad (Karina Díaz).

Finalmente, nos hemos permitido incorporar en esta edición, considerando la influencia e importancia de su actividad académica en el campo laboral y de la seguridad social en nuestro país, el discurso de Javier Neves Mujica, con ocasión de la conmemoración de sus Bodas de Plata como catedrático de la Pontificia Universidad Católica, y de la presentación oficial de su tan merecido Libro Homenaje.

Estamos seguros que tanto la calidad como la variedad de los temas que conforman la presente edición de Laborem servirán no solo como fuente de consulta para todos los operadores del ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, sino especialmente, para generar reflexiones y debates que fomenten la investigación jurídica relacionada con las citadas materias.

Lima, 31 de julio de 2009

**César Abanto Revilla**
Secretario de Publicaciones

Tema Central

# LA REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO EN EL PERÚ

# LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS DEL EMPLEADO PÚBLICO

Jaime Beltrán Quiroga(*)

## 1. MARCO DE REFERENCIA

A lo largo de la historia republicana, los servidores del Estado han tenido siempre un régimen legal distinto al de los trabajadores a cargo de empleadores que pertenezcan a estamentos diferentes al público, por la naturaleza del ente que contrata sus servicios, el que representa a la sociedad misma, asumiendo una magnitud tangencial que conlleva un grado de abstracción total respecto a la identificación del verdadero empleador.

Según Raúl Ferrero(1), el Estado representa una corporación con personalidad jurídica independiente, que ejerce fundamentalmente actos de poder o de soberanía a través del *jure imperii* que es el desempeño de la autoridad que ostenta, pero que también administra relaciones con particulares con los que pacta obligaciones patrimoniales en la esfera de los bienes y servicios, ejerciendo actos *jure gestionis* que se catalogan como actos de gestión privada donde el Estado es una de las partes frente a la otra que es un particular, a quien le debe reconocer los derechos que le correspondan y cumplir las obligaciones que

---

(*) Socio del Estudio B & S Abogados Asociados. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Presidente del ex Tribunal de Trabajo del Perú.

(1) FERRERO REBAGLIATI, Raúl, *Ciencia política. Teoría del Estado y Derecho constitucional*, 9ª ed., Grijley, Lima, 2003.

surjan de la ley o el estatuto, en igualdad de condiciones, sin que pueda usar en este último caso su poder o autoridad.

Es en este campo de gestión privada donde se encuentran las relaciones del Estado con sus trabajadores, lo que determina que estas sean bilaterales y, aunque haya diferencias de peso entre las partes, es compensado con un manto de protección a la más débil que es característica del Derecho laboral. Lo que sí las distingue de las relaciones laborales comunes es que gozan de un régimen especial que desde sus orígenes ha sido de naturaleza estatutaria y no contractual como en la actividad privada, dado que tiene ciertas restricciones a la intervención de la *voluntad de las partes* así como a la *negociación* de las condiciones de trabajo, ciñéndose más bien a un estatuto preestablecido o a escalafones que definen las categorías y las remuneraciones de los servidores.

Dentro de estos términos, se debe precisar aún más que no toda relación de servicios al Estado está incluida en la categoría de *empleo público*, dado que este está reservado a una selección de servidores que haya completado una serie de formalidades y requisitos, fuera de los cuales se mantiene un volumen a veces importante de trabajadores que si bien laboran también para el Estado, lo hacen en condiciones diferentes, bajo regímenes independientes y privatistas que no les permiten acceder a los beneficios y derechos del primer grupo de servidores, cuya situación tampoco ha sido la más favorable en la historia, dado que los privilegios que tenían sobre los otros, a veces se tornaban en limitaciones discriminadoras, que no alentaban las aspiraciones a pertenecer a ese grupo.

## 2. EMPLEADO PÚBLICO

El sujeto de los derechos y beneficios que vamos a analizar es identificado bajo la denominación genérica y uniforme de «empleado público» que se ha dado al trabajador del Estado a lo largo de la historia, término equivalente a *servidor público*, derivada de la acepción de *servicio al público* que es la tarea que corresponde a las personas que actúan en representación del Estado. Este nombre fue utilizado desde las primeras normas dictadas en el país, tanto en la época del Virreynato, como en la República, que fueron:

a. La Real Orden del Virrey del Perú, del 8 de febrero de 1803, dictada por el Virrey Joaquín de la Pezuela, que en su texto cedular, se refiere a «los *empleados* de la administración de la Real Hacienda que han servido bien y fielmente [...]».

b. La Ley General del 22 de enero de 1850, dictada por Ramón Castilla, Presidente Constitucional de la República, en su articulo primero dice: «Todos los *empleados públicos* con titulo de Gobierno legitimo [...]».

Esta denominación respondía inicialmente a la calificación de *trabajador de oficina* o trabajador intelectual, dada la prevalencia de las facultades mentales en la realización del trabajo, en contraposición del término *obrero* que alcanzaba al trabajador manual o a aquel en el que predomina la actividad física. Ambas denominaciones eran utilizadas también en el régimen laboral privado durante casi las dos terceras partes del siglo pasado, hasta que se optó por el nombre genérico de *trabajador* sin distinción de categorías, funciones, actividades, que supuestamente eran discriminatorias.

Sin embargo, en el sector público se ha mantenido la denominación de «empleado» hasta la actualidad, en que la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, señala en el artículo III de su Título Preliminar, que se regula «la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un *empleado público*», añadiendo en su artículo 2º, que: «Todo *empleado público* está al servicio de la Nación».

Adicionalmente, esta ley clasifica a los empleados públicos en las siguientes categorías:

*a.* *Funcionario público*: el que desarrolla funciones de preeminencia política, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollando políticas del Estado y/o dirigiendo organismos o entidades públicas. Dentro de ellos se encuentran, según el artículo 39º de la Constitución Política de 1993, el Presidente de la República, los congresistas, ministros de Estado, magistrados del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, representantes de los órganos autónomos, gobiernos regionales y gobiernos locales

*b.* *Empleado de confianza*: el que desempeña cargo de confianza técnico o político y se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente. Es considerado como tal el que desempeña cargos colaterales o adyacentes a los del funcionario, desde los viceministros, secretarios generales, procuradores públicos, gerentes, asesores, miembros de comisiones, etc.

*c.* *Servidor público*: el que desempeña funciones administrativas a nivel de directivo superior, ejecutivo, especialista o de apoyo, es decir los que integran el engranaje mismo de la administración pública, desde los que dirigen un órgano, programa o proyecto, los que ejercen atribuciones resolutivas, de fe pública, hasta los que hacen labores de ejecución o complemento, es decir, el personal auxiliar y operativo que se encarga de las funciones cuotidianas.

## 3. RÉGIMEN DEL EMPLEO PÚBLICO

Están comprendidos en este régimen los empleados que sigan la carrera administrativa regulada por la ley –actualmente el Decreto Legislativo Nº 276,

hasta que no se emita una nueva norma– en cuanto a su acceso, gestión y conclusión. El campo que abarca el régimen está delimitado principalmente por la dependencia del Estado donde se presta servicios, la cual debe de estar ubicada en los siguientes sectores u organismos:

- Poder Ejecutivo: ministerios, órganos descentralizados, programas.
- Poder Legislativo: Congreso, comisiones.
- Poder Judicial: cortes de justicia, juzgados, órganos de apoyo.
- Órganos autónomos: Tribunal Constitucional, Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, Defensoría del Pueblo, Contraloría, sistema electoral (JNE, Reniec, ONPE).
- Gobiernos regionales
- Gobiernos locales: municipalidades distritales, provinciales y metropolitana.

Están excluidos del régimen, por razón de la temporalidad o la naturaleza de sus servicios, los comprendidos en los siguientes casos:

- *La Contratación Administrativa de Servicios (CAS)*: regulada por el Decreto Legislativo Nº 1057, que absorbe una práctica indebida del Estado respecto a la contratación por servicios No Personales.
- *El régimen laboral de la actividad privada*: previsto en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, que se impuso excepcionalmente por ley especial a los trabajadores administrativos de ciertos sectores como el Poder Legislativo y el Poder Judicial y a ciertas Instituciones descentralizadas como EsSalud, Sunarp, Sunat, Indecopi, etc.
- *Los funcionarios independientes*: a quienes diversas leyes les otorgan funciones de carácter público, las que ejercen con la autoridad respectiva, pero sin percibir remuneración proveniente del Estado, sino a través de honorarios o tarifas que paga el público usuario de sus servicios. Pedro Patrón[2] menciona a los siguientes: notarios públicos, agentes de aduana, traductores oficiales, martilleros públicos, peritos judiciales.

Fuera de ello, deben considerarse también excluidos de la carrera administrativa a aquellos servidores del Estado que se les ha asignado una carrera independiente, la cual en la mayoría de los casos tiene un régimen especial

---

(2) PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro, *Derecho administrativo y administración pública en el Perú*, 7ª ed., Grijley, Lima, 1998.

pero que toma como complementarias o más bien suplementarias las normas de la primera, en todo lo que no esté expresamente previsto por este. Es así que se pueden señalar las siguientes:

a. *Carrera militar-policial*: reservada a todos los servidores del Estado que integran las Fuerzas Armadas y Policiales, que constituyen los órganos de defensa exterior y seguridad interior de la Nación, tenedores del armamento que representa la fuerza pública del Estado, distinguidos por un uniforme que les confiere autoridad. Se les incorpora desde la etapa de formación académica a través de Escuelas de instrucción que posee tanto el Ejército, la Marina, la Aviación y la Policía. El desarrollo de la carrera se hace por grados militares, desde los oficiales subalternos, superiores, hasta los generales y, tienen su propio sistema de pensiones para el retiro, con la Caja de Pensiones Militar-Policial.

b. *Carrera judicial y fiscal*: incorpora a los jueces y fiscales que se encargan de la administración de justicia en el país. El ingreso a la magistratura si bien no se hace a través de una academia de formación, papel que debía tomar la Academia de la Magistratura, se obtiene con la intervención rigurosa del Consejo Nacional de la Magistratura, el que permite acceder en forma abierta a cualquiera de los grados de la carrera, que están distribuidos jerárquicamente de acuerdo con la jurisdicción territorial de cada magistrado, comenzando por la distrital (jueces de paz), para seguir con la provincial (jueces especializados, fiscales provinciales), la departamental o más propiamente la del *distrito judicial* (vocales y fiscales superiores) y, la nacional (vocales y fiscales supremos). Si bien tienen un régimen especial, se acogen en lo general a las normas administrativas.

c. *Carrera diplomática*: prevista para el servicio diplomático que representa al país en el exterior. El ingreso es exclusivamente a través de su centro de formación que es la Academia Diplomática –con rango universitario– de la cual se egresa con el rango de tercer secretario, para ascender a segundo y primer secretario, consejero, ministro-consejero, ministro y terminar como embajador. Al igual que la anterior, tiene normas propias pero en lo básico se somete a las de la carrera administrativa.

d. *Carrera magisterial (profesorado)*: establecida para un segmento importante de la burocracia estatal que se dedica a la formación de la niñez y la juventud del país, que por el volumen del conglomerado no es atendido debidamente por las arcas fiscales. Ahora se accede a la carrera previos rigurosos exámenes de ingreso y se continúa en constantes evaluaciones para asegurar el buen desempeño de estos servidores, desarrollándose por ni-

veles magisteriales. Las condiciones de trabajo en que laboran son reguladas en forma diferente al trabajador común, sobretodo respecto al cumplimiento de la jornada de trabajo que se mide por horas de dictado de clase, de evaluación de los alumnos y de actividades extra curriculares. Se les asigna mayores derechos o se les exige menores requisitos para obtenerlos.

## 4. PRINCIPALES DERECHOS Y BENEFICIOS

### 4.1. La remuneración

Es el derecho sustancial que corresponde como contraprestación del trabajo personal de cualquier ser humano, por ende el que surge en forma natural en el servicio público. Si bien no se discute su origen, es la estructura que se da a este derecho el que ha sido y es siempre motivo de controversia, considerando el volumen de personal que concentra la administración pública y la variedad de funciones que se desempeña. La normativa que se ha ocupado de este tema a lo largo del tiempo es la siguiente:

a. *Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Ley Nº 11377)*: dictado el 29 de mayo de 1950, en cuyo artículo 15º establece el principio básico de este derecho cuando dice: «Queda prohibida la prestación de servicios con carácter de meritorio» lo que significa que no hay trabajo gratuito, pues todo servicio prestado al Estado debe ser remunerado. Asimismo, el artículo 12º precisa: «Los sueldos devengarán desde la fecha que se asuma el cargo», es decir, que la existencia de periodos de prueba o de cualquier modalidad con la que se ingrese a la administración pública, da lugar a que la remuneración comience a pagarse, sin disculpa ni ventaja alguna. El principio de igualdad también esta regulado por el artículo 11º que dice: «Los empleados de igual categoría percibirán obligatoriamente el mismo sueldo básico».

b. *Sistema de remuneraciones del Sector Público (Decretos Leyes Nºs 17876 y 19847)*: dictados el 31 de octubre de 1969 y 26 de diciembre de 1972 respectivamente, innovaron radicalmente la estructura de remuneraciones de los servidores del Estado, en forma técnica y ordenada, clasificando las remuneraciones de acuerdo con su finalidad y estableciendo una escala de VII grados y 7 subgrados dentro de cada uno de aquellos, para todo el personal, de la siguiente manera:

   - *Básica*: la que sirve de base permanente para distinguir los grados y subgrados que tiene el escalafón.
   - *Personal*: la que reconoce el tiempo de servicios del empleado, se paga por quinquenios, a razón del 5% de la remuneración básica por cada uno hasta un máximo de 40%.

- *Al cargo*: destinada al que ejerce un cargo en circunstancias diferenciales.
- *Transitorias*: las que no tenían carácter permanente sino que dependían del cumplimiento de una condición. Podían ser pensionables y no pensionables, dependiendo de si se reconocían o no para el otorgamiento de pensión.
- *Especiales*: comprendían conceptos diferentes a los anteriores, como enseñanza, directorio, propina, reenganche, horas extraordinarias, retardo en el ascenso, riesgo de vida.

c. *Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo Nº 276)*: dictado el 6 de marzo de 1984; sigue vigente hasta la actualidad con algunas modificaciones. Simplifica un tanto la clasificación de las remuneraciones que establecían las normas anteriores y las reduce a las siguientes:

- *Haber básico*: es el que está determinado para los 14 niveles de carrera administrativa que se introdujo, sobre la base de la Unidad Remunerativa Pública (URP) que recién se ha venido implementando últimamente.
- *Bonificaciones*: complementos que compensan diferentes aspectos de la individualidad de cada empleado, como el tiempo de servicios por quinquenios (personal), las cargas de familia que tenga (familiar), así como el desempeño de un cargo o la labor en condiciones excepcionales (diferencial).

d. *Proyecto de Ley del Sistema de Remuneraciones del Empleo Público (2005)*: elaborado por la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), se encuentra listo para ser presentado al Congreso de la República y, considera en su artículo 13 los siguientes componentes de la Remuneración de los servidores públicos:

- *Remuneración Fija Mensual (RFM)*: es el equivalente al Básico anterior, que se determina según la línea de carrera y la entidad en que se presta los servicios.
- *Bonificación por Responsabilidad Directiva (BRD)*: otorgada por el desempeño de cargos que conlleven el ejercicio de la función de dirección y/o supervisión, cuyo desempeño demande alto grado de responsabilidad.
- *Bonificación Diferencial por Desempeño (BDD)*: se otorga por resultados institucionales y colectivos en el cumplimiento de objetivos específicos de las entidades públicas.

### 4.2. Vacaciones

Este derecho al descanso anual como norma universal contenido en el Convenio Nº 52 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado

en 1936, fue concedido desde los albores de la legislación laboral en nuestro país, a los empleados públicos, tal como se aprecia de la siguiente reseña de los dispositivos legales que se dictaron:

a. *Ley Nº 9049 (del 13 de febrero de 1940)*: en su artículo 1º dice: «Los empleados públicos, los de las compañías fiscalizadas y los que se encuentran al servicio de la banca, el comercio y la industria, en toda la República, tendrán derecho anualmente a treinta días consecutivos de descanso con goce de sueldo», el que se regulaba de acuerdo con su artículo 3º, que indicaba lo siguiente: «La época del goce vacacional para cada empleado público o particular, será fijada en el caso de los primeros, por el jefe superior de la respectiva repartición administrativa».

b. *Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Ley Nº 11377, del 29 de abril de 1950)*: ratifica la anterior norma en su artículo 53º que dice: «Los empleados tendrán derecho, anualmente, a treinta días consecutivos de vacaciones, en que percibirán el haber de su cargo, así como las gratificaciones y bonificaciones que les corresponda. Las vacaciones no son acumulables».

c. *Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo Nº.276, del 6 de marzo de 1984)*: continúa con el mismo espíritu sin ninguna modificación, señalando en su artículo 24º que es un derecho de los servidores públicos de carrera: «d. Gozar anualmente de treinta días de vacaciones remuneradas, salvo acumulación convencional hasta de dos periodos».

d. *Ley Marco del Empleo Público (Ley Nº 28175, del 18 de febrero de 2004)*: sin mayor detalle, lo enumera como un derecho del empleado público en su artículo 15º, inciso d: «Descanso vacacional».

e. *Proyecto de Ley de Remuneraciones del Empleo Público (2005)*: también lo regula en un aspecto colateral simplemente, que es el de la remuneración vacacional, estableciendo en su artículo 11º: «El pago correspondiente al descanso vacacional del funcionario público es equivalente a la remuneración mensual. El reglamento de la presente ley establecerá el régimen aplicable a las vacaciones generadas en su integridad y no gozadas y a las vacaciones truncas».

Toda la legislación dictada sobre el derecho vacacional ha sido uniforme y sencilla, no habiendo entrado en mayores detalles como los que menciona el último proyecto, al referirse a los casos de la falta de goce vacacional por decisión del empleador y a la interrupción o truncamiento del record vacacional por causa de cese del empleado. En la práctica se ha venido tratando estos temas aplicando los principios generales contenidos en las normas del régimen laboral privado, por analogía.

Comentario aparte merecen los regímenes especiales que, dentro del sector público, tienen 2 de las carreras que hemos analizado anteriormente, las cuales por la naturaleza de las funciones que desarrollan, tienen un diferente enfoque respecto al goce del derecho vacacional. Ellas son:

- *La carrera judicial*: las diferentes leyes orgánicas que han regulado al Poder Judicial, han establecido que dentro del «Año Judicial» hay un periodo destinado a las «Vacaciones Judiciales» en que se suspende el despacho ordinario de causas y se concede descanso a todos los magistrados y el personal auxiliar que no sean designados para hacer un turno especial de atención de los asuntos urgentes.

  En la referencia histórica se conoce que por Ley del 1 de diciembre 1874[3] –hace más de 130 años– se estableció que las vacaciones judiciales corrían «desde el domingo de carnaval (quincuagésima) hasta el lunes de pascua de resurrección», lo que representaba, más o menos, 50 días dentro de fechas movibles en el calendario gregoriano.

  La Ley Orgánica de 1963 precisó las fechas en que anualmente se suspendía el despacho por vacaciones judiciales, las que se tomaban del 16 de enero al 18 de marzo de cada año, periodo que comprendía 60 días si se tiene en cuenta que el mes de febrero cuenta normalmente con 28 días. En ese tiempo se establecían dos turnos para salir de vacaciones, cada uno con la mitad del personal beneficiado.

  La vigente aún ley orgánica, aprobada por el Decreto Legislativo Nº 767, del 4 de diciembre de 1991, mantiene el concepto bimensual de las vacaciones cuando en su artículo 246º dice: «Las vacaciones de los magistrados se establecen en dos etapas sucesivas, cada una de 30 días, en los meses de febrero y marzo de cada año. Excepcionalmente el Consejo Ejecutivo puede señalar tiempo distinto».

  Haciendo uso de esta excepción, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial viene disponiendo en los últimos años que el periodo vacacional se reduzca a un solo mes: el de febrero, en que se suspende las actividades de este Poder del Estado, sin perjuicio del funcionamiento de órganos jurisdiccionales de turno en ese periodo, que atiendan los asuntos urgentes en cada especialidad, cuyo personal gozará de vacaciones en cualquier otro mes del año, mediante cronograma individual.

---

(3) FIGUEROA ESTREMADOYRO, Hernán, *Código de Procedimientos Civiles comentado y actualizado*, Inkari, Lima, 1977.

- *La carrera magisterial*: los profesores representan otro segmento del sector público que tienen condiciones especiales para gozar del derecho vacacional, debido a la estructura del «Año Escolar» en el que se destinan casi 90 días de vacaciones a los alumnos de los centros educativos, teniendo en cuenta que el ciclo académico que representa el año escolar se inicia en los meses de marzo o abril y, se desarrolla en periodos bimensuales o trimestrales, al término de cada cual se da un descanso de una semana a los estudiantes; luego a medio año antes de las Fiestas Patrias (fines de julio) se otorga otro periodo de 15 días de descanso; finalizando el año escolar antes de las fiestas de Navidad (25 de diciembre), lo que representa un descanso de más de 2 a 3 meses hasta que se reinicie un nuevo año escolar.

  La actual Ley del Profesorado, la Ley Nº 24029, dice en su artículo 15º: «El régimen de las vacaciones de los profesores es el siguiente: [...]. b. *Sesenta días anuales* al término del año escolar los que laboran en el área de la *docencia*. Durante las vacaciones escolares del medio año, los profesores limitan su labor a terminar los trabajos del primer semestre y a preparar los del segundo».

  La remuneración vacacional que se paga a los docentes tiene una modalidad, está referida al periodo trabajado durante el año lectivo, de tal manera que se calcula proporcionalmente a ese tiempo, en el caso que no se haya laborado íntegramente.

### 4.3. Asignaciones complementarias

Además del derecho a la remuneración mensual que tienen los empleados públicos, se les otorga complementariamente asignaciones o bonos de carácter económico que se les paga una vez al año con ocasión de determinadas festividades o épocas o, cada vez que se produce una condición, que en el fondo tienen naturaleza remunerativa que se integran al resultado anual que percibe el empleado.

Las asignaciones que han sido instituidas en forma estable y continua son las siguientes:

*a.* *Aguinaldo*: equivalente a la gratificación que se paga para cubrir los mayores gastos que demanda la celebración de una determinada fecha festiva del calendario nacional. Inicialmente, el Decreto Ley Nº 19847, del 26 de diciembre de 1972, instauró este beneficio solo por Navidad cuando su artículo 16º dice: «Los empleados del sector público nacional, con una antigüedad de 6 meses, recibirán un único aguinaldo anual en el mes de

diciembre de cada año, de acuerdo con la siguiente escala aplicable a la remuneración básica:

| | |
|---|---|
| Grado I | 70% |
| Grados II y III | 80% |
| Grados IV y V | 90% |
| Grados VI y VII | 100%». |

Posteriormente, se amplió la disposición para pagar otro aguinaldo en el mes de julio, por Fiestas Patrias. En ambos casos se establecía que su monto se determinará para cada periodo presupuestal, fijando el valor en soles que corresponda al 100% de la escala. Sin embargo, desde hace varios años se ha establecido que el monto de estos aguinaldos oscile entre S/. 200 y S/. 300, cantidad que difiere notablemente de la gratificación que se otorga al sector privado que equivale a una remuneración total mensual.

*b.* *Escolaridad*: es una asignación más reciente que se ha instituido para cubrir los gastos que demanda el inicio del periodo escolar, en el caso de los trabajadores que tienen hijos en edad escolar, pero que posteriormente, a fin de no documentalizar el reconocimiento de este derecho, se ha extendido a todo el personal, no importando si tienen las necesidades de atención escolar que originalmente se pensó. Con ese razonamiento se ha convertido en una gratificación más que se paga en los meses de febrero o marzo de cada año, por un importe equivalente al de los aguinaldos de Fiestas Patrias y Navidad, esto es, de S/.200 a 300.

*c.* *Asignación por tiempo de servicios*: esta es una forma de bonificación que se reconoce al trabajador antiguo y se paga cuando el empleado cumple uno o más quinquenios al servicio al Estado, sus orígenes datan de muchos años atrás y, se ha ido modificando de acuerdo con la siguiente sucesión:

- *Decreto Supremo del 29 de mayo de 1951*: la crea en su artículo 1º, que dice: «Los empleados públicos de carrera de los ministerios y el personal de servicio interno de los mismos, deberá gozar de bonificación por tiempo de servicios y por familia numerosa». La Resolución Suprema Nº 538 del 22 de junio de ese mismo año, lo reglamenta, estableciendo que se trata de una bonificación que se agregará a la remuneración mensual cuando se cumpla un quinquenio de servicios al Estado, según la siguiente escala aplicable sobre la remuneración básica:

5% a partir de los 5 años.

10% a partir de los 10 años.

15% a partir de los 15 años.

20% a partir de los 20 años.

25% a partir de los 25 años.

30% como máximo a los 30 años.

- *Decreto Ley Nº 19847, del 26 de diciembre de 1972*: la mantiene con la denominación de *remuneración personal*, que se paga por quinquenio cumplido, agregada a la remuneración mensual. Su artículo 5º dice: «Esta remuneración se regulará a razón de 5% de la Remuneración Básica por quinquenio de servicios prestados, hasta el 40% como máximo».
- *Ley de Bases de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo Nº 276, del 6 de marzo de 1984*: modifica restrictivamente el derecho, convirtiéndolo en una asignación de pago único, restándole el carácter remunerativo mensual que tenía anteriormente y, limitándolo a los quinquenios más importantes que son los de 25 y 30 años. El inciso a del artículo 54º de la ley lo establece como un beneficio de los funcionarios y servidores públicos: «Asignación por cumplir *25 ó 30 años de servicios*: se otorga por un monto equivalente a dos remuneraciones mensuales totales, al cumplir 25 años de servicios y, tres remuneraciones mensuales al cumplir 30 años de servicios. Se otorga por *única vez* en cada caso».

### 4.4. Estabilidad laboral

Los empleados públicos desde un inicio han gozado de protección contra el cese o la separación arbitraria del cargo, logrando una estabilidad mayor que los trabajadores del sector privado, debido incluso a la ajenidad que muestran los cargos directivos para tomar decisiones contra los subalternos. Sin embargo, se ha regulado siempre las faltas o infracciones de carácter disciplinario que pueden dar lugar a la sanción disciplinaria de destitución:

a. *Decreto Ley Nº 7455, del 27 de noviembre de 1931*: fue la primera norma legal que, aunque transitoriamente, reconoció estabilidad a los empleados públicos cuando dice en su artículo 2º: «Mientras se dicta el Estatuto de los Empleados Públicos, se considerará a estos *inamovibles*, salvo que ocurra alguna de las causas de separación a que se refiere el artículo siguiente» que eran:

- La grave indisciplina.
- El abandono del cargo por más de 15 días.
- La comisión de delitos previstos en el Código Penal.
- La incompetencia o inmoralidad debidamente comprobadas.
- La supresión justificada del empleo.

b. *Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, Ley Nº 11377, del 29 de mayo de 1950*: regula en forma amplia este instituto cuando dice en su artículo 46º: «Los empleados permanentes gozan del derecho de estabilidad en sus puestos o cargos, de acuerdo con las normas que establece el presente decreto ley». Este precepto tiene su excepción que priva al empleado de este derecho, cuando este comete un delito previsto por la ley penal (artículo 82º) o, una falta grave de carácter disciplinario que da lugar a su cesantía o destitución, las que según el artículo 83º son las siguientes:

- El incumplimiento de las normas establecidas en el presente estatuto y su reglamento.
- El faltamiento al superior.
- El abuso de autoridad.
- La negligencia en el desempeño de la función.
- La incompetencia o incapacidad para el desempeño del cargo.
- La prevaricación.
- El uso de la función con fines de lucro.
- Percibir dádivas en el desempeño de la función.
- La simulación reiterada de enfermedad.
- La práctica de actividades de carácter político.

c. *Ley de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo Nº 276, del 6 de marzo de 1984*: reproduce una parecida casuística a la norma anterior que tienen como base lo dispuesto en el inciso b de su artículo 24º que dice que es un derecho de los servidores públicos de carrera: «Gozar de estabilidad. Ningún servidor puede ser cesado ni destituido sino por causa prevista en la ley y de acuerdo con el procedimiento establecido». Las causas justificadas para el cese definitivo de un servidor, según su artículo 35º, son: el límite de 70 años de edad, la pérdida de la nacionalidad, la incapacidad permanente física o mental, y la ineficiencia o ineptitud comprobada para el ejercicio del cargo.

Su artículo 28º se refiere a que: «Son faltas de carácter disciplinarias que, según su gravedad, pueden ser sancionadas con cese temporal o destitución, previo proceso administrativo:

- El incumplimiento de las normas establecidas en la presente ley y su reglamento
- La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores, relacionadas con sus labores
- El incurrir en acto de violencia, grave indisciplina o faltamiento de palabra en agravio de su superior, del personal jerárquico y de los compañeros de labor.
- La negligencia en el desempeño de las funciones.
- El impedir el funcionamiento del servicio público.
- La utilización o disposición de los bienes de la entidad en beneficio propio o de terceros.
- La concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes.
- El abuso de autoridad, la prevaricación o, el uso de la función con fines de lucro.
- El causar intencionalmente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de esta.
- Los actos de inmoralidad.
- Las ausencias injustificadas por más de 3 días consecutivos o por más de 5 días no consecutivos en un periodo de 30 días calendario o, más de 15 días no consecutivos en un periodo de 180 días calendario.
- Las demás que señale la ley.

En el Congreso de la República se encuentra en trámite el Proyecto de Ley Nº 686/2006.PE, presentado por el Poder Ejecutivo, modificando varias disposiciones de esta Ley de la Carrera Pública, entre las cuales se encuentra una que aumenta las faltas de carácter disciplinario en dos casos:

- La notoria falta de rendimiento que implique inhibición voluntaria en el cumplimiento de las tareas encomendadas.
- La negativa injustificada a someterse a examen médico previamente convenido, establecido por ley o dispuesto por acto médico, determinantes

de la relación de trabajo, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por la autoridad de salud o el médico, para evitar enfermedad o accidente, siempre y cuando con dicha medida no se esté vulnerando ningún derecho fundamental.

d. *Ley Marco del Empleo Público, Ley Nº 28175, del 18 de febrero de 2004*: al tratarse de una ley marco, no contiene disposiciones detalladas sobre este derecho, fuera de la que menciona su artículo 15º, en su inciso c, como derecho del empleado público: «Protección adecuada contra el cese arbitrario, con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso» y, refiere en su artículo 22º que una de las causas por las que se produce el término del empleo público es la destitución, dejando a las leyes de desarrollo la normativa de la casuística necesaria para este tema.

### 4.5. Compensación por tiempo de servicios

Este es un derecho que se ha reconocido últimamente al empleado público, en razón de la mayor importancia que se dio a las pensiones de cesantía y jubilación que tenían estos en un principio, las cuales cubrían con creces la contingencia del término del empleo y su pase al retiro. Sin embargo, con la promulgación de la Ley de la Carrera Administrativa en 1984 se estableció este derecho como un beneficio complementario que después ha ido modificándose hasta tomar una forma equivalente a la que rige para el régimen laboral privado, cuya importancia mantiene el debate constante sobre sus alcances.

Para seguir con el esquema que hemos venido utilizando para los demás derechos, veremos como ha evolucionado este concepto a lo largo de los últimos 25 años de vigencia:

a. *Ley de la Carrera Administrativa, Decreto Legislativo Nº 276, del 6 de marzo de 1984*: la introduce moderadamente, teniendo en cuenta la incidencia que pudiera causar en el erario público, ampliando los presupuestos con que contaban las diversas entidades del sector público nacional. Es así que en la descripción de este beneficio utiliza cercanamente el modelo que sirvió para crearlo en el caso de los obreros, allá por el año de 1928, cuando la Ley Nº 8439 estableció que la compensación por tiempo de servicios era equivalente a 15 días de salario por año de servicios, al igual que la Ley Nº 6871 previó para los empleados particulares, con medio sueldo por año de servicios.

   El inciso c de su artículo 54º regula escuetamente este beneficio con el siguiente texto:

> «Compensación por tiempo de servicios: Se otorga al momento del cese por el importe del 50% del haber básico para los servidores con menos de 20 años de servicios, o de un haber básico para los servidores con 20 ó más años de servicios, por cada año completo o fracción mayor de 6 meses y hasta por un máximo de 30 años de servicios. En caso de cese y posterior reingreso, la cantidad pagada surte efecto cancelatorio del tiempo de servicios anterior para este beneficio».

Como se ve, tiene dos limitaciones en el cómputo de este beneficio: La primera es que toma como base de cálculo solo la *Remuneración Básica* del servidor público, que durante muchos años ha estado reducida a una cantidad insignificante por efecto del proceso inflacionario que vivió nuestro país en las décadas del 80 y 90, de tal modo que por la conversión de moneda y otros factores esta representaba una cifra de céntimos de nuevo sol, como S/.0.50 a 0.90, que pulverizaba este importante beneficio. Paulatinamente se ha venido aceptando nuevos conceptos remunerativos para el cálculo de este derecho, como la *Remuneración principal o la Remuneración reunificada,* que han mejorado su pago.

La segunda limitación es que reduce al 50% de la remuneración el pago de los empleados que tengan menos de 20 años de servicios, margen en el que se encuentra la mayoría del personal del Sector Público, con lo que este beneficio carece de significación actualmente.

*b.* *Proyecto de Ley del Sistema de Remuneraciones del Empleo Público (2005)*: mantiene el mismo concepto de la anterior al utilizar una fórmula parecida, cuando en su artículo 10º dice: «El funcionario público tiene derecho a una Compensación por Tiempo de Servicios (CTS): Para los primeros 20 años de servicios la CTS será equivalente al 50% de la Remuneración Mensual (RM) por cada año laborado. A partir de 20 años y hasta un máximo de 30 años de servicios, la CTS será equivalente al 100% de la RM por cada año laborado».

En este texto, si bien se mejora la base de cálculo del beneficio, al utilizar el concepto de la remuneración mensual (RM), que se supone sea la total percibida con inclusión de las remuneraciones complementarias, en lugar de la remuneración básica, que es un tema obsoleto, desmejora –por otra parte– el pago del beneficio a los servidores antiguos que tengan más de 20 años de servicios, a los cuales se liquida la CTS en dos tramos: Los prime-

ros 20 años por los que recibirá solo el 50% de la RM y, los siguientes años que exclusivamente se pagarán con el íntegro de la remuneración.

En este segmento de los servidores con más de 20 años de servicios, el anterior régimen era más favorable, ya que les liquidaba la integridad de su tiempo de servicios –los 30 años para el caso– con el 100% de la remuneración, sin aplicar ninguna escala.

De todos modos, hay intenciones también de eliminar este beneficio para los empleados públicos, sino también para los trabajadores particulares, con lo que el debate sobre su estructura carecería de objeto.

## 5. ADENDA

El análisis hecho sobre los principales derechos del empleado público ha sido meramente enunciativo. Se quedan en el tintero algunos otros derechos que por su amplitud y pertenencia a campos diferentes al Derecho individual, deberían ser tratados en forma separada, por lo que deseo hacer mención de ellos para tener una imagen más completa del tema que hemos tratado. Tales son:

*a.* *El derecho de sindicación y huelga*: que pertenece al Derecho colectivo y tiene rango Constitucional, ya que es en las cartas magnas tanto de 1979 como en la de 1993 que se instituye como un derecho fundamental de los servidores públicos, que ha sido desarrollado en legislación dispersa, pero que se viene ejerciendo como un abanderado de la conquista de nuevos derechos.

*b.* *El derecho a pensiones*: que está dentro del Derecho previsional o de seguridad social y que surgió desde los orígenes de la empleocracia pública, ya que las normas más antiguas de este sector están dedicadas exclusivamente al otorgamiento de pensiones, desde la Real Orden del Virrey del Perú del 8 de febrero de 1803 hasta la Ley General de Goces de Jubilación y Cesantía del 22 de enero de 1850, esta última vigente por más de un siglo, ya que fue derogada y sustituida en 1974 por el Decreto Ley Nº 20530, que está vigente hasta nuestros días, aunque en un régimen cerrado destinado a desaparecer.

# REFORMA DEL EMPLEO PÚBLICO: NECESIDAD DE UNA LEY GENERAL

Leopoldo Gamarra Vílchez(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es mostrar la necesidad de una ley general en el ámbito laboral del empleo público en nuestro país. Como sabemos, hace más de cuatro años contamos con la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público; sin embargo, hasta hoy no tenemos su reglamentación para solucionar los problemas que enfrenta la administración pública y, por lo tanto, no contamos con el instrumento imprescindible para una reforma del empleo público. Al respecto, se han presentado diversas iniciativas legislativas que buscan contar con una legislación en dicha materia y desde el mes de noviembre del 2006 el Congreso de la República cuenta con el proyecto del Ejecutivo Nº 686/2006-PE, que propone modificar los artículos 1º, 3º, 4º, 5º, 12º, 13º, 19º, 21º, 24º, 28º, 35º y 35º del Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de La Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

Asimismo, en el año 2008 se aprobaron cinco decretos legislativos respecto a los trabajadores del Estado: el Decreto Legislativo Nº 1023, sobre el servicio civil con una entidad rectora del sistema de recursos humanos; el Decreto Legislativo Nº1024, que crea un cuerpo de gerentes públicos profesionales para asignarlos a los gobiernos regionales o sectores que los soliciten; el Decreto

(*) Profesor titular 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. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Actual Especialista Laboral y de Seguridad Social del Congreso de la República.

Legislativo Nº 1025, que establece el régimen de capacitación y evaluación; el Decreto Legislativo Nº 1026, que establece un régimen especial de recursos humanos para los gobiernos regionales y locales; y, finalmente, el Decreto Legislativo Nº 1057, que crea el régimen especial de contratación administrativa de servicios[1].

## 2. ANTECEDENTES

El tema de la necesidad de una ley del servidor público es un viejo ideal de la administración pública en el Perú. Si bien es verdad que existía una antigua Ley de Responsabilidad de Funcionarios de 1868, no ha existido un régimen de carrera administrativa único, organizado e integral hasta el día de hoy, ni menos una ley del servidor público.

En el siguiente cuadro podemos observar los antecedentes y la situación legal del empleo público como parte de la historia normativa.

**Cuadro N° 1**
**Normas jurídicas sobre el empleo público**
**(1821-2008)**

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| **1821:** Estatuto Provisional de José de San Martín que reorganizó la administración pública. | **1824:** Simón Bolívar estableció juicio sumario y pena capital a los funcionarios que malversaran los fondos públicos[*]. | **1831:** Agustín Gamarra atenuó la medida anterior y estableció juicio ordinario para culpables que malversaron fondos públicos. | **1918:** José Pardo expidió la Ley N° 2851 que normó el trabajo de las mujeres. | **1931:** La Junta de Gobierno de David Samanéz Ocampo, con el Decreto Ley N° 7455 reconoció la estabilidad en el empleo público. |
| **1950:** Mediante la Ley N° 11377 se creó el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil. | **1984:** Se aprobó el Decreto Legislativo N° 276, nueva Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneración, y se derogó la Ley N° 11377. | **1990:** Se reglamentó el Decreto Legislativo N° 276 a través del Decreto Supremo N° 005-90-PCM. | **2004:** Se aprobó la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público. | **2008:** Se publicaron los Decretos Legislativos N°s 1023, 1024,1025 1026 y 1057, sobre el empleo público. |

(1) Los cuatro primeros decretos legislativos se publicaron el 21 de junio y el último el 28 del mismo mes de 2008.

(*) Vide BASADRE, Jorge, *Historia de la República 1822-1933*, 2ª ed., Editorial Universitaria, Lima, 1968, T. II.

Cabe señalar que la Ley Nº 11377, del 9 de mayo de 1950, con tres décadas en vigencia, y con limitada aplicación por diversas razones, sobre todo de orden político y también por la falta de sensibilidad social y de decisión de algunas autoridades y funcionarios públicos, se ha intentado ser modificada o reemplazada en varias ocasiones, en atención a los avances de orden doctrinario y técnico en el sistema de personal.

En efecto, el 24 de marzo de 1984, a través del Decreto Legislativo Nº 276, se derogó la Ley Nº 11377. Se optó por un régimen administrativo-laboral basado en el desarrollo de una trayectoria sustentada en el sistema de méritos con ingresos y ascensos por concurso en función a niveles de carrera, de cargos y de remuneraciones, todos ellos sistematizados y compatibilizados con el presupuesto del Estado[2]. Se tomó en cuenta «los conceptos sustanciales, ya previstos en la Ley Nº 11377, en su Reglamento y en las normas complementarias de la materia»[3]. Su ámbito es aplicado a los trabajadores del sector público, inclusive municipalidades, Poder Judicial, Congreso, organismos constitucionales autónomos y universidades; en forma supletoria es aplicada a los jueces, maestros y trabajadores de salud, que gozan de legislación especial.

Establece como obligatorio el concurso público, excepto en los cargos de confianza[4]. No hay periodo de prueba ni nombramiento por las normas de austeridad de ley de presupuesto de cada año, pero se permite el ingreso de trabajadores contratados (sin estabilidad). Los nombrados tienen estabilidad laboral, prevé la contratación temporal hasta por 3 años, pasados los cuales formalmente el trabajador debe ser nombrado pero no se permite dichos nombramientos.

Es decir, el Decreto Legislativo Nº 276 es un régimen rígido, dirigido a una administración pública única y para un modelo de Estado que se ha desvirtuado en la última década, que se dejó de lado y se introdujeron diversos regímenes laborales; quedando desfasada a lo que es actualmente el Estado y el nuevo rol que asume en el proceso de reforma y modernización. Una ley del empleo

---

(2) PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro, *Derecho administrativo y administración pública en el Perú*, 7ª ed., Grijley, Lima, 1998, p. 178.

(3) Ibídem, p. 217.

(4) Cargo de confianza es la denominación que corresponde a un funcionario designado por la autoridad competente, en aplicación de las disposiciones vigentes (Resolución Directoral Nº

público implica la ruptura del modelo preexistente y, por lo tanto, la perentoria necesidad de definir una alternativa que haga viable nuevas relaciones de trabajo para los empleados públicos.

## 3. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

El empleo público peruano enfrenta muchos y diferentes problemas, y, entre ellos, los más saltantes son: la falta de orientación a resultados, la coexistencia de diversos regímenes, la ausencia total del sentido de mérito y desempeño como factores para el ingreso, permanencia y ascenso, y la absorción cada vez mayor del gasto público por las planillas. Sin duda, todos estos problemas inciden en la baja calidad de los servicios que el Estado brinda a la ciudadanía[5].

Actualmente, uno de los puntos más importante del diagnóstico es que en el Estado coexisten principalmente tres regímenes de contratación de personal: nombrados y contratados bajo régimen laboral público (Decreto Legislativo Nº 276), contratados bajo el régimen laboral privado (Decreto Legislativo Nº 728) y los contratos administrativos por servicios (Decreto Legislativo Nº 1057). Estos regímenes se sujetan a principios, criterios y normas disímiles entre sí: el régimen público, de naturaleza estatutaria, está regido por el Derecho administrativo; el régimen privado, de naturaleza contractual, se regula por el Derecho laboral; y el régimen de contrato administrativo de servicio (CAS) corresponde a una regulación legal específica[6].

Por otro lado, el concepto de «carrera pública»[7] se ha ido diluyendo, con lo cual el personal permanente del régimen del empleo público vigente se encuentra estancado en su puesto desde hace más de 20 años y aquel contratado por otro régimen no siente que está haciendo carrera en el Estado[8].

---

007-99-EF, Glosario de términos de gestión presupuestaria del Estado, publicada el 23 de febrero de 1999).

(5) En este sentido ver la obra colectiva VV. AA., *Cómo mejorar la gestión pública*, LAHERA, Eugenio (edit.), CJEPLAN, Santiago de Chile, 1993.

(6) El CAS reemplazó al contrato de SNP.

(7) El término carrera proviene del latín *carrerium* que significa camino y carretera. Entonces hacer carrera significa progresar en alguna profesión, oficio o empleo.

(8) Existe la idea extendida de que el puesto público es una recompensa o un favor que dan los políticos a sus colaboradores, parientes, amigos o partidarios. Mientras se siga pensando así, se seguirán teniendo presiones sobre las instituciones públicas para dar nuevo empleo o mantener el que ya

Por ello, en tanto no se reforme la normativa del empleo público, no se podrá avanzar en la modernización del Estado, donde un punto de partida debe ser la orientación a resultados en los trabajadores públicos. El lograr un Estado moderno es una necesidad y no un lujo para los países: el nuestro se sigue rezagando a nivel internacional en la reforma de su aparato público, lo cual no solo incide en los servicios que este presta a los ciudadanos, sino también en la competitividad de sus empresas, en la medida que las ineficiencias del Estado se trasladan a las empresas en la forma de impuestos; ubicándose el Perú, de acuerdo con el índice de competitividad de sus funciones.

En conclusión, de modo general, podemos señalar a manera de diagnóstico las características de cómo se presenta el empleo público en el Perú:

a. En el Gobierno Central coexisten tres regímenes de contratación de personal[9]: el de los nombrados y contratados bajo el régimen laboral público (Decreto Legislativo Nº 276), los del régimen laboral privado (Decreto Legislativo Nº 728) y los contratados administrativos de servicios (Decreto Legislativo Nº 1057).

b. Las restricciones presupuestarias que durante décadas prohibieron la contratación y nombramiento de personal para tareas de naturaleza permanente, han dado lugar a la falta de sinceramiento en los Cuadros Analíticos de Personal (CAP) y consecuentemente en los Cuadros de Presupuestos Analíticos de Personal (PAP). Esto ha dado lugar al uso desmedido de la modalidad de los servicios no personales (contratos de SNP).

c. No se cuenta con una base de datos con información confiable, debido a que los organismos que la elaboran no la tienen completa y en muchos casos sus cifras no coinciden.

d. Existe un desorden en los niveles remunerativos del sector público, debido a que dependen de la modalidad de contratación que se utiliza en cada entidad[10].

---

existe aunque no sea necesario, lo cual tendrá que seguir siendo financiado por los impuestos de los ciudadanos. En este escenario se continuará hundiendo a la administración pública en la mediocridad y el desprestigio.

(9) Además de los especiales tales como los del Magisterio, las Fuerzas Armadas y Policiales, el Servicio Diplomático, Magistrados del Poder Judicial, Servicios de Salud, etc.

(10) La Constitución de 1993 se refiere a los trabajadores del sector privado en los artículos 22º al 29º ubicados en el Capítulo II del Título I, mientras que de la función pública se ocupa en los artículos 39º al 42º, ubicados en el Capítulo IV de ese mismo título.

e. Dentro del sistema remunerativo de los trabajadores contratados bajo el sistema del régimen laboral público, existen distorsiones que niegan los reales ingresos de los servidores. Para ello se reformó el «efecto espejo» que existía en el sistema pensionario del Decreto Ley Nº 20530[11]. Sin embargo, la situación sigue igual.

f. En cuanto a los derechos colectivos de los trabajadores del sector público[12]: se reconocen los derechos a la organización sindical y a la huelga, pero se desconoce y se niega el derecho a la negociación colectiva por razones de interés público[13].

g. Finalmente, no se aplica una adecuada carrera administrativa ya que los principales lineamientos de la misma no se cumplen o han quedado sin vigencia, por el paso del tiempo, por lo que se hace necesario la revisión de toda la normativa del empleo público.

## 4. REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

La descripción de los principales problemas de la carrera pública en el Perú, ha generado propuestas concretas desde el Ejecutivo y del Poder Legislativo para la regulación y desarrollo de la carrera pública[14], subyaciendo una idea consensuada: mientras no se tenga trabajadores eficientes y probos al servicio del Estado, no se podrá desarrollar el país.

---

(11) Se supone que tras la reforma de la Constitución en esta materia ese fenómeno ya no se produce. Al respecto vide MORENO DE TORO, Carmen y GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo, *La jubilación en el Perú y España*, Mn editores, Lima, 2006.

(12) Al respecto, en cuanto a los derechos colectivos que deben ser reconocidos, vide la experiencia española en GÓMEZ CABALLERO, Pedro, *Los derechos colectivos funcionarios*, CES, Madrid, 1984.

(13) En efecto, el artículo 42º de la Constitución vigente reconoce los derechos de sindicalización y huelga de los servidores públicos. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Esta amplitud concuerda con la prevista en el Convenio de la OIT relativo a la protección del derecho de sindicación de los empleados públicos, ratificado por la Constitución de 1979 (17 DGT, convenio en vigencia mientras no sea denunciado).

(14) En el Congreso de la República se han presentado varios proyectos para uniformar el ámbito laboral del sector público y acondicionarlo al proceso de modernización del Estado.

Por esta razón, es importante tomar en cuenta las propuestas concretas del Poder Ejecutivo y del Congreso de la República[15]; asimismo, se debe tener en cuenta los puntos críticos de toda administración pública tal y como «necesidad de liderazgo político, apoyo de la misma administración, evaluación de los costos del proceso, superación de la cultura del clientelaje, cambio en los ciudadanos e implementación de transparencia y mayor democracia»[16].

### 4.1. Iniciativas legislativas para la ley marco

A partir del año 2001, las iniciativas legislativas se plantearon en los siguientes Proyectos de Ley Nºs 0857, 4332, 4351, 4416, 4530, 5265, 5823, 5929, 5983, 6031, 6371, 6407, 6947, 6968, 7126, 7460, 7971 y 8065, presentados por distintos congresistas[17]. A las iniciativas legislativas referidas, se han acumulado veintidós (22) proyectos de ley relacionados a la misma materia. En general, los proyectos planteaban un marco del empleo público compuesto por las finalidades del sistema, los principios rectores, la clasificación de los empleados públicos, los grupos ocupacionales, los mecanismos de acceso, los principales derechos, y las reglas básicas para la gestión del empleo público y el contenido mínimo de la carrera administrativa. Además, se regula el Consejo Superior del Empleo Público y el Tribunal del Empleo Público.

El 6 de junio del 2003, la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, aprobó por mayoría el Proyecto de Ley Marco del Empleo Público, y el 11 de junio del mismo año, la Comisión de Modernización de la Gestión del Estado también aprobó por unanimidad el dictamen favorable pasando al Pleno del Congreso para su debate y aprobación.

---

(15) Como señala el profesor Gustavo Bacacorzo, en la comunicación del 21 de abril del 2003 a la Presidenta de la Comisión de Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la República, del periodo legislativo 2003-2004, «esta nueva ley debe garantizar la igualdad laboral-administrativa en situaciones también iguales. Siempre fenómenos exclusivos de cada uno de ellos continuarán siendo así, pero los demás generales serán regulados extensivamente iguales».

(16) Palabras del profesor en la Universidad Complutense de Madrid José Vicente Gómez Rivas, en el Seminario: «La carrera pública en España, México y Perú», evento organizado por el Congreso de la República del Perú en el Periodo Legislativo 2004-2005.

(17) Entre los proyectos que destacaron fueron de Ana Elena Townsend Diez Canseco, Rafael Valencia-Dongo Cárdenas, Ernesto Herrera Becerra y de Luis Gonzáles Posada Eyzaguirre.

### 4.2. Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público

El Pleno del Congreso de la República el 22 de enero del 2004, debatió y aprobó el Dictamen de la Ley Marco del Empleo Público, siendo aprobada la Autógrafa y promulgada con la Ley Nº 28175, el 18 de febrero del 2004.

El 19 de febrero del 2004, se publicó la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, norma que establece los lineamientos aplicables al empleo público, sin entrar a un desarrollo preciso y específico de las instituciones propias de esta materia.

Dado a que se encuentran tareas pendientes de solucionar en cuanto a quiénes son, dónde están o cuánto perciben los empleados públicos, esta ley tiene como objetivos:

- Consolidar el pleno desarrollo de los organismos públicos.
- Determinar los principios que deben regir para el empleo público.
- Crear las condiciones para que las entidades públicas sean organizaciones eficientes, participativas, transparentes y honestas.
- Normar las relaciones de trabajo en el empleo público.

Se trata además, de cumplir con estos objetivos a partir de un conjunto de principios como son el de la legalidad, transparencia y rendición de cuentas, modernidad, imparcialidad, eficiencia, probidad y ética pública, mérito y capacidad, preservación de la continuidad de políticas de Estado y de provisión presupuestaria.

### 4.3. Reglamento de la Ley Marco del Empleo Público

La Ley Marco del Empleo Público, Ley Nº 28175, en su Segunda Disposición Transitoria, Complementaria y Final encargó al Poder Ejecutivo elaborar cinco proyectos de ley como disposiciones de su reglamentación. Estos proyectos debían tratar y desarrollar los siguientes temas: carrera del servidor público; funcionarios públicos y empleados de confianza; gestión del empleo público; incompatibilidades y responsabilidades; y, el sistema de remuneración del empleo público. En efecto, el Ejecutivo cumplió con ese encargo en la fecha indicada, pero también en noviembre del 2006 presentó un proyecto de actualización del Decreto Legislativo Nº 276, como veremos en seguida.

#### *a. Proyectos de desarrollo de la ley marco*

El Poder Ejecutivo remitió los siguientes proyectos de ley que desarrollaban la Ley Marco del Empleo Público: Proyecto de Ley Nº 10877/2004-CR,

denominado de la Carrera Administrativa de los Servidores Públicos; Proyecto de Ley Nº 10878/2004-CR, de la Ley de los Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza; Proyecto de Ley Nº 10879/2004-CR, de la Ley de Gestión del Empleo Público; y Proyecto de Ley Nº 10880/2004-CR, que desarrollaba una propuesta sobre las responsabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, por la coyuntura política y la oportunidad legislativa se integró los proyectos de Ley de Carrera Administrativa, de Gestión en el Empleo, de Funcionarios Públicos y personal de Confianza y de Incompatibilidades y Responsabilidades, en un único texto legal denominado Ley General del Empleo Público.

En efecto, los proyectos de ley enviados por el Ejecutivo para la reglamentación de la Ley Marco del Empleo Público, a excepción del proyecto de ley del Sistema de Remuneraciones del Empleo Público, fueron unificados por la Comisión de Descentralización y Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la República en un solo texto denominado Ley General del Empleo Público, el mismo que fue aprobado por dicha Comisión y que propone lo siguiente:

- Establece que el ingreso a la carrera administrativa solo se produce por concurso público (artículo 20º). Esto debe basarse en la igualdad de oportunidades, transparencia y criterios objetivos, lo cual permitirá que el personal al servicio del Estado, cuente con una serie de atributos como: idoneidad, objetividad, vocación de servicio, orientación a resultados, honestidad y responsabilidad.
- Establece el conjunto de derechos individuales (artículo 15º) y obligaciones (artículo 19º) de los empleados públicos.
- Crea el Régimen Especial de Alta Gerencia Pública (artículo 47º), orientado a un concurso centralizado para cargos del tercer nivel jerárquico (directores nacionales, generales, director gerente, etc.).
- Pone énfasis en la capacitación permanente para lograr el mejoramiento técnico, profesional y moral de los servicios de carrera (artículo 73º).
- Establece límites para contratación de personal de confianza: no podrá exceder del 5 % de los servidores públicos existentes en cada entidad (artículo 59º).
- Regula el estatuto jurídico y las obligaciones de los funcionarios públicos y empleados de confianza (Título III, Capítulos I, II y III).
- Se regula en un solo cuerpo legal las incompatibilidades, prohibiciones y responsabilidades a las que se encuentran sujetos el personal del empleo público (Título VII, Capítulos I y II).

- Se crea el régimen sancionador disciplinario, que incluye todas las sanciones que se apliquen a los servidores y funcionarios públicos (Subcapítulo III).

En efecto, este proyecto de la Ley General del Empleo Público pasó varios meses como parte de la agenda legislativa para el debate en el Congreso de la República, como texto consensuado entre las Comisiones de Descentralización y de Trabajo. Sin embargo, no se aprobó el proyecto y existen serias observaciones de los trabajadores involucrados[18]. Como sabemos, es sumamente importante la participación de los trabajadores en las políticas del sector público en el marco de la descentralización. La Ley de Bases de la Descentralización, Ley Nº 27783, regula la estructura y organización del Estado correspondiente al Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales.

### *b. Proyecto de Ley Nº 686/2006-CR*

El Proyecto de Ley Nº 686/2006-CR, presentado por el Legislativo el mes de noviembre del 2006, propone modificar diversos artículos del Decreto Legislativo Nº 276, a fin de incorporar los principios de mérito, desempeño y capacidad como reguladores del ingreso, ascenso, condiciones de trabajo y remuneración.

Se propone establecer el ingreso a través de concurso público, siempre que exista presupuesto, bajo sanción de nulidad, así como la incorporación del periodo de prueba (seis meses), y la evaluación periódica mediante factores mensurables, cuantificables y verificables, siendo la determinante para la concesión de estímulos y premios a los servidores públicos. Asimismo, se incorpora como faltas disciplinarias el no rendimiento que implique inhibición voluntaria en el cumplimiento de las tareas encomendadas y la negativa a someterse a examen médico, siempre que no afecte algún derecho fundamental. De igual modo, se incorporan como causales de cese el rendimiento deficiente, según las evaluaciones y la eliminación de la plaza por desactivación, reestructuración, fusión, reorganización o transferencia de funciones en el marco del proceso de descentralización.

---

(18) Los sindicatos del sector público se oponen a las evaluaciones, porque sostienen que tendrían el propósito de implementar una política de despidos masivos de los trabajadores de todo el sector público; proponen la incorporación de trabajadores contratados, se plantea que dicho proceso sea automático; sobre la licencia sindical, señalan que debe ser de acuerdo con las normas internacionales y no limitativas; respecto a la supresión del empleo por reestructuración y reorganización institucional, señalan que supondría despedidos masivos; finalmente, cuestionan la regulación de la negociación colectiva, entre otros como la necesaria participación de los trabajadores en las políticas del sector público.

Sin embargo, tanto los técnicos como los trabajadores expresan opinión en contra bajo los siguientes argumentos:

- La norma solo pretendería la flexibilización de la legislación laboral pública, transformando en punitiva la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, insertando nuevas modalidades de despidos masivos: evaluaciones punitivas, supresión de plazas por reestructuración de las entidades públicas y la derogación de la Ley Nº 24041.
- La supresión de plazas por reestructuración debe estar considerada en ley expresa en cada caso, la misma que autorice la supresión o reubicación de plazas y no en la ley de la carrera administrativa, toda vez que no se trata de una causal que obedezca a una falta administrativa individual.
- El proyecto debilitaría a las organizaciones sindicales en la medida que los afectados con los despidos serían sus afiliados, y porque en dicho proceso no se contempla la presencia de la representación sindical vía la negociación colectiva.

## 5. ÚLTIMOS DECRETOS LEGISLATIVOS SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO

Hace un año se publicaron cinco decretos legislativos[19] respecto a los trabajadores del Estado: sobre el servicio civil con una entidad rectora del sistema de recursos humanos; la creación de un cuerpo de gerentes públicos profesionales para asignarlos a los gobiernos regionales o sectores que los soliciten; el régimen de capacitación y evaluación; el régimen especial para los gobiernos regionales y locales respecto a los recursos humanos; y, finalmente, el régimen especial de contratación administrativa de servicios. Veremos cada decreto legislativo.

Los cuatro primeros decretos legislativos fueron publicados el 21 de junio de 2008 y se refieren a los siguientes aspectos: el Decreto Legislativo Nº 1023 crea la autoridad Nacional del Servicio Civil, el Decreto Legislativo Nº 1024 crea y regula el cuerpo de gerentes públicos, el Decreto Legislativo Nº 1025 establece normas de capacitación y rendimiento, el Decreto Legislativo Nº 1026 faculta un régimen especial para los gobiernos regionales y locales; y el 28 de junio del mismo año se publicó el Decreto Legislativo Nº 1057 que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Como observación general podemos señalar que se trata de medidas aisladas que no resuelven los problemas del empleo público, puesto que se necesita una reforma integral del aparato estatal. No tiene un horizonte concreto en cuanto

---

(19) Se cuestionan las facultades otorgadas por el Legislativo en el marco de la implementación del TLC con los EE.UU. para aprobar los mencionados dispositivos.

a objetivos que buscan estos dispositivos. Debemos recordar que en Congreso se viene discutiendo la implementación de la Ley Marco del Empleo Público, la que no solo incorpora un sistema de evaluación y capacitación para los trabajadores del Estado, sino que establece la Carrera Pública, determina las escalas remunerativas, así como la regulación del ingreso y salida del sector público.

Mientras no se eliminen la duplicidad de funciones por los distintos regímenes laborales, las evaluaciones y capacitaciones solo serán medidas parciales que no atacan los males de la burocracia estatal. Lo que debió hacerse es que el Ejecutivo envié sus iniciativas al Legislativo para que acompañen los dispositivos que formarán parte del paquete de normas que reglamentarían la Ley Marco del Empleo Público. Además, se deberá reglamentar el proceso de evaluación al que serían sometidos los empleados públicos, a fin de que dicho mecanismo no sea utilizado como herramienta para los despidos arbitrarios, como ocurrió en la década de los noventas.

Ahora, específicamente en cuanto a cada dispositivo, pasaremos a desarrollar por separado y presentaremos un cuadro comparativo con la Ley Marco del Empleo Público y el proyecto de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

### 5.1. Decreto Legislativo Nº 1023, crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil

El decreto legislativo mencionado consta de 5 títulos además de un Título Preliminar y tiene como finalidad crear la Autoridad Nacional del Servicio Civil (en lo sucesivo la Autoridad) como organismo técnico especializado, rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos del Estado. Resalta entre sus funciones la sancionadora; es decir, se encargará de imponer las sanciones correspondientes. Es curioso como se inicia la reforma del Estado, planteando nuevas maneras de despedir a los trabajadores como si ese fuera el problema.

En el Capítulo III se crea el Tribunal del Servicio Civil para la resolución de las controversias individuales que se susciten al interior del sistema público. Este órgano fue creado por la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público.

Es un organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de los Recursos Humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del Servicio Civil. Tiene personería jurídica de Derecho público interno, constituyendo un pliego presupuestal y se encuentra adscrito a la Presidencia de Consejo de Ministros.

La reforma del servicio civil constituye un tema esencial para el proceso de modernización del Estado, siendo el recurso humano el elemento esencial de los servicios del Estado, resulta clave la creación de un organismo público especializado y con un alto grado de autonomía, como ente rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.

**Cuadro N° 2**
**Cuadro comparativo del Decreto Legislativo N° 1023**

| Decreto Legislativo N°1023 | Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público | Proyecto de la Comisión de Trabajo |
|---|---|---|
| Crea la Autoridad Nacional de Servicio Civil como organismo técnico, rector del sistema administrativo de gestión de recursos humanos del Estado (artículo 1°). Su estructura orgánica está compuesta por un Consejo Directivo, Gerencia General y el Tribunal del Servicio Civil. El Consejo Directivo es el órgano máximo de la Autoridad integrado por 3 consejeros designados por el Ejecutivo. No hay representación de los trabajadores (artículo 8°). El Tribunal del Servicio Civil es un órgano para la resolución de controversias en última instancia administrativa (Capítulo III). El Tribunal estará integrado por 3 vocales, elegidos por concurso público (artículo 18°). | Crea el Consejo Superior del Empleo Público (Cosep) como máximo rector del empleo público (artículo 23°). La dirección estará a cargo de una Junta de 5 Consejeros, de los cuales 3 representantes del Poder Ejecutivo, 1 en representación del CND, 1 representante de la Universidades elegido por la ANR. Uno de los representantes del Poder Ejecutivo deberá ser escogido entre los empleados en actividad (artículo 25°). Se crea el Tribunal del Empleo Público como órgano del Cosep, que conocerá en última instancia los recursos administrativos (artículo 28°). Es decir, agota la vía administrativa. El Tribunal estará integrado por 3 vocales por 3 años y designados por el Cosep. | Se reconoce el Consejo Superior del Empleo Público (Cosep) como máximo rector del empleo público (artículos 70° y 84°). La dirección estará a cargo de una junta de 7 consejeros, de los cuales 3 representantes del Poder Ejecutivo, 1 en representación de los gobiernos regionales, 1 representante de los gobiernos locales, 2 representantes elegidos por los empleados públicos en actividad (artículo 85°). Igual respecto al Tribunal del Empleo Público como órgano del Cosep, que conocerá en última instancia administrativa los recursos (artículo 87°). El Tribunal estará integrado por 3 vocales por 3 años y designados por el Cosep, previo concurso público. |

## 5.2. Decreto Legislativo Nº 1024, crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos

Consta de 14 artículos, con los cuales se crea y regula el reclutamiento de un cuerpo gerencial que apoye la implementación de las medidas necesarias en la modernización del aparato estatal. Con esta medida, se crea en el Perú la institución jurídica del desplazamiento territorial de los empleados que será en función de las necesidades o pedidos de los gobiernos regionales. Es decir, será la incorporación de profesionales altamente capaces, seleccionados en procesos competitivos y transparentes para ser destinados a entidades del Gobierno Nacional, Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales que los requieran[20].

[20] Requisitos para ser incorporados al cuerpo de gerentes:

a. Contar con título universitario, o grado académico de maestría o doctorado.

b. No estar inhabilitado para ejercer función pública por decisión administrativa firme o sentencia judicial con calidad de cosa juzgada

El cuerpo de gerentes públicos tiene por objetivos formales según el mencionado dispositivo: convocar profesionales capaces para altos puestos de dirección y gerencias de mando medio, a través de procesos transparentes y competitivos; desarrollar capacidades de dirección y gerencia en la administración pública y asegurar su continuidad; profesionalizar gradualmente los niveles más altos de la administración pública; e impulsar la reforma del servicio civil. Asimismo, se deben regir por los siguientes principios: mérito, capacidad, responsabilidad, imparcialidad y equidad; además de los principios de especialización y eficiencia, fomentando el desarrollo de un mercado competitivo[21] y de calidad de formación para el sector público[22].

**Cuadro N° 3**
**Cuadro comparativo del Decret0 Legislativo N° 1024**

| Decreto Legislativo N° 1024 | Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público | Proyecto de la Comisión deTrabajo |
|---|---|---|
| Crea y norma el reclutamiento de un cuerpo gerencial especial para la modernización estatal, a fin de que sean destinados a entidades del gobierno nacional, y de los gobiernos regional y local (artículo 1°). La Autoridad del Servicio Civil desarrollará los criterios y procedimientos para determinar los cargos (artículo 8°). Se establece la movilidad geográfica: el régimen de permanencia para ser asignados a las entidades solicitantes por periodos de 3 años renovables (artículo 9°). Este cuerpo de gerentes podrá percibir hasta un 30 % mayor de los Ministros de Estado. | No establece esta figura de Gerentes Públicos.El artículo 4° clasifica a los servidores públicos en: - Directivo Superior - Ejecutivo - Especialista - De apoyo El Director Superior sería el más próximo a los Gerentes Públicos. | Establece el régimen especial de Alta Gerencia Pública comprendido en el tercer nivel jerárquico dentro del Poder Ejecutivo (artículo 47°). Para la selección, el Cosep convoca a un proceso de selección en que pueden participar todos los servidores de carrera. La diferencia con el Decreto Legislativo N° 1024, es que el proyecto se refiere a cargos comprendidos en el nivel jerárquico dentro del Poder Ejecutivo ubicados después de la máxima autoridad, con carácter permanente. En el decreto legislativo es un staff para ser destinados a otros entes públicos. |

c. Contar al menos con el mínimo de experiencia profesional, de acuerdo con lo que señale el Reglamento; y, de otros requisitos generales o específicos que establezca la Autoridad para cada proceso.

(21) Sin embargo, los que estuvieran sujetos a un régimen de carrera de la administración pública, con carácter permanente o, tuvieran vínculo laboral con una entidad pública bajo el régimen laboral de la actividad privada, conservarán la opción de retornar a su plaza.

(22) El objetivo es mejorar los servicios públicos brindados en la sociedad, modernizar y descentralizar el Estado, así como responder a las necesidades de conocimiento y superación profesional de las personas al servicio del Estado;

### 5.3. Decreto Legislativo Nº 1025, normas de capacitación y rendimiento

El objetivo de este decreto legislativo es doble: capacitación y evaluación del personal. El proceso de capacitación se encuentra normada en 17 artículos de manera coherente y ordenada; en el caso más complicado que es toda evaluación de personal, tenemos solo 3 artículos que tratan de tres temas: el proceso de evaluación del desempeño, los factores de evaluación y consecuencias de la evaluación. Por lo mencionado, se deberá reglamentar el proceso de evaluación al que serían sometidos los empleados públicos, a fin de que dicho mecanismo no sea utilizado como herramienta para los despidos arbitrarios, como ocurrió en la década de los noventa.

Es decir, con el proceso de capacitación y rendimiento se podrá incorporar a nuevos profesionales vía concurso, mediante contrato temporal de 3 años; de este modo podría mejorar la retribución económica de su personal que ocupan puestos claves del grupo, funcionarios y profesionales, en tanto que la supresión de plazas que dejan de ser necesarias, en virtud de la modernización institucional, dependerán de su presupuesto analítico de personal.

**Cuadro N° 4**
**Cuadro comparativo del Decreto Legislativo N° 1025**

| Decreto Legislativo N° 1025 | Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público | Proyecto de la Comisión deTrabajo |
|---|---|---|
| En 17 artículos se plantea la capacitación de manera ordenada y coherente; sin embargo, la evaluación es normada solo con 3 artículos (artículos 18°,19° y 20°). Se reconoce el régimen de los becarios señalando sus obligaciones (artículo 10°). En cuanto a la evaluación, se establece que será con una periodicidad no mayor de 2 años y abarca a todo el personal al servicio del Estado. Se califica como personal con rendimiento distinguido, buen rendimiento, rendimiento sujeto a observación y de ineficiencia comprobada. En este último caso será causal de cese (artículo 20°). | Se plantea como un deber y un derecho del empleado para mejorar su desempeño laboral (artículo 11° y 15°). No se relaciona directamente con la evaluación o término del empleo público (artículo 22°). Se busca propiciar la realización personal, técnica o profesional y brindar mejor servicio al usuario.La terminación del empleo se produce por: fallecimiento, renuncia, mutuo disenso, destitución, invalidez permanente, jubilación, cese. No aparece la evaluación como causal del término de la relación laboral. En cuanto al cese se reconoce el procedimiento disciplinario (artículo 21°). | Se regula la capacitación, para ello se crea la Escuela Nacional de Administración Pública (artículo 75°). Se reconoce el régimen de los becarios (artículo 77°). La evaluación como proceso del desempeño (artículo 38°) y anual (artículo 40°.4). Se establecen los factores de evaluación que son grupales e individuales (artículos 39°). Se señalan las consecuencias de la evaluación (artículos 40°). La calificación obtenida es determinante para la concesión de estímulos y premios, para concursos internos y permanencia en el servicio (artículo 40°). . |

### 5.4. Decreto Legislativo Nº 1026, régimen especial facultativo para los gobiernos regionales y locales

El objetivo es establecer un régimen facultativo de modernización institucional, estableciendo reglas para que los gobiernos regionales y locales que puedan optar. De esta manera podría lograrse la transparencia de los recursos humanos en el marco de la descentralización.

Formalmente se busca:

a. Incorporación de nuevos profesionales vía concurso, mediante contrato temporal de 3 años.
b. Mejorar la retribución económica del personal que ocupan puestos claves del grupo funcionarios y profesionales.
c. Modificación del presupuesto de los gobiernos regionales y locales.
d. Supresión de plazas que dejan de ser necesarias, en virtud de la modernización institucional de los gobiernos regionales y locales.
e. Reorganización o supresión de áreas o plazas en el presupuesto analítico de personal de los gobiernos regionales y locales.

Sin embargo, se adiciona como causales de despido de los trabajadores: la supresión de plazas originadas en el proceso de modernización de los gobiernos regionales y locales, y la negativa injustificada del servidor público a ser trasferido a otra plaza dentro o fuera de su residencia.

El plazo de ejecución del proceso de modernización institucional no excederá de un año, contado a partir de aprobada la incorporación al régimen.

**Cuadro Nº 5**
**Cuadro comparativo del Decreto Legislativo Nº 1026**

| Régimen especial para gobiernos regionales y locales (Decreto Legislativo Nº 1026) | Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público | Proyecto de la Comisión de Trabajo |
|---|---|---|
| El artículo 1º establece un régimen especial facultativo para los gobiernos regionales y locales para la modernización institucional. Se faculta: incorporar nuevos profesionales, mejorar la retribución económica, supresión de plazas, reorganización o supresión de áreas, dependencias o servicios (artículo 5º). El plazo de ejecución no excederá de un 1 año a partir de aprobada la incorporación al régimen (artículo 6º). Los gobiernos regionales y locales cuyo presupuesto total de personal activo sea menor de 10 % de su presupuesto total pueden incrementar personal. Se eliminará el SNP culminado el proceso. | No regula | El Cosep establece normas especiales en materia de capacitación, selección y evaluación para los gobiernos locales (artículo 93º) y para los gobiernos regionales (artículo 94º). Los gobiernos regionales y locales con una población mayor a 150,000 habitantes pueden aplicar el régimen especial de alta gerencia pública en los cargos correspondientes al tercer nivel jerárquico. Para su implementación pueden nombrar una Comisión de alto nivel en la que participará con no menos de un tercio de la representación del Cosep. |

### 5.5. Decreto Legislativo Nº 1057, Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios

El Decreto Legislativo Nº 1057, publicado el 28 de junio del 2008, regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (artículo 1º)[23] y tiene como objetivo contar con un marco jurídico de protección a los miles de trabajadores de las entidades del Estado que laboran bajo el sistema de SNP[24].

Este régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales así como a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado (artículo 2º).

El contrato administrativo de servicios es un nuevo contrato administrativo de servicios como una «modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado» (artículo 3º), no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

El concepto de contrato administrativo es en realidad de naturaleza instrumental y depende del interés general involucrado en la contratación en cuestión. Las controversias en materia de contratación administrativa se resuelven de distinta manera según la etapa en la cual nos encontremos. En la etapa del proceso de selección la vía es la administrativa, y posteriormente, el conten-

---

(23) Cuenta con los siguientes dispositivos: Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM, que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057, del 25 de noviembre de 2008, y la Resolución Ministerial Nº 417-2008-PCM, que aprueba el modelo de Contrato Administrativo de Servicios, del 30 de diciembre de 2008.

(24) Según el artículo 6º de la norma, los trabajadores del nuevo contrato tendrán los siguientes derechos en oposición a los SNP que no tienen ningún Derecho laboral:

- 48 horas de prestación de servicios máximo a la semana
- Descanso de 24 horas continua por semana.
- Descanso de 15 días calendario continuos por año cumplido.
- Afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud. A estos efectos, la contribución tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.
- La afiliación opcional a un régimen de pensiones para quienes ya vienen prestando servicios a favor del Estado y son contratados bajo el presente régimen; y, obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada. A estos efectos, el trabajador debe elegir entre el SNP o el SPP.

cioso administrativo. Sin embargo, durante la ejecución contractual, la vía es la conciliación –que cada vez es menos común– y el arbitraje. Los contratos administrativos permiten que la Administración pueda satisfacer necesidades públicas[25]. Sin embargo, no todos los contratos de la administración son contratos administrativos y la distinción se basa en el interés involucrado. Es un contrato deslaboralizado por imperio de la ley[26].

No se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad.

No se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo Nº 1057 y de su reglamento, los contratos financiados directamente con cargo a sus propios recursos; los contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado peruano para fines de contratación de personal altamente calificado, así como tampoco a los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial; aquellos que corresponden a modalidades formativas laborales; ni los de prestación o locación de servicios, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos que se realizan fuera del local de la entidad contratante[27].

La observación principal a este dispositivo es el aspecto facultativo para que los empleadores puedan sustituir a los que se encuentran en contratos SNP, a su vencimiento, por el nuevo contrato; se señala taxativamente «las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma». Es decir, la cuarta disposición complementaria final, otorga esa facultad y no establece una obligación para garantizar el derecho de los trabajadores. Además, el nuevo contrato será a plazo determinado, renovable y con menores derechos del régimen laboral general[28], veamos en el siguiente cuadro comparativo.

---

(25) Antes de la existencia del CAS, en el Perú existían 500 mil trabajadores contratados laboralmente, en tanto que 81 mil servidores prestaban servicios bajo el régimen de SNP. Es oportuno indicar que la propia ley es la que determina cuando nos encontramos ante un contrato administrativo

(26) Sin embargo, este régimen de contratación en la administración pública mantiene plenamente su validez y eficacia, en tanto la norma que lo originó no sea declarada inaplicable o inconstitucional.

(27) Son requisitos para la celebración del CAS: a) requerimiento realizado por la dependencia usuaria, b) existencia de disponibilidad presupuestaria, y c) determinada por la oficina de presupuesto de la entidad o quien haga sus veces. Además, el CAS se celebra a plazo determinado y es renovable.

(28) Por otro lado, se prohíbe a las entidades del sector público cubrir cargos de naturaleza permanente a través de empresas de servicios especiales o de servicios temporales o de cooperativas de trabajadores. Solo se autoriza la contratación de personal a través de empresas o cooperativas

**Cuadro N° 6**
**Diferencias laborales por régimen jurídico**

| Conceptos | Régimen laboral general | Decreto Legislativo N° 1057 |
|---|---|---|
| Ámbito | Laboral | Administrativo |
| Duración | Indeterminado y temporal | Temporal |
| Salario Mínimo | Una RMV | No contempla |
| Jornada laboral | 8 horas días o 48 semanales | 48 semanales |
| Descanso vacacional | 30 días por año | 15 días por año |
| Gratificaciones | En julio y diciembre | No contempla |
| CTS | | Un sueldo por año sin tope |
| Indemnización por despido injustificado | 45 días x año con tope de 12 años | No contempla |
| Régimen de salud | Obligatorio: 9% de la remuneración a cargo del empleador | Obligatorio: 9% de remuneración con tope de 30% de UIT (1,050.00) a cargo de la Entidad. |
| Régimen pensionario | Obligatorio: aportación a cargo de trabajador (11% SNP y 13% ONP). | Opcional: para los que están prestando servicios. Obligatoria: para los nuevos a cargo del trabajador (11% SNP y 13% ONP). |

## 6. CONCLUSIONES

La necesidad de contar con normas claras sobre el empleo público radica en los serios problemas que enfrenta el Estado en materia de recursos humanos: la carencia de una verdadera carrera pública, la informalidad en las contrataciones y remuneraciones, el exceso de personal y la ausencia de políticas de aliento a la productividad y buen desempeño, la coexistencia de diversos regímenes de contratación de personal, entre otras anomalías que explican la baja calidad de los servicios que el Estado peruano ofrece a la ciudadanía.

Si bien en el año 2004 se aprobó la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, es fundamental que el Estado cuente con un marco normativo de

intermediarias de mano de obra cuando se trate de labores complementarias, expresamente calificadas como tales, o para cubrir la ausencia temporal de un servidor permanente, sin que tal cobertura pueda sobrepasar de tres meses.

reglamentación de la mencionada Ley, a través del proyecto denominado Ley General del Empleo Público, con el fin de alcanzar eficacia y eficiencia en su camino al desarrollo y progreso; en la actualidad la carrera del servidor público, muchas veces mal entendida, se ha venido a menos acaso afectada por el desprestigio de la administración pública.

Por ello, esta legislatura no debe dejar de aprobar definitivamente la Ley General del Empleo Público de lo contrario no se podrá avanzar en la modernización del Estado, donde un punto de partida debe ser la superación de las condiciones de trabajo y la búsqueda de eficiencia y resultados en los trabajadores públicos. Es por ello que a lo largo del desarrollo del artículo se insiste que la función principal del Congreso de la República es normar para regular determinadas situaciones de la realidad peruana.

Por último, ante la existencia de los cinco decretos legislativos que abarcan de manera dispersa aspectos del empleo público, resulta necesario que exista un mecanismo para revisar dichas normas como también seguir en la discusión del proyecto de la Ley General del Empleo Público. Igualmente generar espacios que permitan participar a los trabajadores involucrados como a los legisladores coordinar y trabajar conjuntamente dicho proyecto como instrumento para la pendiente modernización del Estado peruano; en este sentido, no puede sino discutirse en un clima abierto, plural y técnico, respetando tanto los derechos de los trabajadores cuanto las necesidades de contar con un aparato público a la altura de una sociedad moderna y democrática.

# LOS SERVICIOS NO PERSONALES Y EL EMPLEO PÚBLICO

Pedro G. Morales Corrales(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

El 28 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo Nº 1057 (en adelante, el Decreto Legislativo) que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, persiguiendo como objeto central garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública (artículo 1º) de aquellos servidores que venían siendo contratados como «servicios no personales». Esta conclusión se infiere de la Primera, Segunda y Cuarta Disposiciones Complementarias del indicado dispositivo, que establecen: a) que las referencias normativas a la contratación de servicios no personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios; b) que las prohibiciones de contratación de servicios no personales reguladas en las normas de presupuesto son aplicables a la contratación administrativa de servicios; y, c) que las entidades comprendidas en el Decreto Legislativo (es decir las sujetas al Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales, así como las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado, quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos,

(*) Profesor de Derecho Individual del Trabajo de la Universidad de Lima. Ex Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio del Estudio Echecopar.

facultando a las partes a sustituir dichos contratos antes de su vencimiento con contratos celebrados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

De acuerdo con su Exposición de Motivos, el Decreto Legislativo tiene por objeto constituir «[...] una fórmula normativa transitoria que equilibre las protecciones e inicie un proceso de reordenamiento que se vincule con la Ley Marco del Empleo Público y sus normas de desarrollo», aún cuando el indicado propósito no ha sido expresamente consignado en el Decreto Legislativo.

Lo cierto es que el Decreto Legislativo trata de remediar, aunque parcialmente, la situación de iniquidad en que se encontraban cerca de ochenta mil[1] servidores públicos que, con violación de las normas vigentes sobre su incorporación a la Ley de la Carrera Administrativa o dentro del marco de régimen laboral de la actividad privada, en aquellos organismos públicos en que por ley expresa sus servidores se encontraban comprendidos en dicho régimen, fueron contratados bajo el sistema de «servicios no personales», que como veremos más adelante resultaba un neologismo de lo que se conoce jurídicamente como contrato de «locación de servicios», que se encuentra regulado por el Código Civil y que supone, en esencia, que su prestación se realiza de manera independiente o autónoma, cuando en la realidad de los hechos, estos miles de servidores públicos laboraban de manera permanente y ejecutando labores propias de la función pública pero desconociéndoseles todos sus derechos y beneficios y el acceso a la seguridad social.

Con fecha 25 de noviembre de 2008 se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* el reglamento de este Decreto Legislativo, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM (en adelante, el Reglamento).

Para poder entender los avances y limitaciones que suponen la vigencia del Decreto Legislativo y su Reglamento, así como las contingencias que a nuestro juicio aún persisten, resulta de interés conocer con más detalle cómo es que se llegó a esta situación límite que ha obligado al Estado, aunque tímidamente, a iniciar el camino de la formalización, que nunca debió obviar en la contratación de un importante sector de servidores públicos. Lo sustantivo es que se ha iniciado la rectificación del Estado-empleador de la mala práctica en que venía incurriendo, violando derechos de sus trabajadores y perdiendo cali-

(1) Según información del Ministerio de Economía y Finanzas con motivo de la formulación de esta norma, el número exacto de contratados bajo el sistema de servicios no personales era de 77,787 servidores públicos.

dad moral para exigir al sector privado el cumplimiento de sus obligaciones laborales.

## 2. ANTECEDENTES

### 2.1. Régimen público

La Constitución vigente establece en su artículo 39º que: «Todos los funcionarios y trabajadores *públicos* están al servicio de la Nación [...]».

A su vez, el artículo 40º de la nuestra carta magna establece que: «La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que ejerzan cargos políticos o de confianza. Igualmente no están comprendidos en la función pública, los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta».

El Decreto Ley Nº 11377, Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, norma que dio origen al tratamiento ordenado del régimen laboral público, definió en su artículo 1º a los empleados públicos en la siguiente forma:

> «Artículo 1º.- Considérase empleado público a toda persona que desempeñe labores remuneradas en las reparticiones del Estado.
>
> Los que realicen labores propias de obreros en las dependencias públicas, estarán comprendidos solo en las disposiciones que específicamente se han dictado para estos servidores a excepción del servicio interno que se acogerán a las disposiciones del presente estatuto».

El Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM, del 17 de enero de 1990, en su artículo 3º entiende por *servidor público* «[...] al ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato de autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en periodos regulares».

A su vez el artículo 2º del Decreto Ley Nº 11377 define lo que debe entenderse por «repartición del Estado» en los siguientes términos:

> «Artículo 2º.- Para los efectos de esta ley, se denominará genéricamente '*repartición*':

a. En el Poder Ejecutivo, a cada Ministerio, sin perjuicio de las excepciones que establezca el Reglamento.

b. Las municipalidades.

c. Las entidades fiscales y fiscalizadas y todas aquellas que realicen alguna función estatal.

d. En las Sociedades de Beneficencia Pública, a cada ramo con autonomía administrativa».

El Decreto Legislativo Nº 276, del 6 de marzo de 1984, que aprobó la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, en su artículo 1º define a la carrera administrativa como «[...] el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos, que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la administración pública», no encontrándose comprendidos en la carrera administrativa los servidores públicos contratados, ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la indicada ley en lo que les sea aplicable. (artículo 2º). El ingreso procede siempre que el postulante haya sido aprobado en el concurso de admisión respectivo. (artículo 12º.d). Este aspecto es muy importante, como lo veremos más adelante, pues colisiona con algunas sentencias que ordenan la regularización de la situación del servidor despedido y repuesto.

El mismo artículo 2º excluye de la carrera administrativa y de los alcances del Decreto Legislativo Nº 276 a los miembros de Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y a los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.

A su vez, el artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 276, establece que la contratación de un servidor para realizar labores administrativas de naturaleza permanente, no puede renovarse por más de tres años consecutivos. Vencido este plazo el servidor que haya venido desempeñando tales labores, podrá ingresar a la Carrera Administrativa previa evaluación favorable y siempre que exista plaza vacante, reconociéndosele el tiempo de servicios prestados como contratado para todos sus efectos. Este mismo dispositivo precisa que no es aplicable a los servicios que por su propia naturaleza sean accidentales o temporales.

El artículo 39º del Reglamento, en concordancia con el artículo 15º del Decreto Legislativo Nº 276 antes glosado, determina que la contratación de un servidor para labores de naturaleza permanente será excepcional y que solo procederá en caso «de máxima necesidad y debidamente fundamentada por la autoridad competente».

El Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, en su artículo 38º señala que las entidades de la administración pública solo podrán contratar personal para realizar funciones de carácter temporal o accidental para: a) obra o actividad determinada; b) labores en proyectos de inversión y proyección especiales, cualquiera sea su duración; y, c) labores de reemplazo de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada.

Hasta acá puede apreciarse que la norma general es que un servidor público que realiza una labor de naturaleza permanente debe entrar a la carrera administrativa y que solo excepcionalmente puede ser contratado a plazo cuando exista una «máxima necesidad debidamente fundamentada por la autoridad competente».

Además, hay que tener en cuenta que conforme al artículo 1º de la Ley Nº 24041, del 27 de diciembre de 1984, anterior al Reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, «los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo Nº 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él», sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15º de la misma ley, lo que en otras palabras significa que una vez superado un año ininterrumpido de servicios, así se prorrogue el contrato hasta el máximo de tres años previsto en dicho artículo, el servidor legalmente no puede ser cesado por conclusión del mismo porque gozaría de la estabilidad laboral absoluta regulada por el indicado decreto legislativo. En realidad, la Ley Nº 24041 estaría otorgando a estos trabajadores contratados el beneficio de la estabilidad laboral absoluta al año de servicios y el derecho de incorporarlos a la carrera administrativa a los tres años de contratado, siempre que exista plaza vacante.

El artículo 2º de esta norma excluye del beneficio establecido en su artículo 1º glosado a los servidores públicos contratados para desempeñar labores de naturaleza accidental o temporal, tales como: a) trabajo para obra determinada; b) labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas de actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada; c) labores eventuales o accidentales de corta duración; y d) funciones políticas o de confianza.

Los servidores comprendidos en la carrera administrativa tienen, en síntesis, los siguientes derechos y beneficios:

*a.* *Jornada de trabajo.* Conforme al Decreto Legislativo Nº 800 la jornada de trabajo de los servidores públicos es de siete horas con cuarenta y cinco minutos en horario corrido.

*b.* *Trabajo en sobretiempo.* Este debe ser remunerado en forma proporcional al haber básico del servidor, prohibiéndose su pago a los funcionarios (artículo 55º del Decreto Legislativo Nº 276). Desde hace muchos años las normas de austeridad presupuestal prohíben el pago de horas extras.

*c.* *Estabilidad laboral.* Según el cual ningún servidor puede ser cesado ni destituido sino por causa prevista en la ley y previo procedimiento administrativo (artículos 24º, inciso b del Decreto Legislativo Nº 276, y 100º de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

*d.* *Vacaciones.* De treinta días al año, salvo acumulación convencional de hasta dos periodos (artículos 24º, inciso d del Decreto Legislativo Nº 276, y 102º de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

*e.* *Permisos.* Pueden ser: (i) por razones excepcionales debidamente fundamentadas para ausentarse por horas del centro laboral durante la jornada de trabajo, sin que excedan de un día por mes; y 8ii) para ejercer la docencia universitaria hasta por un máximo de seis horas a la semana, que debe ser compensado. Similar derecho se concederá a los servidores que sigan estudios superiores con éxito (artículos 24º, inciso e del Decreto Legislativo Nº 276, y 106º y 107º de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

*f.* *Licencias con goce de remuneración.* Se otorgan por (i) enfermedad; (ii) gravidez; (iiii) fallecimiento del cónyuge, padres, hijos o hermanos; (iv) capacitación oficializada; y (v) citación judicial, militar o policial (artículos 24º, inciso e del Decreto Legislativo Nº 276 y, 109º y 110º de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

La licencia por enfermedad y gravidez, se otorga conforme a las disposiciones de EsSalud. La licencia por fallecimiento en los casos antes mencionados, se otorga por cinco días en cada caso, pudiendo extenderse hasta tres días más, cuando el deceso se produce en lugar geográfico diferente en donde labora el servidor. La licencia por capacitación oficializada, en el país o en el extranjero, se otorga hasta por dos años al servidor de carrera, siempre que se cumplan determinadas condiciones: (i) contar con el auspicio o propuesta de la entidad; (ii) estar referida al campo de acción institucional y especialidad del servidor; y, (iii) compromiso de servir a su entidad por el doble del tiempo de licencia, contado a partir de la reincorporación. (artículos 111º, 112º y 113º del reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

La licencia por citación expresa de la autoridad judicial, militar o policial competente, se otorga al funcionario o servidor que acredite la notifica-

ción con el documento oficial respectivo. Abarca el tiempo de la concurrencia más los términos de la distancia. (artículo 114º del reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

*g.* *Licencia sin goce de remuneraciones.* Que pueden ser por: (i) motivos particulares; (ii) capacitación no oficializada a cuenta del periodo vacacional; y (iii) por matrimonio o por enfermedad grave del cónyuge, padres o hijos policial (artículos 24º, inciso e del Decreto Legislativo Nº 276, y 109º y 110º de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

La licencia por motivos particulares podrá otorgarse hasta por noventa días en un periodo no mayor de un año de acuerdo con las razones que exponga el servidor y las necesidades del servicio (artículo 115º del reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

La licencia por capacitación no oficializada se otorga hasta por doce meses, obedece al interés personal del servidor y no cuenta con el auspicio institucional (artículo 116º del reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

Las licencias sin goce de remuneración no son computables como tiempo de servicios en la administración pública para ningún efecto. (artículo 117º del reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM; por ejemplo: bonificación por quinquenio, compensación por tiempo de servicios).

Las licencias por matrimonio y por enfermedad serán deducidas del periodo vacacional inmediato siguiente del funcionario o servidor, sin exceder de treinta días (artículo 118º del reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

*h.* *Hora de lactancia.* Al término del periodo post natal, la madre trabajadora tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia hasta que su hijo cumpla un año de edad (artículo 108º del reglamento del Decreto Legislativo Nº 276, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

*i.* *Bonificaciones.* Existen tres tipos de bonificaciones: (i) la personal, que corresponde a la antigüedad en el servicio, computada por quinquenios a razón de 5% del haber básico o el que lo sustituya, sin exceder de ocho quinquenios; (ii) la bonificación familiar, que corresponde a las cargas familiares. Si la madre y el padre son servidores públicos, esta bonificación se paga a la madre; y, (iii) la bonificación diferencial que compensa los cargos de responsabilidad directiva y las condiciones de trabajo excepcionales

respecto del servicio común. Esta bonificación no es aplicable a los funcionarios (artículos 43º, 51º y 52º del Decreto Legislativo Nº 276).

*j.* *Asignación por cumplir 25 o 30 años de servicios.* Se otorga por un monto equivalente a dos remuneraciones mensuales totales al cumplir veinticinco (25) años de servicios y tres remuneraciones mensuales al cumplir treinta (30) años de servicios. Se concede por única vez en cada caso (artículo 54º -A del Decreto Legislativo Nº 276).

*k.* *Aguinaldos.* Se otorgan en Fiestas Patrias y Navidad, por el monto que se fije por Decreto Supremo cada año (artículo 54º, inciso b del Decreto Legislativo Nº 276).

*l.* *Compensación por tiempo de servicios.* Se otorga al personal nombrado en la oportunidad del cese y es igual al 50% de la remuneración principal, se entiende por cada año de servicios, y siempre que se trate de trabajadores con menos de 20 años de servicios, y del 100% o una remuneración principal para aquéllos que cesan con 20 o más años de servicios y hasta por un máximo de 30 años de servicios. En caso de récord trunco se considera año completo a la fracción mayor de seis meses. El pago de este beneficio tiene efecto cancelatorio (artículo 54º, inciso c del Decreto Legislativo Nº 276, tal como ha quedado modificado por la Ley Nº 25224).

*m.* *Derechos colectivos.* Los servidores públicos tienen derecho a la sindicalización y huelga, no así a la negociación colectiva de condiciones de trabajo o beneficios que impliquen incremento de remuneraciones. No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional. Las entidades públicas al otorgar derechos y beneficios, no pueden discriminar entre servidores sindicalizados y no sindicalizados. Las organizaciones sindicales representan a sus afiliados en los asuntos que establece la norma respectiva, sus dirigentes gozan de facilidades para ejercer la representatividad legal (artículo 42º de la Constitución, artículos 24º, incisos ll y m, y 44º del Decreto Legislativo Nº 276, y artículos 120º, 121º y 122º de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

*n.* *Otros derechos.* (i) hacer carrera pública sobre la base del mérito, sin discriminación de ninguna clase; (ii) obtener prestamos administrativos, de acuerdo con las normas pertinentes; (iii) reincorporarse a la carrera pública al término del desempeño de cargos electivos, en los casos que la ley indique; (iv) recibir menciones, distinciones y condecoraciones de acuerdo a los méritos personales; (v) reclamar ante las instancias y organismos corres-

pondientes de las decisiones que afecten sus derechos; (vi) acumular a su tiempo de servicios hasta cuatro años de estudios universitarios (título reconocido por la Ley Universitaria), después de quince años de servicios efectivos, siempre que no sean simultáneos; (vii) no ser trasladado a entidad distinta sin su consentimiento; (viii) gozar al término de la carrera de pensión, dentro del régimen que le corresponda; (ix) los demás que señalen la ley o el reglamento (artículos 24º , incisos a, f, g, i, j, k, l, n, ñ del Decreto legislativo Nº 276, y 96º y 105º de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 005-90-PCM).

Los derechos reconocidos por el Decreto Legislativo Nº 276 a los servidores públicos son irrenunciables. Toda estipulación en contrario es nula (artículo 24º, párrafo final del Decreto Legislativo Nº 276).

### 2.2. Régimen privado

Sin embargo, y de acuerdo con lo expresado en el Resumen Ejecutivo formulado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, creada mediante el Decreto Supremo Nº 004-2001-TR, «a mediados de la década de los noventa, dentro de un proceso de reforma del Estado que quedó trunco, una serie de entidades e instituciones públicas comenzó [...] a migrar hacia el régimen laboral privado: entre ellas algunas totalmente nuevas –como el Indecopi, Osinerg (actualmente Osinergmin), Conasev– y otras reconstituidas –como la Contraloría General de la República, la Sunat y Aduanas–; e incluso algunas instituciones paradigmáticamente públicas y estatales como el Poder Legislativo y el Poder Judicial».

Antes, aunque fueron reducidos los casos, ya existían entidades públicas cuyos servidores se encontraban regulados por el régimen laboral de la actividad privada, como el Banco Central de Reserva y la Superintendencia de Banca y Seguros. Así lo reconoce el propio Decreto Legislativo Nº 276 en su Quinta Disposición Final.

Hoy, podría decirse, que más son los organismos públicos en general cuyos servidores han sido incorporados por ley expresa[2] al régimen laboral de la actividad privada, que aquéllos que continúan comprendidos en la carrera administrativa.

---

(2) El régimen natural de los servidores públicos es el de la carrera administrativa conforme al Decreto Legislativo Nº 276, por lo que solo por ley (mismo rango normativo) se les puede excluir de dicho régimen natural e incorporar al régimen laboral de la actividad privada.

Cabe señalar que la indicada migración se debió fundamentalmente a la flexibilidad de las normas que regularon en la década de loa noventa la actividad laboral en el régimen privado, fundamentalmente en lo que se refería a la estabilidad laboral, cuya norma general consistía en que frente a un despido injustificado la única reparación era el pago de una indemnización en tanto que la norma de excepción era la reposición en los supuestos de despidos nulos; mientras que como ya lo hemos dicho los servidores comprendidos en la carrera administrativa gozan de estabilidad laboral absoluta (radical), en el sentido de que no pueden ser despedidos sin que previamente en sede administrativa se haya acreditado la causal de falta grave.

Tal razón (flexibilidad en el despido) a nuestro juicio era exactamente el motivo que jamás debió tenerse en cuenta para la incorporación de miles de servidores públicos al régimen laboral de la actividad privada. El motivo que debió primar, en todo caso, debió ser la paulatina incorporación a un régimen laboral único, el privado, por ser más beneficioso, debiendo consolidarse en el futuro en un solo régimen laboral, omitiéndose la calificación de «privado» y en todo caso contemplando capítulos especiales para dar un tratamiento singular a aquéllos aspectos propios que surgen como consecuencia de la calidad del empleador, en este caso del Estado. Los servidores públicos, por ser el Estado su empleador, y por el rol de columna vertebral de la actividad estatal que desempeñan, deben gozar de estabilidad laboral absoluta a fin de preservar dicho rol y de evitar los abusos que puedan cometerse contra dichos servidores, despidiéndolos por razones de clientelaje político, y pagando indemnizaciones con dinero de los contribuyentes.

Si la razón de pasarlos al régimen laboral de la actividad privada fue el tratamiento flexible en materia de estabilidad laboral, que además es lo que ocurre en la mayor parte de los países del mundo, tal razón desapareció con el criterio vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en su ya famosa resolución de 13 de mayo de 2003 recaída en el Expediente Nº 976-2001-AA/TC, caso Eusebio Llanos Huasco contra Telefónica del Perú S.A., criterio desde nuestro punto de vista errado, que nos ha regresado a la estabilidad laboral absoluta de mediados de la década de los ochenta.

Lo cierto es que a la fecha coexisten estos dos regímenes, sin mencionar los especiales.

### 2.3. Antecedentes remotos de los contratos de Servicios No Personales

Hemos encontrado como antecedente más remoto de los contratos de Servicios No personales, a la Directiva Nº 02-83-EFC/76.01, aprobada por la

Resolución Directoral Nº 116-83-EFC/76.01, del 22 de diciembre de 1983, Anexo Nº 4 denominado «Clasificador por Objeto del Gasto», que distingue entre los servicios personales y servicios no personales, entendiéndose por los primeros los que son prestados directamente por personas naturales en relación de dependencia, mientras que los servicios no personales, son aquéllos prestados por personas naturales, sin relación laboral directa y por personas jurídicas.

Boris Potozén[3] encuentra como una referencia remota al antiguo «Reglamento Único de Adquisiciones Para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios no Personales - RUA, aprobado por el Decreto Supremo Nº 065-85-PCM, de 19 de junio de 1985, que según el autor, «en su propia denominación, la norma acuñó la terminología –Servicios No Personales– la que ha tenido vigencia hasta estos últimos días, incluso más allá de haber quedado sin efecto por la entrada en vigor de la Ley Nº 26850, Ley de Contratación y Adquisiciones del Estado».

Explica el citado autor que «el RUA como disposición de carácter administrativo, constituyó un cuerpo normativo orgánico que estandarizó los diversos procedimientos o reglamentos de adquisiciones que de manera desordenada y dispersa existían en el Estado, teniendo el propósito de constituirse en la norma que regularía los procesos de adquisiciones de bienes y la prestación de servicios *autónomos* (compra de bienes, suministros, alquileres, locación de servicios, etc.) incluyendo su contratación. Así, cuando el Estado requería de la provisión de servicios, satisfacía sus necesidades recurriendo a la modalidad de contratos de servicios no personales» (las cursivas son nuestras). Esta norma definió a los «servicios no personales» como la «*actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público*_que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros; se mide en y por sus efectos o resultados» (las cursivas son nuestras).

Queda claro entonces que los antecedentes más remotos de esta prestación de «servicios no personales», estaban indudablemente vinculados a lo que en el Código Civil se conoce como «contratos de locación de servicios», porque tanto en el primero como en este último, como ya lo hemos expresado, los

(3) POTOZÉN BRACO, Boris Gonzalo, «El Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. A Propósito de la reciente publicación del Decreto Legislativo Nº 1057», en *Revista Jurídica del Perú*, Nº 90, Lima, 2008, p. 165.

servicios se prestan de manera independiente, es decir sin que medie vinculación de subordinación, porque de suceder esto último, nos encontraríamos frente a una prestación personal de servicios, es decir un contrato de trabajo con todas sus consecuencias.

En efecto, en normas más recientes, como por ejemplo la Directiva Nº 012-2006-EF/76.01 aprobada por la Resolución Directoral Nº 029-2006-EF/76.01, del 2 de junio de 2006, contiene un glosario de definiciones, y refiriéndose a los «servicios no personales» (SNP) señala que se trata de «personas naturales que han firmado un contrato de locación de servicios con las unidades ejecutoras».

De acuerdo con tales antecedentes, de haberse aplicado correctamente no tendrían por qué haber generado ningún problema, porque en efecto, tratándose de servicios realmente autónomos o independientes estos no generaban más obligaciones que el pago del honorario pactado y la retención del impuesto a la renta correspondiente. Nada más.

### 2.4. Inicio de la informalidad

Lo cierto es que frente a las normas de austeridad contenidas en las leyes de presupuesto que prohibían la contratación de personal, por lo cual la incorporación dentro de la carrera administrativa durante muchos años fue prácticamente inexistente, siendo tampoco posible la contratación de servidores públicos permanentes bajo el régimen laboral de la actividad privada, muchos titulares de pliegos frente a la real necesidad de contar con trabajadores para satisfacer las funciones públicas a su cargo, no encontraron mejor forma que utilizar los contratos por servicios «no personales» para así aparentar que cumplían con las normas de austeridad, cuando en la realidad de los hechos lo que estaban haciendo era contratar a personal subordinado pero aplicándose las normas de la locación de servicios que los excluyen de cualquier derecho o beneficio social y de seguridad social, es decir el Estado con esta práctica comenzó a informalizarse y a precarizar el trabajo de miles de servidores públicos.

### 2.5. Antecedente más cercano

El antecedente más cercano e importante que ha influido en la dación del Decreto Legislativo Nº 1057, es sin duda el Informe Final del 15 de julio de 2001 presentado por la Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, al que nos hemos referido anteriormente, que da cuenta del desorden prácticamente absoluto en el

tratamiento de los servicios y remuneraciones de los servidores públicos que hacían imprescindible una reforma profunda en este ámbito del Estado.

Refiriéndose a los contratos de servicios no personales, manifiesta este informe que «no corresponde a ninguna categoría jurídica o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios y tampoco una adecuada precisión legal, pues hasta ahora, salvo menciones aisladas en normas dispersas, como por ejemplo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se han precisado sus alcances a través de ninguna norma específica. Esta falta de regulación adecuada genera un vacío legal que podría dar lugar a interpretaciones que, extrapolando conceptos del derecho administrativo y del derecho laboral, apliquen a estos contratos principios o criterios inadecuados y hasta incompatibles con su naturaleza [...]. Como resultado de ello, la Comisión ha elaborado un proyecto de norma regulatoria a través del a cual se sustituye dicha modalidad extraña de contratación por un nuevo contrato denominado «contrato administrativo de servicios», cuya principal virtud es reconocer a dichos trabajadores los derechos consagrados por la Constitución y por los Convenios Internacionales ratificados por el Perú, que son norma interna de la República. Asimismo se consagra que dichos trabajadores deben ser asegurados obligatorios de EsSalud e inscribirse en alguno de los sistemas pensionarios existentes. Ahora bien, como la Constitución señala que no se puede, a través de una ley, modificar el contenido de un contrato –y este Gobierno es y será respetuoso de la Constitución–, esta propuesta normativa señala que para variar los contratos vigentes y acogerse al nuevo sistema, más favorable al trabajador, debe haber acuerdo de partes. Caso contrario, se aplicará el contrato vigente hasta el final del plazo estipulado, pero ya no podrá ser renovado o prorrogado a su vencimiento».

Consideramos que el Informe, tal vez por razones de pudor político soslayó una realidad: No se trata, como se sostiene, que el contrato de servicios no personales «no corresponde a ninguna categoría jurídica o específica, al no tener precedentes normativos ni doctrinarios [...]», por cuanto, como se ha visto de los antecedentes, dicha modalidad contractual estaba expresamente prevista pero para servicios autónomos, jamás para servicios personales y por ende subordinados. Lo cierto es que en los hechos se mal utilizó dicho contrato para evadir las normas de austeridad consagradas en el Presupuesto iniciando el Estado un camino de informalización al cual jamás debió recurrir.

### 2.6. Jurisprudencia

Tan cierto es lo expresado que la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de la República y del Tribunal Constitucional así lo demuestran. Po-

dríamos mencionar docenas de resoluciones en las que se plantearon procesos de amparo de servidores contratados bajo dicha modalidad quienes, al no renovárseles los contratos, recurrieron a esa vía y obtuvieron su reposición, aplicándose para ello el principio de primacía de la realidad, según el cual prevalece lo que ocurre en los hechos y no lo que figura en los documentos, en este caso en los contratos de «locación de servicios» o «servicios no personales».

Nos exoneramos de citar dicha jurisprudencia habida cuenta que existe un artículo que la analiza de manera muy puntual[4].

## 3. EL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1057 Y SU REGLAMENTO

Como hemos señalado en la introducción, el Decreto Legislativo y su Reglamento regulan el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios, y comprende en esas normas a los servidores que a la fecha de su vigencia se encontraban contratados bajo el sistema de «servicios no personales», pero también regula hacia el futuro esta forma de contratación cuando así lo autorice o, mejor dicho, no lo prohíban las normas de austeridad presupuestales.

### 3.1. Ámbito (artículos 2º del Decreto Legislativo y del Reglamento)

Este régimen especial es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo Nº 276 y otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Boris Potozén cita como ejemplo de este tipo de carreras «a los trabajadores de las Fuerzas Armadas, trabajadores de las Fuerzas Policiales, trabajadores médicos, trabajadores(as) enfermeros(as), trabajadores cirujanos dentistas, trabajadora obstetriz, trabajadores profesores, trabajadores psicólogos, trabajadores químico farmacéuticos, trabajadores técnicos y auxiliares asistenciales, de salud, trabajadores tecnólogos médicos, trabajadores diplomáticos, etc.» [5].

Asimismo, comprende a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada con excepción de los trabajadores de las empresas del Estado que, como se ha mencionado anteriormente, se encuentran excluidas constitucionalmente de la función pública.

---

(4) Concretamente nos referimos al trabajo de MORALES MORANTE, Carlos Guillermo, «Consideraciones en torno a la Jurisprudencia Constitucional sobre los Contratos de Servicios No Personales», en *Estudio sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional*, AMAG-SPDTSS, Lima, 2004, p. 237.

(5) POTOZÉN BRACO, «El Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios. A Propósito de la reciente publicación del Decreto Legislativo Nº 1057», cit., p. 158.

El Reglamento entiende como entidades de la administración pública, al Poder Ejecutivo, incluyendo los ministerios y organismos públicos (OPD), de acuerdo con lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; al Congreso de la República, al Poder Judicial; a los organismos constitucionalmente autónomos, a los gobiernos regionales y locales, a las universidades públicas, y a las demás entidades públicas cuyas actividades se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público.

Sin embargo, excluye del ámbito los siguientes supuestos de contratación: (i) los contratos financiados directamente por alguna entidad de cooperación internacional, con cargo a sus propios recursos, lo que es entendible; (ii) los contratos que se realizan a través de organismos internacionales que, mediante convenio, administran recursos del Estado Peruano para fines de contratación de personal altamente calificado lo que a nuestro juicio no es correcto como se explicará más adelante; (iii) los contratos del Fondo de Apoyo Gerencial a que se refiere el decreto Legislativo Nº 1024 que contempla un tratamiento especial en cuanto a derechos y beneficios justificables por el nivel de estos servidores públicos; (iv) los convenios sobre modalidades formativas laborales, toda vez que no crea vínculo laboral; y, (v) los contratos de prestación y locación de servicios, consultoría, asesoría o cualquier otra modalidad contractual de prestación de servicios autónomos o independientes que se realizan fuera del local de la entidad contratante.

Respecto al supuesto (ii), que no es otro que los contratos en que interviene la PNUD, en el fondo se persevera en la simulación o fraude, por cuanto estos servidores públicos son contratados a través de dicho organismo otorgándose los derechos exclusivamente contenidos en los respectivos contratos que en el fondo son similares, sino idénticos a los de locación de servicios, propios de la prestación de servicios independiente o autónoma, es decir: ninguno. La norma reserva este tipo de contratación para «personal altamente calificado», lo que no siempre ocurre poniendo en evidencia además, que se trata de un subterfugio para pagar retribuciones de acuerdo al mercado y no las limitaciones antitécnicas vigentes que establecen topes remuneratorios de acuerdo a la categoría, que son irreales y que lo único que originan es la pérdida de funcionarios calificados y su sustitución por servidores mediocres.

Resulta imprescindible que se regule de manera transparente la contratación y las remuneraciones de los servidores públicos, de tal modo que se pueda asegurar que el Estado cuente con un equipo tan y mejor calificado que aquel que presta servicios en el sector privado, pues no hay empresa más importante que el Estado que tiene como misión atender las necesidades fundamentales del país a través de su aparato estatal.

### 3.2. Naturaleza jurídica y definición del Contrato Administrativo de Servicios (artículo 1º del Reglamento)

El Decreto Legislativo lo define como «una modalidad especial propia del Derecho administrativo y privativo del Estado». El Reglamento lo desarrolla de la siguiente manera: «El Contrato Administrativo de Servicios es una modalidad contractual administrativa y privativa del Estado, que vincula a una entidad pública con una persona natural, que presta servicios de manera no autónoma. Se rige por normas de Derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo y el Reglamento; no encontrándose sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo Nº 276 – Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público–, ni al régimen laboral de la actividad privada ni a ningún otro régimen de carrera especial».

Esta norma intenta crear un régimen especial de contratación para este tipo de servidores públicos «no autónomos», es decir, dependientes del Estado, tratando de diferenciarlos del régimen laboral público (carrera administrativa) o del régimen laboral privado aplicable a aquéllos servidores públicos que pertenecen a entidades del Estado que por mandato expreso de la ley han sido incorporados a dicho régimen laboral.

Consideramos que ello no es posible por cuanto no se trata de un régimen o contrato especial, pues carece de elementos distintivos que podrían ser los supuestos que hemos enumerado anteriormente de carreras administrativas especiales; más aún por el origen de este tipo de contratación que, como ya se ha expresado, es ilícito, pues procede de una simulación o fraude pues a estos servidores se les contrató como «servicios no personales», es decir como trabajadores independientes o autónomos cuando en la realidad de los hechos eran dependientes. De ahí que la solución jurídica y jurisprudencial es que dichos servidores deben incorporarse al régimen que a cualquiera de los dos regímenes antes mencionados, dependiendo de la norma que se aplique en la respectiva entidad pública. Claro es que no es fácil la incorporación al régimen de la carrera administrativa porque requiere del cumplimiento de una serie de condiciones o requisitos entre ellos que exista plaza vacante y que se ingrese por concurso, lo que constituye un óbice para los trabajadores contratados bajo la modalidad de SNP antiguos mas no para los nuevos que sí están sometidos al cumplimiento de una serie de requisitos para su contratación como lo veremos seguidamente. En todo caso, lo que correspondió fue dictarse una ley que solucione integralmente este problema, como por ejemplo la Ley de la Carrera Administrativa del Servidor Público que se encuentra pendiente de discusión desde hace bastante tiempo en el Congreso de la República.

### 3.3. Procedimiento de contratación (artículos 4º del Decreto Legislativo y 3º del Reglamento)

El Decreto Legislativo establece como requisito para la celebración del contrato administrativo de servicios: (i) requerimiento realizado por la dependencia usuaria; y, (ii) existencia de la disponibilidad presupuestaria determinada por la Oficina de Presupuesto de la entidad o quien haga sus veces; el Reglamento desarrolla el procedimiento de contratación, estableciendo tres etapas: (i) preparatoria, que comprende el requerimiento del órgano o entidad orgánica usuaria, que incluye la descripción del servicio a realizar y los requisitos mínimos y las competencias que debe reunir el postulante, así como la descripción de las etapas del procedimiento, la justificación de la necesidad de contratación y la disponibilidad presupuestaria; (ii) convocatoria, que comprende la publicación de la misma en el portal institucional en Internet y en un lugar visible de acceso público del local o de la sede central de la entidad convocante, sin perjuicio de utilizarse, a criterio de la misma, otros medios de información, debiendo hacerse y mantenerse cuando menos cinco días hábiles previos al inicio de la etapa de selección; (iii) selección, que comprende la evaluación objetiva del postulante relacionada con las necesidades del servicio. Debe incluir la evaluación curricular y, a criterio de la entidad convocante, la evaluación escrita y entrevista, entre otras que se estimen necesarias según las características del servicio materia de la convocatoria; en todo caso la evaluación se debe realizar tomando en consideración los requisitos relacionados con las necesidades del servicio y garantizando los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades, debiendo publicarse el resultado de la evaluación a través de los mismos medios utilizados para publicar la convocatoria, en forma de lista por orden de mérito, que debe contener los nombres de los postulantes y los puntajes obtenidos por cada uno de ellos; y, (iv) suscripción y registro del contrato, que comprende la suscripción del contrato dentro de un plazo no mayor de cinco días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de los resultados. Si vencido el plazo el seleccionado no suscribe el contrato por causas objetivas imputables a él, se debe declarar seleccionada a la persona que ocupa el orden de mérito inmediatamente siguiente, para que proceda la suscripción del contrato dentro del mismo plazo, contado a partir de la respectiva notificación. De no suscribirse el contrato por las mismas consideraciones anteriores, la entidad convocante puede declarar seleccionada a la persona que ocupa el orden de mérito inmediatamente siguiente o declarar desierto el proceso. Una vez suscrito el contrato la entidad tiene cinco días hábiles para ingresarlo al registro de contratos administrativos de servicios de cada entidad y a la planilla electrónica regulada por el Decreto Supremo Nº 018-2007-TR.

Se trata sin duda de un procedimiento transparente, y por ello positivo. La pregunta que nos formulamos es: si existe presupuesto para pagar a estos trabajadores, ¿por qué no se les incorpora al régimen natural que les corresponde?

### 3.4. Impedimentos para contratar y prohibición de doble percepción (artículo 4º del Reglamento)

No pueden celebrar contratos administrativos de servicios las personas con inhabilitación administrativa o judicial para contratar con el Estado, así como los que tienen impedimento para ser postores o contratistas. Están impedidas de percibir ingresos por este tipo de contrato, aquéllas personas que perciban otros ingresos del Estado salvo que, en este último caso, dejen de hacerlo durante el periodo de contratación administrativa de servicios. La prohibición no alcanza cuando la contraprestación que se percibe proviene de la actividad docente o por ser miembros únicamente de un órgano colegiado.

### 3.5. Duración (artículos 5º del Decreto Legislativo y 5º del Reglamento)

La norma establece que en este régimen los contratos son a plazo determinado y renovables, sin que responda a una causa objetiva que justifique la contratación a plazo fijo, como sucede en el régimen laboral de la actividad privada, o cuando menos un plazo máximo de contratación cuando se trata de servicios permanentes como ocurre en el régimen del Decreto Legislativo Nº 276 que, como se ha visto, permite excepcionalmente la contratación hasta por tres años. Entonces, teóricamente a este personal se le podría contratar a plazo fijo sin límite de tiempo, es decir indefinidamente se podría prorrogar el plazo de los contratos, lo que de por sí entraña un contrasentido[6].

Tal vez, la limitación se pueda dar cuando finalmente se dicte la Ley de la Carrera Administrativa del Servidor Público, que desde hace bastante tiempo se encuentra para ser debatida por el Pleno del Congreso de la República y que, conforme a la Ley Marco del Empleo Público, Ley Nº 28175, del 18 de febrero de 2004, debió dictarse dentro de los 120 días contados a partir de la publicación de la indicada ley, lo que ocurrió el 19 de febrero del citado año; pues al dictarse la Ley de la Carrera Administrativa, todos los servidores públicos quedarán incorporados a ella.

---

(6) Como indebidamente ocurre con los contratos de trabajo en las empresas de exportación de productos no tradicionales

Lo cierto es que el Reglamento establece con claridad que estos contratos pueden ser prorrogados o renovados «cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades», estableciendo que la duración «no puede ser mayor al periodo que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación» y que las prórrogas tampoco pueden exceder del año fiscal.

### 3.6. Contenido del contrato. Derechos y beneficios (artículos 6º del Decreto Legislativo y 6º, 8º, 9º y 10º del Reglamento)

El servidor público contratado bajo este régimen especial goza de los siguientes derechos y beneficios:

*a.* *Jornada máxima de trabajo de 48 horas a la semana.* Un primer comentario consiste en que conforme al Decreto Legislativo Nº 800 se establece para la administración pública una jornada en horario corrido de 7 horas 45, lo cual podría suponer un tratamiento desigual sin que medie justificación objetiva alguna. Es cierto que la norma establece las 48 horas como máximo, lo que debería llevar a las entidades del Estado a que la jornada de estos servidores públicos sea igual a la de los demás, es decir 7 horas 45 minutos.

El Reglamento señala que las entidades contratantes deben velar por el estricto cumplimiento de la jornada y adoptar las medidas correspondientes con esa finalidad, entre ellas la reducción proporcional de la contraprestación o remuneración por el incumplimiento de las horas no trabajadas excepto en los supuestos que veremos más adelante o la compensación con descanso físico por la prestación de servicios en sobretiempo, lo que significa que, al igual que lo que ocurre en la administración pública, no está autorizado el pago de horas extras. Ahora bien, se debe partir de la premisa que el trabajo de horas extras materia de compensación con descanso debe ser prestado voluntariamente por el servidor. Otra de las medidas naturales para el control del cumplimiento de la jornada de trabajo y trabajo en sobretiempo, tendría que ser el registro de asistencia.

*b.* *Descanso de 24 horas continuas por semana.* Se entiende que se refiere al descanso semanal obligatorio. Dicho descanso debe ser pagado no solo porque así ocurre con los servidores públicos comprendidos en la ley de la Carrera Administrativa o en el régimen laboral de la actividad privada, sino porque el artículo 25º in fine de la Constitución así lo establece. De lo contrario se estaría produciendo un trato discriminatorio. El Reglamento no efectúa ningún desarrollo de este tema.

c. *Descanso de 15 días calendario continuo por año cumplido.* Aún cuando no lo menciona, se trata en principio del derecho vacacional anual, pues el artículo 25º in fine de la Constitución reconoce el derecho de los trabajadores al descanso semanal y anual remunerados. El tema en discusión es si se justifica o no objetivamente que el descanso sea de 15 días cuando el resto de los servidores públicos gozan de 30 días anuales de vacaciones. Conocemos bien que solo cabe un trato discriminatorio ahí donde se dan elementos objetivos que permiten dicho trato, en caso contrario estaríamos frente a una norma que podría ser cuestionable constitucionalmente hablando.

El Reglamento, asimilando a lo que ocurre con la legislación laboral privada en materia de vacaciones, establece que el descanso de 15 días debe ser ininterrumpido y pagado después de un año de prestación de servicios, señalándose que la renovación o prórroga no interrumpe el tiempo de servicios acumulado, lo que significa que de concluir el contrato, en la medida que medie prórroga, deberá esperarse a que se cumpla el periodo anual para tener derecho al descanso físico pagado. Nótese que tanto la norma legal como la reglamentaria establecen que el derecho se adquiere «por cada año de servicios cumplido», con lo cual se estaría descartando la posibilidad de pago del denominado «record trunco vacacional» que ocurre normalmente al cese por el tiempo acumulado que no llega al año, y que si es reconocido en el régimen laboral común.

En cuanto a la oportunidad del descanso físico, el Reglamento establece que debe ser determinada por las partes y que, de no producirse acuerdo lo establece la entidad contratante.

Además se prevé que en caso concluya el contrato después del año de servicios sin que el trabajador haya hecho efectiva sus vacaciones, tiene derecho a percibir el pago correspondiente al descanso físico que se le conoce como vacaciones ganadas y no gozadas.

d. *Afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud.* Estos servidores públicos son afiliados regulares de este régimen contributivo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley Nº 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, y sus normas reglamentarias y modificatorias. También están comprendidos sus derechohabientes conforme a la citada ley.

La contribución mensual de 9% es de cargo de la entidad contratante y se establece sobre una base imponible máxima equivalente al 30% de la UIT vigente, teniendo en cuenta la base imponible mínima prevista por el artículo 6º de la Ley Nº 26790 vigente, tal como quedó modificada por la Ley Nº 28791 es decir la remuneración mínima vital. Esto significa que la enti-

dad pagará el 9% entre S/. 550.00 que es la actual remuneración mínima vital y S/. 1,065.00 que es el equivalente al 30% de la UIT vigente, y que no aportará por el exceso de la remuneración que perciba el trabajador, lo cual resulta antitécnico pues grava a EsSalud quien tendrá que otorgar las prestaciones de salud sin límite, contribuyendo a su desfinanciamiento. Por otro lado, tratándose de prestaciones económicas en caso que el trabajador, por razones de enfermedad o de maternidad tenga derecho a un subsidio, este, solo se calculará hasta el máximo de S/.1,065.00, perjudicando al servidor que perciba una remuneración mayor, toda vez que su subsidio será diminuto, incumpliéndose así uno de los fines de los seguros sociales según los cuales el trabajador en caso de sufrir una contingencia que le impida trabajar debe percibir un monto similar al que venía ganando cuando se encontraba en actividad a fin de no sufrir menoscabo en su nivel de vida.

Conforme a la Tercera Disposición Complementaria Final, la obligación de pago de esta contribución operará a partir del 1º de enero de 2009.

e. Afiliación a un régimen de pensiones, señalándose que es opcional para quienes ya vienen trabajando bajo contrato de servicios no personales, y obligatoria para las personas que sean contratadas bajo este régimen a partir de su entrada en vigencia, es decir desde el 29 de junio de 2008. El servidor deberá elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones.

### 3.7. *Ius variandi* (artículo 7º del Reglamento)

De acuerdo con la norma reglamentaria, las entidades empleadoras por razones objetivas debidamente justificadas, pueden modificar el lugar, tiempo y modo de la prestación de servicios, sin que ello suponga la celebración de un nuevo contrato.

### 3.8. Suspensión del contrato (artículo 12º del Reglamento)

Los supuestos de suspensión perfecta, es decir, que no se trabaja y no se percibe la remuneración correspondiente pero continúa vigente el vínculo laboral, operan en caso de permisos personales que sean otorgados en forma excepcional y por causas justificadas al servidor; en tanto que la suspensión imperfecta, que supone que sin trabajar se tiene derecho a percibir la remuneración correspondiente, opera en los supuestos regulados en el régimen contributivo de EsSalud, por ejemplo durante los 20 primeros días de incapacidad,

así como por ejercicio del derecho de descanso pre y posnatal; y cuando la suspensión el contrato sea consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobados.

### 3.9. Extinción del contrato (artículo 13º del Reglamento)

El contrato se extingue por: (i) fallecimiento del contratado; (ii) extinción de la entidad contratante; (iii) decisión unilateral del contratado, que equivale a la renuncia en un contrato a plazo indeterminado, que en el fondo es lo que ocurre en este «régimen», pues como ya se ha visto los contratos pueden ser prorrogados indefinidamente. En este supuesto, el contratado debe comunicar por escrito su decisión a la entidad contratante con una anticipación de 30 días naturales previos al cese. Este plazo puede ser exonerado por la autoridad competente designada por cada entidad o en su defecto por la Dirección General de Administración o la que haga sus veces en cada entidad, por propia iniciativa o a pedido del contratado. En este último caso, el pedido de exoneración se entenderá aceptado si no es rechazado por escrito dentro del tercer día natural de presentado; (iv) mutuo acuerdo entre el contratado y la entidad contratante; (v) invalidez absoluta permanente sobreviniente del contratado; (vi) decisión unilateral de la entidad contratante, sustentada en el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del contrato, o en la deficiencia en el cumplimiento de las tareas encomendadas, en cuyo caso la entidad debe imputar al contratado el incumplimiento mediante notificación, quien tiene un plazo de cinco días hábiles para hacer uso de su derecho de defensa. Vencido este plazo la entidad debe decidir, en forma motivada y según los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si resuelve o no el contrato, comunicándolo al contratado. Esta decisión agota la vía administrativa. Cuando el contrato sea resuelto unilateralmente por la entidad pública, es decir sin mediar incumplimiento del contratado, el juez podrá aplicar una penalidad o indemnización equivalente a las contraprestaciones (remuneraciones) dejadas de percibir hasta un importe máximo equivalente a dos meses; (vii) inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses; y, (viii) vencimiento del plazo del contrato.

### 3.10. Solución de controversias (artículo 16º del Reglamento)

Los conflictos derivados de la prestación de los servicios contratados serán resueltos por el órgano responsable de la entidad, quedando agotada la vía administrativa en dicha instancia única, procediendo en todo caso la acción contencioso administrativa conforme a las reglas de dicho proceso.

### 3.11. Responsabilidad administrativa y civil (artículo 7º del Decreto Legislativo)

Los funcionarios o servidores públicos que contraten personas para prestar servicios no autónomos, es decir, subordinados, fuera de las reglas del presente régimen, esto es, simulando contratos de locación de servicios, incurren en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que le origina el Estado.

En realidad, lo que sucede es que los titulares de los pliegos que autorizaron contra la ley la contratación «por servicios no personales» (cuando estos más personales no podían ser y además subordinados) siempre han sido responsables civilmente por los daños ocasionados al Estado, quien, por disposición de las sentencias consentidas o ejecutoriadas, se ha visto obligado a pagar los derechos y beneficios sociales que correspondían a estos trabajadores que jamás debieron ser contratados de esa forma. Lo que sucede es que, se conozca, nunca se ha iniciado un juicio de responsabilidad, por lo que tal conducta al quedar impune prosperó.

### 3.12. Modelo de Contrato Administrativo de Servicios

En cumplimiento de la Segunda Disposición Complementaria Final del Reglamento, que dispuso que la Presidencia del Consejo de Ministro aprobara mediante resolución ministerial el modelo de Contrato Administrativo de Servicios, con fecha 29 de diciembre de 2008 se promulgó la Resolución Ministerial Nº 417-2008-PCM, publicada el 30 de diciembre del mismo año que aprobó el modelo del citado contrato y que aparece publicado en el Portal Institucional de la Presidencia del Consejo de Ministros (www.pcm.gob.pe).

Revisado el modelo de contrato que, como no podía ser de otra forma, recoge lo estipulado tanto en el Decreto Legislativo como en el Reglamento, también invoca como base legal a la Ley Anual del Presupuesto, a la Ley de Procedimiento Administrativo General, al Código de Ética de la Función Pública y normas complementarias, así como a la Ley Nº 26771 que regula la prohibición de contratación de personal en el sector público en caso de parentesco.

En el referido modelo, a través de notas, se enfatiza por ejemplo que «en ningún caso, el contrato podrá exigir más de 48 horas semanales, siendo ilegal todo contrato que lo realice, bajo responsabilidad», o que, «para el caso de contratos por sustitución, el monto de la contraprestación deberá ser igual que el monto de la contraprestación previsto en el contrato que se sustituye. Para variar el monto de la contraprestación original, se deberá suscribir un nuevo contrato siguiendo el procedimiento establecido en el Reglamento del Decreto Legislativo Nº 1057».

Cabe mencionar que la norma no establece que la aplicación del modelo es obligatoria, lo que significa que las entidades contratantes, si bien deben tenerla en cuenta como «punto de referencia para imitarlo o reproducirlo» [7], podrán incluir cláusulas que correspondan a la naturaleza de los servicios que se van a prestar, o a determinadas especificaciones que deseen consignarse, pero naturalmente en concordancia y respeto de lo dispuesto tanto en el Decreto Legislativo como en el Reglamento y demás bases o referencias legales previstas en la cláusula primera del modelo de contrato.

## 4. COMENTARIOS FINALES

El mérito de esta norma reside en haber puesto punto final a un sistema de contratación fraudulento que indebidamente venía utilizando el Estado, reconociéndose a los servidores sujetos a dicha contratación, derechos mínimos. El problema es que estos trabajadores si recurren al Poder Judicial o al Tribunal Constitucional es muy probable que se les reconozca el íntegro de los derechos y beneficios sociales que le puedan corresponder bien sea de acuerdo con el régimen de la carrera administrativa si prestan servicios en una entidad pública donde se aplica dicho régimen, o el del régimen laboral de la actividad privada si laboran en una entidad cuyos servidores se regulan por el régimen laboral de la actividad privada.

Tal vez otra debió ser la solución que hubiera consistido en incorporar a estos servidores de acuerdo con el régimen que les corresponda sin que ello implicara mayor gasto al Estado en la medida que el monto percibido sirviera, no solo para solventar la remuneración del trabajador y sus beneficios colaterales, sino también las contribuciones a EsSalud y pensiones. La objeción que podría plantearse a esta solución es que ello podría suponer una rebaja de remuneraciones que se encuentra recusada por la ley y que podría constituir un acto de hostilidad equivalente al despido. Esto es cierto parcialmente, porque para que configure el acto de hostilidad la rebaja debe ser «inmotivada» y en la propuesta la rebaja no solamente es aparente, sino que, de existir, sería absolutamente «motivada», toda vez que el monto que percibían como remuneración simplemente serviría para, desagregado, cumplirse con todas y cada una de las obligaciones laborales y de seguridad social, por lo cual, en el fondo no habría tal disminución y de insistirse en su existencia que tal vez podría

[7] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz «modelo», en *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001, T. VII, p. 1029.

darse en lo que respecta a la contribución a EsSalud que es a cargo del empleador, esta sería totalmente motivada en la medida que lo que se estaría consiguiendo es formalizar una relación contractual que venía siendo ejecutada al margen de la ley y con privación de derechos de los trabajadores. Además, sin duda, se trataría de una solución más beneficiosa para aquéllos.

Resulta entonces aconsejable acelerar el debate y la promulgación de la Ley de la Carrera Administrativa del Servidor Público y de las otras normas previstas por la Ley Marco del Empleo Público, a fin de que de una vez los servidores públicos cuenten con un régimen propio y general y, de este modo, se salvaguarden debidamente los derechos y beneficios sociales a los que con justicia deben acceder por los servicios que prestan a la Nación.

# PRINCIPALES OBJECIONES AL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Javier Neves Mujica(*)

## 1. EL REPARTO DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA

El trabajo productivo y por cuenta ajena, esto es, el que un individuo brinda a otro, por encargo de este, a cambio de una retribución, estuvo regulado por el Derecho civil, ya fuera cumplido en régimen de autonomía (el deudor de trabajo dirige su propia prestación), ya lo fuera en régimen de subordinación (el acreedor de trabajo dirige la prestación del deudor). Las figuras utilizadas para regularlo eran el arrendamiento de obra y el de servicios, respectivamente(1).

Al estar sometidas dichas figuras al Derecho civil y, por lo tanto, a sus criterios de igualdad y libertad formales entre los contratantes, el arrendamiento de servicios condujo a una situación de extrema explotación. La sublevación de los trabajadores frente a ella y su movilización organizada condujo a la ruptura de este contrato con el Derecho civil y a su transformación en contrato de trabajo. El Derecho del trabajo se conformó entonces para regular el trabajo productivo y por cuenta ajena en régimen de subordinación, así como todas las relaciones surgidas de él.

---

(*) Profesor Principal de la Universidad Católica. Ex Decano de su Facultad de Derecho y ex Ministro de Trabajo.

(1) Un estudio en profundidad acerca de este proceso y sus conceptos fundamentales se encuentra en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *El contrato de locación de servicios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.

Desde entonces ha operado un reparto generalizadamente aceptado: la regulación del trabajo autónomo corresponde al ordenamiento civil (mediante los contratos de locación de servicios y de obra) y al mercantil (a través de los contratos de agencia, comisión y corretaje); y la del trabajo subordinado, al ordenamiento laboral (por medio del contrato de trabajo).

Producida y admitida esta distribución, podríamos construir la siguiente regla: inclusión tácita, exclusión expresa. En otras palabras, toda vez que tengamos una prestación personal, subordinada y remunerada de servicios deberemos considerarla tácitamente incluida en el ordenamiento laboral, salvo cuando fuera expresamente excluida por una ley, cuya constitucionalidad sería necesario evaluar con especial detenimiento.

El único campo en el que la controversia se retrasó varias décadas fue el del sector público. Para la tesis unilateralista la relación entre el Estado y el servidor está sujeta al Derecho administrativo y caracterizada por la absoluta supremacía del primero sobre el segundo, el que constituye, regula y extingue el vínculo mediante sendos actos unilaterales[2]. Esta tesis se consolidó entre nosotros con la dación de la Ley Nº 11377 (Estatuto y Escalafón del Servicio Civil), de 1950. Sintomáticamente, prohibía a los trabajadores públicos organizarse en sindicatos. Fue abandonada y reemplazada por la tesis contractualista, gracias a la Constitución de 1979 y al Decreto Legislativo Nº 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público), de 1984. Para esta tesis la naturaleza pública del empleador no es suficiente para sustraer una prestación de servicios personal, subordinada y remunerada del ordenamiento laboral, aunque pueda sujetársele a un régimen diferente al común, aplicable a los trabajadores de la actividad privada. Los derechos colectivos ingresaron así al catálogo de derechos laborales de los trabajadores públicos. Esta posición es la que ha imperado en nuestro sistema jurídico desde entonces, incluso con una tendencia a regular cada vez más a los trabajadores públicos por el ordenamiento de la actividad privada.

## 2. EL CONTRATO DE SERVICIOS NO PERSONALES

Durante el régimen de Fujimori se cometieron innumerables atropellos contra los trabajadores, muchos de los cuales fueron materializados mediante normas, especialmente en el ámbito del sector público. El más grave de ellos

---

(2) En el Perú la investigación más completa sobre esta materia puede verse en BALBÍN TORRES, Edgardo, *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, PUCP, Lima, 2005.

fue el despido masivo de trabajadores, tanto de la Administración Pública como de diversas entidades estatales. La modalidad empleada en el primer caso consistió en someter a los trabajadores a evaluaciones semestrales. Si no se presentaban o eran desaprobados, se les cesaba por excedencia[3]. Las pruebas, por cierto, no eran idóneas para los diferentes puestos[4]. En el segundo caso, se autorizó a dichas entidades a realizar programas de racionalización de personal, con incentivos o sin ellos, que se concretaban con la presentación de una solicitud a la Autoridad Administrativa de Trabajo, que esta aprobaba de manera expresa o ficta[5]. La violación al derecho de estabilidad laboral, consagrado en el artículo 48 de la Constitución de 1979 entonces vigente, resultaba flagrante: sin que una autoridad imparcial comprobara la causa invocada y en un procedimiento desprovisto de garantías, se permitía el despido del trabajador.

Por esas vías –se estima– perdieron su empleo más de cien mil trabajadores estatales. Las consecuencias fueron funestas para el Estado y para la sociedad en un doble nivel: por un lado, los regímenes democráticos que siguieron al de Fujimori han tenido que reparar a las víctimas de tales vulneraciones, lo que se ha venido efectuando a través de las cuatro listas de ceses colectivos, configuradas mediante trámites engorrosos, plagados de errores e irregularidades; y, por el otro, el propio régimen de Fujimori –y también los siguientes– tuvieron necesidad de reemplazar a muchos de los despedidos, en un escenario normativo en el que se prohibía por las leyes de presupuesto la contratación de personal, para lo que utilizaron indebidamente la figura del contrato de servicios no personales para contratar justamente personas. Allí se dio inicio a una inmensa transgresión del ordenamiento, que –se estima– ha llegado a afectar a más de ochenta mil trabajadores. Prestaciones personales, subordinadas y remuneradas y, por lo tanto, claramente comprendidas en el ordenamiento laboral, quedaban segregadas por la utilización de un contrato de encubrimiento de naturaleza administrativa.

Negarle a quienes estaban contratados bajo la figura de los servicios no personales la condición de trabajadores y, por ende, todos los derechos laborales derivados de ella, era una manifiesta lesión a todo el articulado laboral de la

---

(3) Decreto Ley N° 26093. Un ensayo en similar sentido se aplicó antes en el Instituto Peruano de Seguridad Social (Decreto N° Ley 25636).

(4) Varios Informes Defensoriales se han ocupado de esta cuestión, por ejemplo los Nºs 1, 23, 82 y 88.

(5) El Decreto Ley N° 26120, modificatorio del Decreto Legislativo N° 674, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, fue el que reguló esta modalidad. Tuvo importantes antecedentes referidos a empresas específicas, como las Empresas de Servicio Público de Electricidad, Decreto Ley N° 25567, o Pesca-Perú, Decreto Ley N° 25715.

Constitución anterior y actual. Se constataba la existencia de una prestación de servicios dotada de los elementos esenciales de una relación laboral, a la que –sin embargo- se le excluía del ordenamiento laboral por medio del empleo de un contrato administrativo. Realidad contra apariencia y, por consiguiente, espacio natural para la aplicación del principio de la primacía de la realidad. Plá Rodríguez lo define en los siguientes términos: «El principio de la primacía de la realidad 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»[6] Así lo entendieron el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en sus fallos reiterados y uniformes, que –por ello– constituyeron una jurisprudencia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo en su sentencia dictada en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público[7]: «[...] la subsistencia de diferentes regímenes legales de contratación del empleado público ha generado la cantidad de 60,000 trabajadores públicos administrativos que se desempeñan en la modalidad de servicios no personales, con contratos que vencen cada dos o tres meses, sin seguridad social, ni CTS, ni vacaciones, situación que no puede ser tolerable en un Estado Democrático y Social de Derecho» (Fundamento Nº 2). Asimismo, –en uno de sus numerosos pronunciamientos recaídos en procesos de amparo[8]– precisó que deberá «determinar qué tipo de relación hubo entre la demandante y la SBLM, esto es, si hubo una relación laboral encubierta o una verdadera relación civil, para efectos de aplicar el principio de la primacía de la realidad y, a partir de allí, considerar los contratos civiles como contratos de trabajo de duración indeterminada» (Fundamento Nº 8). Señaló que por Memorando Múltiple «se acredita que la SBLM le impartía órdenes, ya que mediante este documento le recordó cuál era su horario de refrigerio y que en caso de incumplimiento sería excluida de la SBLM» (Fundamento Nº 58). Concluyó: «habiéndose determinado que la demandante –al margen de lo consignado en el texto de los contratos de servicios no personales suscritos– ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, debe aplicarse a su caso el principio de la primacía de la

(6) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 243.

(7) Sentencia del 12 de agosto de 2005, Expediente Nº 008-2005-PI/TC.

(8) Sentencia del 6 de noviembre de 2008, recaída en el proceso de amparo seguido por Rosa Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social, Expediente Nº 05652-2007- PA/TC).

realidad, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil» (Fundamento Nº 59).

El Decreto Legislativo Nº 1057 y su Reglamento, que introducen el contrato administrativo de servicios, disponen –en la Cuarta Disposición Complementaria Final del primero y la Primera Disposición Complementaria Transitoria del segundo– que: «Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma». De este modo, admiten tácitamente que los contratos de servicios no personales y de locación de servicios se han venido empleando para cubrir prestaciones de servicios subordinadas, lo que refuerza la posición probatoria de los reclamantes en los procesos judiciales en los que se persigue la declaración de laboralidad del vínculo.

## 3. PROPUESTAS DE REGULARIZACIÓN

Durante los regímenes de los presidentes Paniagua y Toledo hubo dos importantes intentos de regularizar la situación de los trabajadores sujetos a contratos de servicios no personales, ambos truncados. El primero fue la conformación de una Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública central[9]. Presentó su informe final el 15 de julio de 2001. La Comisión Multisectorial partió de una premisa (que explicará luego su conclusión): «El régimen público es de naturaleza estatutaria y se encuentra regulado por el Derecho administrativo, mientras que el privado es de naturaleza contractual y está regido por el derecho laboral. Los criterios y reglas aplicables a uno y otro no son intercambiables ni pueden ser invocados o aplicados por extensión o analogía, ya que responden a principios esencialmente diversos» (página 13)[10]. Difícil imaginar una recepción más absolu-

(9) Integrada por los Ministros de Trabajo y Promoción Social, Economía y Finanzas, Justicia, Educación y Pesquería, y sendos funcionarios de la Presidencia del Consejo de Ministros, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social y el Fonafe.

(10) No obstante, luego relativiza su aseveración. Así: «El carácter estatutario de la relación de empleo público no es obstáculo para la aplicación de principios o criterios y aun normas de derecho del trabajo a los servidores del Estado» (página 14). También: «El servidor público no disfrutaba de libertad de contratación, disponiendo el Estado-empleador de una amplísima potestad unilateral... Hoy esta situación no se mantiene [...]» (página 16).

ta de la tesis unilateralista y, por lo tanto, más desencajada con nuestra Constitución y la Ley Marco del Empleo Público, para las cuales los trabajadores públicos son, sin duda, trabajadores.

Por un lado, no suscita controversia que el articulado laboral de la Constitución resulta aplicable a todos los trabajadores, incluyendo los del sector público. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, en lo que se refiere a los principios y derechos colectivos en la sentencia recaída en el proceso por inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público: «[...] es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo [...]» (Fundamento N□ 17); y en lo que atañe a los derechos individuales, con especial énfasis en la protección contra el despido, en una sentencia emblemática, que genera precedente vinculante, recaída en un proceso de amparo[11]: «[...] complementando la jurisprudencia constitucional en materia laboral individual, emitida en los casos derivados del régimen laboral privado [...], así como en los casos vinculados al régimen laboral público, se formularán determinados criterios jurisprudenciales para la aplicación del artículo 5□.2 del Código Procesal Constitucional [...]» (Fundamento Nº 2)[12].

Por otro lado, la propia Ley Marco del Empleo Público señala que «regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que este tenga [...]» (artículo III del Título Preliminar). Asimismo, dispone que: «Son principios que rigen el empleo público: [...]. 8. Principios del Derecho laboral.- Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio» (artículo IV del Título Preliminar). Entre las fuentes de derecho en el empleo público se incluye a los convenios colectivos (numeral 9 del artículo V del Título Preliminar).

---

(11) Sentencia del 28 de noviembre de 2005, recaída en el proceso de amparo seguido por César Baylón Flores contra EPS EMAPA Huacho S.A., Expediente Nº 0206-2005-PA/TC.

(12) Vide, asimismo los Fundamentos N°s 3 y siguientes para el régimen laboral de la actividad privada y 21 y siguientes para el del sector público.

La Comisión Multisectorial cuestionó el empleo de los contratos de servicios no personales, que «no contempla de manera equitativa un régimen de derechos y beneficios [...] no corresponde a ninguna categoría jurídica o específica... [y carece de] una adecuada precisión legal [...]» (página 21). Sin embargo, concluyó: «Ante la falta de regulación respecto de los contratos no personales [...], se hace necesaria una norma que ratifique que la contratación por servicios no personales es válida en el sector público; y que la entidad empleadora puede ejercer respecto de estos servidores todos los atributos propios de su condición de tal [...] pero que al mismo tiempo establezca que se someten a un régimen especial, en el que se reconocen aquellos derechos que tienen origen y rango constitucional (remuneración mínima, jornada máxima legal, descansos remunerados, etc.) o en instrumentos internacionales vinculantes para el Perú (como son los de OIT ratificados), mas no los que provienen de la normativa infraconstitucional» (páginas 39 y 40). Su propuesta fue la de diseñar un nuevo contrato llamado «administrativo de servicios» no sujeto «a la Ley de Bases ni a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral» (página 56). Sus rasgos son los que inspiraron al Decreto Legislativo Nº 1057, con importantes diferencias que resaltaremos después.

El segundo intento estuvo constituido por la dación de la Ley Marco del Empleo Público. En su Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final estableció: «Los contratados y los que prestan servicios por la modalidad de no personales que tengan vínculo vigente, podrán postular a las plazas que se convoquen de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley, otorgándoseles una bonificación en el puntaje proporcional a los servicios prestados a la administración pública, en caso de que empataran en la calificación con otro u otros». Dicha ley debió ser seguida de cinco leyes de desarrollo, idea que luego se sustituyó por la de integrarlas todas en una sola Ley General del Empleo Público, que el Congreso no ha aprobado hasta ahora. Se trataba de unificar los tres regímenes de prestación de servicios que existían en el Estado: el del sector público, el de la actividad privada y el de servicios no personales, los dos primeros comprendidos en el ordenamiento laboral y el tercero no, en un solo régimen laboral de naturaleza pública. Esta iniciativa iba, pues, en dirección distinta a la formulada por la Comisión Especial: se trataba de laboralizar a los trabajadores con contrato de servicios no personales, reconociendo en el derecho la calidad que tenían en los hechos.

## 4. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

La introducción del contrato administrativo de servicios se ha efectuado mediante el Decreto Legislativo Nº 1057, del 27 de junio de 2008 (en adelan-

te, la Ley), que fue reglamentado por el Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM, del 24 de noviembre de 2008 (en adelante, el Reglamento). Sus principales mandatos son los siguientes:

a. Puede utilizarse por cualquier entidad del Estado, salvo las empresas (artículo 2º de la Ley).

b. Figura excluida del régimen laboral público o privado y sometida al Derecho administrativo (artículo 3º de la Ley).

c. Contrato de duración determinada y renovable indefinidamente (artículo 5□ de la Ley).

d. Reconocimiento de ciertos derechos: remuneración mínima, jornada máxima semanal de 48 horas, 24 horas de descanso semanal, vacaciones de 15 días anuales, salud y pensiones (artículo 6º de la Ley y Primera Disposición Complementaria y Final del Reglamento).

e. Prestación no es autónoma (artículo 7º y Cuarta Disposición Complementaria y Final de la Ley).

## 5. PRINCIPALES OBJECIONES AL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

### 5.1. ¿Servicios «no autónomos»?

La doctrina concuerda en que el trabajo por cuenta ajena puede prestarse en relación de subordinación o de autonomía. Ya hemos dicho que la regulación del primer tipo corresponde al Derecho del trabajo y la del segundo al Derecho civil o mercantil. Es cierto que la frontera entre un concepto y otro a veces es difusa, por lo que se requiere una especial atención judicial para resolver las llamadas zonas grises, a partir de la valoración de los factores presentes en cada caso concreto. Pero no existe entre dichos conceptos uno tercero llamado «no autonomía». El vínculo que no es autónomo, es subordinado (y viceversa). No hay otra opción. Así lo admite hasta alguno de los apologistas de la norma: «La falta de autonomía en la prestación del servicio debe entenderse como la existencia de una relación de dependencia o subordinación del prestador del servicio a la entidad pública contratante»[13].

---

[13] MARTIN TIRADO, Richard, «El régimen del contrato administrativo de servicios: nuevas soluciones para un viejo problema», en *Soluciones Laborales*, Nºs 15 y 16, Lima, 2009, pp. 63-68 y 63-67, respectivamente.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento ha innovado la terminología aceptada por la comunidad académica, con la introducción de un concepto formulado en negativo, que no es sino el sinónimo de la subordinación: «Los funcionarios o servidores públicos que efectúen contratación de personas que presten servicios no autónomos fuera de las reglas del presente régimen, incurren en falta administrativa y, en consecuencia, son responsables civiles por los daños y perjuicios que originen al Estado» (artículo 7□ de la Ley). El propósito de este deliberado enredo no puede ser otro que el de pretender deslaboralizar la relación. El concepto de «no autonomía» carece de antecedentes doctrinarios o jurisdiccionales e, incluso, no se le utiliza en el informe final de la Comisión Multisectorial.

### 5.2. ¿Prestaciones personales, subordinadas y remuneradas sometidas al Derecho administrativo?

Al inicio de este artículo mencionamos que había operado un reparto en la regulación del trabajo por cuenta ajena, de modo que al ordenamiento laboral se le atribuyó la del trabajo subordinado. Esa atribución debió compartirla por un tiempo, en el que imperó la tesis unilateralista del empleo público, con el ordenamiento administrativo: los trabajadores del sector público regidos por el ordenamiento administrativo y los de la actividad privada por el laboral. Pero luego del descarte de tal tesis y su reemplazo por la contractualista, la atribución fue exclusiva: el ordenamiento laboral regula el trabajo subordinado, aunque pueda hacerlo a través de regímenes diferentes para trabajadores del sector público y de la actividad privada.

Los trabajadores que tuvieron contratos de servicios no personales estuvieron indebidamente sometidos al Derecho administrativo, cuando en verdad –ya hemos citado algunas ejecutorias representativas del criterio de los organismos jurisdiccionales al respecto– les correspondía el Derecho del trabajo, en aplicación del principio de la primacía de la realidad. Ahora que se van a transformar sus vínculos a contratos administrativos de servicios, seguirán sujetos a aquel ordenamiento. No puede sino concebirse como un retroceso que se sustraiga una porción de trabajadores del sector público al ordenamiento laboral, al que realmente pertenecían (aunque formalmente no figurara así), para entregárselos al Derecho administrativo. El retorno de la tesis unilateralista treinta años después de su superación por la Constitución de 1979.

Más allá de la disputa académica, la incorporación de trabajadores subordinados al ordenamiento administrativo no sería tan notoriamente inapropiada si este brindara una protección similar a la del ordenamiento laboral, lo que

evidentemente no ocurre. Se consuma, por lo tanto, una flagrante lesión de derechos fundamentales y ordinarios.

### 5.3. Apariencia de equiparación, realidad de exclusión

La Ley define el contrato administrativo de servicios del siguiente modo: «El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales [...]». En este caso, la repetición del artículo 1 del anteproyecto presentado por la Comisión Multisectorial es manifiesta.

Resulta claro que la Ley pretende desconocer la naturaleza laboral del vínculo entre el trabajador con contrato administrativo de servicios y el Estado. No obstante, les otorga a dichos trabajadores algunos derechos propios del ordenamiento laboral. Por lo tanto, nos encontramos ante una apariencia de equiparación: a sujetos que no son trabajadores, pero cuyas condiciones socioeconómicas son semejantes a las de estos, se les extienden algunos derechos laborales y previsionales. La realidad, no obstante, es muy diferente: a quienes en rigor sí son trabajadores se les ha excluido del ordenamiento laboral por ley expresa. A quienes deberían disfrutar de la condición de trabajadores y de todos los derechos derivados de ella, se les niega tal condición y se les reconoce solo unos pocos.

### 5.4. Duración determinada y renovación indefinida

El derecho de estabilidad en el trabajo opera en dos momentos: la entrada y la salida[14]. En el primero, se plasma en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la de duración determinada. El mecanismo que utiliza para materializar dicha preferencia es la exigencia de causa justificada en la naturaleza de la labor a desempeñarse para que se pueda celebrar un contrato de duración determinada.

Es evidente que, en la gran mayoría de los casos, los trabajadores que antes tuvieron contratos de servicios no personales y ahora tienen contratos administrativos de servicios, realizan actividades permanentes. Por ello, en la sentencia

(14) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, «El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana»., en *Trabajo y Constitución*, Cultural Cuzco, Lima, 1989, pp. 83 y ss.

que citamos en el punto 2 de este artículo, no se declara solo la existencia de una relación laboral, sino además su duración indefinida. Sin embargo, la Ley establece: «El contrato administrativo de servicios se celebra a plazo determinado y es renovable» (artículo 5º). El Reglamento añade: «El contrato administrativo de servicios es de plazo determinado. La duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respectivo dentro del cual se efectúa la contratación; sin embargo, el contrato puede ser prorrogado o renovado cuantas veces considere la entidad contratante en función de sus necesidades. Cada prórroga o renovación no puede exceder del año fiscal» (artículo 5º). Vínculo temporal sin labor temporal y sin límite a la renovación, constituye una grosera infracción al derecho de estabilidad laboral en su fase de entrada. La Comisión Multisectorial pareció entenderlo así, cuando se refirió en su anteproyecto al «régimen transitorio» de contratación administrativa de servicios (artículo 1º) y dispuso que «no puede exceder en su plazo de vigencia, del 31 de diciembre del año respectivo; puede ser prorrogado o renovado, por una sola vez, por un lapso o lapsos acumulados que no sobre pasen el 31 de diciembre del año siguiente a aquel en que se suscribió» (artículo 2º).

### 5.5. Mínimos derechos

El anteproyecto elaborado por la Comisión Multisectorial reconocía: a) derechos individuales: remuneración equitativa y suficiente, no inferior a la mínima, jornada no mayor a 8 horas diarias o 48 semanales, descanso semanal remunerado de 24 horas, vacaciones de 30 días por año cumplido e indemnización por ruptura unilateral y arbitraria del contrato antes del vencimiento del plazo; b) derechos colectivos: sindicación, negociación colectiva y huelga; y c) derechos previsionales: salud y pensiones (artículos 3º, 5º y 6º). Además, tenía una cláusula abierta: daba por supuestos los derechos constitucionales e incluía los contenidos en los convenios internacionales ratificados y los conferidos por ley expresa (artículo 3º). De la amplia lista de derechos laborales que reconoce nuestro ordenamiento, la Comisión Multisectorial había, pues, al menos, seleccionado los principales.

El legislador actual ha sido más austero. Proclama «únicamente» los siguientes: a) remuneración mínima, b) jornada máxima semanal de 48 horas, c) 24 horas de descanso semanal, d) vacaciones de 15 días anuales, e) salud y f) pensiones (artículo 6º de la Ley y Primera Disposición Complementaria y Final del Reglamento). ¿Por qué los derechos individuales se redujeron y desaparecieron los colectivos? ¿Qué ocurrió con los derechos proclamados por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos? ¿»Únicamente» pretende significar que todos los omitidos no se les aplican?

Pareciera que el gobierno hubiera procedido fijando primero su disponibilidad económica y luego el catálogo de derechos que aquella pudiera cubrir. Solo así se explica la configuración de una lista tan sucinta de derechos.

El Tribunal Constitucional ha afirmado –como tuvimos ocasión de recordar en el punto 3 de este artículo– que los derechos laborales constitucionales –y lo mismo habría que decir de los laborales internacionales– se aplican tanto a los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada como a los del sector público. Si quienes tienen un contrato administrativo de servicios son también trabajadores, como venimos sosteniendo, no podrían en modo alguno ser privados de tales derechos. Respecto a los derechos legales, les corresponderían los del régimen laboral al que estuviera adscrita la entidad a la que prestaran sus servicios, pero en lista completa, no recortada.

### 5.6. Infracción constitucional a la igualdad y la protección

El contrato administrativo de servicios concebido como un sistema permanente de vinculación entre los trabajadores y el Estado y dotado de mínimos derechos, resulta notoriamente violatorio, por lo menos, de dos instituciones constitucionales: el principio de igualdad (numeral 2 del artículo 2º y numeral 1 del artículo 26º) y la protección al trabajo, con el consiguiente reconocimiento de derechos a la persona que lo ejecuta (artículo 22º y siguientes)[15].

Vulnera la igualdad ante la ley, tanto respecto de los trabajadores como de los empleadores. Lo primero, porque a la ya cuestionable existencia de dos regímenes laborales dentro del Estado para la ejecución de labores similares: el del sector público y el de la actividad privada[16], se suma la de un tercer régimen, a cuyos trabajadores se les procura un trato marcadamente diferente y, en este caso, inferior. Lo segundo, porque los empleadores de la actividad privada no disfrutan de la ventaja de contratar en una modalidad equivalente[17]:

---

(15) Según Balbín Torres, «[en caso] de desarrollar labores propias de un servidor público, no ingresará por concurso ni acreditará mérito y menos aún, tendrá derecho a la carrera [...]» (BALBÍN TORRES, Edgardo, «El nuevo régimen del contrato administrativo de servicios: aspectos constitucionales», en *Soluciones Laborales*, Nº 10, Lima, 2008, p. 24).

(16) No olvidemos que la propuesta, tanto de la Ley Marco del Empleo Público como del proyecto de Ley General del Trabajo, era la de unificar la regulación de las relaciones laborales al interior del Estado en un solo régimen: el del sector público, en el primer caso, y el de la actividad privada, en el segundo.

(17) El régimen especial para las Mype, con todo lo cuestionable que es, está a disposición solo de las empresas de cierta dimensión y no concurre con el régimen general dentro de una misma entidad, como sí sucede con el contrato administrativo de servicios.

trabajadores subordinados excluidos del régimen general. Todo ello ocurre sin la existencia de una causa objetiva y razonable.

La lesión a la protección que merece el trabajo, que debe materializarse en el reconocimiento de derechos al trabajador, se produce mediante la sustracción indebida del ordenamiento laboral y, por lo tanto, la privación del catálogo completo de derechos correspondientes.

Si vinculamos ambas instituciones tendríamos que los trabajadores deberían gozar de igual protección por el ordenamiento, lo que la figura del contrato administrativo de servicios obviamente infringe.

### 5.7. No primacía de la realidad sino inconstitucionalidad

A diferencia de los contratos de servicios no personales, que eran desechados por los jueces en virtud del principio de la primacía de la realidad, porque había un vínculo aparente –administrativo– y otro oculto –laboral–; en los contratos administrativos de servicios no hay encubrimiento, sino que es la propia ley la que los excluye del ordenamiento laboral. O diríamos, en todo caso, que el disfraz no lo generan las partes sino que viene de la ley. No cabe, por lo tanto, la actuación del principio de la primacía de la realidad. En situaciones como estas, en las que no tenemos un velo producido por las partes que el juez debe descorrer, sino una indebida calificación efectuada por vía legal, el juez debe confrontarla con la Constitución. Si de tal análisis fluyera la inconstitucionalidad de la ley, como pensamos que ocurrirá, tendrá el poder-deber de declararla mediante el control difuso (artículo 138º de la Constitución).

Probablemente el legislador ha optado por hacer una exclusión transparente y no por repetir una práctica condenada, confiado en que resultará más difícil que los organismos jurisdiccionales apliquen el control difuso que el principio de primacía de la realidad. Un cálculo político cuyas consecuencias tendrán que apreciarse a medida que vayan produciéndose los pronunciamientos al respecto.

### 5.8. Evasión mediante contratos de consultoría

El segundo párrafo del artículo 3º de la Ley dispone: «La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad». Este precepto, por un lado, refuerza la idea de que los contratos administrativos de servicios conllevan –por oposición– la sub-

ordinación del trabajador; y, por el otro, que los vínculos autónomos quedan excluidos de este régimen, sujetos al ordenamiento civil bajo la figura del contrato de locación de servicios.

Sin embargo, si se utilizara la modalidad mencionada en el precepto, para encubrir prestaciones de servicios subordinadas, cumplidas en el centro de trabajo de la entidad, operaría –como fue en los contratos de servicios no personales- el principio de la primacía de la realidad: el juez debería declarar, en un primer nivel, que el supuesto contrato de locación de servicios es, en realidad, un contrato administrativo de servicios y, en un segundo nivel, si este hubiera sido considerado inconstitucional, que el contrato verdadero es el de trabajo.

### 5.9. Continuidad del vínculo y plazo prescriptorio

En el caso de la sustitución de un contrato de servicios no personales por un contrato administrativo de servicios, si el primero fue empleado indebidamente para esconder una relación laboral –que es la hipótesis que se plantea la Cuarta de las Disposiciones Complementarias Finales de la Ley–, tendríamos dos prestaciones de servicios subordinadas, que conformarían un solo vínculo, aunque estuviera regido por dos contratos con denominaciones diferentes. Si, a su vez, los organismos jurisdiccionales declararan la inconstitucionalidad del segundo contrato, como han declarado frecuentemente la falsedad del primero, sería así con mayor razón –en virtud del principio de continuidad de la relación laboral[18]– y dicho vínculo tendría naturaleza laboral.

El plazo prescriptorio que tendría el trabajador para reclamar la laboralidad de su vínculo dependerá del régimen laboral al que estuviera adscrita la entidad a la que prestó sus servicios. Si fuera el de la actividad privada, se regiría por la Primera de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Derogatorias de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, modificada varias veces. Los más recientes plazos son: primero, de dos años (Ley Nº 27022 del 23 de diciembre de 1998) y luego de cuatro (Ley Nº 27321 del 22 de julio de 2000). El plazo que debería aplicarse sería el vigente al momento de interponer la demanda. No obstante, tanto la Ley Nº 27022 como la Ley Nº 27321, establecen: «La prescripción iniciada antes de la vigencia de esta Ley se rige por la ley anterior» (Segunda de las Disposiciones Complementarias, Transitorias y Finales). Así, frente a una sucesión de normas, se aplicaría la vigente a la fecha de la extinción del vínculo y no de la interposición de la demanda. De

(18) PLÁ RODRÍGUEZ, *Los principios del Derecho del trabajo*, cit., pp. 151 y ss.

este modo, los trabajadores que cesaron en el período de vigencia de la Ley Nº 27022 (del 24 de diciembre de 1998 al 22 de julio de 2000) rigen su plazo prescriptorio por esta y, por tanto, será de dos años; mientras que los cesados desde la vigencia de la Ley N□ 27321 (23 de julio de 2000) tienen un plazo de cuatro años, que es el previsto por esta última.

Si el régimen laboral de la entidad fuera el del sector público, no tendríamos una norma específica aplicable. Ante la falta de regulación en el ordenamiento laboral público, habría dos opciones: a) utilizar supletoriamente el plazo previsto en el Código Civil para las acciones personales, o b) emplear el establecido en el ordenamiento laboral privado por analogía. El primero tiene –en nuestro concepto– dos ventajas sobre el segundo: que debe acudirse antes a la supletoriedad, que no supone laguna, que a la analogía, que sí la supone; y que resulta más favorable para el trabajador: diez años contra cuatro.

## 6. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

El gobierno ha presentado la sustitución del contrato de servicios no personales por el contrato administrativo de servicios como un notable avance, sobre todo en lo que respecta a los derechos de los trabajadores: de ninguno a algunos. Pero, ¿la comparación debería hacerse con el «ser» o con el «deber ser»? Si violentando la Constitución y las leyes se les desconoce la calidad de trabajadores y todos los derechos consiguientes a quienes tenían un contrato de servicios no personales y pretendiendo regularizar su situación se les mantiene segregados del ordenamiento laboral, a través del contrato administrativo de servicios, con reconocimiento de unos pocos derechos, ¿no se sigue violentando la Constitución? La única regularización posible dentro del marco constitucional es el otorgamiento pleno de derechos laborales a quienes tienen un contrato administrativo de servicios, en lo inmediato. Y, en lo mediato, la unificación de los diversos regímenes laborales al interior del Estado.

# EL RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS: DE LA RIGIDEZ DEL UNILATERALISMO A LA DESLABORALIZACIÓN

César Puntriano Rosas(*)

## 1. LA INSOSTENIBLE PRECARIEDAD LABORAL DEL ESTADO Y EL EQUILIBRIO PRESUPUESTARIO COMO INSUFICIENTE JUSTIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN LABORAL

El trabajo, en sus diversas modalidades es objeto de atención prioritaria por el Estado como lo dispone nuestra Constitución, imponiendo el mandato que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. El Estado, principal responsable de cumplir y hacer cumplir la Constitución parece haber olvidado dicha disposición.

En efecto, como es de público conocimiento, el Estado para contratar a su personal ha venido empleando por muchos años una modalidad carente de todo sustento jurídico denominada «servicios no personales» (en adelante, SNP), la cual supone un flagrante desconocimiento de los derechos laborales y principalmente de la dignidad del trabajador, dando la espalda al mandato constitucional mencionado.

Bajo esta modalidad de contratación, amparada en limitaciones presupuestales, argumento a nuestro entender insuficiente frente a la vigencia de los derechos de los trabajadores, no se reconoce ningún derecho laboral

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ni mucho menos acceso a la seguridad social a los trabajadores contratados bajo esta figura.

Es importante comentar que la regulación estatal buscó otorgar cierta legitimidad a este mecanismo de contratación al regularla en el Reglamento Único de Adquisiciones para el Suministro de Bienes y Prestación de Servicios no Personales para el Sector Público, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 065-85-PCM, el cual definía a los SNP como «actividad o trabajo que efectúa una persona natural o jurídica ajena al organismo público que desea adquirir, a cambio de una retribución económica, para atender una necesidad intangible. Se orienta a la producción, construcción, habilitación, funcionamiento, orientación, conservación, preservación u otros; se mide en y por sus efectos o resultados».

Los trabajadores afectados por esta modalidad de contratación han podido plantear reclamaciones laborales a nivel judicial, ya sea para tentar el cobro de beneficios sociales o su reposición, esto último mediante el proceso constitucional de amparo. En estos casos es de aplicación el principio de primacía de la realidad, el cual supone que ante la discordancia entre los hechos y las formas, el juzgador debe preferir los hechos; en el caso de los SNP la discordancia se refería a que los trabajadores eran formalmente pero subordinados en los hechos, por lo que primaba la realidad y se declaraba la existencia de una relación laboral.

Esta forma de contratación estatal ha sido objeto de estudio en innumerables oportunidades, pero lamentablemente se ha mantenido en el tiempo. Recordemos que en el año 2001, una Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central, creada mediante el Decreto Supremo Nº 004-2001-TR, y asesorada técnicamente por reconocidos especialistas, señaló que el denominado contrato de SNP no correspondía a ninguna categoría legal conocida, pues carecía de antecedentes y adecuada precisión. Frente a dicha constatación, la referida comisión elaboró un proyecto de norma que proponía un «contrato administrativo de servicios», cuya principal virtud era reconocer a dichos trabajadores los derechos consagrados por la Constitución y por los convenios internacionales ratificados por el Perú. El citado proyecto no fue materializado pese a que en el citado informe se señaló que existían más de cincuenta mil servidores de la administración central bajo el régimen de servicios no personales, cifra que en el año 2004, según datos obtenidos del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), se incrementó a 61,357 personas. Hasta hace unos meses estos servidores llegaban a más de 90,000.

El Ministerio de Trabajo, siguiendo la iniciativa de la Comisión Multisectorial ha expedido el Decreto Legislativo Nº 1057, norma que al amparo de las facul-

tades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo para la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos, regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios (en adelante, CAS), teniendo por finalidad garantizar los principios de mérito y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la administración pública. Recordemos que esta norma se expidió inmediatamente después de los dispositivos que regulan al servicio civil[1].

Si bien en un inicio el Decreto Legislativo Nº 1057 fue promocionado como un mecanismo para garantizar la meritocracia en el Estado, y que suponía un avance en cuanto al otorgamiento de algunos derechos para las personas contratadas en virtud de los contratos de SNP, una reflexión más profunda permite advertir que esta modalidad de contratación sigue atentando contra la dignidad del trabajador pues crea un régimen distinto, y discriminatorio, que desconoce la existencia de una relación laboral y por ende el acceso a derechos fundamentales de los contratados mediante el contrato de SNP.

Adicionalmente, el régimen del CAS ha significado la vuelta al unilateralismo estatal, al encuadrar a estos trabajadores en el Derecho administrativo y no en el ámbito del Derecho del trabajo como se encontraban desde la Constitución de 1979 y el Decreto Legislativo Nº 276.

En el presente artículo analizaremos los principales aspectos del Decreto Legislativo Nº 1057, y su reglamento, aprobad por el Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM, desde una perspectiva constitucional-laboral.

## 2. LA LABORALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS: EVOLUCIÓN NORMATIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

El capitalismo industrial de fines del Siglo XIX generó una reforma de la administración pública a través de la ampliación de su capacidad ejecutiva e incremento de número de dependientes, teniendo esto último incidencia en la estructuración de la relación del empleo público[2]. El contexto capitalista

---

(1) Dichos dispositivos son el Decreto Legislativo Nº 1023, que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos; el Decreto Legislativo Nº 1024, crea y regula el Cuerpo de Gerentes Públicos; y el Decreto Legislativo Nº 1025, aprueba normas de capacitación y rendimiento para el Sector Público.

(2) Vide BALBÍN, Edgardo, *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, PUCP, Lima, 2005, p. 23.

industrial reclamaba seguridad jurídica por parte de la burocracia estatal y el destierro de todo tipo de clientelismo, por lo que se incide en el sistema estatutario de organización del empleo, el cual reposa en el mérito a partir de competencias entre los ciudadanos para incorporarse a la administración pública.

La concepción estatutaria supone atribuir naturaleza pública a la relación de empleo, existiendo una suerte de supremacía basada en la preponderancia de los fines de la organización sobre los intereses individuales del burócrata. La doctrina conceptualizó la existencia de una relación de sujeción especial del servidor público respecto a su empleador el Estado, que se evidenciaba en una subordinación radical.

Esta noción estatutaria, afirma Balbín[3], descansa sobre dos rasgos: a) la uniformización de los dependientes de la Administración y de sus condiciones de empleo, y b) la rigidez externa referida a mecanismos de acceso y extinción basados en un sistema de causalidad objetiva, e interna al recurrirse exclusivamente a la norma estatal para regular la relación de empleo.

Añade el autor que, «más que un mecanismo orientado a brindar garantías al trabajador en una relación de empleo, el estatuto se constituye en una herramienta de orientación de la actividad laboral hacia la consecución de un interés público, lo que consolida de este modo la absoluta supremacía de la organización administrativa en la relación de empleo[4]».

En nuestro país, fue la Ley Nº 11377, Ley del Estatuto y Escalafón del Servicio Civil, la norma que evidenció la admisión de nuestro ordenamiento a la tesis estatutaria, con componentes de rigidez interna, dejando el otorgamiento de beneficios laborales y condiciones de empleo a la norma heterónoma, privando al trabajador de toda posibilidad del ejercicio de derechos individuales o colectivos[5], en el primer caso por encontrarse rígidamente normados por el estatuto, y en el segundo caso por su proscripción.

A nivel externo, la normativa en mención articuló el acceso a través de criterios de mérito y capacidad mediante el concurso siendo el nombramiento el acto fundacional de la relación de empleo, mientras que la extinción del empleo se sujetó a causales expresamente establecidas.

Respecto a los derechos colectivos, el artículo 49º de la Ley Nº 11377 dispuso que los empleados públicos podían asociarse solo con fines culturales,

---

(3) Ibídem, p. 29.

(4) Ibídem, p. 39

(5) Ibídem, p. 89.

deportivos, asistenciales o cooperativos, encontrándose dichas asociaciones prohibidas de adoptar la denominación u organización propia de los Sindicatos, de adoptar las modalidades de acción de estos organismos, de ejercer coacción en sus peticiones y de recurrir a la huelga.

Este régimen estatutario es dejado de lado por nuestro ordenamiento jurídico con la Constitución de 1979 que articula un sistema de empleo público asentado sobre el carácter laboral del vínculo. En palabras de Balbín: «[...] lo determinante [es] que la regulación se asiente sobre el innegable carácter laboral de la relación jurídica [...]». En suma, la Constitución de 1979 reconoce la condición laboral de los trabajadores públicos y los hace titulares de derechos laborales constitucionales.

A nivel infraconstitucional, el Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, del año 1984, consagró en su articulado la concepción laboral del régimen de los trabajadores públicos. A decir de Neves, esta consagración legislativa de una regulación distinta de la aplicable a los trabajadores del sector privado no atribuye una noción estatutaria al modelo sino que delimita la especialidad de una relación netamente laboral[6]. Sostener que al regular una carrera administrativa el Decreto Legislativo Nº 276 retorna a fueros estatutarios significaría realizar una interpretación aislada del marco constitucional entonces vigente.

Respecto al carácter laboralizador del Decreto Legislativo Nº 276, compartimos lo señalado por Balbín cuando afirma que «[...] no puede calificarse al diseño legal de estatutario del Derecho administrativo. [...]. El modelo de relaciones laborales en la administración pública tiene como principal referente al texto constitucional [...]. El modelo de Estado social y democrático y la conceptualización de los derechos laborales constitucionales como de titularidad de todo sujeto inserto en una relación jurídica de intercambio de trabajo por salario, constituyen el punto de inicio de la etapa laboral de la relación de empleo público [...][7]»

La Constitución Política de 1993, actual texto constitucional, recoge en su reducido articulado en materia laboral la categoría de «trabajadores públicos», lo cual zanja cualquier discusión que pudiera existir sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. El término en mención implica reconocer la naturaleza laboral de la relación de empleo público y su consecuente regula-

(6) NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2000. p. 41.

(7) BALBÍN, *Unilateralismo y negociación colectiva en la administración pública*, cit., p. 112.

ción por derechos laborales constitucionales y por los principios del derecho del trabajo[8].

En el marco de esta regulación constitucional se expidió la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, cuya constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 008-2005-PI/TC[9], a raíz de una demanda interpuesta por Juan José Gorriti y otros.

La Ley Marco es clara al señalar en el artículo I de su Título Preliminar que su finalidad es «establecer los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración pública moderna, jerárquica, profesional, unitaria, descentralizada y desconcentrada, basada en el respeto al Estado de Derecho, los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, el desarrollo de los valores morales y éticos y el fortalecimiento de los principios democráticos, para obtener mayores niveles de eficiencia del aparato estatal y el logro de una mejor atención a las personas». Advertimos una referencia a los derechos fundamentales y dignidad de la persona humana, lo cual pone en evidencia que esta norma es acorde con la Constitución vigente toda vez que el respeto a la dignidad del trabajador supone el reconocer que su relación con el Estado es de naturaleza laboral, así como su acceso a derechos fundamentales laborales, la posibilidad de ejercer derechos colectivos y el goce de condiciones adecuadas de trabajo.

El reconocimiento de la dignidad del trabajo supone que su relación de trabajo sea calificada como decente, pues como lo señaló el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Memoria a la 89ª Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo en Ginebra en junio de 1999, la consecución del trabajo decente es aquel que se realiza en un ámbito que respeta los derechos laborales fundamentales, recibe un ingreso suficiente o digno, permite acceder a la protección social y seguridad en el trabajo y se enmarca en el diálogo social.

El artículo de la Ley Marco glosado debe leerse conjuntamente con el artículo IV del Título Preliminar que consagra a los principios de legalidad y de Derecho laboral.

El primero de ellos señala que los derechos y obligaciones que generan el empleo público se enmarcan dentro de lo establecido en la Constitución Política, leyes y reglamentos; y el segundo, que rigen en las relaciones individuales

---

(8) Ibídem, p. 116.

(9) Puede accederse a esta sentencia en el portal web del Tribunal Constitucional: www.tc.gob.pe.

y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e interpretación más favorable al trabajador en caso de duda. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio.

Finalmente, el Decreto Legislativo Nº 1023, norma que ha creado a la Autoridad Nacional del Servicio Civil tiene por objetivo que dicha crear autoridad asuma el papel de organismo técnico especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos del Estado, con el fin de contribuir a la mejora continua de la administración del Estado a través del fortalecimiento del servicio civil. Nos parece válida esta apuesta por una gestión eficiente de los recursos humanos en el sector público, la cual reafirma la consideración de que nuestro ordenamiento ha dejado de lado el viejo unilateralismo para considerar al trabajador público como comprendido en el marco del Derecho el trabajo, y con derechos como cualquier trabajador. El hecho de que existan formalidades especiales, limitaciones presupuestarias o un ente rector especializado se justificarían por las especiales funciones que prestan estos trabajadores, al estar en juego el interés de la colectividad.

## 3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS COMO RETROCESO A LA LABORALIZACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL DE LOS TRABAJADORES PÚBLICOS, Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

Conforme lo dispone el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 1057, el régimen especial del CAS es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado.

Por su parte, el artículo 3º de l mencionado decreto legislativo establece que el CAS es una modalidad especial propia del Derecho administrativo y privativa del Estado. Se regula por el Decreto Legislativo Nº 1057, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

Complementando lo anterior, el artículo 1º de su reglamento señala que el CAS vincula a una entidad pública con una persona natural que presta *servi-*

*cios de manera no autónoma.* Se rige por normas de Derecho público y confiere a las partes únicamente los beneficios y las obligaciones que establece el Decreto Legislativo Nº 1057 y el presente reglamento. No está sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, ni al régimen laboral de la actividad privada, ni a ningún otro régimen de carrera especial.

En otras palabras, esta norma estaría negando la condición de trabajador a una persona que presta sus servicios en virtud de un CAS pese a que la propia regulación indica se comprende servicios no autónomos, es decir, *subordinados.* Además, adscribe esta prestación de servicios subordinados al Derecho administrativo, pretendido extraerla, sin justificación alguna, del Derecho del trabajo. Este dispositivo evidencia la intención del legislador de retornar a las rigideces unilateralistas que impedían que los trabajadores ejercieran sus derechos individuales y colectivos bajo la equivocada bandera del interés de la comunidad.

Ahora bien, que una prestación de servicios personales sea subordinada supone la inmediata aplicación del Derecho del trabajo en toda su magnitud, pues quien presta servicio se constituye como trabajador, y quien los recibe como empleador, que la ley disponga lo contrario contravendría lo que constituye la esencia del Derecho del trabajo.

La subordinación, a decir, del profesor Neves[10], es un «vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero 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». La subordinación es el elemento determinante de laboralidad.

Cuando el Estado actúa como empleador, que duda cabe, el personal que contrate puede encontrarse adscrito al régimen laboral de la actividad pública, siendo la regla general en este aspecto que, si el empleador es una entidad perteneciente al sector público, su personal pertenece al régimen laboral de la actividad pública, salvo que exista norma del mismo rango legal del citado Decreto Legislativo Nº 276, que lo excluya de dicho régimen laboral, comprendiéndolo en el régimen laboral de la actividad privada. Esto ha sido también afirmado por al Corte Suprema en el precedente vinculante recaído su Casación Nº 1507-2004-Lima.

Siendo así, es posible que una norma con rango legal adscriba al personal al régimen laboral de la actividad privada, o que inclusive coexista más de un

(10) NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del trabajo,* PUCP, Lima, 2009, pp.35 y 36.

régimen laboral en la entidad estatal, ya que podría suceder que una entidad con régimen laboral privado haya incorporado personal de otra con régimen laboral público.

En tal sentido, resulta carente de toda lógica jurídica el regular una prestación personal «no autónoma», es decir, subordinada, fuera del manto protector del Derecho del trabajo.

### 3.1. La inconstitucional exclusión de los CAS del Derecho del trabajo

La situación jurídica de los CAS es un ejemplo de lo que en doctrina se conoce como «labor excluida», es decir, aquella que pese a ser una prestación personal, subordinada y remunerada es excluida por mandato legal del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo[11].

La exclusión no es total, pues se reconocen ciertos derechos como el descanso semanal, la jornada máxima, las vacaciones o la seguridad social en salud, bajo términos no laborales, en todo caso creemos que resulta cuestionable que se sustraiga esta prestación del ámbito laboral cuando es evidente que se trata de una relación subordinada como la propia normatividad lo reconoce, además tengamos en cuenta que no existiría un fin constitucionalmente legítimo con dicha exclusión.

Consideramos que la exclusión atenta contra el principio de igualdad y, por ende, es discriminatoria, pues establece diferenciaciones irrazonables y carentes de toda justificación entre trabajadores que realizan las mismas funciones. Pensemos en una oficina estatal en la cual laboran asesores legales adscritos al régimen de carrera administrativa (Decreto Legislativo Nº 276), régimen laboral privado y CAS. ¿Cuál sería la justificación objetiva y razonable para esta diferencia? Evidentemente que ninguna.

La regulación del CAS estaría vulnerando el derecho de los trabajadores comprendidos en dicho régimen a ser tratados en forma igual con aquellos trabajadores que realizan las mismas funciones pero pertenecen a otros regímenes que si les concede el reconocimiento formal como trabajadores. Esta manifestación de la igualdad está recogida por nuestra Constitución en el artículo 2º.2[12].

---

(11) Ibídem, pp. 49 y 50.

(12) Que literalmente señala: «Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole».

La igualdad es un principio y también un derecho que constituye un límite a la actividad del legislador y que será invocable ante los tribunales ordinarios y en última instancia ante el Tribunal Constitucional.

Este último ha reflexionado en la sentencia recaída en el Expediente Nº 0649-2002-AA/TC, sobre la igualdad ante la ley, afirmando que es un principio constitucional a la vez que un derecho subjetivo que garantiza el trato igual de los iguales y el desigual de los desiguales.

En ese sentido, y con el objeto de determinar cuándo se está frente a una medida que implica un trato desigual no válido a la luz de cláusula de la igualdad, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia mencionada que la medida diferenciadora no solo debe sustentarse en una base objetiva, sino, además, encontrarse conforme con el test de razonabilidad. Mediante este test se controla si el tratamiento diferenciado está provisto de una justificación. En segundo lugar, si entre la medida adoptada y la finalidad perseguida existe relación. Y, finalmente, determinar si se trata de una medida adecuada y necesaria, esto es, si respeta el principio de proporcionalidad.

Creemos que la regulación del CAS no resiste el mayor análisis del test de igualdad toda vez que la medida diferenciadora no se sustenta en base objetiva ni tampoco se trata de un medida adecuada y necesaria. Si bien se podría afirmar que existía una necesidad de formalizar y otorgar cierta protección social a miles de CAS, creemos que la justificación no es apropiada y nos permite concluir que el régimen CAS es discriminatorio y por ende inconstitucional.

Por otro lado, además de constituir un régimen discriminatorio, consideramos que el CAS atenta contra la dignidad del trabajador contratado bajo este régimen, pues no le permite acceder a un trabajo que respete sus derechos fundamentales laborales, le asegure condiciones de trabajo adecuadas como un horario y una retribución apropiada, y cautele su seguridad y salud laboral (ambiente seguro). El artículo 1º de nuestra Constitución de 1993 dispone que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Sin embargo, parecería que el Estado considera que este pilar de los derechos fundamentales, como es la dignidad de la persona humana, no le alcanza porque es el Estado. Consideramos que este razonamiento es totalmente equivocado, pues el Estado debería dar el ejemplo en la protección de los derechos laborales de su personal. En la medida que el Estado fiscaliza el cumplimiento de la normativa laboral en el sector privado, creemos que debe comenzar por casa, es decir, primero regularizar la condición de los trabajadores que se encuentran a su disposición.

En consecuencia, la regulación del CAS atenta contra la Constitución de 1993 en dos aspectos: a) su regulación discriminatoria estableciendo diferencias carentes de justificación alguna; y b) la infracción a la esencia de los derechos fundamentales, es decir a la dignidad del trabajador al crear trabajadores de «tercera clase» que acceden a mínimos derechos laborales.

### 3.2. Posibilidad de los contratados mediante CAS de acceder a la tutela jurisdiccional y lograr su reconocimiento como trabajadores

Ante la injusticia que se perpetraba contra el personal contratado mediante SNP, este decidió aguardar a la finalización de su vínculo contractual para entablar demandas contra su ex empleador con el fin de obtener el pago de los beneficios que nunca le fueron reconocidos, al desconocérseles la condición de trabajadores o inclusive su reposición si el despido era inconstitucional.

Podemos citar por ejemplo ejecutorias de la Corte Suprema recaída en las Casaciones Nº 963-2004-Lima, 2169-2003- Lima y 2440-2003-Lima, en las que amparó las demandas y dispuso el pago de beneficios sociales a los demandantes.

Un argumento de defensa de las entidades estatales, que fue dejado de lado por la Casación Nº 2440-2003-Lima, consiste en la imposibilidad de considerar como trabajador a una persona contratado mediante SNP que no ingresó por concurso, cuya contratación no cumplió con las formalidades legalmente previstas para el ingreso de personal al Estado.

La ejecutoria en mención señaló que, «[...] la inobservancia de la emplazada de normas y límites de orden interno que si bien tienen el carácter imperativo, dependen por su naturaleza de su absoluto control no pueden soslayar la existencia del contrato de trabajo que en la realidad se configuró, [...] pues lo contrario importaría vaciar de contenido a la garantía contenida en el tercer párrafo del artículo 23º de la Constitución Política del Estado que precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, imponiendo de este modo una cláusula de salvaguardia de los derechos del trabajador [...]».

En otras palabras, el Estado no podía valerse de un acto propio para abusar en la contratación del personal[13]. Compartimos lo señalado por Ávalos Jara

(13) La Casación Nº 1507-2004-Lima enfatizó ello e inclusive indicó que las normas presupuestarias no pueden limitar el reconocimiento de una relación laboral.

cuando afirma que amparar dicho alegato estatal constituiría un atentado contra los derechos fundamentales del trabajador[14].

Adicionalmente, citamos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional recaídos en los Expedientes Nºs 0991-2000-AA/TC, 2387-2002-AA/TC, 0833-2004-AA/TC, 1944-2002-AA/TC y 03710-2005-PA/TC, en los cuales el máximo intérprete de nuestra Constitución sostuvo, que «[...] en virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución–, en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos [...] la actividad desarrollada por la demandante, más allá de lo pactado en contratos de prestación de servicios no personales, está impregnada de los elementos típicos de un contrato de trabajo [...]». Podemos enumerar otros casos en los que el Tribunal Constitucional aplicó rasgos sintomáticos para calificar la relación civil como laboral, tal es el caso de los Expedientes Nºs 04814-2005-PA/TC, 03589-2005-PA/TC, entre otros.

Así, mediante una aplicación directa del principio de primacía de la realidad los trabajadores estatales que se encontraban bajo el régimen del contrato de SNP eran reparados por el despido abusivo o eventualmente repuestos a su centro de trabajo mediante procesos de amparo.

Adicionalmente, en cuanto a la reposición de los contratados mediante el contrato de SNP, consideramos que la falta de formalidades para el ingreso de un trabajador a laborar al sector público no debe ser obstáculo para que se reivindique su dignidad y sus derechos fundamentales. En ese sentido, discrepamos con quienes afirmar que la reposición debe hacerse efectiva bajo la condición de SNP y no de trabajadores, pues ello sería avalar un acto abusivo del Estado[15].

Hasta aquí entonces tenemos que el servidor de contratado mediante SNP se encontraba constitucional, legal y jurisprudencialmente habilitado, ya sea para reclamar el pago de sus derechos laborales previo reconocimiento de su

---

(14) ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, *Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema*, Grijley, Lima, 2008. p. 19.

(15) Una posición distinta se puede encontrar en GARCÍA GRANARA, Fernando, «El principio de primacía de la realidad en el empleo público. La acción de amparo y las locaciones de servicio», en *Actualidad Jurídica*, T. 152, Lima, 2006. Una posición en contra y similar a la nuestra puede verse en ÁVALOS JARA, Oxal Víctor, «El trabajador que fue repuesto mediante proceso de amparo, ¿tiene derecho a ser incorporado automáticamente a la planilla de trabajadores de su empleadora que es una entidad estatal?», en *JuS Jurisprudencia*, Nº 2, Lima, 2008, pp.335-343.

vínculo laboral. La pregunta que sigue es si la situación varía con los servidores que prestan sus servicios mediante CAS en la medida que existe un estatuto legal que regula su relación contractual, el Decreto Legislativo Nº 1057, cuyo artículo 3º expresamente dispone que el CAS es una modalidad especial propia del derecho administrativo privativa del Estado, no generando relación laboral ya sea pública o privada.

Ahora bien, si una persona que labora en virtud de un CAS demanda el pago de sus beneficios sociales y, por ejemplo, acredita su vinculación dependiente a la entidad que lo contrató, la jurisprudencia podría sostener que la exclusión del Derecho del trabajo de esta relación de facto laboral es inconstitucional en tanto atenta contra la dignidad del trabajador y contra el mandato que impide desconocer sus derechos constitucionales. Así, aplicando el control difuso previsto en el artículo 138º de nuestro texto constitucional, el juez podrá preferir la Constitución antes que el Decreto Legislativo Nº 1057 y amparar la demanda.

Esta salida es compleja sin duda, y exigirá además valor por parte del magistrado, pues estará fallando contra el propio Estado en un tema aparentemente zanjado. En todo caso, veamos que dice la jurisprudencia sobre el particular.

En cuanto a la tutela restitutoria del proceso de amparo frente al despido de una persona contratada mediante un CAS a efectos de que califique como arbitrario, nulo o fraudulento, es preciso señalar que a partir del precedente vinculante sobre la procedencia del amparo en materia laboral en la sentencia recaída en el expediente Nº 0206-2005-PA/TC, proceso de amparo seguido por César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. Emapa Huacho S.A.[16], publicada el 22 de diciembre de 2005, la vía del amparo resulta residual frente a la contencioso administrativa.

En dicha sentencia el Tribunal Constitucional señaló que la vía normal para resolver las pretensiones individuales por conflictos jurídicos derivados de la aplicación de la legislación laboral pública es el proceso contencioso administrativo, dado que permite la reposición del trabajador despedido y prevé la concesión de medidas cautelares. Así, dispuso que aquellas demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública deberán ser declaradas improcedentes, puesto

(16) Para un mayor análisis de los supuestos de procedencia del proceso constitucional de amparo en materia laboral respecto al régimen laboral privado, vide PUNTRIANO ROSAS, César, «Criterios de procedibilidad de la acción de amparo en materia de despido. A propósito del precedente vinculante del Tribunal Constitucional.», en *Actualidad Jurídica*, T. 147, Lima, 2006.

que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contenciosa administrativa.

Solo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical, por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental.

En consecuencia, si quien presta sus servicios en virtud de un CAS opta por el proceso de amparo luego del precedente vinculante para ser repuesto, debe probar la falta de idoneidad de la vía contencioso administrativa, que se encuentra en alguno de los supuestos indicados en el párrafo precedente, o que su empleador se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Ayudará a la posición del demandante el haber venido laborando en la entidad en calidad de SNP antes de operar la conversión al CAS.

## 4. INSPECCIÓN LABORAL Y CAS

Como lo dispone el artículo 4º de la Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, la actuación de la inspección del trabajo se extiende a todos los sujetos obligados o responsables del cumplimiento de las normas sociolaborales, ya sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y se ejerce en los lugares en que se ejecute la prestación laboral, aun cuando el empleador sea del sector público o de empresas pertenecientes al ámbito de la actividad empresarial del Estado, siempre y cuando estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

En otras palabras, la inspección laboral no comprende aquellas relaciones laborales sujetas al régimen de la actividad pública regulado por el Decreto Legislativo Nº 276.

En el año 2008, la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo había declarado expresamente que no realizaría inspecciones para verificar la desnaturalización de los denominados contratos de SNP, que como se indicó anteriormente eran una herramienta de contratación de trabajadores que suponía un flagrante desconocimiento de sus derechos laborales esenciales bajo el absurdo argumento de la existencia de limitaciones presupuestarias. Mediante la Directiva Nº 003-2008-MTPE/2/11.4, la Dirección Nacional estable-

ció que al encontrarse regulada la contratación de SNP por la legislación sobre contrataciones y adquisiciones del Estado y no bajo el régimen laboral privado, no eran procedente actuaciones inspectivas.

Con esto se daba la espalda a aquellos trabajadores que buscaban la aplicación de la legislación reconocida a los que prestan sus servicios en virtud de un CAS o cualquier constatación que les fuera útil en posteriores demandas.

Siendo necesaria la actualización de la directiva en mención, la Dirección Nacional de Inspección del Trabajo ha emitido recientemente la Directiva Nº 009-2008-MTPE/2/11.4, Directiva nacional sobre criterios a tener en cuenta para el desarrollo de la función inspectiva en las entidades de la administración pública.

Esta Directiva establece que los que prestan servicios mediante un CAS no se encuentran bajo su ámbito de competencia y añade que, «cualquier supuesto de desnaturalización que se alegue del régimen de Contratación Administrativa de Servicios debe ser regulado a través de la Dirección General de Administración u órgano que haga sus veces de cada entidad como instancia única, debiendo posteriormente en caso de persistir el reclamo acudir a la vía judicial a través del proceso contencioso administrativo».

Advertimos, pues, que la directiva cierra la puerta a los laboran en virtud de un CAS para solicitar que la inspección laboral constate en una visita inspectiva cualquier incumplimiento laboral por parte del empleador. Ello no resulta ajeno al ordenamiento legal, toda vez que el propio Decreto Legislativo Nº 1057 lo sustrae del Derecho laboral y del régimen laboral privado, por lo que no sería competente la inspección laboral.

Recordemos que en tanto administración, la inspección laboral no puede pasar por encima de la ley, y que la aplicación del control difuso para considerar inconstitucional al Decreto Legislativo Nº 1057 está limitado a aquellos tribunales u órganos colegiados administrativos que imparten «justicia administrativa» con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados[17], no siendo ella la condición del inspector laboral.

En todo caso, quien presta sus servicios mediante un CAS podrá actuar administrativamente o recurrir al órgano jurisdiccional para cuestionar la naturaleza de sus servicios, alegando la inconstitucionalidad de este régimen.

---

[17] Precedente vinculante contenido en el Expediente Nº 3741-2004-AA/TC, proceso seguido por Ramón Hernando Salazar Yarlenque contra la Municipalidad Distrital de Surquillo.

## 5. CONCLUSIONES

El régimen de la contratación administrativa de servicios (CAS) ha sido expedido con la intención de ordenar laboralmente a la masa crítica de trabajadores que se encontraban prestando servicios en el Estado sin que se les reconociera beneficio o derecho laboral alguno. Con el CAS se quiere evitar la falta de legitimidad del Estado para verificar el cumplimiento de los derechos laborales en el sector privado al no ser responsable con sus obligaciones como empleador.

Si bien en un inicio el régimen en mención fue promocionado como un mecanismo para garantizar la meritocracia en el Estado, y que suponía un avance en cuanto al otorgamiento de algunos derechos para las personas que laboraban mediante un contrato de SNP, quienes a ese momento no contaban con ningún beneficio acorde con su dignidad como seres humanos, una reflexión más al detalle nos lleva a afirmar que el CAS sigue atentando contra derechos fundamentales laborales al crear un régimen especial o paralelo al laboral público y privado –a nuestro entender– con dos fines: a) el malentendido ahorro presupuestario, y b) evitar reconocer explícitamente la equivocación estatal de mantener fuera de planillas a más de 80,000 trabajadores, pues ello generaría una avalancha de demandas judiciales así como la pérdida de aquellos procesos en curso.

La norma reglamentaria es contradictoria con el interés del Estado de negar relación laboral a las personas contratadas bajo el CAS, pues contempla instituciones propias del Derecho laboral como el sobretiempo, el pago de la remuneración vacacional, supuestos de suspensión perfecta e imperfecta del vínculo, la indemnización por despido, y la remuneración mínima.

Creemos que esta regulación no ha sido una respuesta correcta al gran problema de la contratación estatal, la cual pasa por crear un sistema eficiente que atraiga a los mejores profesionales, todo ello en escrupuloso respeto de los derechos laborales de los mismos.

Finalmente, somos de la opinión que el Estado deberá actuar con escrupuloso respeto a los derechos fundamentales de sus trabajadores y reconocer que los CAS poseen un vínculo de naturaleza laboral, decisión que se daría en armonía con nuestro texto constitucional.

# Sección Debate

# LA REGULACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

*En la presente sección, dos de nuestros asociados exponen sus comentarios acerca de las implicancias del Contrato Administrativo de Servicios (CAS). En tal sentido, partiendo de posiciones divergentes, sustentan de forma detallada los argumentos por los cuales consideran correcta o errada la implementación de dicha figura en nuestra legislación, a la par de ofrecernos sus puntos de vista con relación a los temas derivados de dicho contrato: su constitucionalidad, los derechos que emanan de él, entre otros aspectos.*

Primera ponencia

# CONSIDERACIONES ACERCA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Mario Pasco Cosmópolis(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

En el Perú ha sido tradicional y sigue siendo profunda la separación de los trabajadores en dos grandes regímenes jurídicos: el de los funcionarios y servidores del Estado y el de los trabajadores de la actividad privada. Esta diferenciación, que obedece a razones de tradición histórica y jurídica, recogida, sustentada y hasta reforzada por la actual Constitución, presenta sin embargo matices que es conveniente analizar.

La relación laboral de servicio público fue siempre de naturaleza estatutaria, regida por el derecho administrativo; la de la actividad privada, en cambio, es de carácter contractual y está regulada por el derecho laboral. En la primera, todos los elementos vienen prefijados por la ley y no hay espacio para la autonomía contractual: el ingreso, las remuneraciones, los derechos y beneficios, los ascensos y promociones, las infracciones y sanciones, el cese y, en suma, todos los aspectos propios de la relación vienen definidos por normas legales a las que quedan sujetos rígidamente quienes prestan sus servicios al Estado en sus diversas reparticiones. En el mundo laboral privado, en cambio, se asume que las remuneraciones y condiciones de trabajo son estipulados, a partir del mínimo legal, por vía convencional, sea en forma individual a través del contrato individual de trabajo, sea en forma general por vía de la convención colectiva de

(*) Profesor Principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

trabajo. En el mundo de lo laboral, la ley actúa como un piso; en el mundo administrativo, la ley es techo.

Esta visión simplificada de las cosas ha tenido curiosas contradicciones, que unas veces la han profundizado, otras la han debilitado, creándose un cuadro de contrastes que hace muy precaria toda clasificación.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Las características de una relación de naturaleza estatutaria, según define y sintetiza Octavio Bueno Magano[1], son las siguientes: «a) conjunto de reglas y reglamento impuesto unilateralmente por el Estado; b) reclutamiento mediante designación, esto es, decisión unilateral de la autoridad pública; c) uniformidad de condiciones impuestas a todos los servidores en igualdad de condiciones; d) alterabilidad del régimen por parte de la administración; e) irrenunciabilidad de los beneficios otorgados; y f) prohibición de la ampliación arbitraria de ventajas».

De la concepción estatutaria clásica se desprende que el servidor público tenía menores derechos abstractos y mayores derechos concretos que el trabajador común. No disfrutaba, en efecto, de libertad de contratación, disponiendo el Estado-empleador de una amplísima potestad unilateral, pero, a cambio, alcanzaba importantes privilegios en materia de estabilidad, de jubilación y otras sensibles ventajas frente al privado.

Hoy esta situación no se mantiene y ha revertido en lo uno y en lo otro: el Estado ha tenido que ceder sus prerrogativas unilaterales y el servidor ha perdido muchos o casi todos sus privilegios.

Por otra parte, se ha producido una tan notoria aproximación de regímenes que ha llevado a preguntarse si existe realmente un factor de diferenciación o si, por el contrario, se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno.

Plá Rodríguez afirma al respecto que «no hay una diferencia sustancial entre la relación de empleo público y la relación de trabajo de la actividad privada. O dicho en otras palabras, las diferencias que se señalan entre ambas son muy relativas». Sobre el carácter estatutario o contractual, agrega: «Este distingo ha ido perdiendo importancia con el tiempo. En el trabajo privado, se ha ido destacando como cada trabajador no acuerda con su respectivo

---

(1) BUENO MAGANO, Octavio, «Régimen jurídico del servidor público», en *Derecho Laboral*, Nº 145, Montevideo, 1987, p. 67.

empleador las condiciones del contrato, sino que las encuentra establecidas por una serie de normas [...] sin que el componente voluntario del trabajador vaya mucho más allá de la aceptación del trabajo en esas condiciones. Tan es así, que ello ha dado origen a la doctrina de la relación de trabajo, como sustitutiva o complementaria del contrato de trabajo, o a la teoría del trabajo como hecho, que difundiera De Ferrari. Por su parte, en el ámbito público cada vez se difunden más los funcionarios contratados, con lo que se pretende acentuar el carácter contractual y no estatutario de la relación»[2].

Plá concluye en que «la protección del servidor del Estado, en cuanto trabaja-dor, integra el Derecho laboral. En otras palabras, que el Derecho laboral debe estudiar el tema de los funcionarios públicos. Esto no significa sustraer todo este tema del Derecho administrativo [...]. Cada una de las disciplinas en juego enfoca el tema desde su perspectiva peculiar y vincula las soluciones y los criterios aplicables con los principios vigentes en esas respectivas disciplinas. Esto significa que se aplican los principios del Derecho laboral en la regulación de este sector del trabajo, en su triple función inspiradora, interpretativa e integradora. No exclusivamente. Habrá que armonizarlos y conciliarlos con los principios del Derecho administrativo. Pero no podrá ignorárselos ni prescindir de ellos»[3].

Esta capacidad expansiva del Derecho laboral para la regulación de la relación laboral pública resulta necesaria en orden a que los principios y aun las normas inspiradoras de aquél deban disciplinar todos los aspectos que son consustanciales al hecho social trabajo en aspectos tales como la higiene y seguridad, la jornada de trabajo, los descansos, con independencia de la índole de la función y la persona del empleador, a partir de aquello que Lupo Hernández Rueda[4] califica como «identidad objetiva, proveniente del hecho mismo del trabajo humano».

Podríamos decir que hay una cada vez más profunda penetración del Derecho laboral – sus principios, sus instituciones, sus reglas– en la relación de trabajo público, una «laboralización»[5] de la función pública. Esto es conse-

---

(2) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «Situación laboral de los funcio-narios públicos», en *VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AIJDTSSGC, Caracas, 1977, p. 10.

(3) Ibídem, pp.15-16.

(4) HERNÁNDEZ RUEDA, Lupo, «La responsabilidad laboral del Estado», en *Derecho Laboral*, Nº 117, Montevideo, 1980, p. 164.

(5) Expresión utilizada por SACCHI, Carlos, «Reflexiones sobre la relación de empleo público y los derechos colectivos», en *Derecho Laboral*, Nº 146, Montevideo, 1987, p. 400. También por ERMIDA URIARTE, Oscar, «Las relaciones de trabajo en América Latina», en *Relaciones de Trabajo*, Año 2, Nº 3, Santiago de Chile, 1989.

cuencia, además de la expansividad, que es vocación constante del Derecho laboral, también de la constatación básica de que no existen diferencias de esencia entre ambos tipos de prestación. Las diferencias que existen se sitúan más en la periferia que en el núcleo de la relación, ya que este núcleo es el trabajo como actividad humana personal, remunerada y subordinada, elementos esenciales que están presentes tanto en la relación privada como en la pública.

Quizás síntesis feliz sea la propuesta por Horacio Cassinelli[6], profesor uruguayo de Derecho constitucional, quien ha expuesto la teoría de un Derecho general del trabajo. «Existiría un Derecho general del trabajo, de base constitucional, que primaría sobre el Derecho privado del contrato de trabajo y sobre el Derecho administrativo de la función público. Este derecho general del trabajo –o régimen jurídico general de los trabajadores– versaría sobre el hecho del trabajo y no sobre el vínculo jurídico que une al que trabaja con quien remunera su trabajo»[7]

## 3. RELACIÓN CON LAS NORMAS QUE REGULAN LAS RELACIONES INDIVIDUALES DE TRABAJO EN EL SECTOR PRIVADO

No obstante lo señalado, subsisten en nuestro país, como se adelantó, regímenes legales diferenciados para regular el trabajo en el servicio civil y el que se desarrolla en el sector privado; diferencias que la propia Carta Constitucional mantiene y de algún modo refuerza, y que se dan tanto en lo individual como en lo colectivo.

La Constitución Política de 1993 marca, en efecto, un claro distingo al separar el trabajo y la función pública en artículos distintos y distantes. Esta diferenciación no se agota en lo formal sino que, para que no quepa duda de que los preceptos de unos no son transferibles a los otros, duplica simétricamente en los artículos 28º y 42º lo relativo a la sindicación y la huelga.

Si, como alguien alguna vez ha sostenido, todo lo contenido en el tema laboral fuera extensible de modo natural y automático a los servidores del Estado, les sería aplicable también el artículo 28º y el artículo 42º devendría en superfluo por redundante. La sola existencia de este artículo significa exactamente lo contrario: que si tal artículo no existiera, los derechos de sindicación y huelga no serían válidos para los servidores públicos, de donde se desprende, por mero raciocinio lógico, que los demás que no les han sido atribuidos en forma expresa no rigen para ellos.

---

(6) Citado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «El trabajador público y los convenios colectivos», en *Derecho Laboral*, Nº 143, Montevideo, 1987, p. 416.

(7) Loc. cit.

Por lo demás, está vigente así mismo la Tercera Disposición Final y Transitoria que dice: «En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario».

Ahora bien, desde 1991 han tomado carácter aluvional dos grandes tendencias que atañen al sector público: por un lado, la privatización de la mayoría de empresas estatales ha reducido la incursión del Estado en actividades productivas; por otro lado, se han producido desplazamientos masivos de personal de la administración hacia el régimen laboral de la actividad privada, no en las empresas públicas subsistentes (que ya estaban bajo ese régimen), sino en áreas tan importantes y sensibles como la administración tributaria y la aduanera, el Banco Central de Reserva y el Banco de la Nación, la supervigilancia de la banca y seguros y de las administradoras de fondos pensionarios, y en general en toda entidad de nuevo cuño o reformada recientemente; como también en la seguridad social, tanto en EsSalud como en la ONP.

Lo que resulta pasmoso es que ese fenómeno haya llegado a instituciones tan raigalmente públicas y estatales como el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, cuyos servidores (no los magistrados, naturalmente) están regulados por la ley laboral común.

¿Laboralización del servicio público? ¿Penetración total del Derecho laboral en las áreas del Derecho administrativo laboral? No se trata, en puridad, de ninguno de esos fenómenos; lo que acontece es más bien un fenómeno migratorio: el campo cubierto por el Derecho administrativo está siendo abandonado por la administración, por gran parte de ella al menos, aunque, como es obvio suponer, permanecen dentro contingentes todavía muy numerosos y mayoritarios (empleados de ministerios y municipios, maestros, etc.).

Si en los años setenta el *leit motiv* era estatizar, en los noventa fue privatizar; si entonces se convertían en públicas innumerables empresas privadas, después se quiso manejar como privadas muchas agencias gubernamentales en sectores tan emblemáticos como la recaudación tributaria y aduanera, y la supervisión y control estatal de los negocios particulares.

## 4. EVOLUCIÓN NORMATIVA

En 1950 se da el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil y Pensiones, (Ley Nº 11377), el cual estructura la legislación dispersa a lo largo de un siglo, dándole organicidad y modernidad. El gobierno militar (1968-1980) hizo crecer hasta

el gigantismo el aparato estatal, tanto en la administración como en la actividad empresarial; respecto a esta última, empero, introdujo una variación trascendente al disponer que sus trabajadores estarían regulados por el régimen de la actividad privada[8], con la intención de lograr que las empresas fueran gerenciadas como privadas. A partir de entonces, el Estado tuvo dos grandes sectores de acción –el administrativo y el productivo– y dos grandes grupos de servidores –los regulados por el régimen público y los pertenecientes al régimen de la actividad privada–.

Esta realidad dual fue recogida por la Constitución de 1979, que normaba en dos capítulos diferentes lo relativo a los beneficios y derechos de los trabajadores privados y lo relativo a la función pública, propia de los servidores y funcionarios públicos.La Carta de 1979 dispuso además que una ley regulara el ingreso y los derechos y deberes que corresponden a los servidores, generando con ello la necesidad de una norma específica, la que se concretó en el Decreto Legislativo Nº 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

Aunque la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público no derogó expresamente el Estatuto, se montó sobre él y lo absorbió; ello porque, por ser de Bases, no tenía pretensión totalizadora y dejaba vigentes parcelas menores de aquél, en aspectos burocráticos.

La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, sin desprenderse del derecho administrativo, es una buena muestra de la aproximación hacia la laboralización del servicio público al incorporar reglas similares, casi transplantadas de la legislación laboral común, como se evidencia en el caso de las faltas y sanciones disciplinarias y otros tópicos. Al mismo tiempo, sin embargo, marca y mantiene una rigurosa separación conceptual entre lo estatutario y lo contractual.

Ya en esta década se dictó la Ley de Bases del Empleo Público, Ley Nº 28175, con vocación de universalidad y el objetivo de reconducir en un solo régimen, gobernado por el derecho Administrativo, todos los sistemas incoherentes y heterogéneos que existen en el Estado. Debía ser seguida por otras cinco leyes, que nunca llegaron a ser aprobadas: a) carrera del servidor público; b) funcionarios y empleados de confianza; c) sistema de remuneraciones del empleo público; d) gestión del empleo público, y e) incompatibilidades y responsabilidades.

---

(8) Hasta entonces, la incursión del Estado en la producción había sido muy limitada; se daba principalmente a través de corporaciones o empresas *ad hoc*, cuyos trabajadores tenían *status* de servidores públicos (Empresa Petrolera Fiscal, Corporación Peruana de Vapores, Banco de la Nación y otras).

## 5. EL CONTRATO DE SERVICIOS NO PERSONALES

En algún momento de la década de los noventa hizo su aparición el mal llamado contrato por servicios no personales o SNP como más se le ha conocido. Figura jurídica extraña, anómala, sin definición ni cobertura jurídica; era un simple hecho que adquirió carta de ciudadanía por su sola existencia.

No reconocía derecho alguno al trabajador, y ni siquiera su condición de tal. Era un contrato abusivo, inequitativo, irreal.

Lo pasmoso es que esa modalidad antijurídica de contratación se mantuvo a lo largo de tres gobiernos sucesivos: el de Fujimori, el de transición presidido por Valentín Paniagua, y el de Alejandro Toledo.

Si bien en el año 2001 una Comisión Interministerial presidida por Jaime Zavala hiciera notar las graves anomalías que dicho contrato comportaba, y propusiera precisamente la sustitución por una figura más rigurosa y razonable, nada se hizo en el quinquenio siguiente por erradicarla; diversos ministros de Trabajo se sucedieron, en ese lapso, y ninguno tomó la necesaria iniciativa, pese a existir el proyecto de ley pertinente.

Fue recién en el año 2008 que se aborda el problema, y con la dación del Decreto Legislativo Nº 1057 se introduce la figura del contrato administrativo de servicios (CAS).

## 6. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Esta modalidad contractual es novedosa y original; no tiene antecedentes, por la sencilla razón de que, más que constituir una forma permanente de adscripción de los trabajadores a la función pública, es un paliativo, una fórmula de transición para erradicar el pernicioso SNP.

Pertenece al Derecho administrativo, no al laboral. No podía ser distinto, ya que se trata de una relación de naturaleza pública.

Algunos critican acerbamente tal adscripción, sin percatarse de que es natural, casi obligada, ya que si bien el proceso de «laboralización» ha sido la tónica dominante, no tiene carácter ni imperativo ni irreversible; es reflejo de una tendencia, que tuvo pleno valor en un momento dado, pero que no constituye una imposición legal, ni menos constitucional. Antes bien, la Carta de 1993, como lo hacía también la de 1979, mantiene la separación de regímenes, como antes se ha expuesto.

Otros critican que el CAS no otorgue a los trabajadores sujetos al mismo todos los derechos que la legislación otorga a los trabajadores privados, sin percatarse de algo elemental: el referente, el elemento de comparación, no es el tra-

bajador privado, sino el servidor público, regido por el Decreto Legislativo Nº 276. Si se confrontan los derechos del régimen privado con los de este decreto legislativo, las diferencias saltan a la vista, en materia de gratificaciones, de compensación por tiempo de servicios, de asignación familiar, de seguro de vida, etc.

Resulta incongruente, por eso, que los críticos utilicen para comparar un régimen que nada tiene en común, como es el privado, y omitan hacerlo con aquel que comparte el mismo ámbito, que es del régimen público.

El CAS implica un enorme salto conceptual si se lo mide con su punto de partida, que era el SNP, el cual, desde su propia denominación, pretendía sustentar lo imposible: que la relación que regía no era laboral, que los trabajadores no eran trabajadores, que los servicios prestados por una persona individual no eran personales.

Con tamaña rueda de molino comulgaron tres gobiernos sucesivos.

El CAS, en cambio, sin necesidad de explicitarlos, reconoce sin embargo los derechos fundamentales de todo trabajador: jornada diaria, descanso semanal, descanso anual, remuneración mínima, protección contra el despido, y sobre todo acceso pleno a la seguridad social, porque aunque parezca aberrante los SNP no lo tenían.

Cierto es que, en algunos de estos derechos, la tasa es distinta a la del servidor público común. Como sucede con las vacaciones, lo que también acontece, por ejemplo, con los gerentes públicos regulados por el Decreto Legislativo Nº 1024, o los trabajadores de la micro y pequeña empresa.

Pero es que no hay nada, ni en la Constitución ni en los instrumentos internacionales, señaladamente los convenios de OIT, que impongan que las vacaciones deban ser de treinta días al año. En gran número de países la duración es inferior, y el propio Convenio de la OIT Nº 52, que las regula, señala un mínimo de seis días laborables por año.

El CAS solo puede ser entendido si se lo sitúa en su contexto histórico y se lo analiza teleológicamente. No es un régimen ni pleno ni permanente, sino una etapa de tránsito hacia una unificación de todo el sector público, hoy fragmentada en diversos sistemas jurídicos y remuneratorios.

Para algunos, ese proceso debe llevar a la total igualación con el sector privado; para otros, debe producir un fenómeno de convergencia entre los extremos que hoy existen. Pero ese proceso no es automático y ni siquiera puede intentarse en plazos breves. Debe ser encarada como paulatino y de plazos largos, compatibles con los recursos del Estado, que son escasos.

El CAS es apenas un primer paso en esa dirección.

Segunda ponencia

# ANÁLISIS PRELIMINAR DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS

Edgardo Balbín Torres(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

Estas breves líneas tienen por objeto formular un análisis preliminar del Contrato Administrativo de Servicios (CAS), figura regulada por el Decreto Legislativo Nº 1057 y su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 075-2008-PCM(9). En primer lugar, se reseñaran sus antecedentes con el objeto de precisar el contexto en el que se concibe así como los problemas que pretende resolver. Luego se formulará un análisis del contenido del régimen del CAS relevando los aspectos que, bajo nuestra óptica, denotan problemas de constitucionalidad así como severas disfuncionalidades con relación al objetivo de promover el funcionamiento óptimo de los diversos organismos que conforman la administración pública. Finalmente, se ofrecerán algunos comentarios de cierre.

## 2. LOS ANTECEDENTES Y EL CONTEXTO EN LA EXPEDICIÓN DEL CAS

El régimen del CAS tiene como antecedente inmediato a los denominados contratos por «Servicios No Personales» (SNP), modalidad de contratación no regulada en ninguna norma laboral del empleo público y que solo contó con escasas alusiones en las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. Como se sabe, cerrados los canales de ingreso regular a los empleos

---

(*) Profesor de derecho laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(9) El Decreto Legislativo Nº 1057 fue publicado el 28 de junio de 2008 y su reglamento el día 25 de noviembre de 2008.

públicos por las sucesivas leyes de presupuesto –que aún establecen la prohibición de nombramientos y las contrataciones bajo cualquier régimen laboral–, los contratos SNP conformaron en la mayor parte de las entidades públicas el único mecanismo disponible para la provisión de personal subordinado.

Existe consenso en que el uso de los contratos SNP generó severos problemas, tanto para los trabajadores que los celebraron como para el propio funcionamiento de las entidades públicas. Nos referiremos seguidamente a algunos de ellos.

En primer lugar, aunque la denominación del contrato alude a la irrelevancia del elemento personal en la prestación del servicio (servicios «no personales»), fue utilizado para la contratación de servicios personalísimos bajo régimen de subordinación, lo que los convirtió en relaciones laborales sin protección laboral. En la última década, la magistratura constitucional declaró en múltiples ocasiones que los contratos de SNP encubren auténticas relaciones laborales y, en aplicación del principio de primacía de la realidad, estableció la laboralidad del vínculo, su continuidad y el pago de los beneficios que la legislación establece para los trabajadores. Los contratos de SNP conformaron una formula de encubrimiento de auténticos contratos de trabajo y de precarización laboral utilizada masivamente por la propia administración pública, justamente la organización encargada de asegurar la vigencia de la legalidad.

En segundo lugar, la ausencia de un marco regulador que impusiese parámetros cuantitativos o cualitativos para la contratación de los SNP, alentó su uso indiscriminado. La falta de límites cuantitativos determinó, por ejemplo, que en algunas entidades más del 50% del personal prestase servicios con contratos de SNP. De hecho, el último censo de empleados públicos –que revela información a diciembre del año 2004– daba cuenta que existían poco más de 60,000 contratos de SNP en las diversas entidades estatales (sin contar gobiernos locales ni entidades de tratamiento empresarial), lo que evidenciaba a las claras la magnitud del problema.

Por otro lado, la falta de criterios para la celebración de los contratos de SNP hizo que estos se celebrasen en todo tipo de entidad pública y en los más variados puestos de trabajo. Encontrábamos contratos de SNP en la administración pública central o en la periférica; en organismos que tradicionalmente conforman el núcleo estratégico de las actividades estatales –como la recaudación tributaria o el poder judicial– o en los proyectos para obras públicas. Igualmente, podían tener contrato de SNP los obreros, auxiliares, profesionales o altos funcionarios de las entidades públicas. Naturalmente, la falta de criterios cuantitativos o cualitativos vino acompañada también de diferencias de ingresos con relación a otros trabajadores estatales e incluso entre las propias perso-

na contratadas mediante los SNP. Según el censo de empleados públicos de 2004, los promedios de ingresos de los contratados en virtud de los SNP que desarrollaban labores en altos cargos públicos eran mucho mayores (S/. 8.095) que los de los altos funcionarios bajo régimen laboral público o privado; pero los ingresos promedio de quienes prestaban servicios como auxiliares eran muy inferiores (S/. 662) que quiénes también laboraban como auxiliares bajo régimen laboral público o privado.

En tercer lugar, el régimen de SNP venía sirviendo como un canal para la discrecionalidad –y por qué no, para la arbitrariedad– en la provisión de personal en el sector público. El acceso a un puesto de trabajo como SNP no se encontraba sometido a las reglas del concurso público y la demostración del mérito, reglas cuyo objeto es custodiar la igualdad en el acceso de todos los ciudadanos a los empleos públicos y la profesionalización en el desarrollo de las funciones públicas. Se trataba, además, de un contrato temporal, renovable sin límite alguno y posible de concluir cuando así lo definiese la entidad pública sin alegar una causa objetiva, lo que también ponía en entredicho la imparcialidad del trabajador (que finalmente ve depender su puesto de trabajo de un criterio de fidelidad política) y, con ello, la imparcialidad del propio aparato administrativo.

El panorama configurado por los contratos de SNP fue objeto de propuestas de reforma en las que es posible distinguir dos posturas.

La primera postura se ubica en el año 2001, y fue planteada en el Informe Final de la «Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la administración pública central»[10]. En este documento se propuso la creación de un «Contrato Administrativo de Servicios», figura sui generis de Derecho administrativo, no sujeta a las normas del régimen laboral de la actividad privada ni a las normas del régimen laboral público.

La segunda postura, integrada en las propuestas de reforma integral de las normas de empleo público, consistía en la eventual incorporación de los contratados por SNP al régimen laboral de carrera pública, previa demostración de mérito en un concurso público. Esta alternativa tuvo acogida en la Sexta Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley Nº 28175, Ley Marco del Empleo Público, que señalaba que: «Los contratados y los que prestan servicios por la modalidad de no personales que tengan vínculo vigente, podrán postular a las plazas que se convoquen de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley, otorgándoseles una bonificación en el puntaje proporcional a los servicios

(10) Informe Final de la «Comisión Multisectorial encargada de estudiar la situación del personal de la Administración Pública Central», conformada por Decreto Supremo Nº 004-2001-TR, p. 12.

prestados a la administración pública, en caso de que empataran en la calificación con otro u otros». El proyecto de Ley General del Empleo Público que se tramita en el Congreso de la República (Proyecto Nº 86/2006-CR) y que sustituiría a la Ley Marco del Empleo Público, también contiene una disposición similar. No obstante, su debate –en el venían participando las organizaciones sindicales de trabajadores públicos– permitía distinguir tres alternativas para la incorporación: quienes consideraban que la incorporación de los contratados mediante SNP al régimen de carrera debía ser automática; quienes consideraban que debían concursar con alguna ventaja dado su tiempo de servicios (como lo proponía la ley marco antes mencionada, que establece una bonificación en caso de empate); y quienes consideran que, para garantizar la absoluta igualdad de condiciones en el acceso a los empleos públicos de todos los ciudadanos, los contratados por SNP deben concursar y demostrar mérito sin ninguna ventaja de por medio.

Aun cuando –como se ha señalado– la Ley Marco del Empleo Público pareció optar por la postura de la incorporación previo concurso, la expedición de las normas que rigen el CAS ha significado la definitiva adopción de la primera opción y la conformación de un régimen paralelo y permanente para los SNP, cuyo contenido será analizado a continuación.

## 3. EL CONTENIDO DEL RÉGIMEN CAS

Ya entrando al análisis del régimen normativo del CAS, destacamos a continuación los contenidos del régimen que, bajo nuestra óptica, pueden resultar objetables bajo una perspectiva constitucional.

Resulta claro que el régimen normativo del CAS opta por no reconocer explícitamente que rige una prestación de servicios subordinados y, en cambio, define su objeto de regulación recurriendo a la curiosa denominación de prestaciones «no autónomas», inédita dentro de la elemental distinción entre «prestaciones de servicios autónomos» y «prestaciones de servicios subordinados» que sirve de línea demarcatoria a la aplicación de las normas laborales. No obstante, el elemento subordinación en el régimen del CAS es evidente, tanto por el tipo de relación que en la realidad se rige por sus normas (sirve de cobertura para el desarrollo de empleos públicos subordinados), como por las constantes menciones en la norma que excluyen de su campo de aplicación a las prestaciones de servicios realmente autónomas, como los contratos de consultoría o asesoría.

Establecido esto, no queda más que reconocer que las normas que regulan el CAS conforman un tercer referente de regulación de servicios subordinados

que, a diferencia de los dos regímenes existentes –de indudable carácter laboral–, está adscrito al Derecho administrativo. La norma señala que se trata de «una modalidad especial propia del Derecho administrativo y privativa del Estado», que no se encuentra sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales.

Esta adscripción al régimen de Derecho administrativo puede ser objetable desde un punto de vista constitucional, sobre todo desde que el Tribunal Constitucional ha desprendido del carácter subordinado de una prestación de servicios la necesaria aplicación de la protección que otorgan las normas laborales constitucionales, lo que bien puede reconocerse como una asociación necesaria entre «subordinación» y «laboralidad». Bajo esta lógica, la calificación de un régimen de prestación de servicios subordinados en el empleo público como de «Derecho administrativo» no tendría cabida en nuestro medio, más aún, si a diferencia de lo que sucede con la Constitución española y con otros ordenamientos de acentuada tradición funcionarial, nuestra Constitución no prevé ni permite deducir un «estatuto» de los funcionarios públicos regido por el derecho administrativo[11].

Recordemos, además, que la aplicación de las normas constitucionales laborales a toda prestación de servicios subordinados en la administración pública ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional –supremo intérprete de la Constitución– en la sentencia que resuelve la acción dè inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público (Expediente Nº 008-2005-PI/TC). En dicha sentencia (Fundamento Nº 17), el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente: «17. [...]. es necesario desarrollar el marco constitucional del régimen del trabajo, toda vez que sus normas, con las particularidades y excepciones que ella misma prevé, se aplican tanto al régimen público como al privado de trabajo y nos servirán conjuntamente con el marco constitucional de la función pública, para el análisis de la constitucionalidad de los artículos impugnado». Es decir, el Tribunal Constitucional reafirma en primer lugar la aplicación del régimen constitucional del trabajo (capítulo 2 del Título I) a todas las prestaciones de servicios subordinadas en las entidades públicas, con lo que, por ejemplo, el derecho al trabajo, la libertad sindical (ni siquiera mencionada en

(11) Por citar un ejemplo muy recurrido, la Constitución española distingue el «estatuto de los trabajadores» del «estatuto de los funcionarios públicos», lo que ha servido a la doctrina y la jurisprudencia constitucional para establecer regímenes jurídicos distintos de Derecho laboral y de Derecho administrativo respectivamente, apoyada además en la larga tradición funcionarial española y en la conformación de un estatus especial para los funcionarios públicos. Nuestra Constitución en su

el régimen del CAS) y las normas y principios laborales establecidos en la Constitución son de incuestionable aplicación en este ámbito. En segundo lugar, la aplicación de estos derechos admite únicamente las particularidades y excepciones que la propia Constitución prevé y se complementa, además, con las disposiciones sobre la función pública (Capítulo 4 del título I), como la garantía de la carrera profesional, la publicidad de ingresos, la declaración jurada de bienes y el régimen de responsabilidades. Para el Tribunal Constitucional, estos son los parámetros de análisis y de articulación de todo régimen regulador de las prestaciones de servicios subordinados en las entidades públicas. ¿Cumple el régimen del CAS con estos parámetros?

Resulta igual de objetable que el régimen del CAS genere un nuevo tipo de prestador de servicios subordinados no reconocido ni previsto por el texto constitucional, que refiere solo a «funcionarios» y «trabajadores», esto últimos en régimen de carrera profesional. De esta forma, aunque desempeñara labores análogas a las del funcionario o servidor público en una misma entidad (lo que es muy frecuente), el prestador de servicios bajo régimen del CAS no será ni funcionario ni servidor público y carecerá del derecho a la carrera, no obstante lo cual accederá al desempeño labores permanentes en una entidad pública.

Otras disposiciones que mecen un análisis más detallado son las que establecen el carácter temporal y renovable del CAS, que ha pretendido anudarse a una causa objetiva por vía reglamentaria al agregarse que los contratos no podrán exceder el ejercicio fiscal. Sin embargo, aún con esta pretendida «causalización», el CAS sigue siendo un contrato en el que la discrecionalidad de la entidad define la duración de los contratos: estos pueden tener la duración que la entidad defina dentro del ejercicio fiscal y la no renovación de los mismos tampoco requiere de la verificación objetiva de las «necesidades de la entidad». Con esto, el régimen del CAS evade el margen del principio de causalidad en la contratación temporal, enunciado por el Tribunal Constitucional como contenido necesario del derecho constitucional al trabajo. Ciertamente, la titularidad del derecho al trabajo determina la aplicación del «principio de causalidad» en la contratación temporal y, por lo tanto, la incompatibilidad de toda modalidad contractual temporal para la cobertura de necesidades permanentes. El Tribunal Constitucional ha establecido la plena aplicación del principio de causalidad en el régimen laboral privado (sentencia recaída en el Expediente Nº 1397-2001-AA/TC) y es incuestionable que en el régimen laboral público rige el mismo principio, dada, además, su plena compatibilidad con la garantía de la carrera profesional reconocida constitucionalmente. Además, el régimen del CAS es uno que al igual que lo que sucedía con los contratos de SNP, carece de un criterio delimitador que reduzca su uso solo a ciertas entidades (por ejemplo, solo en-

tidades periféricas) o a determinados puestos de trabajo (por ejemplo, solo cargos directivos) o de límites cuantitativos. De esta forma, el CAS resulta un régimen de contratación temporal posible en cualquier entidad o cargo, con lo que se mantiene abierta la posibilidad de su uso indiscriminado.

En lo que constituye una diferencia notable con el contrato de SNP, el CAS prevé el otorgamiento de ciertos beneficios laborales como la limitación de la jornada, descanso semanal, descanso vacacional reducido a 15 días calendario continuos por año cumplido, afiliación obligatoria al régimen contributivo que administra EsSalud, y la afiliación potestativa a un régimen de pensiones para quienes vienen prestando servicios y obligatoria para las personas contratadas bajo este régimen a partir de su vigencia (artículo 6º). Si bien la mejora en la situación de los trabajadores bajo el CAS es notoria en comparación con el contrato de SNP (cuyos trabajadores no accedían a ningún beneficio laboral), el paquete de derechos funda una nueva diferencia de trato legislativo (menos favorable) con relación al conjunto de beneficios que integran la protección laboral aplicable al común de los trabajadores. Por último, y aunque es de resaltar la voluntad de reconocer derechos a quiénes prestan servicios en el Estado, es claro que la diferencia de trato legislativa que establece el Decreto Legislativo Nº 1057 carece de fundamento objetivo. Como ha venido sucediendo con los contratos de SNP, la posibilidad de que los prestadores de servicios bajo régimen del CAS desempeñen cualquier tipo de labor en una entidad pública pronto hará visibles las diferencias de trato entre trabajadores que, desempeñando idénticas labores, se encuentran sujetos a regímenes diferenciados, conformándose de esta forma una evidente vulneración del principio de igualdad que, como todos sabemos, vincula de un modo especialmente intenso al legislador y al Estado en su conjunto. Ni siquiera los criterios del Tribunal Constitucional fijados en la sentencia sobre el régimen agrario (Expediente Nº 00027-2006-AI/TC), que admiten diferencias de trato mediando la verificación condiciones peculiares determinadas por el tipo de labor o el sector de actividad, podrían justificar diferencias de trato apreciadas dentro de un mismo sector y para las mismas actividades.

## 4. COMENTARIO FINAL

El régimen del CAS se inscribe dentro de una sorpresiva línea de regularización de las personas contratados mediante SNP, diversa de aquella que consideraba su posible incorporación en el régimen de carrera profesional, observando las garantías de acceso en condiciones de igualdad y de mérito. Sin lugar a dudas, el presupuesto público es un condicionante exclusivo de la adminis-

tración pública que podría justificar un régimen transitorio orientado a la incorporación progresiva de los trabajadores sin vínculo laboral reconocido, pero que de ninguna manera alcanza a justificar la perpetuación de un régimen que, como lo propone el CAS, desconoce la laboralidad de los servicios prestados en régimen de subordinación, reduce la efectividad del régimen constitucional del trabajo, consolida diferencias de trato legislativo injustificadas y mantiene márgenes importantes de discrecionalidad en la provisión de servicios subordinados, todo lo cual plantea el riesgo de abonar muy poco a un desempeño imparcial y profesional de los empleos públicos.

# REPLICA

**Mario Pasco Cosmópolis**

En lo fundamental, más allá de naturales diferencias sobre aspectos puntuales, la aparente contradicción entre las posiciones obedece al punto de partida, en el que creemos advertir una premisa incorrecta y, naturalmente, y como consecuencia de ella, algunas conclusiones inexactas.

La premisa es que parece haber una confusión entre el Derecho laboral, en tanto principios y valores, y la legislación laboral del régimen privado: a lo largo de la argumentación, las principales objeciones parten de comparar el CAS con los derechos y beneficios que la legislación contempla para los trabajadores privados, como si los sujetos a aquel lo fueran.

Nuestra posición, sustentada en la doctrina citada en anteriormente, es que dentro de los postulados y principios universales que se aplican a toda relación personal, remunerada y subordinada, coexisten al menos dos formas de Derecho laboral, la que regula las relaciones de tipo privado y la del Derecho administrativo, propia de las relaciones del Estado con sus servidores.

A ambos sistemas se aplican los derechos fundamentales, representados por los que recoge la OIT en su famosa Declaración de 1998, como también los proclamados por nuestra Constitución.

En ese orden de ideas, a todo trabajador, sea que se vincule con una empresa privada o con una entidad pública, le tienen que ser respetados los derechos a una jornada máxima, al descanso semanal, a las vacaciones anuales, etc., como también debe combatirse las peores formas de trabajo infantil, erradicarse el trabajo forzoso y toda discriminación.

Ahora bien, la premisa que en nuestra opinión falsea el resultado es que la pretensión de que la relación laboral de carácter público deba sujetarse a la legislación que regula a la actividad privada; o, dicho de otro modo, que esa relación se la deba sustraer del Derecho administrativo.

Hay aquí un error: que pertenezca al Derecho administrativo no significa que no se le apliquen tales principios. Significa, simplemente, que deben aplicarse además otras reglas, distintas de las vigentes para la relación privada.

Que no existe identidad entre una y otra aparece con nitidez de nuestra Constitución. Para demostrarlo del modo más sencillo basta transcribir los artículos 28º, en el Capítulo II del Título I: «De los derechos sociales y económicos», y 42º, en el Capítulo IV: «De la Función Pública», que literalmente señalan lo siguiente:

> «Articulo 28º.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:
>
> 1. Garantiza la libertad sindical.
> 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.
>
>    La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.
>
> 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones».

> «Articulo 42º.- Se reconocen los derechos de sindicación y huelga *de los servidores públicos*, No están comprendidos los funcionarios del Estado con poder de decisión y los que desempeñan cargos de confianza o de dirección, así como los miembros de las Fuerzas Armadas y Policiales» (las cursivas son nuestras).

Fácil es apreciar que en los dos se reconocen el derecho a la libre sindicación y a la huelga, denominándolos en el segundo caso con una diferente terminología: servidores públicos, y no trabajadores como se utiliza para referirse a los privados. A quienes pretenden sostener que el Derecho administrativo no tiene cabida y que a los servidores públicos deben aplicárseles, sin más, los derechos reconocidos a los trabajadores privados se les hace difícil, por no decir imposible, explicar por qué existe esta duplicación, esto es, para qué, si ya los derechos colectivos están reconocidos con carácter ecuménico en el artículo 28º, el artículo 42º los repite para los servidores públicos.

La Constitución no puede ser redundante, ni contener artículos superfluos. Por lo tanto, la explicación cae por su propio peso: si no se hubieran establecido para estos con carácter expreso, resultaría inviable invocar en su favor las reglas del trabajador privado.

Igual sucede con los convenios de OIT. Son emblemáticos los Convenios Nºs 87 y 98, sobre libertad sindical y negociación colectiva. Sin embargo, existe también el Convenio Nº 151, que los reconoce para los servidores públicos. ¿Por qué? ¿Para qué? También aquí la respuesta es obvia: los primeros no son necesariamente aplicables a los servidores públicos.

Es necesario advertir que, si bien en nuestro país es perceptible un proceso de «laboralización», que ya fue objeto de comentario en nuestra ponencia anterior, ello no acontece en otros países, donde la separación se mantiene en términos radicales. Así sucede, por ejemplo, en Argentina, España y Uruguay, solo por citar tres países de donde han venido recientemente destacados maestros: Adrián Goldin, Fernando Valdez Dal Re y Oscar Ermida Uriarte, quienes confirmaron que eso es así.

Que se haya iniciado un proceso de laboralización en nuestro país no significa que el rol del Derecho administrativo haya sido abolido, y todas las relaciones del Estado deban estar gobernadas por la legislación laboral peruana, mucho menos si dicho proceso está lejos de concluir.

Hay, finalmente, un dispositivo concluyente y abrumador: la tercera disposición final y transitoria de la Constitución que dice:

> «En tanto subsistan regímenes diferenciados de trabajo entre la actividad privada y la pública, en ningún caso y por ningún concepto pueden acumularse servicios prestados bajo ambos regímenes. Es nulo todo acto o resolución en contrario».

La premisa de que al CAS deba aplicarse la legislación laboral de la actividad privada puede ser un *desideratum* para algunos, pero está muy lejos de la realidad.

Nada de lo dicho puede llevar a pensar, sin embargo, que pretendamos que las relaciones recogidas por el CAS no sean laborales. ¡Claro que lo son! Pero regidas por el Derecho administrativo, no por la legislación laboral, como sucede también, sin escándalo para nadie, con los diplomáticos, los magistrados judiciales y fiscales, los maestros, los médicos y enfermeras, y con toda la inmensa población de servidores públicos comprendidos en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el Decreto Legislativo Nº 276.

La norma no niega el carácter laboral de la relación; simplemente no la explicita. ¿Era indispensable que no hiciera? En nuestra opinión, no. Basta con el reconocimiento de los derechos fundamentales: jornada máxima, descanso semanal, descanso remunerado anual, protección básica con la terminación del contrato antes del vencimiento de su plazo, materializada en una indemnización tasada.

Se critica que la norma sobre el CAS no haga mención a la libertad sindical. ¿Era necesario? ¿Acaso el Perú no ha ratificado el Convenio Nº 151? Por cierto que lo ha ratificado y, cosa *sui generis*, lo hizo a nivel constitucional, con la Carta de 1979. Quiere decir, entonces, que dicho convenio forma parte de la legislación interna, lo que hace innecesario volver a legislar sobre lo mismo.

Es que, como alguna vez dijo Ermida, en el Perú adolecemos de fetichismo legal: lo que no aparece legislado explícitamente pareciera no formar parte del mundo. Por eso estamos tan plagados de leyes, porque queremos que todo esté normado. Y si está normado varias veces, mejor. Aunque al final esas leyes ni siquiera se cumplan.

En síntesis: sin perjuicio de que el CAS esté regulado como parte del Derecho administrativo, que es su ámbito natural, su naturaleza laboral está fuera de discusión, como lo está la aplicación al mismo de todos los derechos fundamentales.

Que en vez de asumirlos directamente como subordinados, la norma utilice un sistema oblicuo y los denomine no autónomos no cambia nada. El antónimo de dependiente no es autónomo, sino independiente, como el de autónomo no es subordinado, sino heterónomo. ¿Seria mejor o se vería mejor que en lo sucesivo habláramos de trabajadores autónomos y heterónomos? ¿O de subordinados e «insubordinados»? Sinceramente, por esa vía terminaríamos discutiendo sobre el sexo de los ángeles, como en la antigua Bizancio.

* * *

# REPLICA

**Edgardo Balbín Torres**

Nos cabe formular precisiones adicionales únicamente con relación a dos temas: el inexistente sustento estatutario del régimen del CAS en nuestro ordenamiento y la gravedad de sus inconsistencias internas.

En primer lugar, encontrar que lo poco que se ha escrito sobre empleo público en el Perú no nos debería llevar a trasplantar, sin una detenida reflexión previa, razonamientos elaborados con relación a referentes normativos e históricos distintos a los nuestros. Como ya se ha señalado, ni las Constituciones peruanas de 1979 y 1993 definen dos estatutos diferenciados, ni desde sus orígenes la evolución de nuestras relaciones de empleo público forjó para los funcionarios y trabajadores un estatus especial o una dinámica propia y distinta de la relación de trabajo de los asalariados privados. Por el contrario, la cercanía sociológica entre ambos colectivos aceleró el proceso de asalarización del trabajador estatal, a lo que nuestra normativa ha respondido con la configuración de la relación de empleo público como una «relación laboral especial», sobre cuya indiscutible naturaleza laboral deben configurarse unas reglas específicas que atiendan a las evidentes particularidades que derivan del hecho de tener al Estado por empleador. Muchos son los elementos que dan cuenta de este temprano proceso de asalarización del trabajador público, pero solo recordaremos aquí dos de especial significación: el reconocimiento de los derechos colectivos de los trabajadores estatales, lo que supone la reafirmación del «trabajador» público (así lo denomina además la Constitución de 1993) como contratante individual y colectivo con intereses contradictorios y conflictuales respecto del Estado-empleador; y, la asociación «subordinación / protección laboral», que en la lectura de nuestro texto constitucional, conduce al Tribunal Constitucional a reafirmar la plena aplicación de todo la gama de derechos laborales constitucionales a los trabajadores estatales. De esta forma, la naturaleza laboral de toda prestación de servicios subordinados al Estado no constitu-

ye en la actualidad una «opción legislativa», sino un auténtico mandato constitucional, que el CAS pretende evadir.

En segundo lugar, no dejamos de reconocer en el régimen del CAS un intento de afrontar la inadmisible situación de los SNP, pero pienso que el intento puede resultar –además de reñido con nuestro modelo constitucional– muy disfuncional a los objetivos de forjar una administración pública eficiente y profesionalizada, basada en el mérito y la igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos. Para empezar, su carácter de «régimen permanente de contratación temporal y sin límite alguno» es incuestionable. De ninguno de los extremos de la norma se desprende carácter transitorio alguno, salvo que hagamos residir tal carácter en las buenas intenciones de reforma –poco probables– de un Estado empleador que se beneficia de un régimen que amplía sus facultades de disposición de la mano de obra. Por otro lado, el CAS reserva al Estado-empleador unos márgenes de discrecionalidad estratégicos y exorbitantes que serían la envidia de cualquier empleador: contratos temporales de por vida, sujetos a renovación discrecional dentro y fuera del ejercicio fiscal. Vale decir, trabajadores en los empleos públicos permanentes más variados –algunos de ellos estratégicos, para el buen funcionamiento del Estado– con vínculos precarios y, por ello mismo, a merced de la racionalidad política de la autoridad de turno y no de las necesidades auténticas de las entidades públicas. Finalmente, se trata de un régimen normativo que pretende satisfacer las exigencias de concurso público y mérito con la implementación de un procedimiento de selección que apenas impone la publicación en la web de las convocatorias y una evaluación curricular. Hablamos, pues, de una normativa que perpetúa la discrecionalidad y condolida la contratación clientelar y que, por ende, poco puede aportar a las aspiraciones de profesionalización e imparcialidad de los trabajadores y del servicio público.

Sin duda, si bien debe reconocerse que el régimen del CAS consagra algunos beneficios no reconocidos para los trabajadores que prestaban servicios en virtud del contrato de SNP, cabe preguntarse si dicho paquete de beneficios se inspira en el objetivo de garantizar finalmente un acceso progresivo al estándar de protección laboral de los otros trabajadores estatales, lo que como hemos señalado antes resultaría justificable atendiendo a las evidentes limitaciones de nuestro presupuesto público. Parece, más bien, que el carácter de «régimen permanente» del CAS descarta la posibilidad del acceso progresivo a cualquier estándar de protección laboral (que, por cierto es más ventajoso que el CAS en cualquier de los dos regímenes laborales aplicables a los trabajadores estatales) y configura un sistema de costos salariales reducidos para el Estado, escudado en el argumento del cumplimiento de los derechos fundamentales entendi-

dos erróneamente como parámetros de suficiencia y no cómo parámetros de base a partir de los cuáles debe producirse una continua mejora de la protección laboral. Se trata, pues, de la racionalidad de la rebaja del costo laboral como medida de formalización o de impulso de la competitividad, tan frecuente (lamentablemente) entre nosotros en el ámbito de la empresa privada, ahora en cabeza del Estado-empleador.

Sección Doctrina

# DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

# EFECTOS LABORALES DE LA SUBCONTRATACIÓN DE ACTIVIDADES PRODUCTIVAS(*)

Wilfredo Sanguineti Raymond(**)

## 1. PREMISA

Que el III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo, dedicado monográficamente a una cuestión de patente actualidad como es la relativa a los «alcances y eficacia del Derecho del trabajo», nos proponga como primer tema para la reflexión el relativo a las «implicaciones de la subcontratación en las relaciones laborales», es expresivo, tanto por la importancia cada vez mayor que está adquiriendo este fenómeno entre nosotros, como por la convicción de sus organizadores en torno a la conveniencia de evaluar sus repercusiones laborales, con el fin de estar en condiciones de aportar respuestas a los desafíos que, sin lugar a dudas, impone a nuestro sistema jurídico.

Este interés coincide, por lo demás, con el desarrollo de una intensa actividad por parte del legislador, que en el lapso de poco más de un año ha aprobado de manera sucesiva hasta cinco normas de distinto rango y contenido, todas ellas relacionadas, de manera directa o indirecta, con la subcontratación –o «tercerización»– de actividades productivas.

---

(*) El presente texto reproduce la ponencia voluntaria presentada por el autor al III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Chiclayo del 29 al 31 de octubre de 2008 (Tema I: «Implicancias de la subcontratación en las relaciones laborales»). Su publicación en el presente número de *Laborem* se debe a que, por circunstancias ajenas al autor y a los organizadores, imputables con seguridad a ese misterioso «duende» que suele rondar las redacciones de este tipo de publicaciones, este trabajo no pudo ser incluido dentro del libro oficial de ponencias del citado congreso.

(**) Profesor Titular y Catedrático Habilitado del Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social de la Universidad de Salamanca

En este contexto, es obvio que resulta de la mayor importancia llevar a cabo una evaluación de los alcances de tan extenso como inusual paquete normativo. Esta evaluación no puede hacerse, sin embargo, exclusivamente desde el punto de vista técnico-jurídico. Es decir, examinando las normas introducidas con un criterio puramente lógico-formal, dirigido a desentrañar su sentido y examinar su coherencia. Ello, antes que por cualquier otra razón, porque la subcontratación es un fenómeno organizativo de carácter mercantil, que afecta a la manera como las empresas se organizan para llevar a cabo sus actividades productivas. Sus repercusiones sobre la aplicación de las normas laborales no son, por ello, como habrá ocasión de explicar con detalle más adelante, inmediatas y directas, sino en todo caso oblicuas e inducidas. No evidentes, por tanto.

Lo anterior supone que, para estar en condiciones de examinar la bondad o no de la intervención del legislador, es preciso partir de un diagnóstico sobre las consecuencias que el recurso a este tipo de técnicas de gestión está en condiciones de desplegar sobre la aplicación de las normas laborales y los convenios colectivos, ya que solamente entonces se podrá determinar si la regulación introducida se compadece o no con las necesidades reales surgidas a partir de la emergencia de este fenómeno. De allí el gran acierto de los organizadores de este congreso de dedicar este primer tema, antes que directamente al estudio de la regulación «laboral» de la subcontratación, a sus repercusiones sobre nuestro sistema de relaciones laborales.

En consonancia con este enfoque, plenamente compartido por el autor, las páginas que siguen, que me permito presentar como ponencia voluntaria a nuestro congreso nacional, están dedicadas al diagnóstico de la repercusiones laborales de la subcontratación de actividades productivas. Su propósito es ofrecer una visión de conjunto de ellas que ponga de manifiesto una constatación que, aunque circula con fluidez en círculos empresariales y sindicales, no ha terminado de calar dentro de nuestra doctrina: que los problemas que plantea esta técnica al sistema laboral no son solamente de responsabilidad –es decir, de garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales– sino que se vinculan principalmente con su potencial utilización como un mecanismo de degradación de la calidad del empleo y minoración de las condiciones de trabajo. Finalmente, aunque no es este su propósito central, el texto concluirá con una sucinta apreciación de los alcances de las últimas normas introducidas desde esta perspectiva.

## 2. EL NUEVO PAPEL DE LA SUBCONTRATACIÓN DENTRO DEL MODELO PRODUCTIVO EMERGENTE

En poco menos de dos décadas, la subcontratación de las actividades empresariales ha pasado de ser un componente ocasional y poco trascendente de los

procesos de producción, destinado a satisfacer necesidades esporádicas de labores especializadas de escasa trascendencia o a cubrir parcelas muy limitadas de la actividad productiva, a convertirse en un componente estructural de los mismos.

En la base de este espectacular crecimiento de la importancia de la subcontratación se encuentran, como a estas alturas es de sobra conocido, los cambios experimentados en las últimas décadas en el entorno económico en el que deben desarrollar su actividad las empresas. Estos cambios, y en especial la necesidad de adaptar las estrategias de gestión empresarial a un contexto más inestable y competitivo que en el pasado, han conducido a la adopción de un nueva forma de organización basada en la segmentación de los procesos de producción y la colaboración entre organizaciones empresariales en principio independientes unas de las otras. Frente al tradicional predominio del modelo centralizado de empresa, basado en el control directo del entero ciclo de producción y su actuación autónoma respecto a las demás, se han abierto camino en los últimos años, como una forma de dar respuesta a los retos impuestos por la nueva situación, modalidades de gestión de los procesos de producción desconocidas en el pasado, caracterizadas por una mayor especialización de las unidades productivas y el establecimiento de vínculos de cooperación más o menos estrechos entre sí, en un intento de obtener ventajas competitivas de la concentración de la actividad de las empresas en la realización de sus competencias centrales y la transferencia hacia el exterior de todas las demás. La empresa fordista, característica del modelo de producción en serie, va siendo así progresivamente sustituida por la actuación de conglomerados de empresas integradas unas con otras de muy diversas maneras, dando lugar a un nuevo paradigma organizativo: la *empresa red*[1].

Como salta a la vista, el funcionamiento de este nuevo modelo organizativo se basa en la interacción de dos elementos complementarios: la especialización de las distintas unidades productivas y la coordinación de sus aportaciones parciales para la consecución de los objetivos globales del proyecto empresarial. El relieve asumido en los últimos años por la subcontratación se debe a que constituye, precisamente, la forma principal, si bien no única, de hacer efectiva esa coordinación entre organizaciones productivas en principio independientes, sin la cual el funcionamiento integrado de las diversas actividades implicadas no sería posible. Ha de tenerse en cuenta que, si bien la empresa red es capaz de asumir formas distintas dependiendo de las peculiares características de los

---

(1) De acuerdo con la terminología empleada por RECIO, Albert, «Empresa red y relaciones laborales», en DUBOIS, Alfonso, MILLÁN, José Luis y ROCA, Jusmet (coords.), *Capitalismo, desigualdades y degradación ambiental*, Icaria, Barcelona, 2001, pp. 213 y ss.

sectores y actividades a los que se aplique, sus principales manifestaciones se sirven de la subcontratación para conseguir la conjunción de los diferentes proyectos empresariales implicados. Este es el caso del denominado *modelo de empresa flexible*, propio de los grandes sectores industriales, que se caracteriza por incorporar al proceso productivo, al lado de la aportación central de un núcleo duro de trabajadores estables cada vez más reducido, las aportaciones parciales de numerosas empresas contratistas especializadas, con las que se establece un estrecho sistema de cooperación para garantizar el adecuado funcionamiento de las cadenas de producción. Y también del *modelo de empresa contratista*, típico de la construcción y otros sectores dedicados a la ejecución de obras o no sujetos a un ciclo productivo continuo, para el cual la subcontratación constituye una herramienta fundamental, al extremo de llegar a copar en algunos casos la integridad del desarrollo de las actividades productivas, pasando a ocuparse la empresa comitente casi de manera exclusiva del planeamiento y la coordinación general de las mismas. Más alejados de este paradigma se encuentran, en cambio, los distintos *modelos de red empresarial*, en los que la coordinación entre las entidades implicadas se lleva a cabo a través de mecanismos diferentes de la subcontratación, como la franquicia, o a partir de la esfera comercial, como ocurre por ejemplo en el caso de las grandes cadenas comerciales[2]. Estos últimos asumen, sin embargo, un papel menos relevante que los dos modelos anteriores, que operan en la práctica como las formas de expresión por excelencia del nuevo modelo de organización reticular de las actividades productivas.

Es importante advertir, en cualquier caso, que la subcontratación que se sitúa en la base del modelo productivo emergente se distingue claramente, tanto por su papel como por su configuración interna, de la contratación mercantil tradicional. De lo que se trata ahora no es ya, como ocurría en el pasado, de adquirir de forma ocasional bienes o servicios producidos de forma inde-

(2) Para hacer esta descripción se ha seguido la enumeración, no necesariamente exhaustiva, de distintas formas de estructuración de la empresa red propuesta por RECIO, Albert, «Empresa red y relaciones laborales», cit., pp. 220-224. Como apunta este autor, el denominado modelo de empresa red no es en realidad «un modelo común de empresa, en la medida en que cada sector y actividad tiene unas características propias –tecnológicas, de ciclo productivo, etc.– que condicionan su desarrollo (ibídem, p. 220). Se trata más bien de un conjunto de modelos organizativos que tienen en común unos elementos característicos» entre los cuales destaca el hecho de que la empresa deje de ser concebida «como un conjunto de actividades integradas» y pase a constituirse en «un complejo entramado de unidades empresariales que tienen un conjunto de nexos de conexión entre sí, una red de relaciones bien definida en las que la gran empresa actúa como elemento central de la red, como la instancia que le da sentido». Estas características básicas se encuentran presentes en los cuatro modelos de empresa red a los que se ha hecho alusión en el texto, por más que la técnica de conexión utilizada no sea, como se ha podido comprobar, siempre la misma.

pendiente por terceros para el mercado, sino más bien de comprometer su colaboración estable para el desarrollo de un proyecto empresarial propio. En función de ello, la prestación del contratista no se lleva a cabo aquí de manera singular o aislada, sino como un componente más de la actividad de la empresa comitente, a la cual se encuentra estratégicamente vinculada mediante la estipulación de un programa negocial, el cual debe ser cumplido en sus propios términos si se quiere conseguir el funcionamiento integrado del ciclo productivo[3]. La subcontratación opera en estos casos, así pues, como un medio para conseguir mantener, pese a la transferencia hacia el exterior de tareas o funciones concretas, el control global del proceso de producción[4]. El instrumento para ello está constituido por el establecimiento, a través del aludido programa negocial, de unas pautas precisas a las que deben ceñir su actuación las empresas contratistas. Se obtienen con ello resultados muy similares a los derivados de la organización y dirección del trabajo ajeno, pero sin dar lugar a un vínculo de subordinación jurídica.

De allí que más que de subcontratación a secas, se prefiera hablar en estos casos de *descentralización productiva* u *outsourcing*, con el fin de destacar cómo ella actúa como una herramienta el servicio de una estrategia global de gestión de los procesos productivos caracterizada por el recurso por parte de la empresa que asume el control de estos a empresas especializadas o colaboradores externos para la realización de algunas –y eventualmente todas o la mayor parte– las fases o actividades que forman parte de los mismos, en lugar de llevarlas a cabo de forma directa, mediante la contratación de personal sujeto a una relación de dependencia. La descentralización productiva constituye, de tal forma, 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 empresas especializadas y proveedores externos, normalmente en régimen de subcontratación, para su atención; y c) la coordinación global de las actividad de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación[5]. Esta estrategia se sitúa en la base de los dos principales

---

(3) Como apuntara hace ya bastante tiempo MARTÍN VALVERDE, Martín. «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en VV. AA., *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo*, MTSS, Madrid, 1990, p. 225.

(4) Conforme observa RASO DELGUE, Juan, «*Outsourcing*», en VV. AA., *Cuarenta y dos estudios sobre descentralización empresarial y Derecho del trabajo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 38.

(5) Para una aproximación general a la descentralización productiva como fenómeno organizativo y estrategia empresarial, vide SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, «Descentralización productiva», en www.iustel.com.

modelos de empresa red a los que se ha hecho referencia antes: el de empresa flexible y el de empresa contratista, en la medida en que ambos se sirven de la subcontratación como forma privilegiada de vinculación de las aportaciones parciales de las diferentes organizaciones que forman parte de la red empresarial a la dirección y objetivos globales de aquella que se sitúa al frente de la misma. De allí que su importancia –y, con ella, la de la técnica contractual de la que normalmente se sirven– corra paralela al peso cada vez mayor que vienen adquiriendo esta clase de organizaciones en la actualidad.

Todo lo anterior nos permite apreciar hasta qué punto la subcontratación de actividades productivas ha pasado en pocos años, de situarse en la periferia de los procesos de producción, a integrarse en el núcleo de las estrategias empresariales de estructuración de los mismos. Ello nos induce a interrogarnos por las repercusiones laborales de tan espectacular transformación.

## 3. LAS PROFUNDAS REPERCUSIONES LABORALES DE UN FENÓMENO ORGANIZATIVO EN PRINCIPIO PURAMENTE MERCANTIL: LA PRECARIEDAD LABORAL Y SALARIAL COMO POSIBLES SECUELAS DE LA OPERACIÓN DESCENTRALIZADORA

En principio, el propósito declarado de la puesta en marcha de las estrategias de externalización de las actividades productivas es incrementar la capacidad adaptativa de la empresa, haciéndola más ligera, ágil, eficiente, flexible y competitiva, al reducir sus dimensiones y concentrar su actividad en el desarrollo en lo que constituyen sus competencias básicas o nucleares[6]. Paralelamente, a través de ellas se buscaría también aprovechar la mayor capacidad de respuesta de las pequeñas y medianas empresas al cambio económico y tecnológico, sirviéndose de su actividad como eficaz complemento de la que se ha decidido ejecutar deforma directa. La consecución de objetivos en el plano laboral se sitúa, desde esta perspectiva, fuera del ámbito de la fundamentación nuclear de la conveniencia del recurso a la descentralización productiva.

---

(6) Como apunta Casani Fernández de Navarrete, «la principal fundamentación de las ventajas del *outsourcing* estratégico se basa en la importancia de concentrar los esfuerzos de la empresa en el mantenimiento y desarrollo de sus competencias nucleares [...]. De esta forma se libera a la estructura de la empresa del resto de las actividades que son realizadas por especialistas externos y se mantiene una organización muy ágil y ligera, centrada en las actividades que sustentan su núcleo de competencias» (CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, Fernando, «La descentralización productiva y la realidad económica», en GIL SUÁREZ, Luis, *Descentralización productiva*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 199).

Esta apreciación guarda coherencia, al menos desde el punto de vista formal, con la configuración técnica de este instrumento. En efecto, al basarse en la subcontratación de las actividades productivas, que pasan a ser realizadas por colaboradores externos o empresarios independientes contando con sus propios medios y personal, el *outsourcing* se configura como una técnica de gestión de los procesos productivos de naturaleza y alcances puramente mercantiles, sin incidencia directa sobre la aplicación de las normas laborales. Este se sitúa, como se ha observado, en estadio previo a dicha aplicación, como es el de la estructuración de las actividades empresariales[7], y no es capaz, por lo tanto, de ejercer influencia sobre ella.

A pesar de ello, son abrumadoras las evidencias que ponen de manifiesto cómo el encargo a terceros de parcelas la actividad productiva es percibido, en la práctica, esencialmente como un instrumento dirigido a conseguir una flexibilización notable de las formas de uso de la fuerza de trabajo y un ahorro significativo de los costes salariales a ellas asociados, soslayando los limites impuestos a estas operaciones por la legislación laboral vigente y los convenios colectivos de aplicación a la empresa[8].

¿Cómo es posible que el mero encargo a un tercero de una actividad productiva en principio semejante a la que debería realizar por sí mismo el empresario principal sea capaz de producir efectos tan corrosivos sobre la aplicación de las normas laborales?

La explicación se encuentra, aunque a primera vista pueda parecer paradójico, en la propia técnica empleada para hacer efectivo dicho encargo. Es decir, en el recurso a las tantas veces mencionada subcontratación de actividades productivas. A continuación habrá ocasión de comprobarlo pasando revista a las consecuencias que la aplicación de este instrumento es capaz de generar sobre las relaciones laborales a las que afecta.

### 3.1. La sustitución del contrato de trabajo por formas externas de vinculación a los procesos productivos como premisa

El efecto más notorio de dicha opción es, como resulta fácil de aventurar, una masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de for-

---

(7) Así, CRUZ VILLALÓN, Jesús, «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», en *Revista de Trabajo*, Nº 13, Madrid, 1994, p. 22.

(8) En este sentido, nuevamente CASANI FERNÁNDEZ DE NAVARRETE, «La descentralización productiva y la realidad económica», cit., p. 200.

ma directa y regular por formas externas de relación con terceros para la realización de la misma actividad productiva.

En principio, la vinculación de la aportación de terceros al proceso productivo puede tener lugar de dos maneras distintas: bien mediante la contratación de colaboradores externos, los cuales desarrollan sus tareas de forma personal y directa contando con medios materiales propios, o bien a través del establecimiento de relaciones de colaboración con empresas auxiliares, que ejecutan la parcela de actividad que les ha sido encomendada con su propio personal. En el primer caso, la transferencia al exterior de la actividad se traduce en el reemplazo de la prestación de trabajo dependiente de los trabajadores de la empresa principal por formas de trabajo autónomo coordinado de acuerdo con las necesidades de la misma. En cambio, cuando se opta por el recurso a sociedades contratistas, la descentralización introduce una división del trabajo entre empresas en principio distintas[9], en tanto que cada una cuenta con su propia organización de medios y su propio personal, pero dentro de la cual aquella que es titular del proceso global de producción asume por lo general una posición de dominio de hecho o de derecho sobre las auxiliares con el fin de asegurarse la consecución de sus objetivos estratégicos. En los dos supuestos el efecto perseguido es, sin embargo, en última instancia el mismo: la sustitución del poder de dirección por otras formas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se elude la configuración de un vinculo laboral con quienes atienden la actividad productiva, pero sin renunciar al control global de los procesos de producción, que se intenta mantener por otras vías.

Esta extensión del espacio de la contratación extralaboral conlleva, por lo demás, a una ampliación de la zona fronteriza entre el trabajo subordinado, sujeto al Derecho del trabajo, y el trabajo autónomo, excluido de él; así como entre los supuestos de externalización legítima, admitida de forma implícita por la mayor parte de ordenamientos, y los de mera interposición en la posición del empleador, prohibidos de manera prácticamente unánime[10]. Es así como, frente a la tradicional dicotomía trabajo subordinado-trabajo autónomo, hace su aparición una franja o categoría intermedia de sujetos, formalmente autónomos pero materialmente dependientes de la empresa comitente, cuyo

---

(9) RIVERO LAMAS, Juan, «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», en *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, Madrid, AEDTSS-MTAS, Madrid, 2000, p. 80,

(10) Vide, respectivamente, CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», cit., p. 18; y NAVARRO NIETO, Federico, «Descentralización productiva y relaciones laborales», en *Documentación laboral*, Nº 71, Madrid, 2004, pp. 46-48.

encuadramiento en función de los criterios tradicionales resulta las más de las veces sumamente complejo, cuando no insatisfactorio en cuanto a sus resultados[11]. De igual forma, la clásica alternativa empresario real-empresario ficticio se ve también puesta a prueba por la emergencia de un nuevo tipo de empresa «dependiente», funcionalmente subordinada a los designios de aquella que controla el proceso global de producción y dependiente además de ella desde el punto de vista económico, cuyo encaje en una u otra opción plantea dudas más que razonables.

A esta mayor dificultad calificatoria se añade, finalmente, la evidente posibilidad de utilización de estas nuevas modalidades de inserción en la actividad ajena como meras formas de encubrimiento de la existencia de relaciones de trabajo en régimen de dependencia en provecho de la empresa principal. Una posibilidad que se incrementa de forma notable como consecuencia de la evolución de las técnicas contractuales y la tendencia a asegurar a través de ellas resultados en última instancia semejantes a los que hasta el momento se habían venido garantizando mediante el poder de dirección. Las figuras del falso trabajador autónomo, así como de la empresa «pantalla» o interpuesta entre los trabajadores y aquella que organiza y dirige realmente su actividad, adquieren a partir de estos fenómenos mayores posibilidades de plasmación que en el pasado.

La utilización masiva de la subcontratación entraña, así pues, un primer riesgo para la aplicación de las normas laborales: el de su progresiva pérdida de virtualidad, como consecuencia de la creciente sustitución del contrato de trabajo por otras formas de vinculación del esfuerzo ajeno a los procesos productivos, todas ellas caracterizadas por combinar la independencia, al menos formal, en cuanto a la realización material de la actividad, con unos niveles más o menos intensos de sometimiento a los objetivos estratégicos de las empresas a las que se atiende.

### 3.2. Una forma sencilla de transformar puestos permanentes en temporales, eludir el marco normativo que les es aplicable y restar efectividad a los mecanismos de acción colectiva de los trabajadores

Pero la descentralización productiva no es solamente un mecanismo capaz de hacer posible la expulsión del ámbito de la laboralidad de determinadas relaciones. Más relevantes aún, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, son las consecuencias que se encuentran en condiciones de desplegar

(11) Sobre el particular, vide SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, «La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?», en *Temas laborales*, Nº 40, Madrid, 1996, pp. 59-68.

sobre aquellas las relaciones de trabajo que, permaneciendo dentro del espacio de aplicación de las normas laborales, se ven afectadas por ella. En estos casos, como apuntan con insistencia quienes en los últimos años vienen prestando atención a estos procesos, la externalización contribuye a reducir la seguridad, la estabilidad y las garantías que dichas normas han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia[12]. El trabajo pierde, así, aquellas garantías básicas que contribuyen a transformar su calidad, tornándose «precario e inseguro»[13].

El mecanismo a través del cual se consigue esta reducción de garantías es bastante simple. Consiste en la elusión, mediante el recurso a empresas auxiliares o colaboradores externos, del presupuesto sobre el que se sustenta su aplicación: la existencia de una relación directa entre la empresa titular de la actividad productiva y los trabajadores que se encargan de atenderla. Este hecho, en principio formalmente intrascendente, como se dijo, abre la posibilidad de una intensa precarización de las relaciones de trabajo de dichos trabajadores, así como de una minoración significativa de sus condiciones de trabajo. Unos efectos, ambos, imposibles de conseguir de mantenerse las tareas expulsadas en el ámbito de la empresa principal. Esto es así en la medida en que, al evitarse la configuración de dicha relación, la duración de las relaciones de trabajo, lo mismo que las retribuciones y demás beneficios del personal que lleva a cabo las labores exteriorizadas, dejan de estar vinculadas a las condiciones de desarrollo de la actividad por parte de la empresa principal, en cuyo ciclo productivo se encuentran en última instancia integrados, para pasar a depender de las del contratista. Se posibilita con ello esa transferencia de riesgos al exterior y conversión de los costes fijos de la empresa principal en variables que normalmente se encuentran en la base del recurso a estas técnicas.

Dicha operación tiene consecuencias, antes que nada, sobre la aplicación del principio de estabilidad en el empleo. Para tomar cuenta de ello basta con reparar en que, como consecuencia de ella, la vigencia de las relaciones de trabajo del personal al servicio de la empresa contratistas deja de estar sujeta exclusivamente a las vicisitudes del desenvolvimiento de la actividad productiva de la empresa principal, a la que finalmente sirven, como ocurre de ordinario, para vincularse también a las de la relación entre su empleador y la misma. El fin de la contrata se convierte, de este modo, en un motivo susceptible de ser

---

(12) En este sentido, expresamente RIVERO LAMAS, «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», cit., p. 33.

(13) RASO DELGUE, «*Outsourcing*», cit., p. 43.

alegado para la extinción de estos contratos, así la actividad que realizan sigan siendo necesaria para la empresa principal. En tanto que la presunta imposibilidad de garantizar el empleo más allá del plazo del encargo deviene en causa capaz de ser utilizada como fundamento para la celebración de contratos de trabajo de duración determinada por tal periodo, incluso cuando a través de ellos se satisfagan necesidades ordinarias y permanentes de la empresa principal, que ella debería cubrir, de asumir directamente su realización, por medio de contratos por tiempo indefinido.

Lo anterior supone que mediante la externalización, no sujeto a ninguna exigencia causal, es posible fundamentar la conversión de puestos permanentes en temporales. Y también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven. Todo ello, naturalmente, a falta de una intervención normativa o jurisprudencial que, trascendiendo los aspectos formales de la contratación, atienda al elemento sustancial de la persistencia de la necesidad de fuerza de trabajo que se atiende a pesar de los avatares de las relaciones entre la empresa comitente y contratista. De allí que se suela identificar a la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la descentralización productiva y se ponga el acento en la precariedad como uno de los rasgos más característicos de la condición de los trabajadores que laboran para estas empresas.

A este efecto precarizador se añaden las consecuencias degradatorias que la operación externalizadora está en condiciones de desplegar sobre los salarios y las demás condiciones de trabajo de los trabajadores de las empresas contratistas. Ha de tenerse en cuenta que, al no poseer vínculo alguno con la empresa principal, dichas condiciones no han de adecuarse ya a los módulos uniformes aplicables al personal interno de esta, sino que pasan a depender de la contratista. Una contratista creada por lo general para atender las necesidades de la mayor, de la que depende, y que debe ofrecer el servicio a esta en unas condiciones que hagan más provechoso recurrir a ella que contratar personal de forma directa. La respuesta previsible a esta tensión no es otra que la devaluación de las condiciones de trabajo del personal de contrata respecto al interno de la empresa principal. Una devaluación que viene facilitada por la no aplicación a dicho personal del convenio al que se encuentran sujetos los trabajadores de la empresa principal, bien por ser este uno de empresa, o bien por situarse la empresa contratista, debido a su especialización, fuera de su ámbito funcional de aplicación, cuando se trata de un convenio sectorial. Ello abre la puerta a la posibilidad de sustituir dicho convenio por otro menos garantista, negociado con el propósito de favorecer un empobrecimiento de los derechos reconocidos a los trabajadores de las empresas contratistas comparados con los

de los trabajadores de la principal, cuando no a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo[14].

Es más, las consecuencias de esta operación pueden llegar a alcanzar a la elusión de la aplicación de la legislación laboral del país en el que se sitúa la empresa principal, cuando esta opte por recurrir a la subcontratación de la actividad productiva con empresas situadas fuera del territorio nacional[15]. Entonces, por aplicación del principio de territorialidad consagrado por la mayor parte de las legislaciones nacionales y los convenios internacionales sobre la materia, resultan de aplicación las normas laborales y convenios colectivos vigentes en el país en el que se realiza la prestación laboral y no en aquel en el que se aprovechan sus resultados. El recurso a la subcontratación permite, de tal manera, a las empresas comitentes la contratación del trabajo al precio del Estado menos protector, sin que la distancia sea un inconveniente decisivo para ello, dada la reducción de los costes de transporte y las facilidades que las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones ofrecen para la coordinación global desde destinos remotos de los procesos de producción[16].

Algo semejante ocurre también, aunque desde una perspectiva distinta, cuando la externalización tiene como destinatarios a trabajadores autónomos, ya que entonces la exclusión no afecta solamente a la aplicación de lo previsto en los convenios colectivos aplicables a la empresa principal sino a la legislación laboral misma. Estos trabajadores se ven privados, por la propia naturaleza del

---

(14) Sobre estos procesos, vide ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo, «Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo», en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (coord.), *Observatorio de la negociación colectiva*, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2002, pp. 45 y ss. Como apunta este autor, en los últimos años asistimos a un proceso de «deliberada elusión de aquellos convenios caracterizados por dispensar un mayor nivel de protección de los derechos de los trabajadores a favor de otros nuevos –o de algunos ya existentes, convenientemente modificados en sus ámbitos funcionales– que tienen un contenido más débil desde el punto de vista de las condiciones laborales que ellos garantizan», estando los primeros «reservados, a modo de coto cerrado, a los trabajadores contratados por las empresas principales», en tanto que «los segundos pasan a ser de aplicación a los de las empresas contratistas» (ESCUDERO RODRÍGUEZ, «Subcontratación productiva y alteraciones en la negociación colectiva: sus peyorativos efectos sobre las condiciones de trabajo», cit., p. 50).

(15) La transnacionalización de las empresas puede se considerada, desde esta perspectiva, conforme observa Recio, como «una de las fórmulas que adquiere este proceso, en la medida en que les permite diferenciar sus pagos salariales en función de las condiciones sociales (leyes, presencia sindical, convenciones [...]) existentes en cada país» (RECIO, «Empresa red y relaciones laborales», cit., p. 228).

(16) Sobre este fenómeno, con especial atención al trabajo a distancia habilitado por el uso de dichas tecnologías, vide SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Teletrabajo y globalización*, MTAS, Madrid, 2003, passim.

vínculo que los une a la empresa principal, de los más elementales derechos laborales, debiendo asumir las condiciones previstas en sus respectivos contratos, de naturaleza no laboral, sin importar si estas son superiores, inferiores o distintas a las que la empresa comitente ofrece a su personal.

Puede afirmarse, en consecuencia, que la decisión de proceder a la segmentación del proceso productivo constituye también en un instrumento capaz de permitir a quienes optan por ella una fácil elusión del convenio colectivo que les es aplicable, e incluso de la propia legislación laboral. Estas pueden ver significativamente, como resultado de su empleo, reducida su estructura de costes, al poder disponer a través de las empresas subcontratistas de prestaciones llevadas a cabo por trabajadores sujetos a unas condiciones de trabajo bastante inferiores que las que les corresponderían si estuviesen insertos dentro de su plantilla. A la posible precariedad laboral se añade, de este modo, una paralela degradación salarial. Una degradación salarial cuyo único límite se encuentra, cuando las relaciones de trabajo continúan estando regidas por la legislación laboral, por el salario mínimo interprofesional. Pero que no encuentra cortapisa alguna de situarse la fuera de su ámbito de aplicación.

De lo que expuesto se desprende que la generalización de las estrategias descentralizadoras entraña un segundo y muy importante riesgo para el Derecho del trabajo, que se añade al de su potencial pérdida de virtualidad: el de la degradación de la función protectora y homogeneizadora de las condiciones de trabajo, que tradicionalmente han venido desempeñando las normas laborales, tanto de origen legal como convencional, como resultado del auge de modalidades precarias de contratación para la atención de todo tipo de necesidades productivas, sujetas además, por lo general, a convenios colectivos de mínimos, al menos frente a aquellos que resultarían de aplicación de no optarse por este tipo de soluciones, cuando no al puro imperio de la autonomía individual.

La descentralización productiva posee, de este modo, un inquietante efecto dualizador sobre el mercado de trabajo[17], en la medida en que alienta el desequilibrio entre trabajadores integrados en los mismos procesos productivos[18], en función de una opción puramente organizativa, como es la de proceder o no a su disgregación. Esto nos sitúa delante de un modelo de empresa no solo «escueta»[19],

---

[17] Como apunta VALDÉS DAL-RÉ, «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del trabajo», cit., p. 8.

[18] RASO DELGUE, «*Outsourcing*», cit., p. 43.

[19] En palabras de RIVERO LAMAS, «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», cit., p. 22.

sino también «mezquina», en la medida en que basa buena parte de su capacidad competitiva, cuando no toda, en ahorros en los costes de la mano de obra generados a través del empleo masivo de trabajo subcontratado, prestado en régimen de precariedad laboral y salarial[20].

Frente a ello, naturalmente existe siempre la posibilidad de recurrir a los mecanismos tradicionalmente empleados para compensar la desigualdad de posiciones en el ámbito de las relaciones laborales: la acción sindical y la negociación colectiva. No debe perderse de vista, no obstante, que las propias características de los procesos descentralizadores contribuyen igualmente a reducir el espacio de actuación y la efectividad de estos instrumentos. En este sentido, la descentralización productiva no solo acentúa las dificultades de sindicación de los trabajadores a los que afecta, sino que obstaculiza la articulación de los intereses profesionales a niveles superiores. Las razones de este doble efecto hay que buscarlas, tanto en la minoración de las dimensiones de las empresas y el incremento de la precariedad laboral que suelen acompañar a este tipo de fenómenos, como en el paralelo ensanchamiento del espacio para la individualización que a partir de ello se genera[21].

Esto se refleja en la negociación colectiva. A la inviabilidad de la empresa como unidad de negociación, que no es más que una consecuencia de su atomización, se suma una paralela dificultad para llevar a cabo una negociación razonablemente equilibrada a nivel sectorial, dada la reducida base organizativa y de representación de la se parte, así como las limitaciones de la posición de las empresas negociadoras, vista su dependencia respecto a las que les proveen de encargos. El resultado de todo esto no es otro, como se ha apuntado, que la suscripción de convenios colectivos de mínimos, incapaces de aproximarse a los aplicables a los trabajadores de la empresa principal.

### 3.3. Una explicación de conjunto: la subcontratación como instrumento capaz de «poner entre paréntesis» la aplicación del Derecho del trabajo y sus principios tutelares

De lo hasta aquí expuesto no es difícil concluir que mediante el recurso a la externalización de actividades es posible conseguir unos niveles de flexibilidad en la utilización de la fuerza de trabajo y una reducción de costos salariales impensables por la vía de una reforma de la legislación laboral. Una legislación

---

(20) VALDÉS DAL-RÉ, «Descentralización productiva y desorganización del Derecho del trabajo», cit., p. 7.

(21) CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», p. 20.

laboral que, al fin y al cabo, deberá seguir estando basada en una serie de principios básicos que a través de este tipo de estrategias se consigue eludir sin gran dificultad, como son los de mantenimiento de la relación de trabajo en tanto persista la fuente que le dio origen o de asignación de beneficios tendencialmente similares a todos los que participan en los mismos procesos de producción, los cuales no resultan de aplicación, como es evidente, a las relaciones entre sociedades mercantiles, sino entre cada una de estas y su personal. Es más, como se ha podido apreciar también, estos efectos pueden ser conseguidos sin que ello tenga que suponer necesariamente una renuncia al control global del ciclo de producción, que puede ser mantenido a pesar de todo mediante el recurso a técnicas de naturaleza contractual o societaria capaces de relativizar la radicalidad de la distinción entre esferas jurídicas que sirve de fundamento su consecución.

A la luz de estas consideraciones no es posible sino coincidir con quienes consideran que el problema de fondo que plantea la descentralización de actividades productivas no es tanto uno de garantía del cumplimiento de las obligaciones laborales, como se ha venido entendiendo hasta el momento, sino más bien de degradación de la calidad del empleo, derivado de su potencial «utilización para reducir costes y hacer posible un uso flexible de la mano de obra mediante la diversificación de las fuentes de aportación» de ella[22].

Naturalmente, vistas las cosas desde esta perspectiva, no parece que pueda extrañar que el debate en torno a la necesidad de «flexibilizar» las normas e instituciones laborales, que ocupó un lugar privilegiado en décadas pasadas, haya terminado por languidecer. Ello no se debe, al menos en opinión de quien esto escribe, tanto a que se haya alcanzado en la mayor parte de ordenamientos el «grado óptimo» de flexibilidad demandando por el sector empresarial, como al hecho de que el recurso a estas técnicas permite a quienes deciden servirse de ellas obtener un resultado bastante más favorable que el que se conseguiría con una presunta reforma en clave flexibilizadora de la legislación laboral, pero sin tener que afrontar los obstáculos políticos que supondría su aprobación. Simplemente, dicha legislación y sus instituciones básicas siguen estando vigentes, pero su aplicación se ve convenientemente «puesta entre paréntesis» o –si se nos permite la expresión– «puenteada»[23] mediante la colocación de la «barrera» de la personalidad jurídica diferenciada entre la empresa «madre» y los

---

(22) RIVERO LAMAS, «La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo», cit., p. 81.

(23) RASO DELGUE, «*Outsourcing*», cit., p. 44, que emplea entrecomillado el anglicismo «*bypassear*».

trabajadores que laboran para cada una de las sociedades que integran la red que la alimenta. El desplazamiento hacia el exterior de la determinación de la duración de los contratos de trabajo y el contenido de las condiciones laborales, con la consiguiente posibilidad de degradación de las mismas, no son sino una consecuencia «natural» de ello.

Con lo anterior no se pretende insinuar que toda externalización genere necesariamente esos efectos; ni tampoco que la utilización de este mecanismo responda siempre a ese propósito. Por el contrario, no es difícil pensar en multitud de supuestos en los que el recurso a la misma no solo se encuentra plenamente justificado, sino que constituye la estrategia más adecuada para satisfacer las necesidades empresariales, en especial debido a su carácter especializado, estando en condiciones además de reportar beneficios laborales superiores a los trabajadores que en él intervienen[24]. Lo que no parece que pueda negarse es que, cada vez que se aspire a alcanzar ese tipo de resultados, la técnica aludida se sitúa en condiciones de permitir a quienes recurran a ella su consecución. Esto hace posible que las operaciones de descentralización de actividades productivas, basadas en razones técnicas, organizativas o productivas convivan con otras cuyo único propósito es conseguir una degradación de las condiciones de trabajo. E incluso que las primeras, que en principio deberían producirse en cualquier caso, puedan añadir a su finalidad originaria ese efecto. Con ello se crean las condiciones para la progresiva desvirtuación de este mecanismo y su transformación en un simple pero eficaz instrumento al servicio de una política de abaratamiento abusivo de los costos laborales.

Si el panorama que acaba de ser descrito se aproxima a la realidad, no parece descabellado considerar como uno de los desafíos más importantes –sino el que más– a los que se enfrenta actualmente el Derecho del trabajo, el de tratar de articular algún tipo de respuesta frente a estos fenómenos organizativos. No con el objeto de prohibirlos, naturalmente, sino de rescatar su empleo como una herramienta útil para la mejora de la calidad, la eficiencia y la competitividad empresarial, cerrando el paso a otros usos socialmente menos recomendables y a la larga promotores de su desvirtuación y de la ineficacia del sistema productivo. Es decir, de lo que se trata no es tanto de impedir o limitar el derecho de los empresarios a organizar sus actividades recurriendo a

---

(24) Precisamente, como anota Recio, «la diferenciación de espacios contractuales» que posibilita el empleo de esta técnica «permite actuar tanto a la baja, favoreciendo el abaratamiento de los salarios de las personas con menor poder negociador, como al alza, al favorecer la introducción de esquemas retributivos que mejoran las rentas de los grupos situados en niveles clave de la actividad empresarial» (RECIO, «Empresa red y relaciones laborales», cit., p. 228).

esta clase de técnicas, que es expresión de la libertad de empresa garantizada por todos los ordenamientos democráticos, como de propiciar la consecución de un equilibrio –de momento inexistente– entre la flexibilidad que estas proporcionan, imprescindible dentro del mundo en el que nos movemos, y la tutela de la posición jurídica de los trabajadores implicados en ellas[25].

## 4. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO: UNA APROXIMACIÓN INICIAL TRAS LA APROBACIÓN DE LA LEY Nº 29245

En contra de lo que en principio pudiera pensarse, la problemática recién descrita no afecta solamente –y quizá ni siquiera principalmente– a las economías avanzadas. Antes bien, existen evidencias que la situación resulta similar, sino incluso más preocupante, tratándose de países de economías en transición, como es el caso del nuestro, donde la aplicación de las estrategias descentralizadoras viene avanzando de forma acelerada en los últimos años en determinados sectores productivos.

Aunque no existen estadísticas que permitan cuantificar la magnitud que el fenómeno puede tener en nuestro país, sí se dispone al menos de algunos datos referenciales capaces de aportarnos una idea aproximada de sus alcances y línea de evolución. Así, ya en el año 2004 se estimaba que nada menos que el 30% de las operaciones empresariales se encontrarían en el Perú «tercerizadas», principalmente en los sectores minero y petrolero, afectando el fenómeno a alrededor de 600,000 personas[26].

Este llamativo dato, sin embargo, termina por parecer conservador si se lo pone en contacto con informaciones más recientes en torno al volumen que habría alcanzado la subcontratación de actividades productivas en el sector minero, un sector, por cierto, en pleno auge en la actualidad en nuestro país. Así, datos del año 2006 nos ofrecen evidencias de un nivel de «tercerización» de la fuerza de trabajo minera francamente alarmante: de los aproximadamente 109,000 trabajadores del sector, son «de contrata» casi 72,000 (es decir, el 65 %), mientras que los que trabajan directamente para las empresas mineras sumarían solamente 37,000 (el 35 %). De este modo, por ejemplo, en la Compa-

(25) Según propondría ya a principios de la década pasada Cruz Villalón. Al respecto, vide CRUZ VILLALÓN, «Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales», p. 20.

(26) Pueden verse en este sentido las declaraciones del director de la Sociedad Overall Bussiness, aparecidas en el diario *Gestión*, el viernes 18 de junio de 2004, p. V.

ñía Minera Casapalca, de los 1900 trabajadores que operan en la mina, solo 200 aparecen en la planilla de la empresa. La explicación de esta elevadísima tasa de externalización no parece encontrarse en la existencia de razones técnicas, productivas o de especialización, sino en motivos de índole más primaria. En especial, en la diferenciación de condiciones de trabajo que por esta vía es posible obtener. Una diferenciación que puede llegar alcanzar en algunos casos el 100%, como ocurre por ejemplo con la Compañía Minera Shougan, donde un trabajador en planilla ganaba en el año 2006 alrededor de S/. 47, mientras que otro de contrata podía aspirar a un salario diario de apenas S/. 23[27].

Pese a la impactante dimensión que han venido asumiendo estas prácticas en algunos de los sectores más importantes de nuestra economía, la falta de atención a estos fenómenos por parte del ordenamiento laboral peruano ha sido clamorosa.

En efecto, hasta fechas muy recientes no ha existido en el Perú norma alguna que se ocupase de regular las consecuencias laborales de la subcontratación de obras o servicios. En su momento la aprobación de la Ley Nº 27626, denominada «Ley de Intermediación Laboral», generó una cierta expectativa de limitación del empleo de este tipo de mecanismos, al regular bajo este común paraguas conceptual supuestos de intermediación laboral propiamente dichos (la prestación de servicios «temporales», bajo el poder de dirección de las empresas usuarias, por parte de trabajadores de las denominadas «empresas de servicios temporales») conjuntamente con otros más próximos a la subcontratación de obras o servicios (la prestación de servicios «complementarios» y «especializados» por personal dependiente de empresas dedicadas exclusivamente a este tipo de actividades). Este hecho, unido a la expresa indicación por parte de la propia ley de que el «destaque» de personal en los centros de trabajo u operaciones de las empresas usuarias se encontraba permitido únicamente en los tres supuestos recién mencionados, inducía a pensar que la opción de la norma había sido la de limitar la subcontratación, cuando las labores debían llevarse a cabo en las instalaciones de la empresa principal, a la prestación de los mencionados servicios complementarios y especializados, con exclusión de cualesquiera otros.

Esta presunta opción normativa, más próxima a la prohibición de la descentralización productiva que a su regulación, sin embargo, sería rápidamente puesta en cuestión por la aprobación del Decreto Supremo Nº 003-2002-TR,

---

(27) Todos los datos provienen del especial dedicado a la minería peruana publicado por la revista *Bajo la lupa*, Nº 1, Lima, 2007, p. 21.

cuyo artículo 4º dispuso que «no constituyen intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193 º 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 subcontratistas, 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».

Al margen del difícil encaje de esta previsión, al menos frente al tenor literal de la ley antes aludida, lo que resulta patente es a través de ella se optó por el mantenimiento del estado de anomia normativa que caracterizó la situación precedente. Una respuesta que resulta, como es evidente, tanto o más insatisfactoria que aquella marcada por la muy limitada operatividad del fenómeno a la que se habría intentado dar lugar con la aprobación de la ley.

Lo anterior supone que, dentro del ordenamiento laboral peruano, las opciones de tratamiento de la descentralización productiva han venido basculando en los últimos años entre la marginalización de su empleo y su legalización para todo tipo de supuestos y sin ninguna clase de garantías, pese a que ambas opciones son, en última instancia, igualmente insatisfactorias.

Este panorama se visto, sin embargo, bruscamente alterado a lo largo de los dos últimos años por la aprobación de diversas normas encaminadas, precisamente, a regular los efectos laborales de la «tercerización» de actividades. Entre ellas, señaladamente, el Decreto Supremo Nº 020-2007-TR, publicado el 20 de septiembre de 2007, y la aún más reciente Ley Nº 29245, que saldría a la luz el 24 de junio de 2008.

Aunque una valoración profunda y detenida de los alcances de estos instrumentos, y en particular de la Ley Nº 29245, que aborda con vocación integral el tratamiento del fenómeno, precisaría de un espacio y sosiego superiores a los que permiten esta ponencia, intentaré llevar a cabo en los párrafos que siguen al menos una ponderación inicial de su potencial impacto sobre la punzante realidad que ha sido apuntada. Una realidad que seguramente se encuentra en la base de la decisión política de proceder a su aprobación, vistos los llamativos conflictos sociales que se generaron a partir de ella en diversos espacios de la geografía nacional especialmente a lo largo de la primera mitad del año 2006.

Es evidente que el propósito de la Ley Nº 29245 es, a la vez, tanto reafirmar la legalidad del recurso a la subcontratación de actividades productivas, como establecer un conjunto de garantías capaces de limitar sus efectos laborales

negativos. La conciencia de que la «tercerización» es capaz de desplegar consecuencias desfavorables sobre los trabajadores afectados por ella recorre toda la norma, que se aboca de manera decidida a intentar establecer cautelas frente a ello. Dichas cautelas tienen, sin embargo, en su mayor parte, un carácter puramente declarativo, en la medida, o bien se concretan en afirmaciones de alcance general, carentes de la debida precisión y, por tanto, prescriptividad, o bien suponen solamente la reafirmación de la aplicación en estos casos de garantías existentes con anterioridad dentro de nuestro ordenamiento.

Ciertamente, puede ser interesante que el legislador proceda a indicar que «la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores» (artículo 2º), añadiendo que esta forma de organización de las actividades empresariales «no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical», pudiendo en tales casos los afectados proceder a «impugnar las prácticas antisindicales» realizadas (artículo 7º.3 y 4º). Del mismo modo, tampoco puede negarse el interés de que la norma se ocupe de declarar el derecho de los afectados a recurrir a las instancias administrativas y judiciales con el fin de solicitar «la verificación de la naturaleza de los contratos sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente» o «impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación», entre otros efectos (artículo 7º.4). Poco hay, sin embargo, de novedoso en estas afirmaciones, ya que todos estos son efectos garantizados ya por la Constitución y las normas legales vigentes con anterioridad en nuestro país. La virtualidad de estos mandatos, sin ningún mecanismo de refuerzo o apuntalamiento de su efectividad, se queda por lo tanto en una mera declaración de intenciones, que es capaz de desplegar únicamente un efecto pedagógico, seguramente importante dados los antecedentes, pero sin duda insuficiente para hacer frente a la crudeza con la que se están viviendo estos fenómenos en determinados sectores productivos de nuestro país.

El mismo impacto relativo tienen previsiones como aquella que garantiza a los trabajadores implicados en estos procesos que laboren «bajo contrato de trabajo sujeto a modalidad [...] iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado», máxime cuando se aclara que este derecho resulta aplicable en relación con el personal de «su empleador» y no el de la empresa principal (artículo 7.1º). O la que dispone que «los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal [...] tienen, res-

pecto a su empleador, todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente» (artículo 7º.2). Incluso, la relevancia de una previsión como la contenida en el artículo 5º, según el cual «los contratos de tercerización» que incumplan los requisitos previstos por la ley e «impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadoras tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal», debe ser relativizada. La introducción de este mandato sería de la máxima relevancia si no fuese porque el descrito era ya un efecto previsto por la Ley de Intermediación Laboral. Nuevamente, pues, el impacto de la norma termina siendo más pedagógico que sustancial.

Con todo, la ley incluye al menos tres garantías a favor de los trabajadores implicados en estos procesos cuya importancia no puede ser desdeñada. Estas son las siguientes: a) la exigencia de forma escrita para sus contratos, con especificación de «cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza» (artículo 4º); b) la introducción de la obligación de la «empresa tercerizadora» de «informar por escrito a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal», sobre «la identidad» de esta última, «las actividades que son objeto del contrato [...] cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones de la misma» y el «lugar donde se ejecutarán» estas; y c) la consideración de la «empresa principal» como «solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados», bien que solamente para los supuestos de «realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadoras» y «por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado» (artículo 9º).

El potencial efecto positivo de estas garantías salta a la vista, no solamente en relación con el aseguramiento del pago de los créditos laborales en los casos de insolvencia del subcontratista, para el que la consideración de la principal como responsable solidaria constituye una garantía sumamente eficaz, sino también en relación con el aseguramiento del cumplimiento por parte de los contratistas de la legislación laboral. No se trata aquí solamente de que la forma escrita de los contratos y la introducción del antes descrito deber de información facilitan y favorecen un mayor control de estas empresas por parte de su personal, tanto a nivel individual como colectivo. En realidad es aquí donde despliega su auténtico efecto positivo la imposición de la responsabilidad solidaria de la empresa principal, en la medida en que su imposición se constituye en el mayor aliciente para que la misma no solamente busque entrar en contac-

to con entidades solventes y serias desde el punto de vista laboral, sino que ejerza un control efectivo del cumplimiento por parte de las mismas de sus obligaciones legales.

Con todo, y a despecho de estos indudables aciertos, no es posible encontrar dentro de la norma en cuestión ningún mecanismo capaz siquiera de apuntar vías para hacer frente al problema más acuciante planteado por la externalización de actividades empresariales de acuerdo con el diagnóstico llevado a cabo en los epígrafes anteriores. No otro, naturalmente, que el de su potencial uso como instrumento para la precarización del empleo y la degradación de las condiciones de trabajo.

Esta es una tarea sumamente difícil. No obstante, durante la fase de discusión de la norma se pusieron sobre la mesa propuestas que, de haber sido acogidas, habrían contribuido a reducir el uso extensivo de los contratos de duración determinada que caracteriza a estas actividades en nuestro país. Del mismo modo, en el último periodo se vienen poniendo en marcha por parte de los trabajadores «de contrata» de determinados sectores productivos (en concreto, telecomunicaciones y minería) interesantes iniciativas dirigidas a reducir la distancia de sus condiciones de trabajo respecto de las que aplica la principal, basados en la formación de organizaciones sindicales de carácter «horizontal», que agrupan a todos los trabajadores que laboran para los contratistas de una misma empresa, y la negociación conjunta –o, en todo caso, paralela– de ciertas condiciones de trabajo, contando con la participación de la matriz. La ley hubiera podido al menos tomar nota de estas experiencias, allanando los obstáculos formales que a veces se oponen a este tipo de iniciativas (en particular, a los efectos del registro de la organización sindical) y ofreciendo su respaldo a los instrumentos, ciertamente atípicos, a los que esta peculiar negociación «a tres bandas» (sindicato, empresas contratistas, empresa principal) es capaz de dar lugar. Experiencias de este tipo, bien que también embrionarias, existen ya en otros países.

Así las cosas, aún siendo meritoria, la intervención del legislador termina por ser insuficiente. Naturalmente, dependiendo de la perspectiva que se adopte, la aprobación de la Ley Nº 29245 puede ser vista, bien como una oportunidad perdida para afrontar las auténticas causas del problema, o bien como primer y muy importante paso en la delicada tarea de «encauzar» estos fenómenos organizativos. De la voluntad política de quienes rigen los destinos del país depende que finalmente su trascendencia sea una o la otra. Dos cosas deberían, en cualquier caso, tenerse claras. En primer lugar, que el fenómeno existe en nuestro país y tiene una magnitud suficiente como para reclamar una

respuesta de aún mayor alcance que la actual. En segundo lugar, que de ella dependen en gran medida no solo la estabilidad y el equilibrio futuro de nuestras relaciones laborales, sino también que la situación de bonanza extraordinaria que experimentan en la actualidad determinados sectores productivos en nuestro país sea capaz de redundar en provecho de todos los que contribuyen con su esfuerzo a su obtención.

# EL «ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL» COMO TÉCNICA PARA LA TUTELA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES

Paul Cavalié Cabrera(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas el punto más alto del reconocimiento de las luchas de los trabajadores, desde la histórica y emblemática de Chicago por la jornada de las ocho horas, es la consagración de sus derechos a nivel constitucional con los textos constitucionales de Querétaro de 1917, en México, y de Weimar de 1919, en Alemania, en lo que se ha dado en llamar el «constitucionalismo social».

La constitucionalización de los derechos laborales, que en nuestro país inaugurara la Constitución de 1920 y cuyo punto más alto se alcanzara en la Carta de 1979, revela la honda preocupación de las fuerzas sociales por brindar un reconocimiento jurídico al más alto nivel a los derechos de los trabajadores. Sin embargo, este reconocimiento –que bien podría considerarse formal– ha sido y es insuficiente sin su complemento instrumental: la garantía jurisdiccional para su cumplimiento.

De este modo, los ordenamientos jurídicos han previsto un ordenamiento procesal apto para brindar la necesaria tutela judicial de los derechos mínimos de los trabajadores, reconocidos a nivel constitucional y desarrollados por la legislación ordinaria, frente a posibles actos lesivos de parte de los empleadores.

---

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Jefe del Área Laboral del Estudio Pizarro, Botto & Escobar, Abogados.

Ahora bien, el reconocimiento constitucional de los derechos laborales posibilita que estos puedan obtener protección por medio de los diversos procesos constitucionales, en especial el amparo, institución sometida a un desarrollo procesal intenso, a partir de la doctrina jurisprudencial que el supremo intérprete de la Constitución ha ido desarrollando a lo largo de los años.

El proceso de amparo brinda protección jurisdiccional a los derechos constitucionales y dentro de ellos a los de naturaleza laboral y también a aquellos otros que, si bien no tienen una raigambre específicamente laboral, pueden desplegarse al interior de una relación de trabajo, como por ejemplo la libertad de opinión y expresión del trabajador, el derecho a la privacidad de las comunicaciones, el derecho a la intimidad, el derecho a la dignidad y el respeto a la integridad física y sexual de los trabajadores, entre otros.

De este modo, si una demanda de amparo que tiene por objeto la tutela de derechos constitucionales laborales es declarada fundada, el efecto natural de la sentencia es reponer el derecho al estado anterior a la violación o amenaza de violación del derecho constitucional laboral invocado (efectos *inter partes*). Tal lo que acontece, por ejemplo, con la reposición en el empleo en caso de una despido *ad nutum*, declarado inconstitucional, por no tener expresión de causa; o en el supuesto de un acoso sexual, en que al estimarse la pretensión constitucional contenida en la demanda se ordena al sujeto acosador que cese en su actitud lesiva; o si en el amparo queda acreditada la vulneración de la privacidad o intimidad del trabajador. En todos estos casos el juez constitucional ordenará que tales afectaciones cesen y que se restablezca el pleno e irrestricto respeto del derecho o derechos afectados; de conformidad con lo establecido en el artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

Entonces, el amparo deviene en un mecanismo idóneo y efectivo para la tutela procesal de los derechos constitucionales propiamente laborales y aquellos inespecíficos.

Empero, a pesar de las bondades del amparo y de su moderna configuración legislativa mediante el Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, apelando al principio de autonomía procesal[1], en algunas ocasiones ha modulado los efectos de la sentencia recaída en un proceso constitucional de tutela de derechos, como lo es el del amparo, cuyos efectos jurídicos –en

(1) Mediante el principio de autonomía procesal, el Tribunal Constitucional perfecciona los mecanismos procesales que tienen por finalidad resguardar la supremacía jurídica de la Constitución, en tanto norma suprema del ordenamiento, y brindar tutela jurisdiccional a los derechos constitucionales de las personas, en cuanto constituyen valores objetivos que justifican la existencia misma del sistema jurídico.

principio– recaen en quienes han sido parte del proceso, logrando extender dichos efectos a quienes no han sido demandantes del proceso, pero que resultan beneficiados de dicho proceder procesal. Y lo ha hecho a través de la figura del «estado de cosas inconstitucional», técnica que, importada de la experiencia jurisprudencial colombiana, supone ampliar los efectos de una sentencia recaída en un proceso de amparo con la finalidad de que sus efectos jurídicos alcancen a quienes, sin haber sido los promotores del proceso, se encuentran en la misma situación de afectación que el demandante.

No obstante, en lo que va de la experiencia peruana, y desde luego, a partir de la práctica de la Corte Constitucional colombiana, el uso de dicha técnica procesal constitucional se ha circunscrito a la tutela de los derechos constitucionales oponibles a la actuación lesiva del Estado. Por ello, cabe preguntarnos si es que ella, habida cuenta de que busca maximizar el espectro de protección de los derechos fundamentales, puede ser aplicada para la tutela de derechos constitucionales laborales, y aquellos derechos inespecíficos que acontecen dentro del marco de la relación de trabajo, como oponibles a la conducta del empleador. Más aún si, como pensamos, en el orden social privado, es la relación laboral aquel escenario donde se configuran apreciables relaciones de verticalidad, ya no propias de administración/administrado sino de empleador/trabajador.

En virtud de lo expuesto en el párrafo precedente, el presente trabajo tiene por objeto determinar si resulta posible aplicar la técnica del estado de cosas inconstitucional para brindar tutela procesal a los derechos constitucionales laborales y a los derechos inespecíficos que acontecen al interior de una relación laboral, teniendo en consideración que quien habitualmente lesiona los derechos de los trabajadores es el empleador, un sujeto privado, y no el Estado.

## 2. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES LABORALES Y SU EFICACIA JURÍDICA

En la doctrina comparada no siempre ha sido pacífico asumir que los derechos fundamentales sean exigibles frente a los particulares, debido a la finalidad originaria de tales derechos, nacidos como cotos vedados a la acción del poder público, propio de una concepción liberal de ellos[2], pues no debemos olvidar que los derechos fundamentales surgieron como reacción al antiguo régimen del absolutismo de los reyes.

---

(2) CARBONELL, Miguel, «¿Se pueden hacer valer los derechos fundamentales frente a particulares?», en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*, UNAM, México, 2007, T. I, p. 201.

Empero, la realidad demostró, desde temprano, que los derechos fundamentales no solo pueden ser objeto de restricción, amenaza o lesión por parte del Estado, sino también por parte de los particulares, en especial en aquellas relaciones próximas a la sujeción que se entablan en las cotidianas relaciones jurídicas de las personas, como podrían ser las relaciones que se establecen entre el trabajador y su empleador, entre el consumidor y su proveedor, entre padres e hijos, entre la asociación y sus asociados, entre el accionista y la empresa, etc.

Esta relación de sujeción es particularmente apreciable en el marco de las relaciones laborales, habida cuenta de que el empleador no solo tiene una posición de superioridad frente al trabajador, derivada de su poder económico, sino también del poder jurídico que ostenta sobre él, que conocemos como subordinación, y que es el elemento esencial para configurar una prestación de servicios como laboral. Fundada en ella, el empleador ejerce un poder de dirección sobre el trabajador que el ordenamiento jurídico reconoce y valida, razón por la cual la frondosa legislación que regula las relaciones laborales intenta, precisamente, compensar dichas diferencias materiales y jurídicas.

En este sentido, el empleador ejerce un poder jurídico que en determinadas circunstancias puede terminar afectando los derechos fundamentales de los trabajadores, tanto aquellos específicamente laborales, como aquellos otros que sin ser de naturaleza laboral se ejercen también en el marco de la relación de trabajo, como pueden ser el derecho a la libertad de opinión y expresión del pensamiento y de las propias ideas, así como el derecho al secreto de las comunicaciones, apreciable en el control del uso de correo electrónico o de la internet, comunicaciones que si bien se realizan dentro del marco de la relación de trabajo, no por eso dejan de ser comunicaciones privadas.

En este apartado se enfocará, en primer lugar, el tema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros, para luego abordar el tema de la eficacia jurídica de los derechos constitucionales laborales, pues los mismos constituyen un supuesto de eficacia de derechos constitucionales que se presenta en el ámbito de las relaciones entre particulares.

### 2.1. Eficacia de los derechos constitucionales frente a terceros

En el Derecho comparado, según nos informa Mijail Mendoza[3], se han presentado diversas posiciones teóricas sobre la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares.

---

(3) MENDOZA ESCALANTE, Mijail, «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», en *Pensamiento Constitucional*, Año XI, Nº 11, Lima, 2005, pp. 220-234.

Cabe precisar que el origen de la discusión del tema, es decir, si los derechos fundamentales son vinculantes o exigibles en las relaciones suscitadas entre sujetos privados, surgió tanto en Alemania y España a raíz de un problema procesal. En efecto, en dichos ordenamientos el tema se plantea a raíz de la inexistencia de un sustento jurídico constitucional (sobre todo normativo) que justificara la procedencia del recurso de amparo frente a las lesiones a derechos fundamentales producidas por sujetos privados. Ni las constituciones alemana y española, ni su legislación de desarrollo, contemplan la procedencia del citado mecanismo de tutela de derechos constitucionales frente a agresiones provenientes de particulares: solo prevén la procedencia del amparo frente a lesiones producidas por actos del poder público.

Como se sabe, si bien los derechos constitucionales gozan de la fuerza normativa que la Constitución tiene, no es menos cierto que tal reconocimiento sin un mecanismo jurisdiccional que garantice su eficacia, devendría en una fórmula jurídica vacía, lenguaje retórico carente de todo sentido práctico.

Empero, los textos constitucionales europeos solo contemplan al amparo como mecanismo de defensa frente a lesiones provenientes del legislador, la administración y la judicatura ordinaria. Ha sido la jurisprudencia de los tribunales constitucionales la que, valiéndose de criterios interpretativos, ha salvado la omisión constitucional y legislativa en esos países.

En cambio, entre nosotros, las cosas han ido por otro rumbo. Así, a partir de la Constitución de 1979, que consagra por primera vez al amparo, se reconoce su procedencia frente a agresiones a los derechos fundamentales provenientes del poder público y de los particulares (artículo 295º)[4], situación que con ciertos matices y mayores precisiones es reproducida en la vigente Carta Constitucional de 1993 (artículo 200º, inciso 2).

A pesar que, procesalmente, el amparo es procedente frente a agresiones de actos de particulares, cabe preguntarse si esto determina que los derechos fundamentales sean eficaces frente a terceros, o si precisamente porque los derechos constitucionales son vinculantes frente a los particulares es que el amparo es procedente.

En este sentido, siguiendo a Mijail Mendoza[5], podemos afirmar que aunque no existe norma expresa que reconozca tal efecto jurídico a los derechos fundamentales, este puede derivarse implícitamente a partir de lo previsto en

---

(4) Constitución de 1979, artículo 295º: «[...]. La acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona [...]».

(5) MENDOZA ESCALANTE, «La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares», cit., p. 251.

algunos principios y dispositivos constitucionales, como el principio de dignidad humana (artículo 1º), el principio de supremacía constitucional (artículo 51º), el principio de fuerza normativa de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella reconoce y garantiza (artículo 38º).

En virtud de la fuerza normativa de la carta constitucional, los derechos que ella reconoce constituyen son derechos directamente aplicables a los casos concretos y a todas las relaciones jurídicas que se presenten dentro de la sociedad, tanto aquellas que tengan como protagonistas al Estado frente al privado, como al particular frente a otro particular.

Ahora bien, teniendo presente la habilitación constitucional en nuestro ordenamiento jurídico de la procedencia del amparo frente a particulares, no hubo mayores dificultades procesales, por lo que el tema de la eficacia horizontal de los derechos constitucionales como cuestión sustantiva no fue objeto, en una primera etapa, de una elaboración jurisprudencial. Es así que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente Nº 067-93-AA/TC, emitida con fecha 12 de diciembre de 1996, reconoce la eficacia del derecho al debido proceso en la tramitación de procedimientos administrativos disciplinarios seguidos al interior de personas jurídicas privadas[6].

El Tribunal repite el mismo criterio –sobre la vinculación al debido proceso en el curso de procedimientos disciplinarios seguidos en instituciones privadas– en la sentencia recaída en el Expediente Nº 331-96-AA/TC, dictada el 13 de agosto de 1997[7],

---

(6) Se trata de una sentencia que resuelve la Acción de Amparo interpuesta por Pedro Arnillas Gamio, en 1991, contra el Club de Regatas Lima, por considerar que en el curso del procedimiento disciplinario instaurado por el club contra su persona, y por el que se le aplicó la sanción de expulsión, se violaron sus derechos de defensa, a la presunción de inocencia y al honor. Como puede verse, la discusión en el fondo versó sobre la vinculatoriedad de un derecho fundamental oponible frente a una persona jurídica, pues el actor alegó la afectación de diversas esferas del derecho a un debido proceso, cuya aplicación, en el ámbito de un procedimiento seguido al interior de una institución de derecho privado, le fue negada por el representante del club demandado.

(7) En este caso, seguido por Francisco William Palomino Mendoza contra la Asociación del Centro de Esparcimiento Lima «El Potao», el actor reclamaba, en lo sustancial, su reposición como Secretario del Consejo Directivo al haber sido destituido de dicho cargo, expulsado de la asociación e impedido de ingresar a las instalaciones de la misma. La sentencia estimó favorablemente su reclamo, al considerar que en ninguna de las disposiciones del Estatuto de la Asociación demandada se establecía la facultad del Consejo Directivo para destituir a alguno de sus integrantes, como había ocurrido, pues tal atribución correspondía a la Asamblea General Extraordinaria. En consecuencia, en este caso también se consideró que se había contravenido el derecho a un debido proceso y particularmente al derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, que, «como es evidente [...] resultan aplicables al interior de cualquier persona jurídica, dentro de la cual se hayan reconocido atribuciones de proceso y correlativa sanción a sus integrantes [...], además de encontrarse viciada la antes citada resolución por haberse expedido por órgano incompetente».

y en la sentencia del Expediente Nº 0219-2000-AA/TC, Fundamento Jurídico Nº 3[8].

En lo que podría denominarse una segunda etapa, el Tribunal Constitucional trasluce una preocupación acentuada por fundamentar, de manera más elaborada, la eficacia de los derechos constitucionales en las relaciones entre particulares.

A efectos de este trabajo, resulta pertinente el examen de casos que están referidos a derechos constitucionales laborales, y que a su vez nos permitan resaltar lo señalado por el Tribunal sobre la eficacia de los derechos fundamentales, apreciable en las relaciones entre particulares. Veamos.

En la sentencia recaída en el Expediente Nº 1124-2001-AA/TC (Fundamentos Jurídicos Nºs 5 y 6), del 11 de julio de 2002, caso seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y Fetratel contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A., el Tribunal Constitucional, a partir del artículo 38º de la Constitución, ha dicho que: «Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional».

Como puede verse, el mencionado tribunal parte de la consideración de que la Constitución tiene una fuerza normativa (en todo su contenido, donde, obviamente, recalan los derechos fundamentales) y esto determina la vinculación de todos los ciudadanos a dicho contenido.

Posteriormente, en la sentencia del Expediente Nº 976-2001-AA/TC (Fundamentos Jurídicos Nºs 5-9) del 13 de marzo de 2003, caso Eusebio Llanos

---

(8) Con una redacción más depurada y en un lenguaje más consolidado, dice el Tribunal: «[...] resulta inobjetable que el derecho al debido proceso y en particular, el derecho de defensa, son en su misma esencia atributos perfectamente invocables en el ámbito de las corporaciones privadas o de particulares, careciendo de toda relevancia el que su regulación a dicho nivel sea solo estatutario, pues la Constitución es una norma jurídica que no solo vincula a las autoridades jurisdiccionales y administrativas, sino a todas las personas, según se está a lo dispuesto por el artículo 38º de la Constitución Política del Estado».

Huasco contra Telefónica del Perú S.A., el Tribunal Constitucional acoge una tesis amplia. Reconoce que los derechos fundamentales «[...] no solo demandan abstenciones o que se respete el ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y *deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares*, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada» (Fundamento Jurídico Nº 5), pues considera que los derechos constituyen un orden objetivo de valores» (Fundamento Jurídico Nº 5).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional acepta las tesis de la eficacia directa e indirecta de los derechos fundamentales, a partir de una vinculación procesal[9] (sobre la procedencia del amparo y de otros mecanismos judiciales como procesos de tutela de derechos constitucionales), pues afirma que los derechos constitucionales: «[...] *vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar*, por lo que ante la posibilidad de que estos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad» (Fundamento Jurídico Nº 6); en tanto de modo indirecto «tal eficacia (de los derechos fundamentales) *se materializa mediatamente a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria*, quienes están llamados a *aplicar las leyes y reglamentos de conformidad* con la Constitución y, en especial, *con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales*» (Fundamento Jurídico Nº 6), y concluye señalando: «[...] *en nuestro país los derechos fundamentales tienen eficacia en las relaciones entre particulares, ya sea de manera directa o indirecta.* Lo que vale tanto como afirmar que dichas controversias pueden resolverse bien en sede constitucional o bien en la justicia ordinaria [...]» (Fundamento Jurídico Nº 6).

Hasta aquí se puede decir que el Tribunal Constitucional acoge ampliamente diversas tesis formuladas en otras latitudes (deber de protección, efica-

---

(9) «En el caso peruano, si los derechos tienen una eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares, es un asunto que la misma Constitución se ha encargado implícitamente de resolver. En efecto, aunque la Norma Suprema no contenga una cláusula expresa que lo prescriba, tal eficacia directa puede deducirse de los preceptos constitucionales a los que se ha hecho referencia en el Fundamento Jurídico Nº 6 de esta sentencia, y, además, del inciso 2 del artículo 200º, donde se preceptúa que «la acción de amparo [...] procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier [...] persona». Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privatos* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos» (Expediente Nº 976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico Nº 8).

cia directa e indirecta) uniéndolas a otros principios (fuerza normativa de la Constitución, dimensión objetiva de los derechos constitucionales), a fin de sustentar la eficacia jurídica de los derechos fundamentales en las relaciones que se presentan entre los privados.

Igualmente, no debe olvidarse que en nuestro ordenamiento jurídico los derechos fundamentales vinculan a los privados no porque el amparo proceda frente a amenazas o lesiones producidas por privados, sino que el amparo procede porque los derechos constitucionales vinculan a los privados.

Ahora bien, si quisiéramos reconstruir el argumento del Tribunal Constitucional, tenemos que los derechos fundamentales son un orden objetivo de valores que gozan de la fuerza normativa de la Constitución, lo que determina que el Estado no solo tenga deberes de abstención frente a ellos, sino también deberes de actuación positiva (brindar tutela procesal así como propiciar su plena y real eficacia). Dicha fuerza normativa determina también que tales derechos subjetivos vinculen a los particulares: de modo directo, en tanto derechos directamente aplicables a los conflictos *inter privatos*, a través de la concreción de mandatos y prohibiciones, que se resolverán mediante el amparo; y de modo indirecto, a través de la legislación de desarrollo constitucional o mediante la resolución de los conflictos privados mediante la jurisdicción ordinaria (en donde se aplicará el derecho fundamental invocado o la legislación ordinaria será interpretada de conformidad con los derechos fundamentales).

Hasta aquí nuestro repaso acerca de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados desde una perspectiva general. Corresponde ahora ahondar en la particularidad de la eficacia de los derechos constitucionales laborales, tanto desde una perspectiva dogmática como jurisprudencial.

### 2.2. Eficacia de los derechos constitucionales laborales en el ordenamiento jurídico peruano

Antes de analizar el tema de este apartado, conviene que previamente determinemos qué derechos constitucionales laborales se hallan recogidos en la Carta Constitucional de 1993.

La Constitución, dentro del Capítulo I de su Título I, recoge en el artículo 2º, inciso 14 el derecho a la libertad de trabajo, en tanto que dentro del Capítulo II de su Título I, bajo el epígrafe «De los derechos sociales y económicos», consagra expresamente a los siguientes derechos constitucionales laborales (artículos 22º a 29º): derecho al trabajo, derecho a una remuneración equitativa y

suficiente, dignidad del trabajador, derecho al descanso (semanal y anual), igualdad de oportunidades sin discriminación, el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, el derecho a participar en las utilidades de la empresa; además se reconoce el carácter irrenunciable de estos derechos y de aquellos creados por la ley.

Como se ha expresado, estos derechos constitucionales laborales están recogidos en forma expresa, lo que no niega la presencia de otros derechos constitucionales implícitos o no enumerados que pudieran derivarse –según lo previsto en el artículo 3º de la misma Norma Fundamental– de la dignidad humana o de la forma republicana de gobierno o del principio del Estado social y democrático de Derecho[10]. Al lado de estos derechos no enumerados apreciamos también a aquellos que sin ser de carácter laboral se despliegan igualmente dentro del marco de la relación de trabajo: libertad de creencias, libertad de expresión y opinión, derecho a la integridad física (dentro de aquellos de alto riesgo), el derecho a la integridad moral (con la proscripción del acoso sexual en todas sus modalidades), el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones (ahora con el avance tecnológico, el secreto de los *e-mails*), entre otros.

---

(10) Como bien sabemos, los derechos no enumerados tienen dos formas de manifestación, como concreción específica de un derecho preexistente o como creación jurisprudencial *in novo* de un nuevo derecho fundamental. Así, por ejemplo, en una primera forma de manifestación, del derecho a la libertad sindical, reconocido en el artículo 28º de la Constitución, se ha destacado su dimensión plural (colectiva u objetiva) que comprendería los siguientes derechos: derecho a la autonomía sindical (reconocimiento de un ámbito de libertad en las actividades sindicales, proscripción de injerencias externas en dichas actividades y la tutela a los dirigentes sindicales a efectos de que puedan cumplir su labor de representación gremial), según se estableció en la sentencia del Expediente Nº 03311-2005-PA/TC, Fundamento Jurídico Nº 6 (sentencia del 5 de enero de 2006, en el proceso seguido por Sindicato de Trabajadores Mineros de Atacocha contra la Compañía Minera Atacocha S.A.). En el mismo sentido, el Fundamento Jurídico Nº 3 de la sentencia del Expediente Nº 05474-2006-PA/TC (sentencia de fecha 25 de septiembre de 2006, en el proceso seguido por el Sindicato Nacional de Trabajadores de Embotelladora Latinoamericana –Sinatrel– contra la Empresa Embotelladora Latinoamericana S. A. –ELSA–, donde se tiene dicho que «[...] este Colegido ha señalado que la libertad sindical protege a los dirigentes sindicales para que puedan desempeñar sus funciones y cumplir con el mandato para el que fueron elegidos; es decir, protege a los representantes sindicales para su actuación sindical [...]».

Por otro lado, como ejemplo de derecho constitucional de creación jurisprudencial, podemos distinguir al «derecho a la verdad», según sentencia del 18 de marzo de 2004 recaída en el Expediente Nº 02488-2002-HC/TC, seguido por María Emilia Villegas Namuche a favor de su hermano Genaro Villegas Namuche contra el Estado peruano. Este derecho, sin estar reconocido expresamente, no ha sido derivado de un derecho preexistente, sino que ha sido objeto de un reconocimiento a nivel constitucional a partir de una serie de principios que ayudan a sustentar su configuración como tal.

Procesalmente, conviene tener presente que cuando se invoca la lesión a un derecho fundamental, y dentro de ellos a los derechos constitucionales laborales, lo que en verdad se pretende es la tutela del contenido de dichos derechos, contenido que viene representado por el conjunto de facultades, mandatos y prohibiciones que el derecho representa.

Por ejemplo, en el caso del derecho al trabajo, jurisprudencial y doctrinariamente se reconoce que este contiene dos aspectos fundamentales (dos derechos, dos facultades): el acceso a un puesto de trabajo y el no ser despedido sino por causa justa. El primer aspecto «[...] supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado» (Fundamento Jurídico Nº 12 del Expediente Nº 1124-2001-AA/TC y Fundamento Jurídico Nº 30 del Expediente Nº 03330-2004-AA/TC); en tanto que el derecho a no ser despedido sino por causa justa determina que el legislador deba brindar una «adecuada protección» contra el despido arbitrario, que en nuestro país supone el pago de una indemnización. Sin embargo, jurisprudencialmente se ha reconocido la posibilidad de reposición en el empleo frente a supuestos de despidos incausados, fraudulentos y nulos, según lo precisado por el Tribunal Constitucional en su precedente del Expediente Nº 0206-2005-PA/TC.

Ahora bien, conviene regresar al tema de la eficacia jurídica de los derechos constitucionales laborales. Al respecto, partiendo del reconocimiento de una eficacia de los derechos constitucionales en general, cabe preguntarse lo siguiente: ¿los derechos constitucionales laborales tienen eficacia directa o indirecta en las relaciones entre particulares? Con un alcance mayor, ¿los derechos constitucionales laborales vinculan a los empleadores en tanto derechos inmediatamente aplicables o necesitan de un previo desarrollo legislativo para resultar plenamente exigibles?

La pregunta surge habida cuenta de la consideración, por algunos, de los derechos laborales –y económicos y sociales, en general– como derechos programáticos, es decir, como fórmulas que contienen mandatos al Estado, quien deberá desarrollar toda una legislación para hacerlos efectivos, aplicables y exigibles.

No obstante cualquier reparo en el sentido expresado, consideramos que en nuestro país es posible sostener que existe una posición cercana a la unanimidad que considera que los derechos constitucionales laborales son derechos

de inmediata aplicación y exigibles frente a los empleadores[11] y el Estado. Por lo demás, la experiencia jurisprudencial así lo demuestra.

En efecto, durante la década de los noventa, periodo de acentuada flexibilización laboral, desde la instalación del Tribunal Constitucional en 1996, que bien podría denominarse como una primera etapa, un gran porcentaje de las causas de amparo ingresadas en dicha sede tenían por objeto obtener tutela jurídica del derecho al trabajo en su faceta de derecho a no ser despedido sino por causa justa, pues los trabajadores pretendían la reposición al trabajo. Si bien el Tribunal Constitucional acogía las demandas formuladas, muchas veces hacía depender la eficacia del derecho constitucional laboral de su vinculación con el derecho al debido proceso (en particular el debido proceso como garantía frente a la aplicación de sanciones como el despido); en tanto evaluaba que el despido se hubiera realizado siguiendo las formalidades previstas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, y con todas las garantías propias de un procedimiento sancionador (tipicidad de las causas del despido, prueba del hecho constitutivo de la falta y proporcionalidad entre la falta y el despido).

En esta primera etapa algunos sostenían que se trataba de una eficacia indirecta y no inmediata de los derechos constitucionales laborales, pues la tutela de un derecho constitucional laboral se hacía depender de otro derecho constitucional, como el debido proceso para el caso del despido. Ya en una segunda etapa, pues la experiencia jurisprudencial así lo demuestra, se admitió sin mayores problemas la eficacia directa e inmediata de los derechos constitucionales laborales, como es el caso de la libertad de trabajo, el mismo derecho al trabajo con la reposición, en supuestos de despidos sin expresión de causa justa.

Entonces, los derechos constitucionales laborales constituyen derechos aplicables cuyo respeto es exigible al empleador; en esa medida, orientan el desenvolvimiento de las relaciones trabajador/empleador.

Lo afirmado es de apreciación cuando el Tribunal Constitucional afirma:

> «Esto mismo (la eficacia horizontal de los derechos fundamentales) ha de proyectarse a las relaciones privadas entre empleador y trabajador como el caso de Telefónica del Perú

(11) CANESSA MONTEJO, Miguel, «El ámbito constitucional de los derechos laborales», en www.amag.edu.pe/webestafeta2/index.asp?warproom=articles&action=read&idart=145.

> S.A.A. y de los demandantes, respectivamente. Si bien aquella dispone de potestades empresariales de dirección y organización y, constituye, además, propiedad privada, aquéllas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador. En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (artículo 23º, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vinculo laboral» (Expediente Nº 1124-2001-AA/TC).

Si bien esta afirmación está referida a un caso concreto, nada impide que pueda entenderse con alcances generales.

### 2.3. El estado de cosas inconstitucional como mecanismo procesal para la tutela de los derechos fundamentales

El «estado de cosas inconstitucional» es una técnica procesal mediante la cual se amplían los efectos de una sentencia recaída en un proceso constitucional de tutela de derechos, con el objeto de que lo decidido en ella beneficie a un universo más amplio de personas que se encuentran en una situación fáctica similar.

Si bien en principio, desde la perspectiva estrictamente procesal, los efectos de una sentencia solo afectan a quienes fueron parte del proceso, de conformidad con el principio de congruencia procesal (que tiene sanción legislativa en los artículos VII y 123º del Código Procesal Civil)[12], mediante la técnica

---

(12) El principio de congruencia procesal se encuentra recogido en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, precepto que dispone: «El juez [...] no puede ir más allá del petitorio, ni

del «estado de cosas inconstitucional» lo que se hace es extender los efectos de una sentencia recaída en un proceso de tutela de derechos, de tal modo que sus efectos no solo sean aplicables a las partes procesales, sino también a quienes sin serlo -pero que comparten una situación de hecho similar- merezcan la tutela reconocida en la sentencia constitucional.

Esta técnica ha sido empleada por nuestro Tribunal Constitucional, hasta donde conocemos, en dos casos que, paradójicamente, no han sido procesos de amparo.

Así, en la sentencia del 6 de abril de 2004, recaída en el Expediente Nº 02579-2003-HD/TC, caso seguido por Julia Eleyza Arellano Serquén contra el Consejo Nacional de la Magistratura, y el proceso de cumplimiento que terminara con la sentencia de fecha 20 de enero de 2005 del Expediente Nº 3149-2004-AC/TC, caso seguido por Gloria Marleni Yarlequé Torres contra el Director de la Unidad de Gestión Educativa de Jaén.

En ambos casos, el Tribunal Constitucional determinó la existencia de un estado de cosas inconstitucional, declarando fundadas las demandas, así como contrario a la Constitución aquellos actos denunciados como lesivos dentro del proceso y ampliando los efectos de las respectivas sentencias, beneficiando con los mismos a quienes no eran partes del mismo.

En el Fundamento Jurídico Nº 19 de la primera sentencia citada, el máximo intérprete de nuestra Constitución, apelando a la experiencia de la Corte Constitucional colombiana, empleó por primera vez la técnica del «estado de cosas inconstitucional», mediante el cual se efectúa «[...] un requerimiento específico o genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, per se, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declara-

---

fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes»; y también en el artículo 123º del mismo código adjetivo que precisa: «La cosa juzgada solo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda». Mientras que la primera norma citada recoge el principio de congruencia procesal en relación con los límites del proceso (pues el objeto del mismo se circunscribe a satisfacer la pretensión planteada en la demanda y a conocer los hechos en ella expuestos), en el segundo dispositivo citado tiene su expresión la regulación en cuanto a los efectos de la sentencia que adquiere la autoridad de la cosa juzgada, la misma que debe guardar una relación de congruencia con el petitorio de la demanda, pues la sentencia no debería ir más allá, ni otorgar algo no pretendido.

ción. Se trata, en suma, de extender los alcances *ínter partes* de las sentencias a todos aquellos casos en los que de la realización de un acto u omisión se hubiese derivado o generado una violación generalizada de derechos fundamentales de distintas personas. Para que ello pueda realizarse es preciso que la violación de un derecho constitucional se derive de un único acto o de un conjunto de actos, interrelacionados entre sí, que además de lesionar el derecho constitucional de quien interviene en el proceso en el que se produce la declaración del estado de cosas inconstitucional, vulnera o amenaza derechos de otras personas ajenas al proceso. Y, tratándose de actos individuales, esto es, que tengan por destinatarios a determinadas personas, la declaración del estado de cosas inconstitucional tendrá lugar si se sustenta en una interpretación constitucionalmente inadmisible de una ley o una disposición reglamentaria por parte del órgano público».

En la otra sentencia, el Tribunal Constitucional, citando una serie de casos parecidos, constató que la renuencia objeto del proceso «[...] constituye, además de un incumplimiento sistemático de las normas, una agresión reiterada a los derechos del personal docente [...], por lo que declaró que dicha actitud de indiferencia e insensibilidad frente a los reclamos de los demandantes, por parte de los funcionarios públicos, constituía un «estado de cosas inconstitucional», pues «en todos los casos, luego de una serie de trámites administrativos, los docentes conseguían una Resolución Administrativa que autorizaba el pago, para luego iniciar una verdadera batalla a efectos de hacer efectivo dicho pago».

En los dos casos a que hemos hecho referencia, el Tribunal Constitucional amplió los efectos de la sentencia a quienes no eran parte del proceso, quebrando de esta manera el principio de congruencia procesal, beneficiando con la sentencia a quienes, sin haber intervenido dentro del proceso, podían exigir que los mismos sean de su alcance.

Si bien no hizo una labor de construcción teórica sobre la figura del «estado de cosas inconstitucional», sino que se limitó a aplicar la misma a los casos concretos, creemos que de ellos podemos obtener algunos elementos que nos permitan definir sus presupuestos y los efectos de su aplicación, que es lo que pretenderemos en los dos puntos siguientes.

### 2.4. Presupuestos para su aplicación

El Tribunal Constitucional constató que en los casos citados existía una actitud por parte de la entidad pública demandada que lesionaba derechos de un grupo de personas.

Así, tenemos que en el primer caso, en un proceso de hábeas data, el Consejo Nacional de la Magistratura se negaba a entregar información sobre el proceso de evaluación y ratificación a la propia interesada, en tanto que en el segundo, dentro de un proceso de cumplimiento, los funcionarios del sector educación se negaban a dar efectividad a múltiples resoluciones administrativas que reconocían derechos de pago de sumas de dinero a un número no determinado de profesores.

Por lo tanto, a partir de los casos resueltos por el Tribunal Constitucional, podemos advertir la presencia de presupuestos institucionales, subjetivos y objetivos para la declaración del «estado de cosas inconstitucional».

El presupuesto institucional está referido al escenario donde puede declararse el «estado de cosas inconstitucional», que no es otro sino un proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales como pueden ser el hábeas corpus, el hábeas data, el proceso de amparo e inclusive el proceso de cumplimiento.

En efecto, en los casos citados la técnica estudiada ha sido utilizada dentro de un escenario institucionalizado: el proceso constitucional, en donde el máximo juez constitucional de nuestro país, con miras a perfeccionar los mecanismos de tutela de los derechos (garantías) ha empleado una técnica de modulación de los efectos de la sentencia constitucional, que en principio debería circunscribirse, en virtud al principio de congruencia procesal, a las partes del proceso.

Por otro lado, los presupuestos subjetivos están referidos a las condiciones que deben reunir los sujetos que vienen a vincularse mediante la declaración «del estado de cosas inconstitucional». Tenemos, por un lado, a los beneficiarios de tal declaración, y por otro, a aquellos que en virtud a la misma serían objeto de las órdenes emitidas por el Tribunal Constitucional a fin de erradicar el estado de cosas calificado como inconstitucional.

En el primer extremo siempre van a estar ubicados los ciudadanos, como sujetos beneficiarios de la declaración del «estado de cosas inconstitucional», cuyos derechos constitucionales están siendo afectados, lesionados o amenazados por la actitud activa u omisiva de una institución pública.

En el segundo extremo de la relación, de acuerdo con los casos citados, el sujeto pasivo de la declaración del «estado de cosas inconstitucional» ha sido una institución pública (el Consejo Nacional de la Magistratura y una Unidad de Gestión Educativa Local).

Entonces, en línea de principio, el sujeto pasivo de la declaración de un «estado de cosas inconstitucional» resultaría ser el Estado, en sus diversas manifestaciones.

Aquí es donde cabe preguntarse si, en efecto, solo una institución (organismo o entidad) pública puede constituirse en el sujeto pasivo de la declaración del «estado de cosas inconstitucional», o si también podrían serlo los propios particulares, en cuanto sujetos que pueden lesionar o amenazar la vigencia de los derechos fundamentales de otros pares. La respuesta a esta interrogante la abordaremos en el punto 3 del presente trabajo.

Finalmente, por presupuestos objetivos debemos entender las especiales condiciones de hecho que le permiten al Tribunal Constitucional determinar que se sitúa frente a un «estado de cosas inconstitucional». En este sentido, debemos tener presente que al encontrarnos dentro del marco institucional de un proceso constitucional de tutela de derechos –en el que siempre se ventila la afectación a un derecho fundamental–, la primera condición objetiva que deberá analizarse, para declarar un estado de cosas como inconstitucional, es que se esté afectando uno o varios derechos fundamentales.

La segunda condición objetiva es que tal estado de cosas lesivo a los derechos involucre a un universo, determinado o determinable, de personas.

En los casos citados, el Tribunal Constitucional tenía un elemento objetivo para poder determinar la magnitud de los afectados: si bien no enumeraba exactamente quienes eran los afectados, los elementos objetivos del caso permitían concluir que dicha situación podía afectar o afectaba a un grupo de personas. Así, por ejemplo, ello se dio en la acción de cumplimiento en que varios docentes reclamaban diferentes derechos legales (gastos de sepelio y luto y bonificación por 20 años de servicios) y estos, a pesar de estar reconocidos en sendas resoluciones administrativas, les eran negados. O en el otro caso, en que hubo una incorrecta interpretación de una norma por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, que aparejó la afectación de un derecho constitucional: el acceso a la información pública, que en los hechos constituía una verdadera política institucional: nos referimos al silencio y al secreto sobre la información utilizada durante los procesos de evaluación y ratificación de los jueces.

### 2.5. Efectos de su aplicación

Ahora corresponde determinar cuáles son los efectos de la declaración de un estado de cosas como inconstitucional. De los casos citados, aparece que los efectos principales se dan en la sentencia y que bien podría resumirse en el hecho de su ampliación. Si bien la idea es algo genérica, la misma debe precisarse.

Una sentencia, de acuerdo con la teoría general del proceso, se rige por el principio de congruencia procesal, pues en principio lo que se resuelva mediante la misma solo alcanza á las partes del proceso y a quienes de ellos deriven sus derechos (artículo 123º del Código Procesal Civil). Entonces, siguiendo dicha regla, respecto a una sentencia recaída en un proceso constitucional de tutela de derechos (amparo, hábeas data, hábeas corpus, cumplimiento) lo lógico es que mediante ella se estime, total o parcialmente, o se desestime la pretensión declarándose fundada o infundada la demanda.

En el supuesto que la demanda se declare fundada, la sentencia ordenará la reposición del derecho lesionado o conculcado (artículo 1º del Código Procesal Constitucional). Tal declaración, obviamente, solo debiera afectar a quien demandó y a quien fue demandado en el proceso. Esto debería ser lo regular, lo normal. No obstante, mediante la declaración del estado de cosas inconstitucional los efectos de la sentencia se amplían[13], por lo que corresponde determinar dos cosas: cuáles son los efectos de la sentencia (ámbito objetivo) y en qué consiste la ampliación de la misma (ámbito subjetivo).

Los efectos de la sentencia recaída en un proceso de tutela de derechos vienen dados por las específicas órdenes que dicta el juez constitucional y que tienen por destinatario al demandado en el proceso; tales órdenes buscan ante todo la reposición del derecho conculcado, así como su efectivo ejercicio por parte de su titular.

Por ejemplo, en un caso en que se demanda el otorgamiento de una pensión, la que se dirige contra la Oficina Nacional de Normalización Previsional (ONP), la sentencia, de estimar la pretensión, ordenará que la ONP otorgue la pensión reclamada. En el caso que se pretendiera obtener la reposición en el puesto de trabajo frente a un despido arbitrario sin expresión de causa, de estimarse la demanda, el juez constitucional ordenará la reposición efectiva en el empleo, en la misma condición y jerarquía. Estos ejemplos, como se ve, consisten en una sola orden: que se otorgue la pensión o que se reponga en el empleo.

---

(13) Precisamente, esta ampliación de los efectos de la sentencia es considerada por el Tribunal Constitucional como una de sus características esenciales. En la sentencia recaída en el Expediente Nº 4878-2008-PA/TC, del 20 de marzo de 2009, Fundamento Jurídico Nº 15, se tiene dicho que: «La característica esencial de la declaración de una determinada situación como un *estado de cosas inconstitucional* consiste en extender los efectos de una decisión a personas que no fueron demandantes ni participaron en el proceso que dio origen a la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional en la declaratoria respectiva, pero que se encuentran en la misma situación que fue identificada como inconstitucional».

Empero, en los casos en los que el Tribunal Constitucional ha declarado la existencia de un «estado de cosas inconstitucional», en los extremos resolutivos de las sentencias, este colegiado, aparte de declarar fundada la demanda (y de esta manera satisfacer la pretensión individual del demandante), dictó una serie de órdenes (mandatos de acción o mandatos de abstención) dirigidas a la institución pública autora de la lesión y a otras que indirectamente pueden colaborar con la remoción del estado de cosas inconstitucional, como: los consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura, el Ministro de Economía y Finanzas, el Ministerio de Educación, el Gerente Regional de Planeamiento, Presupuesto y Acondicionamiento Territorial del Gobierno Regional de Cajamarca.

Constituyen, pues, estas órdenes –que tienen por objeto remover la lesión de los derechos constitucionales–, el ámbito objetivo de la ampliación de los efectos de la sentencia derivado de la declaración del «estado de cosas inconstitucional».

El ámbito subjetivo, derivado de la ampliación de los efectos de la sentencia, vendría dado por la extensión de los sujetos beneficiarios de ella, en la medida que estos no se circunscriben a quien o quienes participaron como demandantes en el proceso constitucional.

En los casos reseñados en que se ha aplicado la técnica bajo estudio, el Tribunal Constitucional amplió la esfera de beneficiarios de las órdenes dictadas en las sentencias a fin de que aquellos no tuvieran que transitar nuevamente por un proceso constitucional (con todas sus etapas y las vicisitudes que conlleva la tramitación ante los jueces constitucionales del Poder Judicial) para obtener, en los hechos, lo mismo: que garantice su derecho constitucional afectado.

Entonces, los efectos de la declaración de un estado de cosas como inconstitucional implicará la ampliación de estos, que se traduce en el dictado de una serie de órdenes, que exceden de lo peticionado en la demanda, que tienen por objeto remover los actos lesivos de los derechos constitucionales (ámbito objetivo) y a su vez ampliar la esfera de beneficiarios de dichas órdenes (ámbito subjetivo), con la finalidad de que otras personas afectadas por aquellos actos lesivos –actos que adquieren una suerte de continuidad– no tengan que transitar por un nuevo proceso judicial, cuyo resultado será el mismo que aquél en que se ha declarado el «estado de cosas inconstitucional».

### 2.6. El estado de cosas inconstitucional como técnica para la tutela de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares

En los casos citados, y que han sido resueltos por el Tribunal Constitucional, siguiendo la pauta colombiana, solo se ha declarado el estado de cosas

inconstitucional teniendo a una institución de la administración pública como el sujeto activo de la lesión del derecho.

Hasta el momento, en lo que va de nuestra experiencia jurisprudencial, no ha tenido lugar una declaración del «estado de cosas inconstitucional» a partir de conductas lesivas imputadas a un particular, por lo que cabe preguntarnos si tal supuesto sería procedente en nuestro ordenamiento jurídico.

Ya vimos antes que los derechos fundamentales vinculan no solo al Estado, sino también a los particulares, por lo que creemos que la respuesta a la pregunta que nos acabamos de plantear sería afirmativa y que su fundamento puede construirse a partir de dos razones: a) la justificación que se ha brindado para el empleo de la técnica del «estado de cosas inconstitucional», y b) la finalidad que se persigue con el uso de dicha técnica procesal.

La declaración del «estado de cosas inconstitucional» como técnica procesal, se justifica a partir del reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos constitucionales[14]. Los derechos constitucionales, todos ellos, incluyendo obviamente los derechos constitucionales laborales, tienen dos dimensiones: un ámbito subjetivo y un ámbito objetivo[15].

Se entiende que el ámbito subjetivo de un derecho constitucional viene dado por su contenido individual, que consiste en el conjunto de facultades, ese haz de atribuciones que el individuo puede ejercer, así como las prestaciones individualizables y titularizables que puede exigir, tanto al Estado como a otros particulares.

En tanto que la dimensión objetiva está «[...] constituido por normas objetivas de principio (*objektive Grundsatznormen*) y decisiones axiológicas (*Wertenstscheidungen*) que se erigen como garantías institucionales y deberes positivos, es decir, imponen deberes de protección y mandatos de actuación al Estado, los cuales proporcionan pautas de integración e interpretación de las normas que regulan la vida pública y la convivencia ciudadana»[16].

---

(14) TOLE MARTÍNEZ, Julián, «La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación», en *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 15, México D. F., 2006, pp. 254-312.

(15) Para mayores alcances sobre las dimensiones subjetiva y objetiva de los derechos constitucionales en nuestro sistema jurídico, vide CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª ed., Palestra, Lima, 2007, pp. 275-321.

(16) TOLE MARTÍNEZ, «La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucionales, un ejemplo de su aplicación», cit., p. 259.

Esta doble dimensión de los derechos constitucionales ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente Nº 3330-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico Nº 9, en la que ha expresado que «[...] la realización del Estado constitucional y democrático de derecho solo es posible a partir del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de las personas. Es que estos derechos poseen un doble carácter: son, por un lado, derechos subjetivos; pero, por otro lado, también instituciones objetivas valorativas, lo cual merece toda la salvaguarda posible. En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional».

Ahora bien, esta dimensión objetiva no solo vincula al Estado, pues si bien puede considerársele como su primer o principal destinatario, también vincula a los propios particulares, para quienes también los derechos fundamentales se convierten en principios objetivos que guían su actuación cotidiana en las relaciones que puedan darse, entre padres e hijos, socios, asociados, o entre trabajadores y empleadores, ya que sería incoherente y hasta contradictorio, con la fuerza vinculante de los derechos constitucionales, afirmar que estos, en su faz subjetiva, vinculan a los particulares, pero que no los vinculan en su dimensión objetiva.

Entonces, si es el ámbito objetivo de los derechos fundamentales el que justifica la aplicación de la técnica del «estado de cosas inconstitucional», y asumimos a la vez que dicha dimensión objetiva vincula tanto al Estado como a los particulares, es coherente concluir que el estado de cosas inconstitucional puede ser declarado tanto en relación con el Estado cuanto frente a los propios particulares, siempre que sus acciones u omisiones afecten uno o algunos derechos constitucionales y siempre que esto ello acontezca de manera sistemática, afectando a un universo, determinado o determinable, de personas. Podemos recoger supuestos, como por ejemplo, la contaminación sistemática de un río, del aire o del ambiente en general por agentes contaminantes producidos por la actividad económica de empresas privadas. O todo un conjunto de políticas laborales, empleadas por una o un conjunto de empresas (que bien pueden estar vinculadas como grupo económico o pertenecer a una misma rama de la actividad empresarial) que lesionan de modo sistemático diversos derechos

constitucionales laborales u otros derechos constitucionales del trabajador, como puede ser la revisión de los *e-mails* personales de los empleados (afectación a la privacidad de las comunicaciones). O un reglamento interno de trabajo que resulta lesivo del derecho de descanso semanal, que contemple normas discriminatorias que se vengan aplicando en la empresa, o afecten la libertad sindical de los trabajadores, etc.

Ahora bien, la segunda razón que nos permite afirmar que la declaración del estado de cosas inconstitucional sí puede darse frente a los particulares viene dada por la finalidad que se busca lograr con dicha técnica: brindar una tutela amplia a las personas y evitar el fatigoso tránsito de la vía jurisdiccional para obtener la tutela judicial de los derechos constitucionales lesionados o amenazados.

Esta finalidad ha sido recalcada por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico Nº 12 de la sentencia del Expediente Nº 3149-2004-AC/TC, en la cual afirmó que utilizó la técnica de la declaración del 'estado de cosas inconstitucional' [...] con el objeto de expandir los alcances de la sentencia en un proceso de tutela de derechos fundamentales con efectos, prima facie, ínter partes, evitando que otros ciudadanos afectados por los mismos comportamientos violatorios tengan que interponer sucesivas demandas con el fin de lograr lo mismo».

Por lo tanto, si nos hallamos frente a actos sucesivos de particulares que afectan los derechos constitucionales de un grupo de personas, sería contrario a los derechos fundamentales lesionados esperar a que cada uno de los afectados recurra a la justicia constitucional a fin de que el acto lesivo sea removido y se restablezca el pleno ejercicio del derecho conculcado. Precisamente, en virtud del ámbito objetivo de los derechos constitucionales afectados y en aras de lograr una mayor eficacia en la tutela que se brindaría a tales derechos constitucionales en juego, es que bien podría y debería declararse el «estado de cosas inconstitucional» y proceder a ampliar los efectos de una sentencia constitucional *ínter partes*, a fin de tutelar a todos aquellos que son afectados por el acto (o los actos) que se enmarcaran dentro del «estado de cosas inconstitucional» así declarado.

Ahora bien, aparte de estas razones justificativas, el mismo Tribunal, deliberada o indirectamente, ha deslizado la posibilidad de declarar el estado de cosas inconstitucional frente a un particular. Así, en la misma sentencia citada anteriormente, el Tribunal Constitucional expresó que: «Con la declaración de una situación determinada como contraria a los valores constitucionales (estado de cosas inconstitucional), se genera una serie de responsabilidades de par-

te de los órganos, instituciones o personas concretas involucrados en los actos vulneratorios, permitiendo, de este modo, allanar el camino en la búsqueda y satisfacción de los derechos comprometidos».

De esta cita, si bien puede entenderse que la referencia a «órganos e instituciones» está dirigida a las entidades que integran el Estado, no sucede lo mismo cuando se alude a «personas», pues creemos que se hace referencia, no necesariamente, a las autoridades o funcionarios públicos (pues bien pudo el Tribunal nombrarlos directamente), sino a personas particulares, pues, como se ha visto, los particulares pueden y de hecho afectan derechos constitucionales, hipótesis que no solo abarca el supuesto de un solo sujeto afectado, sino que también incluye la posibilidad de que por el acto de un particular se afecte a una pluralidad de personas.

Entonces, siguiendo esta línea de razonamiento, puede afirmarse que el Tribunal Constitucional acepta la tesis de que una persona, particularmente considerada, también pueda ser objeto de las órdenes emitidas en virtud de la declaración del «estado de cosas inconstitucional». Por ende, la declaración de un «estado de cosas inconstitucional» que vincule a un sujeto privado como destinatario de las órdenes que se emitan, en aplicación de dicha técnica procesal, es perfectamente posible en nuestro ordenamiento jurídico.

### 2.7. El estado de cosas inconstitucional como técnica para la tutela de derechos constitucionales laborales y derechos inespecíficos en el marco de la relación laboral

Dentro del marco de una relación de trabajo, signada por la subordinación del trabajador frente a su empleador, podríamos distinguir, si cabe, el ejercicio de dos categorías de derechos constitucionales: aquellos específica o primordialmente laborales (como el derecho de acceso al trabajo, a la protección contra el despido arbitrario, a la jornada máxima de trabajo, a la libertad sindical, entre otros) y aquellos que la doctrina denomina como «inespecíficos», los que sin ser de naturaleza estrictamente laboral, tienen especial relevancia dentro del marco de las relaciones que se suscitan entre el trabajador y el empleador (privacidad de las comunicaciones, integridad física y moral, libertad de expresión y de conciencia, entre otros). Esto desde la perspectiva del trabajador.

Del mismo modo, no debemos olvidar que el empleador ejerce un poder jurídico de dirección en el ámbito de la empresa, el cual se sustenta también en la libertad de empresa que la propia Constitución de 1993 le reconoce y

garantiza (artículo 59º). Según Carlos Blancas Bustamante, «las facultades del empleador/empresario de crear, organizar y dirigir su empresa suponen, necesariamente, la de disponer sobre todos los factores que intervienen en el proceso productivo o actividad económica de aquella, entre estos, naturalmente, del factor trabajo»[17]. El citado autor nos recuerda también que el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre el contenido de este derecho, ha distinguido «cuatro tipo de libertades»: la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, la de organización, la de competencia y la libertad para cesar las actividades de la empresa[18]. Formará parte de la libertad de organización lo relativo al manejo y administración de las relaciones laborales.

Por lo tanto, es una verdad tangible que el empleador, ejerciendo su poder de dirección, puede lesionar derechos constitucionales de los trabajadores, adoptando un «comportamiento inconstitucional sistemático». Por ejemplo, podría actuar en perjuicio de la libertad de trabajo institucionalizando prácticas discriminatorias, claramente inconstitucionales, al momento de la contratación o de la promoción de sus trabajadores. O tener institucionalmente como práctica procesos de ceses masivos de personal al margen de la existencia de causas justas habilitantes los validen. También el reglamento interno de trabajo, al constituir un instrumento de actuación empresarial permanente, podría pretender institucionalizar conductas o prácticas violatorias de derechos constitucionales inespecíficos de los trabajadores (libertad de creencia religiosa, de pensamiento, privacidad de las comunicaciones).

En consecuencia, frente a este tipo de situaciones los trabajadores deben contar y cuentan con mecanismos institucionalizados para poder obtener tutela jurídica para sus derechos constitucionales, laborales e inespecíficos, afectados por el poder de dirección del empleador y por sus decisiones de negocios. Uno de estos mecanismos institucionalizados son los sindicatos (que son a su vez la concreción de un derecho constitucional: el de la libertad sindical), quienes asumen la representación del colectivo de trabajadores frente a los empleadores en aras de obtener mayores derechos y mejores condiciones de trabajo. Otro mecanismo institucional es el uso de las vías jurisdiccionales habilitadas para la tutela de los derechos laborales propiamente constitucionales o de origen legal.

Precisamente, para la tutela de los derechos constitucionales que surgen dentro de las relaciones de trabajo contamos con mecanismos jurisdiccionales

---

[17] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, PUCP, Lima, 2007, pp. 103 y 104

[18] Ibídem, p. 104.

especiales como son los procesos constitucionales, en especial la acción de amparo. Empero, a los procesos constitucionales habitualmente acude el trabajador individual cuando uno o alguno de sus derechos es afectado. Sin embargo, como ya dijimos el empleador puede y de hecho lesiona los derechos constitucionales, laborales e inespecíficos, de sus trabajadores, a veces de manera individual y otras afectando a un grupo significativo determinado o determinable de trabajadores.

Muchas veces, en estos casos, los trabajadores optan por acudir de forma individual a la vía judicial del amparo a fin de obtener lo mismo: el pleno restablecimiento del derecho conculcado.

Es en tal contexto de masiva, extendida e institucionalizada práctica de violación sistemática de derechos constitucionales en que cabe preguntarnos si es que, constatada objetivamente la presencia de un grupo de trabajadores afectados por la actuación empresarial, podría declararse un "estado de cosas inconstitucional" como consecuencia de un proceso de amparo promovido por un trabajador, frente a la conducta lesiva de un empleador, dictándose una serie de mandatos judiciales que tengan por objeto lograr el pleno restablecimiento de los derechos de los trabajadores involucrados, a pesar de que aquellos, salvo el demandante, no hubieran sido parte del proceso.

Creemos que tal hipótesis sí sería posible, aunque corresponde construir el fundamento que haría viable tal hipótesis para llegar a aquellas razones específicas en relación con los derechos constitucionales laborales.

### 2.8. Justificación de la declaración del estado de cosas inconstitucional para la tutela de los derechos constitucionales del trabajador frente a actos lesivos del empleador

Como ya se dijo en el punto 2.2 *supra,* los derechos constitucionales vinculan al Estado y al empleador como derechos inmediatamente exigibles, en función de las circunstancias de los casos concretos. Por lo tanto, si los derechos constitucionales laborales, y con mayor razón aquellos derechos inespecíficos que acontecen en el marco de las relaciones de trabajo, vinculan en su totalidad al empleador, su exigencia y respeto es de ineludible y obligatorio cumplimiento para los empresarios. De este modo, ante cualquier afectación a los mismos por parte del poder de dirección del empresario la respuesta jurisdiccional resultaría perfectamente viable.

Ahora bien, los derechos constitucionales laborales y aquellos inespecíficos no solo son derechos subjetivos (derechos de defensa o de prestación individualizados

en el trabajador), sino que también tienen un ámbito objetivo, en tanto los mismos vienen a conformar los valores y principios que orientan el desenvolvimiento de las relaciones de trabajo que se entablan entre empleados y empresarios.

En consecuencia, no solo serían tutelables en la vía jurisdiccional los ámbitos subjetivos de los derechos constitucionales laborales, sino también su aspecto objetivo. En esta medida, al resultar protegible el aspecto objetivo de los derechos constitucionales laborales, deviene plenamente justificado que se intente maximizar el espectro de protección judicial de derechos afectados mediante la declaración del "estado de cosas inconstitucional" con la consecuente ampliación de los efectos de la sentencia a aquellos trabajadores, que sin haber promovido la acción de la justicia constitucional, bien puedan ser beneficiarios de las órdenes dictadas por el máximo juez constitucional de nuestro país.

Del mismo modo, la faz objetiva de los derechos constitucionales determina que en un ánimo de brindar tutela judicial realmente efectiva y eficaz se evite el tránsito, a veces tortuoso, lento e inefectivo, del proceso judicial, evitando así el tránsito innecesario de un nuevo proceso judicial, cuando el resultado que se persigue ya ha sido logrado por un compañero de trabajo, siendo perfectamente aplicable los efectos de la sentencia ya obtenida al encontrase en una situación similar.

### 2.9. Posibles casos de aplicación en el ámbito laboral

Si bien la realidad suele superar las situaciones que uno puede prefigurar, corresponde igual proyectar algunos posibles casos que pudieran ser objeto de una declaración del "estado de cosas inconstitucional". Una declaración de tal tipo determinaría calificar el ejercicio del poder de dirección del empresario o de su facultad sancionadora como inconstitucional, pues mediante su práctica se habría lesionado la esfera subjetiva y objetiva de los derechos constitucionales, laborales o inespecíficos, de sus trabajadores.

En línea con lo dicho, el poder del empleador que podría ser objeto de una declaración del "estado de cosas inconstitucional", podría manifestarse, por ejemplo, de la siguiente forma:

a. La adopción de *políticas laborales* al interior de la empresa, expresada de diversas formas, mediante los reglamentos internos de trabajo, directivas laborales o la práctica directa. A modo de ejemplo, podría haber quedado plasmada en un reglamento interno de trabajo que contemplara prácticas de revisión de los correos electrónicos claramente invasivas del derecho intimidad y de dignidad de los trabajadores.

b. *Actos de hecho,* escudados en un aparente ejercicio regular del poder de dirección del empleador, como por ejemplo, los traslados de trabajadores a centros apartados, sin una causa objetiva que los justificara o que tradujeran en el fondo formas solapadas de sancionar a trabajadores con tales traslados.

c. *Actuaciones arbitrarias del empleador* como los despidos masivos sin expresión de causa, el empleo sistemático de contratación a tiempo determinado sin reales causas objetivas habilitantes, permanentes ceses masivos de personal al margen del canal legal que debería transitarse ante la autoridad de trabajo para llevarlos a cabo.

Estos constituyen solo algunos ejemplos, demasiado generales e insuficientes frente a la riqueza de la realidad, que bien podrían ameritar una declaración del "estado de cosas inconstitucional" por parte de la justicia constitucional en nuestro país. Mediante tal técnica, y en virtud de la autonomía procesal, y justificada en la protección del ámbito objetivo de los derechos constitucionales, laborales o inespecíficos, de los trabajadores, la justicia constitucional bien podría brindar un espectro amplio de tutela judicial, en aras de concretar el mandato contenido en el artículo 44º de la Constitución, cual es el deber del estado de proponer la vigencia efectiva de los derechos humanos, entre ellos los derechos constitucionales de los trabajadores.

Asimismo, creemos que, con mayor razón, la posibilidad de aplicar esta técnica procesal-constitucional en el ámbito de las relaciones laborales, se objetiva aun más cuando es el Estado quien actúa como el empleador. En tal circunstancia, quizá resulte más pacífico aceptar su aplicación habida cuenta que el acto lesivo constitucional-laboral partiría de un órgano estatal, sin importar que este se rigiera bajo el régimen laboral público o privado, e incluso bajo este régimen administrativo cuasi laboral de la "Contratación Administrativa de Servicios", regulada por el Decreto Legislativo Nº 1057, que se viene implementando a través de los denominados "contratos de administración de servicios".

## 3. A MODO DE CONCLUSIÓN

La realidad ha demostrado que los derechos constitucionales de las personas no solo pueden ser objeto de restricción o lesión por parte del Estado o sus agentes, sino también por parte de los particulares, debido a las especiales relaciones de sujeción y subordinación que cotidianamente se van presentando, como por ejemplo entre los padres e hijos, los miembros de una asociación con la persona jurídica, el trabajador y el empleador, entre otras.

Entre las relaciones de sujeción aludidas merece especial atención la que se presenta en el marco de las relaciones laborales, pues el empleador adquiere una posición de superioridad frente al trabajador, derivada de su poder económico y del poder jurídico que conocemos como subordinación. Fundada en ella, el empleador ejerce un poder de dirección sobre el trabajador que el ordenamiento jurídico reconoce y valida, razón por la cual la legislación laboral intenta, precisamente, compensar dichas diferencias materiales y jurídicas.

El ejercicio de este poder del empleador puede afectar los derechos constitucionales del trabajador, tanto aquellos estrictamente laborales como aquellos que no siendo estrictamente laborales tienen una relevancia especial en el marco de las relaciones labores, conocidos como derechos inespecíficos.

Los derechos constitucionales del trabajador, laborales e inespecíficos, vinculan y son exigibles al empleador y además orientan el desarrollo de las relaciones laborales, tanto desde su consideración como derechos subjetivos y como principios objetivos que informan y guían el devenir cotidiano de las relaciones laborales.

Por otro lado, la declaración del estado de cosas inconstitucional es una técnica procesal que tiene por objeto ampliar los efectos de la sentencia recaída en un proceso de tutela de derechos y beneficiar a quienes en principio no han sido parte del proceso, con la finalidad de maximizar el espectro de protección de los derechos constitucionales en juego; dicha técnica viene justificada por el ámbito objetivo de los derechos constitucionales.

En línea de principio, se acepta pacíficamente que sea una institución del Estado el sujeto pasivo de la declaración del "estado de cosas inconstitucional", empero existen razones que permiten sustentar que dicha técnica también puede ser empleada frente a los particulares agresores de los derechos constitucionales, en especial el empleador básicamente cuando adopta conductas inconstitucionales de modo sistemático.

Precisamente, debido al poder económico y de dirección que ostenta, el empleador puede lesionar los derechos constitucionales de sus trabajadores, tanto los propiamente laborales como aquellos inespecíficos, ya sea mediante políticas laborales de la empresa (expresadas por lo general en los reglamentos internos de trabajo o en directivas), actos o hechos que constituyan aparente ejercicio regular del poder de dirección o sancionador del empleador o bien mediante actuaciones arbitrarias (como por ejemplo el cese masivo sin seguir los procedimientos administrativos laborales establecidos).

Frente a situaciones como las descritas, el empleo de la declaración del "estado de cosas inconstitucional" vendría justificado por la eficacia jurídica vinculante de los derechos constitucionales, laborales e inespecíficos, de los trabajadores, así como por la dimensión objetiva que los mismos ostentan en tanto principios que informan el ordenamiento jurídico laboral, con la finalidad de ampliar los efectos de la sentencia constitucional y de evitar el engorroso camino de recorrer los pasillos judiciales buscando lo que ya se obtuvo en otro caso parecido o similar: efectiva tutela para el derecho constitucional del trabajador.

# ANÁLISIS DE LOS PROYECTOS DE REFORMA PROCESAL LABORAL PERUANA

Adolfo Ciudad Reynaud(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

El análisis de los proyectos de reforma procesal laboral que se encuentran en trámite hace necesario que, en primer lugar, hagamos una breve referencia a la importancia que el tema tiene para los derechos humanos laborales, a su situación actual en que se encuentra la administración de justicia laboral en nuestro país, así como establecer lo que podría ser la orientación general de una reforma tan necesaria y urgente.

En segundo lugar, nos referiremos al «Proyecto de Ley Procesal Laboral», Proyecto Nº 117-2206-CR del Congreso de la República, y seguidamente, aludiremos al anteproyecto de «Ley Procesal del Trabajo» promovido por el Ex Ministro de Trabajo, Mario Pasco Cosmópolis, que se publicó por disposición de la Resolución Ministerial Nº 379-2008-TR, del 4 de diciembre de 2008.

---

(*) Especialista Principal en Legislación Laboral, Administración del Trabajo y Diálogo Social de la Oficina Subregional de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para América Central, Haití, Panamá y República Dominicana. Las opiniones vertidas en el presente documento son de naturaleza personal y no comprometen a la OIT. Este artículo fue elaborado con la asistencia de Andrea Sánchez Matos, Bachiller en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, Perú, quien en realidad podría considerase como coautora de determinadas partes de este ensayo.

## 2. IMPORTANCIA, ANTECEDENTES Y SITUACIÓN ACTUAL

La situación actual de la administración de justicia laboral peruana necesita una profunda revisión, modernización y fortalecimiento, como parte de la tarea de construcción de un sistema democrático de relaciones de trabajo, así como del afianzamiento de la democracia y de la gobernabilidad en el país.

Respecto a la relación administración de justicia laboral y democracia, una interesante investigación sobre justicia laboral en América Central señala: «La situación es simple, sin justicia no hay democracia. La práctica cotidiana ha demostrado que un régimen democrático no puede consolidarse tan solo a partir de reformas constitucionales o el cumplimiento de prácticas electorales, como tampoco simplemente con la creación y adopción exclusiva de políticas públicas. Por ello, un Estado que se precie de ser democrático debe contar, además, con un sistema judicial que respalde y sancione eficazmente cualquier vulneración a los derechos y libertades fundamentales; pero sobre todo, que garantice a cualquier persona un acceso razonable, igualitario y expedito»[1].

En efecto, al igual que para la mayoría de países de América latina, la reforma judicial en Perú es una condición previa para la consolidación de la democracia y del desarrollo sustentable del país. Sin desconocer los avances obtenidos, en el ámbito judicial laboral todavía tenemos instituciones débiles e ineficientes. No siempre se ha podido garantizar un ágil y célere respeto pleno de los derechos humanos vinculados al trabajo y los derechos laborales en general, ni proporcionar a los ciudadanos que trabajan los elementos esenciales de seguridad.

Ello ocasiona que siga existiendo una profunda brecha entre el derecho y la realidad que debiéramos superar como parte del principio de legalidad y del Estado de Derecho. Así lo entendieron también los constituyentes de la OIT cuando decidieron tripartitamente que una de sus prioridades en la región es el *respeto y el cumplimiento efectivo* de las normas sobre derechos laborales y, muy especialmente, sobre los principios y derechos fundamentales en el trabajo[2].

La falta de efectividad de la administración de justicia afecta el derecho humano fundamental de las personas a obtener *tutela judicial efectiva* por parte

---

(1) INICIATIVA REGIONAL PARA LA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y EN TRABAJO DIGNO, *Obstáculos a la justicia laboral en Centro América y el Caribe: análisis comparativo*, Grupo de Monitoreo Independiente de El Salvador, El Salvador, p. 7.

(2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Trabajo decente en las América: una agenda hemisférica, 2006-2015. Informe del Director General, Juan Somavia en la XVI Reunión Regional Americana*, OIT, Brasilia, 2006.

de jueces y tribunales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, con todas las garantías que la ley prescribe, sin que se produzca indefensión, con acceso al juez ordinario predeterminado por la ley, con derecho a defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación, con derecho a un proceso público, con la posibilidad de recurrir a los medios de prueba pertinentes para su defensa, y además, con derecho a un proceso «sin dilaciones indebidas».

La Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere a la necesidad de contar con un *recurso efectivo* ante los tribunales nacionales competentes, que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley[3].

La Convención Americana de Derechos Humanos, reconoce a toda persona el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente, imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, *laboral*, fiscal o de cualquier otro carácter[4]. Similar prescripción la encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho a ser juzgado «sin dilaciones indebidas»[5].

Este concepto de dilaciones indebidas está definido por Sendra «como un derecho subjetivo constitucional de carácter autónomo aunque instrumental del derecho a la tutela, que asiste a todos los sujetos de derecho privado que hayan sido parte en un procedimiento judicial y que se dirige frente a los órganos del Poder Judicial, aun cuando en su ejercicio han de estar comprometidos todos los demás poderes del Estado, creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias»[6].

La debilidad de nuestra administración de justicia laboral nos sitúa frente a un problema nacional de gran envergadura que afecta derechos humanos básicos, que además tiene que ver con la efectividad de todo el conjunto de la normativa laboral. En tal virtud, la reforma que acometamos debe ser drástica, integral, que atienda el cambio del sistema judicial laboral escrito, que es el origen del problema de las indebidas dilaciones de los procesos.

---

(3) Cfr. artículo 8º.

(4) Cfr. artículo 8º.

(5) Cfr. artículo 14º.3. c.

(6) SENDRA, Gimeno, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.

En nuestro país tenemos un procedimiento judicial laboral fundamentalmente escrito y altamente formalista, donde el juez sentencia prácticamente sin conocer a las partes, sin tener el debido contacto directo con ellas, sino sobre la base de escritos reunidos en voluminosos expedientes, y donde los procesos son sustanciados fundamentalmente por sus auxiliares o asistentes. El procedimiento es tan complejo y tortuoso que dura de cuatro a ocho años, y a veces más, como veremos más adelante, con lo que la solución llega tan a destiempo que deja de ser un remedio para las partes.

En Perú no hemos conocido nunca el sistema judicial oral que se concreta a través de procesos por audiencias sino procesos escritos en los que se acumulan centenares y miles de papeles en los expedientes que terminan por confundir al juez y a las propias partes, contribuyendo a su dilación. Esta situación se agrava aún más teniendo en cuenta que el número de jueces es insuficiente para los casos que procesan, y también por los inadecuados espacios físicos que no permiten la celebración de audiencias públicas.

En efecto, en nuestro país no está prevista ni siquiera la existencia de salas especiales para la celebración de audiencias en los juzgados de primera instancia, en presencia de las partes y del público en general, en donde el juez pueda dirigir un debate directo entre ellas que le permita llegar a la verdad material.

Esto hace que los procedimientos judiciales en materia laboral sean lentos, caros e inconvenientes para empleadores y trabajadores. Esto dificulta una oportuna solución de los conflictos laborales a nivel jurisdiccional, con lo que amplios sectores de la ciudadanía ven frustrada o perciben lejana la posibilidad de hacer respetar sus derechos laborales. La falta de una eficiente y oportuna intervención judicial en la solución de conflictos laborales ocasiona también problemas de inseguridad jurídica a las empresas, así como un clima inapropiado para las inversiones[7].

La falta de contacto de los jueces con las partes en las distintas etapas de los procesos, es otro factor en detrimento del equilibrio esperado para asegurar un tratamiento justo a los litigantes. «El contacto directo permitiría a los jueces y magistrados de trabajo tener un conocimiento de primera mano sobre las circunstancias reales del caso y las personas involucradas, en lugar de la realidad artificial que emana de las presentaciones escritas»[8].

---

(7) Cfr. CIUDAD REYNAUD, Adolfo, «Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina», en *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, SPDTSS-Grijley, Lima, 2008, pp. 553-590.

(8) SÁEZ, Felipe, «La naturaleza de las reformas judiciales en América Latina. Algunas consideraciones estratégicas», en *Reforma judicial en América Latina. Una tarea inconclusa*, Departamento de Derecho

En este sentido, convendría que la reforma procesal laboral que se adopte en Perú se base en el principio de la oralidad y se adopte el sistema judicial laboral oral, que es el sustento del proceso laboral moderno. Esa es justamente la tendencia a nivel mundial y no solo para los procesos laborales, sino también para penales y civiles. En América Latina todas las reformas procesales que se han emprendido en los últimos años han tenido como objetivo fundamental la reducción de la duración media de los procesos. Nos referimos a los casos de Ecuador, Chile, Colombia, Uruguay y Venezuela, en donde el objetivo fundamental ha sido el cambio de sistema judicial laboral de escrito a oral[9].

Como bien lo señala Pasco Cosmópolis, «el proceso oral es proclamado y reclamado por toda la doctrina procesal laboral, sin excepción. No hay un solo estudioso que se pronuncie a favor de la escrituración, y ese es un argumento importante»[10].

La oralidad, a su vez, es lo único que nos permite hacer realidad los demás principios procesales de inmediación, concentración, celeridad, primacía de la realidad, entre otros.

A este respecto, al referirse a los llamados «principios» del proceso social español, De la Villa señala que «conviene alterar el orden de enunciación del artículo 74º de la LPL porque de todos los principios aludidos el de oralidad es el más genérico y causal de todos los demás»[11]. En ese mismo sentido se expresa la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que precisa: «Los principios invocados por el artículo 74º de la LPL están relacionados entre sí, pues no se comprende la inmediación sin la oralidad y la concentración, de modo que no se puede romper la unidad del acto del juicio oral sin que se resientan los otros principios inspiradores del proceso: STSud del 24 de abril de 1995 (Resolución 3156/94)»[12].

Un aspecto de singular importancia a este respecto es el relativo al *impulso oficial* del juez en el sistema procesal oral, que es complemento de los princi-

---

Internacional de la Oficina de Cooperación Jurídica de la OEA, Washington D. C., 2001, p. 16, en www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti.htm.

(9) CIUDAD REYNAUD, «Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina», cit., pp. 553-590.

(10) PASCO COSMÓPOLIS, Mario, «Características del proceso laboral. La oralidad», en *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*, SPDTSS, Lima, 2005. p. 52.

(11) VV. AA., *Ley de procedimiento laboral*, DE LA VILLA GIL, Luis Enrique (dir.), La Ley, Madrid, 2006, p. 576.

(12) Ibídem, p. 579.

pios antes enunciados, pero sobre todo se encuentra asociado al principio de oralidad. Para tales juicios por audiencias se requiere la participación activa del juez para dirigir el proceso y para conducir la audiencia. El juez es quien debe impulsar el proceso desde el inicio hasta su conclusión y debe participar directa y personalmente en el debate como en la tramitación y sustanciación del proceso[13].

De igual forma, el principio de la realidad de los hechos o el de *primacía de la realidad*, resulta de mucha importancia en el sistema procesal oral. Como se sabe, siguiendo al maestro Américo Plá[14], este principio de tradicional aplicación en materia laboral, consiste en «la primacía de los hechos sobre las formas», lo que implica que es más importante lo que ocurre en la práctica, que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o que aparezca de documentos, formularios o instrumentos de control. Este principio resultará de gran utilidad en el momento del debate oral entre las partes dirigido por el juez en la audiencia, pues se tenderá a la búsqueda de la verdad material por encima de lo que las partes afirmen o intenten probar.

Un aspecto adicional muy importante es el relativo a la *publicidad*, pues a través de ella «se permite a la ciudadanía tener acceso al proceso junto con las partes, con el fin de que pueda hacerse su propio criterio, sobre el caso tratado, con lo que se busca la transparencia en el proceso [...]. Finalmente, a través de la publicidad se puede realizar el control popular de administración de justicia, base de todo sistema democrático»[15]. En efecto, en la medida que se persigue que la administración de justicia deba ser transparente, «la publicidad de las actuaciones y de las decisiones es uno de los pilares del sistema y el conocimiento de los precedentes es lo que permite el respeto del principio de igualdad ante la justicia»[16]. Hay que indicar que la publicidad debe ser entendida tanto en lo que respecta a la forma de realización de la audiencia de manera que sea de público acceso, como a la publicidad de las sentencias de los jueces, que deben ser publicadas electrónicamente en la página web del Poder Judicial el mismo día de su emisión. Todo lo que resuelva la justicia laboral

---

(13) Cfr. CIUDAD REYNAUD, «Necesidad de una profunda reforma procesal laboral en América Latina», cit., pp. 553-590.

(14) Citado por OCHOA DE PATIÑO, Andrea, «La oralidad en el proceso laboral venezolano», en www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=79&Itemid=27, p. 8.

(15) Ibídem, p. 7.

(16) GREGORIO, Carlos, «Gestión judicial y reforma de la administración de justicia en América Latina», Banco Interamericano de Desarrollo, Washington D.C., 1996, p. 12.

debe poder ser de público conocimiento de la ciudadanía, como contribución a la transparencia con que debe actuar la administración de justicia laboral.

La experiencia internacional ha demostrado que el sistema procesal oral reduce enormemente la duración de los procesos, como es el caso por ejemplo de los procesos laborales en España, país que desde hace setenta años aplica la oralidad en materia laboral. El resultado es sorprendente sobre todo si nos atenemos a la duración del procedimiento en la primera instancia que en promedio es de 5,5 meses, pero si se desagrega esa información en función del tipo de asuntos que son de su competencia, tenemos que la duración promedio de la primera instancia para casos de conflictos colectivos es de 3.3 meses, para despidos 2.7 meses, para procesos por cantidades 6.3 meses y para casos de seguridad social 6.2 meses; tal como se aprecia del cuadro consignado a continuación.

**Cuadro N° 1**

| Órganos de la jurisdicción social | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| **Órganos** | **2007** | **2006** | **2005** | **2004** | **2003** |
| Jdos. de lo social | 5.5 | 5.3 | 5.2 | 5.0 | 4.6 |
| T. S. J. Sala Social | 8.0 | 7.8 | 7.5 | 7.2 | 6.9 |
| A. Nacional Sala Social | 3.5 | 4.1 | 4.5 | 3.8 | 3.6 |
| Tribunal Supremo 4ª | 13.1 | 14.0 | 13.5 | 11.4 | 3.6 |
| | | | | | |
| **Asuntos de los juzgados de lo social** | | | | | |
| **Asuntos** | **2007** | **2006** | **2005** | **2004** | **2003** |
| Conflictos colectivos | 3.3 | 3.6 | 3.4 | 2.9 | 3.3 |
| Despidos | 2.7 | 2.7 | 2.8 | 2.7 | 2.8 |
| Cantidades | 6.3 | 6.0 | 5.7 | 5.4 | 5.1 |
| Seguridad social | 6.2 | 6.0 | 5.7 | 5.7 | 5.3 |

**Fuente:** Consejo General del Poder Judicial, *La justicia dato a dato*, Poder Judicial, Madrid, Año, 2007, p. 83, en www.poderjudicial.es.

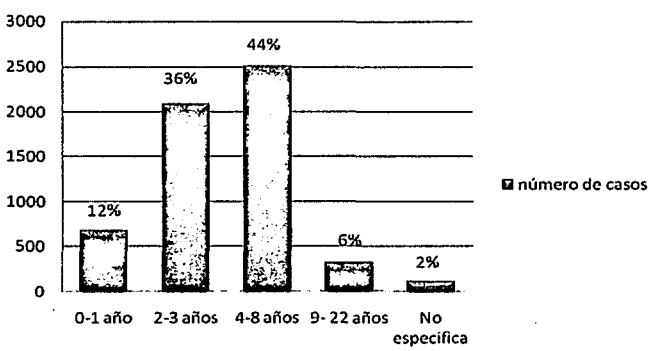
En Perú no se publica la información y medición estadística sobre la administración de justicia laboral, lo que es muy lamentable y debiera corregirse en interés del país, pues ello resulta indispensable para planificar, fijar objetivos y analizar políticas. Todo ello se basa en la disponibilidad de la información, por lo que una de las prioridades en la modernización del proceso laboral peruano debería incluir la mejora de la recolección, procesamiento y disponibilidad de datos estadísticos, a disposición del público en general.

Debido a esta carencia, no existen datos oficiales a disposición del público

en general respecto de la duración media del proceso, que es un dato clave para evaluar la efectividad de cualquier sistema procesal de administración de justicia. Sin embargo, todas las personas vinculadas a los procesos judiciales laborales conocen de su excesiva duración. No obstante, una reciente investigación sobre el tema[17] da cuenta de una demora procesal en la primera instancia que no cumple con la exigencia de los tratados internacionales de derechos humanos respecto al derecho de los ciudadanos a ser juzgados *sin dilaciones excesivas* (artículo 14º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Así mismo, muestra descarnadamente los graves problemas del sistema judicial laboral escrito, que hace indispensable su cambio por un sistema judicial basado en la oralidad.

Ante la carencia de estadísticas oficiales tal investigación recurrió a la recopilación de información de 5,717 causas laborales que una vez apeladas ingresaron a las tres Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Lima durante el período enero-agosto de 2008. En todos esos casos, al número de expediente se le adiciona el año en que estos se iniciaron, de donde se ha podido deducir la duración del proceso en primera instancia. Este trabajo nos proporciona la valiosa información de que el 44% de las causas en giro tenían en ese momento una duración de 4 a 8 años, el 36% de las causas tenía una duración de 2 a 3 años, el 12% tenían menos de un año de haber sido iniciadas, y el 6% tuvieron más de 9 años de duración en primera instancia.

**Gráfico Nº 1**
**Duración de procesos en primera instancia ingresados en las tres Salas Laborales del Distrito Judicial de Lima[18]**



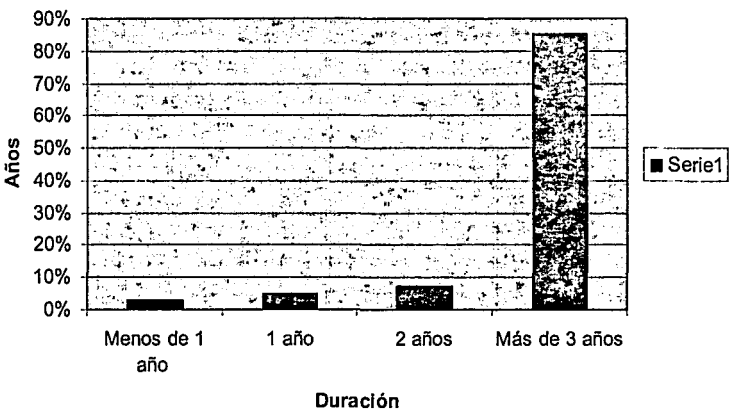

[17] SÁNCHEZ MATOS, Andrea Carolina. *Análisis de la administración de justicia laboral peruana: Fundamentos para el cambio del sistema procesal laboral escrito al sistema procesal laboral oral y concentrado*, Tesis para optar el título profesional de Abogado, UNMSM, Lima, 2009, p. 37.

[18] Gráfico elaborado por SÁNCHEZ MATOS, *Análisis de la administración de justicia laboral peruana: Fundamentos para el cambio del sistema procesal laboral escrito al sistema procesal laboral oral y concentrado*, cit., p. 37.

Por su parte, Barreda llegó a parecida conclusión en la investigación que realizó en el año 2005, que consistió en la revisión material de 200 expedientes laborales, correspondientes a los juzgados laborales ubicados en el edificio Alzamora Valdez , con el fin de determinar el tiempo de duración de un proceso laboral.

De aquella investigación se pudo concluir que un proceso laboral tenía una duración mayor a la de tres años (vide el gráfico 2); «tenemos como primer indicador sintomático de la crisis es que la duración de un proceso laboral dura más de tres años»[19].

**Gráfico N° 2**
**Tiempo de duración**
**de un expediente laboral[20]**




Teniendo en cuenta todos los temas antes expuestos, haremos unos comentarios a los dos proyectos de reforma procesal laboral en trámite.

---

(19) BARREDA MAZUELOS, Rosa Amelia, «Estudio estadístico de la duración de los proceso judiciales en materia laboral en el Distrito Judicial de Lima», en *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*, SPDTSS, Lima, 2005, pp. 402 y 403.

(20) Gráfico elaborado por BARREDA MAZUELOS, «Estudio estadístico de la duración de los proceso judiciales en materia laboral en el Distrito Judicial de Lima», cit., p. 403.

## 3. PROYECTO Nº 117-2006 DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

El Proyecto de Ley Procesal Laboral Nº 117-2206-CR del Congreso de la República enuncia como principios inspiradores de la ley la: inmediación, concentración, celeridad, primacía de la realidad, razonabilidad e irrenunciabilidad (artículo I del Título Preliminar). Como se puede apreciar, el principio de oralidad no es tenido en consideración para inspirar la ley, y de otra parte, la forma tan detallista y compleja como está estructurado el proceso, hacen que los principios de concentración y celeridad no se hagan realidad, como veremos a continuación.

### 3.1. Principio de oralidad

Como se ha indicado, el citado proyecto no se plantea como necesidad el cambio de sistema procesal escrito a un sistema procesal oral, sino que basándose en el proceso escrito formal existente, lo desarrolla, complementa y profundiza pero dentro de la misma orientación de proceso escrito y formalista.

En el proceso oral las partes sustentan sus posiciones frente al juez y se reducen las piezas escritas a lo estrictamente indispensable. Sin embargo, si analizamos la estructura del proyecto y la forma como se regula la audiencia con intervención de las partes a que se refiere el artículo 52º, la situación deja mucho que desear. Como se puede apreciar, no está prevista como un auténtico debate oral entre las partes, sino que se prevé la invitación a conciliar, la resolución de incidentes pendientes, la actuación de la declaración de parte y de testigos, así como los informes orales de los abogados. La audiencia así tiene una importancia residual dentro del proceso, lejos de ser un acto central y decisivo. Todo el proceso se ha llevado a cabo anteriormente por escrito en diversas estaciones procesales descentralizadas y dispersas.

Todos los aspectos más relevantes del proceso han ocurrido con anterioridad a su realización, como la deducción de excepciones y su apelación, la contestación de la demanda y la declaración de relación procesal válida, donde se corre traslado de las cuestiones probatorias, se pronuncia sobre la contestación, señala los puntos controvertidos, efectúa pronunciamiento sobre las pruebas y ordena la prueba de oficio.

Puede apreciarse, entonces, que la parte más importante de la primera instancia discurre por escrito, sin presencia del juez ni de las partes. Estas solo pueden expresarse oralmente si se ofrece una declaración de parte, pues de lo contrario solo se expresa oralmente el abogado en un informe oral, pero no en un verdadero debate oral, entendido como la actividad en donde las partes

discuten oralmente, exponen concisamente sus posiciones y la pertinencia y valoración de sus pruebas, como sus conclusiones sobre lo probado pero como una actividad dinámica en la que el juez pueda interrumpir a las partes y encauzar el diálogo por donde él advierte que contribuye al esclarecimiento de la verdad material. Un debate de esta naturaleza está destinado a crear certeza en el juez respecto a quién tiene la razón en el litigio que se le ha sometido a su conocimiento.

Por el contrario, la audiencia como está concebida en el proyecto solo es para actuar la declaración de parte y declaración de testigos que se actúa formalistamente a través de un pliego de preguntas escritas (artículo 17º, inciso 5), y, por otra parte, para los informes orales de los abogados y no de las propias partes (artículo 52º, inciso 4). Esta forma de realizar la audiencia dista mucho del valor de la audiencia en un procedimiento oral. Para Cappelletti, «el valor actual de la oralidad se mueve, principalmente, en torno a la idea de una discusión oral, y de una valoración crítica, de los hechos de la causa, discusión y valoración que encuentran su ambiente natural en un proceso estructurado en torno a una audiencia pública y oral, y lo más concentrado posible, en las que las pruebas sean practicadas ante el órgano decidor entero»[21].

Otro aspecto a considerar con relación a la audiencia, es el papel que esta cumple dentro del proceso en lo que respecta a la relevancia jurídica de los actos que se desarrollan dentro de ella. Para que un proceso sea considerado mixto u oral, es necesario que las declaraciones y actos que se realizan dentro de las audiencias gocen de relevancia jurídica y sean elementos decisorios al momento de decidir sobre el litigio. El proyecto ha minimizado la importancia de la audiencia respecto a la ley actual, convirtiéndola en un acto de recepción de declaraciones sin promover debate oral alguno.

### 3.2. Principio de inmediación

Gómez De Liaño señala que la «inmediación viene de *inmediatezza*, que consiste en que las partes se comunican directamente entre sí y con el juez, que es quien debe resolver; y el juez se comunica directamente con las partes y con las demás personas que intervienen en el proceso»[22]. En el mismo sentido, De la Villa se refiere al principio de inmediación, asignándole el significado de

---

(21) CAPPELLETTI, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1972; p. 77.

(22) Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, *Derecho procesal laboral*, 5ª ed., Fórum, Barcelona, 1995, p. 99.

«una relación directa entre la actividad presencial del juez, o de los miembros de la Sala y el dictado de la sentencia»[23], «lo que implica que los jueces que estén conociendo de una causa presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de sus dictámenes y cualquier otro acto de prueba que [...] deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente»[24], y estas sean valoradas a base de la impresión recibida.

Conforme de aprecia del diagrama de flujo del procedimiento que promueve este proyecto, que se incluye más adelante, son numerosos los actos procesales que se realizan fuera de la audiencia, esto es, sin interrelación entre las partes procesales. Por ejemplo, la importantísima decisión que adopta el juez para declarar la validez de la relación procesal se hace sin interactuar con las partes en la audiencia (artículo 29º). Así mismo, las decisiones sobre la admisión de pruebas se adoptan sobre la base de escritos sin tener la oportunidad de absolver las dudas que pudiesen presentarse, ni de escuchar a las partes (artículos 21º, numeral 2 y 29º, numeral 2).

### 3.3. Principio de concentración

Este principio tiende al establecimiento de plazos muy breves, perentorios e improrrogables, que además de imprimir celeridad al proceso, introducen sencillez en las formas procesales. Sin embargo, «[...] significa ante todo que las diferentes bases o períodos procesales se realizan en unidad de acto, sin la posibilidad de compartimentación estanca»[25].

A este respecto, si bien el proyecto proclama la concentración como principio (artículo I del Título Preliminar), la estructura del proceso que se aprecia en el diagrama de flujo que se incorpora a continuación, da cuenta de un gran número de actos procesales descentralizados e inconexos, todos ellos escritos y que son susceptibles de concentrarse en la audiencia, como la deducción de excepciones (artículos 26º y siguientes), la contestación a la demanda (artículos 24º y siguientes) y la declaración de relación procesal válida (artículo 29º).

---

(23) VV. AA., *Ley de procedimiento laboral*, cit., p. 576

(24) Tal como señalan en España el Real Decreto 2/1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral del 7 abril de 1995; y Ley 1/100, Ley de Enjuiciamiento Civil, del 7 de abril de 2000, artículo 137º.

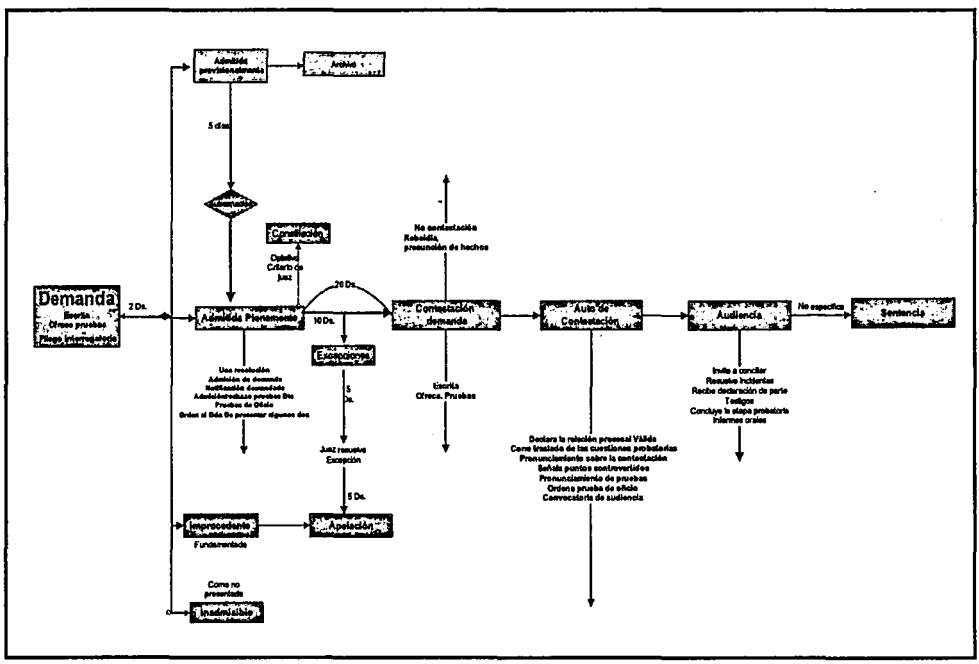
(25) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso. Aplicable a todas clases de proceso*, 2ª ed., Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 67.

Adicionalmente, se concede la posibilidad de apelación respecto a las decisiones de todos esos actos que se practican antes de la audiencia, lo que es un contrasentido del principio de concentración pues la causa debe subir a la Corte aún antes que la demanda sea contestada.

En cambio, en el sistema procesal laboral oral todos los incidentes y excepciones tienen una realización adecuada toda vez que se interponen o plantean en la audiencia, y, por regla general, es en la sentencia en donde se resuelven conjuntamente con la solución del fondo del litigio, sin la necesidad de suspender el curso del proceso para su atención.

### 3.4. Principio de celeridad

Como se sabe este principio consiste en que el proceso se sustancie sin las dilaciones indebidas que trata la normativa internacional. Esta expresión remite a un ámbito temporal razonable a la vista de las circunstancias concurrentes. Es muy difícil que el proyecto dote de celeridad a los procesos laborales por los abundantes actos procesales escritos, por lo desconcentrado de su estructura y por el tiempo que insumirá la actuación de tales actos, como de su posibilidad de apelación.



## 4. ANTEPROYECTO DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

### 4.1. Reforzamiento de los principios procesales

El Anteproyecto de la Ley Procesal del Trabajo del Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo, impulsado por el ex Ministro Mario Pasco Cosmópolis, no proclama taxativamente los principios procesales que constituyen el sustento del sistema procesal laboral propuesto. Existe un silencio normativo con respecto a los principios operacionales del proceso laboral como la oralidad, inmediación, concentración, celeridad y publicidad.

Este vacío constituye una falencia en esta importante, seria y consistente propuesta legislativa, toda vez que los principios son líneas directrices[26], son las bases axiológicas, las ideas fundantes de toda organización procesal. Como bien lo señala Podetti, «toda experiencia jurídica y, por lo tanto, también la legislación que la integra, descansan sobre los principios [...], que pueden ser considerados como los pilares y paredes maestras del edificio jurídico»[27].

Por lo tanto, abstenerse de su proclamación en el cuerpo normativo supone carecer de dirección, como un barco a la deriva; es no tener aquellos pilares donde descansen las paredes del gran edificio jurídico procesal, como señala este autor.

No obstante, sí hace una referencia a tales principios sobre todo al de oralidad en el Capítulo III, denominado «Actuaciones procesales», concretamente en su artículo 12º[28]. Sin embargo, la expresión «las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas» de este artículo, no constituye todo el avance que podría esperarse a favor de la oralidad. Para instaurar un sistema procesal laboral oral, no basta que las audiencias orales

---

(26) Cfr. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 5.

(27) PODETTI, Humberto, «Los principios del Derecho del trabajo», en DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio (coords.), *Instituciones de Derecho del trabajo y de la seguridad social*, AIDTSS, México D. F., 1997, p. 139..

(28) «Artículo 12º.- En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas, con base en las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia. Las audiencias son sustancialmente un debate oral de posiciones presididas por el juez quien podrá interrogar a las partes, sus abogados y terceros participantes en cualquier momento. [...]».

consten de «exposiciones», en el significado de «presentar algo que sea visto, ponerlo en manifiesto»[29], sino que además exista un autentico debate oral.

Un debate oral implica una discusión oral entendida como una concisa oposición de razones frente a razones, que puede llevar a una definición ciertamente más pronta y probablemente mejor que madurada al interior del juez con solo la ayuda de los escritos[30].

Ello implica la existencia de un intercambio dinámico de posiciones, por intermedio de la confrontación de argumentos entre las partes, los abogados, los peritos y el juez. Implica también la pregunta y repregunta entre las partes, lo que no se incluye en la propuesta procesal, como sí lo contempla, por ejemplo el modelo procesal español[31].

Otra consecuencia del principio de la oralidad es que las declaraciones que son emitidas dentro de las audiencias tienen y gozan de relevancia jurídica y serán elementos decisorios al momento de decidir sobre el conflicto laboral. En esa medida, no es imprescindible la presentación de escritos dentro del proceso, y estos se restringen, a lo estrictamente necesario.

En el modelo español, el único acto procesal escrito durante la primera instancia es la demanda. Ni las excepciones ni la contestación de la demanda son escritas, sino que se manifiestan oralmente en audiencia pública del juicio oral en el que, así mismo, se actúan todos los demás actos procesales, luego lo cual se dicta sentencia[32].

En el mencionado anteproyecto lamentablemente se continúa, parafraseando a De la Villa, con la rémora incomprensible, injustificada y criticada por la doctrina autorizada[33], de presentar la contestación de la demanda de manera escrita; la contestación de la demanda debería ser oral y expuesta en la misma audiencia.

---

(29) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Voz «Exposiciones», en *Diccionario de la Lengua Española*, en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=exponer.

(30) CHIOVENDA, Giuseppe, citado por PODETTI, «Los principios del Derecho del trabajo», cit., p. 132.

(31) «El órgano judicial podrá hacer, tanto a las partes como a los peritos y testigos, las preguntas que estime necesarias para esclarecimiento de los hechos. Los litigantes y los defensores podrán ejercitar el mismo derecho». Al respecto, vide el artículo 87°.3 del Real Decreto 2/1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, del 7 abril 1995.

(32) Vide el Real Decreto 2/1995, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, del 7 abril 1995.

(33) VV. AA., *Ley de procedimiento laboral*, cit., p. 652.

La contestación de la demanda es un acto procesal que sirve fundamentalmente para negar o afirmar los hechos expuestos en la demanda y perfectamente se puede hacer en la audiencia, sin la necesidad de presentar escrito alguno, lo que constituiría una ventaja para la celeridad del proceso. Como bien lo señala Alonso Olea, «la ventaja es que agiliza enormemente el proceso al suprimir el trámite de la contestación escrita»[34].

### 4.2. Reforzar la concentración

Como señalamos anteriormente, este principio tiende al establecimiento de plazos muy breves, perentorios e improrrogables, que además de imprimir celeridad al proceso, introducen sencillez en las formas procesales. Como bien lo destaca Davis Echandía, «lo que se requiere es que el proceso se realice en el menor tiempo posible y con la mejor unidad»[35].

La propuesta legislativa se inspira adecuadamente en el principio de concentración, al consolidar la contestación de la demanda en la audiencia de conciliación, efectuándose en ese acto, la notificación de la próxima audiencia.

Sin embargo, creemos que la concentración se podría reforzar aún más, toda vez que se proponen dos audiencias procesales: la conciliación y la de juzgamiento, que bien podrían concentrarse en una sola audiencia de juicio, como sí se hace para los llamados procesos abreviados.

Así mismo, también debería reforzarse en relación a los plazos que se otorgan, tanto para facilitar la conciliación, como para disponer algún medio de prueba. En ambos actos procesales se otorga un plazo procesal de 30 días, lo que nos parece muy extenso.

### 4.3. Inexistencia de procesos especiales para la protección de derechos fundamentales

No pueden aplicarse las reglas del proceso ordinario a todos los casos, sino que deben establecerse reglas simples y de celeridad acentuada para los casos de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales, que puedan implicar la suspensión del acto impugnado con el objeto de evitar lesiones de carácter

---

(34) ALONSO OLEA, Manuel, «Estructura del proceso», en *El proceso laboral. A propósito del Proyecto de Ley Procesal del Trabajo*, Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, Lima, 2006, p. 22.

(35) DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general del proceso. Aplicable a todas clases de proceso*, cit., p. 67.

irreparable. Entre estos pueden citarse temas de discriminación antisindical o de otro tipo, trabajo forzoso, trabajo infantil, impugnación de despidos individuales, despidos colectivos por causas económicas, impugnación de sanciones, entre otras.

Al requerir una acción inmediata del aparato jurisdiccional, este tipo de lesiones deben tener una atención preferente y ser atendidas antes que otras, incluso de las que fueron ingresadas con anterioridad al despacho judicial.

Sin embargo, en la propuesta no se contempla ningún proceso especial para estas materias. Solo se hace referencia a una *legitimación especial* en el artículo 9º del Anteproyecto, y solo para los casos en que existan pretensiones derivadas de la afectación al derecho a la no discriminación en el acceso al empleo o del quebrantamiento a las prohibiciones de trabajo forzoso e infantil. En estos casos, las demandas pueden ser formuladas por una organización sindical o una asociación o institución sin fines del lucro o por el Ministerio Público. La legitimación especial propuesta es una excelente iniciativa, pero no puede ser la única protección especial que se concede a los derechos fundamentales.

Tal legitimación es muy adecuada como facilidad para la postulación del proceso, pero además, en estos casos, donde se discute derechos fundamentales, se les debe proporcionar procesos abreviados o sumarísimos que impliquen una mayor celeridad que la normal, que garantice un proceso célere, abreviado, oportuno y, especialmente, la posibilidad de suspender el acto impugnado para evitar que las lesiones se conviertan en irreparables.

Por ejemplo, debería existir, como en muchos países, un proceso de tutela de los derechos de libertad sindical, cuya tramitación tenga carácter de urgente a todos los efectos, y sea preferente respecto de todos los que se sigan en el juzgado.

El modelo procesal laboral español prevé el proceso especial para la tutela de la libertad sindical, cuya tramitación tiene carácter urgente[36]. Así mismo, el actor tiene la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos del acto impugnado en el mismo escrito de interposición de la demanda, en cuyo caso se cita a audiencia preliminar prácticamente de inmediato (dentro de 48 horas) en la que solo se admiten alegaciones y pruebas sobre la suspensión solicitada. El órgano judicial resuelve en el acto, mediante auto dictado de viva voz, adoptando las medidas oportunas para reparar la situación[37].

---

(36) Artículo 177º.1 del Real Decreto 2/1995. que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, del 7 abril 1995.

(37) Artículo 178º del Real Decreto 2/1995. que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, del 7 abril 1995.

Posteriormente, se cita a la audiencia de juicio y la sentencia declarará la existencia o no de la situación denunciada y, en caso afirmativo, previa declaración de nulidad radical de la conducta del empleador, se ordenará el cese inmediato del comportamiento antisindical y la reposición de la situación anterior a producirse este, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluida la indemnización que procediera[38].

Adicionalmente, el Título II de la Ley de Procedimiento Laboral española prevé procesos especiales para: los despidos y sanciones, la reclamación al Estado por el pago de salarios de tramitación en juicios por despido, la extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción, vacaciones, materia electoral, clasificaciones profesionales, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, permiso de lactancia y reducción de jornada por motivos familiares, la seguridad social, el proceso de conflictos colectivos, la impugnación de convenios colectivos, la impugnación de los estatutos de los sindicatos o de su modificación, entre otros[39].

### 4.4. Inexistencia de procesos de conflictos colectivos

La representación sindical es la manifestación más esencial y básica del derecho humano fundamental de la libertad sindical, protegido con jerarquía constitucional por el artículo 28º, numeral 1 de nuestra Constitución Política vigente, que prescribe que el Estado reconoce los derechos de sindicación y garantiza la libertad sindical.

Sin embargo, el anteproyecto no prevé el denominado «proceso de conflicto colectivo», cuya existencia es de larga data en el proceso laboral español. Este tipo de procesos especiales es congruente con el hecho de haberse asignado a la libertad sindical la categoría de principio y derecho fundamental en el trabajo por la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1998, así como por lo que expresan los Convenios Nºs 87 y 98 de la OIT.

En idéntico sentido se han pronunciado los siguientes instrumentos internacionales: la Declaración Universal de Derechos Humanos[40] en su artículo

---

(38) Artículo 180º del Real Decreto 2/1995. que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, del 7 abril 1995.

(39) Cfr. el Título II del Real Decreto 2/1995. que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, del 7 abril 1995.

(40) «Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicalizarse para la defensa de sus intereses». Vide la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Asamblea General de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948, ratificado por el Perú mediante la Resolución Nº 13282.

23º, inciso 4; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8º, inciso a[41]; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 8º, inciso 1, apartado a[42]; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la Décimo Sexta Disposición General de la Constitución Política de 1979, en su artículo 22º, inciso 1[43].

En consecuencia, queda claro que, con jerarquía supra legal, está reconocido el derecho a la libertad sindical que incluye en forma inexorable la capacidad legal de representación del sindicato, toda vez que tal derecho ha sido otorgado para la defensa y protección de los intereses de los trabajadores, sin ningún tipo de limitación.

Al comentar el artículo 151º de la Ley de Procedimiento Laboral española, De la Villa señala que «el proceso de conflicto colectivo encauza una pretensión de relevancia colectiva, en la que litigan sujetos también colectivos en representación de los trabajadores y empresas afectados. En general y descriptivamente, atendiendo a las características más habituales, esta modalidad procesal se propone resolver litigios de contenido jurídico que afecten a una pluralidad de trabajadores mediante sentencia declarativa que interpreta el derecho aplicable. La concesión a los casos concretos de los trabajadores afectados se realiza posteriormente, en defecto de cumplimiento espontáneo de la sentencia, a través de los procesos ordinarios en la que ya se parte de la base del derecho declarado en la sentencia colectiva»[44].

En consecuencia, el proceso de conflicto colectivo podría ser otra novedad importante a ser incluida en el anteproyecto, pues en forma novedosa

---

(41) «Los Estados partes en el presente pacto se comprometen a garantizar: a) el derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. [...]». Vide el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Organización de las Naciones Unidas, de 1976, ratificado por el Perú el 28 de marzo de 1978.

(42) «Los Estados partes garantizaran: el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses». Vide el Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: «Protocolo de San Salvador» de la Organización de los Estados Americanos, celebrada en El Salvador, en 1988, ratificado por el Perú por la Resolución Legislativa Nº 26448.

(43) «Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses». Vide el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, de 1966. ratificado por el Perú mediante la Décima Sexta Disposición General de la Constitución Política de 1979.

(44) VV. AA., *Ley de procedimiento laboral*, cit., pp. 1121 y 1122.

tendería a aligerar la carga procesal al concentrar un solo proceso innumerables casos individuales idénticos, que solo se diferencian en la cuantía de los reintegros que corresponden a cada trabajador. En este proceso se tratan de controversias sobre interpretación o aplicación de normas que afectan a un «grupo genérico de trabajadores» y, por lo tanto, la jurisdicción laboral debe darle el tratamiento de un solo proceso.

Como quiera que este proceso afecta a un colectivo de trabajadores y, por lo tanto, se trata de una afectación mayor que un caso individual, debería también tener carácter de urgente y la preferencia en el despacho debería ser absoluta sobre cualquiera otra, salvo los de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales. Una prescripción similar la encontramos en el artículo 157º de la LPL española.

En el proceso laboral español, en estos casos, la sentencia debe dictarse dentro de los tres días siguientes del acto de juicio y produce efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto (artículo 158º de la LPL).

En estos procesos, el objeto litigioso es la forma cómo debe aplicarse la ley o el convenio a un colectivo de trabajadores, sin que sea necesario establecer sumas líquidas de reintegros salariales. Si con posterioridad a la sentencia subsisten discrepancias sobre la forma liquidar los posibles reintegros a que haya lugar, los trabajadores podrían interponer demandas individuales que luego pueden acumularse.

La experiencia española a este respecto nos señala que una vez que están establecidos los criterios de derecho respecto a la forma cómo debe aplicarse la ley o el convenio al colectivo de trabajadores, las empresas realizan los cálculos del caso con la información que tienen disponibles y pagan directamente a los representados por el sindicato sin que sea necesario peritajes de contadores externos. Esto es así en la medida que los empleadores tienen toda la información disponible y, por lo general, de manera informatizada, por lo que no les es demasiado complicado definir lo que adeudan a cada trabajador.

### 4.5. Sistemas de solución de conflictos prejudiciales

Debe prestarse atención al desarrollo de sistemas administrativos o alternativos de solución de conflictos de naturaleza prejudicial, con el objeto de que solo después de su agotamiento pueda accederse a los tribunales de justicia. Esto permite evitar la excesiva judicialización de los conflictos laborales a través de la conciliación, mediación y arbitraje voluntario de carácter administrativo,

con el objeto de solucionar extrajudicialmente los conflictos que de otra forma van a contribuir a congestionar los juzgados laborales.

En la propuesta legislativa no se exige que el conflicto laboral se haya discutido perjudicialmente. Sería conveniente que, conjuntamente con una nueva Ley Procesal del Trabajo, se dicten las disposiciones necesarias y se dote del presupuesto del caso, para la instauración de un eficiente y profesionalizado sistema administrativo de conciliación a cargo de la autoridad administrativa de trabajo.

### 4.6. Gratuidad

A través de este principio se enfatiza que el acceso a la justicia laboral debe posibilitarse sin costo alguno para los litigantes. Esto implica que no se establezcan tasas, aranceles ni pago alguno para la presentación de escritos o para la realización de audiencias o actos procesales. La administración de justicia es uno de los derechos básicos de los ciudadanos, por lo que estos pueden hacer uso de ella sin tener que pagar. Los impuestos directos e indirectos que se cobran a trabajadores y empleadores deben poder financiar una apropiada administración de justicia.

La vigencia irrestricta de este principio impediría que se deniegue justicia al rechazarse la presentación de un recurso de apelación o casación por el solo hecho de no acompañar la constancia de haber pagado la tasa judicial correspondiente. Cuando se establecen este tipo de tasas o aranceles judiciales es muy común que esto suceda, dejándose desamparado a titulares de derechos que se encuentran garantizados por la legislación. Así, por omitirse el pago de una tasa establecida por una resolución administrativa, se deja de aplicar derechos establecidos por tratados internacionales y disposiciones constitucionales y legales.

En aplicación de este principio podría considerarse la creación de servicios de asistencia legal para trabajadores que no puedan financiar el costo de una defensa legal. Los procesos por audiencias son de mucha complejidad y exigen una agilidad y solvencia suficiente para manejarse ante el juez en la sustentación de posiciones y en la actuación de pruebas. Si bien el juez debe intervenir en forma protagónica en las audiencias, esto no sustituye, sino por el contrario, exige la presencia de letrado. Podría pensarse, entonces, en la creación de defensorías públicas de trabajadores que tengan como objetivo prestar asistencia legal a trabajadores y a microempresarios, con carácter gratuito para su defensa ante los tribunales.

Debe reconocerse, pues, el derecho a litigar gratuitamente a que tienen derecho los ciudadanos que trabajan. No obstante, nada dicen al respecto los

proyectos comentados en este ensayo. No debería dejarse pasar la oportunidad para corregir la lamentable situación de tener que pagar innumerables y cuantiosas tasas judiciales por reclamar derechos sociales y derechos fundamentales que forman parte de los derechos humanos.

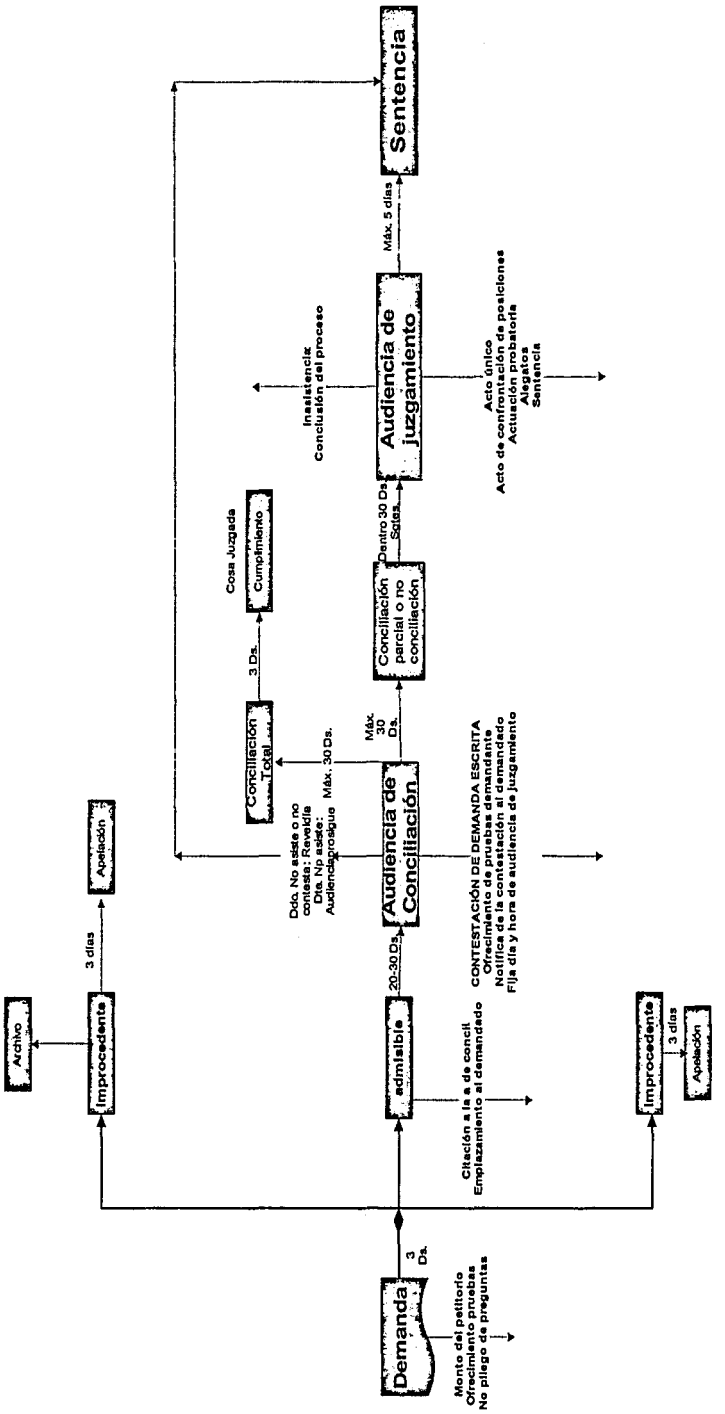
Como nos señala el profesor Rendón Vásquez, esta situación es contradictoria con lo establecido en la Constitución. Así, señala: «En el Perú, la justicia cuesta. Cada acto procesal tiene un precio y es alto. Es la justicia más cara de América Latina. Sin embargo, la Constitución establece como una garantía de la persona 'el principio de la gratuidad de la administración de justicia' (artículo 139º, inciso 16). Hasta ahora muy pocos se han tomado el trabajo de señalar esta contradicción»[45]. Y a continuación añade: «Pero a quienes legislan con ese rumbo no les basta, y acaban de dar otro paso hacia la negación del derecho de acudir a la justicia. En efecto, por la Ley Nº 29364, publicada en *El Peruano* el 28 de mayo de 2006, se ha criminalizado el derecho de interponer el recurso de casación, sancionándolo con una multa que puede ir desde S/. 3,550 hasta S/. 17,750, en los casos de que los vocales de las salas competentes consideren que 'su interposición tuvo como causa una conducta maliciosa o temeraria', lo que equivale a investir a esos funcionarios de una subjetividad que blandirán sobre los litigantes como un espada de Damocles, para inhibirlos de interponer el recurso de casación»[46].

Finalmente, como puede verse del diagrama de flujo que obra a continuación, el proceso del anteproyecto es mucho más concentrado que el vigente y que el propuesto por el Proyecto Nº 117-2006 del Congreso de la República. No obstante, con las modificaciones sugeridas, el proceso podría ser mucho más abreviado y concentrado, ganando en celeridad.

---

(45) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, «Se criminaliza el derecho de acudir a la Corte Suprema en Casación», Lima, 2009, en prensa.

(46) Loc. cit.


Demanda
3 Ds.
Monto del petitorio
Ofrecimiento de pruebas
No pliego de preguntas
admisible
20-30 Ds.
Citación a la a de concil.
Emplazamiento al demandado
Improcedente
3 días
Apelación
Archivo
Improcedente
3 días
Apelación
Audiencia de Conciliación
CONTESTACIÓN DE DEMANDA ESCRITA
Ofrecimiento de pruebas demandante
Notificación de la contestación a la demandante
Fija día y hora de audiencia de juzgamiento
Ddo. No asiste o no contesta: Rebeldía
Ddte. No asiste:
Audiencia prosigue
Máx. 30 Ds.
Máx. 30 Ds.
Conciliación Total
3 Ds.
Cosa Juzgada
Cumplimiento
Conciliación parcial o no conciliación
Dentro 30 Ds
Sgtes.
Audiencia de juzgamiento
Inasistencia:
Conclusión del proceso
Acto único
Acto de contestación de posiciones
Actuación probatoria
Alegatos
Sentencia
Máx. 5 días
Sentencia

# LA PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD SINDICAL

Javier Arévalo Vela(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

La doctrina no es pacífica en aceptar que los derechos laborales puedan ser objeto de protección a través del Derecho penal, un sector admite esta posibilidad y otro la rechaza.

Los partidarios de la primera opción consideran que la intervención de la ley penal permitiría reforzar la tutela de los derechos laborales, cosa que muchas veces no logran las normas de Derecho laboral sustantivo o administrativo.

Defendiendo este criterio, Baylos y Terradillos nos dicen 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 su ineficacia»(1).

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), aunque con carácter más restringido, también admite el recurrir al Derecho penal para sancionar ciertas conductas lesivas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, tal como ocurre cuando recomienda reprimir penalmente a los que exijan trabajo forzoso u obligatorio (artículo 25º del Convenio Nº 29, sobre trabajo forzoso) y a los que exploten el trabajo infantil (artículo 7º del Convenio Nº 182, sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil).

---

(*) Magíster en Derecho. Profesor de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres.

(1) BAYLOS GRAU, Antonio y TERRADILLOS, Juan, *Derecho penal del trabajo*, 2ª ed., Trotta, Madrid, 1997, p. 10.

Los seguidores de la segunda opción rechazan la intervención de la ley penal como medio para lograr el cumplimiento de las normas laborales, pues, consideran que existen otros medios alternativos de control social tanto informal como formal que pueden lograr ese cometido.

Al respecto, Caro Coria sostiene: «Por nuestra parte, somos escépticos de la posibilidades del sistema penal para ventilar, procesar y resolver los conflictos derivados de una relación laboral. Si bien se trata de bienes jurídicos fundamentales contra los que se evidencian graves vulneraciones, los principios de subsidiariedad y utilidad derivados del modelo político criminal de mínima intervención niegan la conveniencia de la intervención penal. En efecto, con arreglo al postulado de subsidiaridad se precisa el fracaso de los mecanismos de control extrapenales en la protección del bien jurídico, situación no evidenciada tratándose de los intereses laborales toda vez que a nuestro criterio no existe en el medio una adecuada instrumentación de los medios informales -no jurídicos- tales como la negociación o el mercado. Asimismo, consideramos que los medios formales o jurídicos de control social tampoco han sido suficientemente explotados en la resolución de los conflictos laborales, entre los que destacan el Derecho administrativo, laboral, constitucional, etc.»[2].

Por nuestra parte, consideramos acertado recurrir a la sanción penal para proteger ciertos derechos laborales que constituyen bienes jurídicos valiosos; por lo que suscribimos íntegramente las ideas de Baylos y Terradillos cuando sostienen que:

> «[...] en el Derecho penal del trabajo, los bienes jurídicos puestos en juego distan mucho de ser creaciones artificiales del legislador: vida, salud, libertad, dignidad, honor, igualdad, libertad de asociación, de reunión y de expresión no son bienes jurídicos que puedan pasar a un segundo plano solo por el hecho de que su titular sea, no el abstracto ciudadano, sino el concreto trabajador. Al contrario, es un hecho generalmente aceptado que los derechos económicos, sociales y culturales tiene un status equiparable a los derechos civiles y políticos. Y ello sin perjuicio de que lo que aquí está en juego son derechos humanos tan paradigmáticamente representativos de los de la primera generación como son el derecho al a vida, la salud o la igualdad»[3].

---

(2) CARO CORIA, Dino, «El Derecho penal laboral en el Perú», en Thémis, Nº 31, Lima, 1995, p. 231.

(3) BAYLOS, Antonio y TERRADILLOS, Juan, «Derecho penal del trabajo: una reflexión general a partir de la experiencia normativa española», en *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Nº 7, México D. F., 2008, pp. 5 y 6, también en www.juridicas.unam.mx.

Somos de la opinión que los derechos laborales que deben ser objeto de una adecuada protección por el Derecho penal son aquellos reconocidos como fundamentales por la OIT en su Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo aprobada en junio de 1998, derechos que no pueden ser desconocidos por ningún Estado, haya o no ratificado los convenios relativos a los mismos.

Como miembro de la OIT, el Perú no solo ha suscrito los convenios internacionales sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo, sino que también los ha ratificado, constituyendo por ello derecho nacional de obligatorio cumplimiento.

Los principios y derechos fundamentales en el trabajo aprobados por la OIT, así como las normas que los incorporan al Derecho nacional, son los siguientes:

**a. Derecho a la libertad sindical y negociación colectiva**

- Convenio Nº 87, sobre libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (1949), aprobado por el Congreso mediante la Resolución Legislativa Nº 13281, del 15 de diciembre de 1959, registrado el 2 de marzo de 1960.
- Convenio Nº 98, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva (1949), aprobado por el Congreso mediante la Resolución Legislativa Nº 14712, del 18 de noviembre de 1963, registrado el 13 de marzo de 1964.
- Convenio Nº 151, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública (1978), ratificado por la Décima Séptima Disposición Transitoria de la Constitución Política de 1979, registrado el 27 de octubre de 1980.

**b. Eliminación del trabajo forzoso u obligatorio**

- Convenio Nº 29, sobre el trabajo forzoso (1930), aprobado por la Resolución Legislativa Nº 13284, del 15 de diciembre de 1959, registrado el 1 de febrero de 1960.
- Convenio Nº 105, sobre la abolición del trabajo forzoso (1967), aprobado por la Resolución Legislativa Nº 13467, del 19 de noviembre de 1960, registrado el 6 de diciembre de 1960.

### c. Abolición efectiva del trabajo infantil

- Convenio Nº 138, sobre la edad mínima de admisión en el empleo (1973), aprobado por el Congreso mediante la Resolución Legislativa Nº 27453, del 11 de mayo del 2001.
- Convenio Nº 182, sobre prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999), aprobada por el Congreso mediante la Resolución Legislativa Nº 27543 del 26 de octubre de 2001, registrado el 30 de octubre del 2001.

### d. Derecho a la igualdad de oportunidades y de trato

- Convenio Nº 100, sobre igualdad de remuneración (1951), aprobado por la Resolución Legislativa Nº 13284, del 15 de diciembre de 1959, registrado el 1 de febrero de 1960.
- Convenio Nº 111, sobre la discriminación en el empleo y ocupación (1958), aprobado por la Decreto Ley Nº 17687, del 6 de junio de 1969, registrado el 10 de agosto de 1970.

## 2. LA LIBERTAD SINDICAL COMO BIEN JURÍDICO PENALMENTE PROTEGIDO

La doctrina nos enseña que el Derecho penal solo debe intervenir para proteger bienes jurídicos socialmente relevantes, que, a decir de Villavicencio «[...] son los valores fundamentales y predominantes de toda sociedad –y no solo de un grupo determinado– que proporciona el ordenamiento de Derechos Humanos y los principios constitucionales, como su fuente inspiradora, para que de esta manera delimitar (y no solo legitimar) al poder penal, buscando erradicar la posibilidad de la arbitrariedad»[4].

En el plano del derecho internacional, la libertad sindical no solo es consagrada como un derecho fundamental en el trabajo por los convenios internacionales de la OIT sino que ha alcanzado la categoría de derecho de la persona humana en diversos tratados internacionales entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 23º, inciso 4),Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22º), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8º), Convención Ameri-

(4) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 27.

cana sobre Derechos Humanos (artículo 16º), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8º), entre otros instrumentos internacionales.

En el plano nacional encontramos la Constitución de 1993, ha reconocido a la libertad sindical rango de derecho constitucional al señalar en su artículo 28º, inciso 1 que el Estado: «Garantiza la libertad sindical».

Como podemos apreciar el bien jurídico libertad sindical constituye un derecho humano que cumple los requisitos para ser considerado digno de protección por el Derecho penal.

## 3. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SINDICAL EN EL DERECHO COMPARADO

Efectuando una revisión de la legislación latinoamericana y del Reino de España encontramos que no en todos los países se reprime penalmente las conductas lesivas a la libertad sindical, y en los que ello ocurre, la descripción típica contenida en los códigos penales es muy imperfecta, prefiriendo sancionar solamente los actos que atentan contra la dimensión individual de la libertad sindical, ignorando los que atentan contra la dimensión colectiva.

Los Códigos Penales que sancionan de diversas formas las conductas antisindicales son los siguientes:

### a. Código Penal de Argentina

Dentro de los delitos contra la libertad de trabajo y asociación en su artículo 158º se tipifica como delito la conducta del patrón, empresario o empleado, que por sí o por cuenta de alguien, coacciona a otro a abandonar o ingresar a una sociedad obrera.

Esta norma persigue sancionar conductas lesivas al derecho de libertad sindical en el ámbito individual perjudicando la afiliación (libertad positiva) o retiro (libertad negativa) de cualquier persona a una organización de trabajadores, a la que llama sociedad obrera o de empleadores, a la cual llama sociedad patronal.

### b. Código Penal de Bolivia

El artículo 307º, de una manera similar al código argentino, también ubica este delito entre los delitos contra la libertad de trabajo, tipificando como deli-

to la coacción del patrón, empresario o empleado que por sí o por un tercero ejerza coacción contra otra u otras personas para obligarlas a formar parte de una sociedad obrera o patronal o para abandonarla.

Al igual que en el caso anterior entendemos que el ejercicio individual de la libertad sindical se protege penalmente con esta norma.

### c. Código Penal del Brasil

Este código, a diferencia de los antes citados, contiene un título sobre delitos contra la organización del trabajo, tipificando en su artículo 199º el coaccionar mediante violencia o grave amenaza a una persona para participar de un sindicato o asociación profesional. En este caso la ley penal protege la libertad sindical individual haciendo referencia expresa a los sindicatos y otras formas de asociación profesional.

### d. Código Penal de Colombia

Siguiendo la línea de la mayoría de códigos latinoamericanos, dentro del capítulo de violación a la libertad de trabajo y asociación, tipifica en su artículo 200º como delito el impedir o perturbar, entre otros derechos, el de asociación legítima. Si bien el derecho a la libertad sindical es un derecho que ha adquirido contenido propio, también constituye una forma de ejercicio del derecho de asociación por lo que el tipo penal en mención lo protege.

### e. Código Penal del Ecuador

Dentro de los delitos contra la libertad de trabajo, asociación y petición, el artículo 211º considera como delito la conducta del patrón, empresario o empleado que directamente o por cuenta de alguien ejerza coacción contra una persona para obligarla a abandonar o ingresar a una sociedad obrera determinada. Esta disposición sanciona la conducta atentatoria contra la libertad sindical individual realizada por el empleador en forma directa o a través de terceros.

### f. Código de El Salvador

Formando parte de los delitos relativos a los derechos laborales y de asociación, en el artículo 244º criminaliza la conducta de quien, mediante engaño o abuso de necesidad, somete a los trabajadores a condiciones que suprimen o restringen los derechos reconocidos por contratos colectivos de trabajo.

Aquí la norma penal protege el derecho a la negociación colectiva sancionando conductas lesivas al cumplimiento de los convenios colectivos.

El artículo 247º expresamente protege el derecho a la libertad sindical, indicando que se sancionará a quien coaccione a otro para impedirle o limitarle el ejercicio de ese derecho.

### g. Código Penal de España

Dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores, en el artículo 311º, inciso 1, se protege el derecho a la negociación colectiva al establecer que se sancionará penalmente a quienes, mediante engaño o abuso de situación de necesidad, perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos laborales reconocidos por convenios colectivos. El inciso 3 del mismo artículo agrava las penas en el caso que las conductas a que se refiere el inciso 1 de la misma norma se llevaren a cabo mediante violencia o intimidación.

El artículo 315º, inciso 1 protege el derecho a la libertad sindical sancionando las conductas que se valen del engaño o abuso de situación de necesidad para impedir o limitar su ejercicio. Si las conductas antisindicales se llevasen a cabo mediante fuerza, violencia, o intimidación el delito se convierte en una forma agravada sancionable con una pena mayor.

### h. Código Penal de Nicaragua

La libertad sindical es protegida de una manera genérica dentro de los delitos contra la libertad e integridad individual y otras garantías. De esta forma, el inciso 2 del artículo 256º criminaliza los actos tendientes a coaccionar o a amenazar a otra persona para obligarle a separarse de una asociación lícita o ingresar a ella. Siendo los sindicatos un tipo de asociación lícita, el derecho a la libertad sindical es protegido a través de este artículo del Código Penal.

Debemos resaltar que en el Derecho comparado no todos los ordenamientos jurídicos penales sancionan penalmente las conductas contrarias a la libertad sindical.

Así hemos podido determinar que los Códigos Penales de Costa Rica, Cuba, Guatemala, Honduras, México, Uruguay y Venezuela, no contienen disposiciones que sancionen penalmente conductas lesivas del derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva.

## 4. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SINDICAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El Código Penal de 1991 no contempla en su texto un título relativo a los delitos contra los derechos laborales, sino que, en su Libro Segundo, dentro del Título IV denominado «Delitos contra la libertad», asigna el Capítulo IV al delito de violación de la libertad de trabajo, enumerando en el artículo 168º los supuestos en que se sanciona las conductas lesivas a la libertad sindical y a otros derechos laborales contemplando inclusive otros supuestos en que no se afecta bien jurídico laboral alguno.

Para el análisis de las figuras delictivas contrarias a la libertad sindical, seguiremos el método utilizado por Bramont Arias y García Cantizano, el cual comprende los pasos siguientes: la descripción típica, el bien jurídico protegido, la tipicidad objetiva (sujeto activo y pasivo del delito y acción), la tipicidad subjetiva, los grados de desarrollo del delito y la pena[5].

## 5. COACCIÓN PARA INTEGRAR O NO UN SINDICATO

### 5.1. Descripción típica

> «[...] el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:
>
> 1. Integrar o no un sindicato
>
> [...]».

### 5.2. Bien jurídico

En esta modalidad delictuosa el bien jurídico protegido es el derecho a la libertad sindical, la que puede ser entendida desde dos ámbitos, el individual y el colectivo.

Villavicencio describe el contenido la libertad sindical individual en los términos siguientes:

> «La libertad sindical individual comprende todos aquellos derechos de los trabajadores a crear y afiliarse a las organiza-

(5) BRAMONT ARIAS, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Editorial San Marcos, Lima, 1998, pp. 29-33.

> ciones sindicales que estimen convenientes, sin autorización previa y en completa libertad, así como a desarrollar actividad sindical (libertad sindical positiva); o, a no incorporarse o retirarse libremente de tales organizaciones (libertad sindical negativa) sin que ello le ocasione ningún perjuicio»[6].

En cuanto al contenido de la libertad sindical colectiva, el mismo Villavicencio nos dice:

> «La libertad sindical colectiva o autonomía sindical consiste en el derecho de los sindicatos a autorganizarse y actuar libremente en defensa de los intereses de los trabajadores. Este derecho, por lo tanto, no tiene como titular al trabajador individualmente considerado sino al sindicato, a la organización que desarrolla una actividad sindical, por lo que el interés protegido tiene carácter colectivo, el del conjunto de los trabajadores de que se trate, que se mantiene aunque las individualidades de este conjunto puedan variar»[7].

De acuerdo con la redacción del inciso 1 del artículo 168º del Código Penal, la protección va dirigida al ejercicio en el plano individual del derecho de libertad sindical, libertad de afiliación (libertad positiva) y libertad de retiro (libertad negativa); por lo tanto no alcanzará la tutela penal al plano colectivo del ejercicio de la libertad sindical, quedando así sin sanción todo atentado contra la autonomía de las organizaciones sindicales, provenga este del Estado, de los empleadores o de terceros.

### 5.3. Tipicidad objetiva

El tipo objetivo está constituido por el sujeto activo, el sujeto pasivo y la acción típica.

#### *5.3.1. Sujeto activo*

El sujeto activo es la persona que ejecuta la conducta descrita por el tipo penal como delito.

---

(6) VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo, *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT: sindicación, negociación colectiva y huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2007, p. 35.

(7) Ibídem, p. 51.

Tratándose de un delito en donde se afecta el bien jurídico libertad sindical, podría pensarse en principio que el autor del mismo solo pudiera ser el empleador si es persona natural o sus representantes si fuera persona jurídica; sin embargo ello no es así, pues, la expresión 'el que [...]', por su extensión, permite que el autor de este delito pueda ser cualquier persona, ya que el tipo penal no exige que quien realice la conducta delictiva tenga alguna una calidad especial; esto nos lleva a sostener que nada impide que quien cometa esta clase de comportamiento pueda ser no solo el empleador o sus representantes, sino también otro trabajador, un dirigente sindical, e incluso un tercero totalmente ajeno a la relación laboral.

Coincidiendo con nuestra opinión, Reyna sostiene que «del análisis del supuesto de hecho propio del primer párrafo del artículo 168º del Código Penal se evidencia que da cobertura a las conductas ejecutadas no solo por el empleador, sino también por cualquier otra persona que atente contra la libertad de sindicación»[8].

Partiendo del hecho que el artículo 11º, inciso a del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR (en adelante, el TUOLRCT), prohíbe a las organizaciones sindicales «coaccionar directa o indirectamente a los trabajadores a ingresar o retirarse de la organización sindical [...]», cabe la pregunta de si el sindicato puede ser considerado como autor del delito materia de comentario, nuestra respuesta es no.

Caro explica este criterio en los siguientes términos:

> «Doctrinalmente se plantea la cuestión de si el sindicato puede ser considerado como autor del delito. Al respecto, en el Derecho penal predomina el principio de 'personalidad de las penas', conforme al cual solo las personas naturales pueden delinquir y ser pasibles de sanción penal, descartándose para tales efectos a las organizaciones con personaría gremial o jurídica, como sucede con los sindicatos según lo previsto en los artículos 18º y 19º del Decreto Ley Nº 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo»[9].

---

(8) REYNA ALFARO, Luis, *Manual de Derecho penal económico. Parte general y parte especial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 283.

(9) CARO CORIA, «El Derecho penal laboral en el Perú», cit., p. 234.

En el Derecho penal predomina el principio de personalidad de las penas, conforme al cual solo las personas naturales pueden delinquir y ser pasibles de sanción penal, descartándose para tales efectos a las organizaciones con personería gremial o jurídica, como sucede con los sindicatos.

Lo que sí resulta indiscutible es que los dirigentes sindicales, en tanto individuos, si pueden ser autores de este delito, no pudiendo invocar a su favor como causa de justificación el actuar en ejercicio de su actividad sindical.

### *5.3.2. Sujeto pasivo*

El sujeto pasivo es el titular del bien jurídico que se lesiona con el delito, en el caso materia de análisis el sujeto pasivo debe tener la condición de trabajador dependiente o independiente, y como tal titular del bien jurídico libertad sindical, pues, si no tuviera esta calidad, no podría ser objeto de coacción para que se afilie o desafilie a un sindicato, ya que el artículo 12º, inciso a del TUOLRCT exige que para ser miembro de una organización sindical, y con mayor razón para retirarse de la misma, se requiere «ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponde según el tipo de sindicato».

Tal como lo hemos dicho anteriormente, el sujeto pasivo puede ser un trabajador dependiente contratado sin importar el régimen laboral al que pertenezca, sea este público, privado o especial, pudiendo incluso también ser un trabajador independiente, pues el artículo 6º del TUOLRCT permite la sindicación de trabajadores no dependientes de una relación de trabajo, y siendo ello así, existe la posibilidad de que puedan ser víctimas de algún tipo de coacción para integrar o no un sindicato.

### *5.3.3. Acción*

En el caso del delito materia de análisis el comportamiento consiste en obligar al sujeto pasivo a afiliarse o desafiliarse de un sindicato utilizando como medios la violencia o amenaza.

La ley precisa como únicos medios de coacción la violencia o la amenaza. Por violencia debemos entender la fuerza física ejercida sobre el sujeto pasivo, suficiente para vencer su resistencia y por amenaza debe entenderse el anuncio de causar un mal futuro que debe ser inminente y grave.

Bramont Arias y García Cantizano sostienen al respecto:

> «Los medios por los que se puede cometer el delito son necesariamente la violencia o la amenaza. La violencia coinci-

> de con la fuerza física ejercida sobre una persona, y la amenaza es el anuncio del propósito de causar un daño que puede recaer directamente sobre la persona amenazada o sobre un tercero ligado estrechamente a ella. En caso de no concurrir ni violencia ni amenaza en la ejecución del comportamiento descrito en el artículo 168º del Código Penal, el supuesto será atípico»[10].

Creemos que dentro de la amenaza queda incluida la conducta patronal de manifestar al trabajador su decisión de despedirlo si se afilia a un sindicato o si no se retira de él.

De no presentarse violencia o amenaza la conducta será atípica, aunque sea moralmente reprochable, tal sería el caso de lograr la afiliación o desafiliación de un sindicato a través del ofrecimiento de mejoras remunerativas o dádivas.

### 5.4. Tipicidad subjetiva

Para que una conducta pueda ser considerada como típica no basta que se presenten los aspectos objetivos del tipo penal, sino que resulta necesario que también se verifiquen los aspectos subjetivos del tipo (tipo subjetivo), los que se refieren al mundo interno del autor y pueden adoptar la forma de dolo o culpa.

En el caso del delito que es materia de estudio, dada la manera como está redactado el tipo legal, queda claro que la conducta del sujeto activo solo puede ser dolosa, es decir, que actúa con conciencia y voluntad al coaccionar al sujeto pasivo para que se afilie o desafilie de un sindicato.

La redacción de la norma penal no admite la comisión del delito en forma culposa.

### 5.5. Grados de desarrollo

El delito se consuma cuando se impone la conducta descrita como típica, es decir, al lograr que el trabajador se integre o se retire de un sindicato, sin necesidad que se verifique un perjuicio material o efectivo para este.

---

(10) BRAMONT ARIAS/GARCÍA CANTIZANO, *Manual de Derecho penal. Parte especial*, cit., p. 228.

### 5.6. Penalidad

La pena oscila entre los dos días y los dos años, pudiendo el juzgador, dada la naturaleza del delito y el quántum de la pena, suspender su ejecución conforme al artículo 57º del Código Penal; asimismo, podrá reservar el fallo condenatorio con arreglo a lo previsto en el artículo 62º del Código Penal.

## 6. CONCLUSIONES

- En el Perú no existe una adecuada protección penal de la libertad sindical debido a la deficiente tipificación como delito de las conductas lesivas a este derecho fundamental en el trabajo.
- El artículo 168º, inciso 1 del Código Penal de 1991, que tipifica los delitos contra la libertad sindical, solo protege este bien jurídico en su dimensión individual, pero no en su dimensión colectiva.
- Los supuestos típicos contemplados en el artículo 168º, inciso 1, se circunscriben a la coacción, sin tener en cuenta que esta no es la forma más común como se atenta contra el derecho a la libertad sindical, ignorando otras formas de su comisión, como es el engaño o el abuso de la situación de necesidad.

## 7. RECOMENDACIONES

Se recomienda la modificación del inciso 1 del artículo 168º del Código Penal a efectos de tipificar como delito de aquellas conductas realizadas por una persona (empleador o no) que mediante violencia, amenaza de cualquier naturaleza, engaño o abuso de la necesidad de empleo, impidan o limiten el ejercicio pleno del derecho de libertad sindical.

# CRISIS FINANCIERA MUNDIAL Y SUS EFECTOS EN EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES: PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Víctor Mayorga Miranda(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende desarrollar algunos temas sobre la crisis financiera y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones (en adelante, SSP) en nuestro país. Es pertinente incidir en las alternativas que se deben plantear.

En primer lugar, como antecedente, debemos señalar el contexto económico e institucional que explique el surgimiento del SPP. En segundo lugar, nos referimos a la reforma previsional en el Perú, producto justamente de los cambios en la década de los noventa. En tercer lugar, acotamos los desafíos en materia de pensiones, especialmente incidiendo en la necesidad de buscar las medidas correctivas para proteger a los afiliados que se encuentran en el SSP. A tales efectos, se desarrollan los proyectos legislativos en estudio de la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República.

## 2. ANTECEDENTE: CONTEXTO ECONÓMICO E INSTITUCIONAL

Uno de los aspectos del nuevo escenario mundial abierto por el proceso de globalización es la flexibilización del sistema productivo e institucional. Como señala Castells, «el proceso de producción incorpora componentes producidos

(*) Abogado. Ex magistrado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Actual presidente de la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República.

en muchos emplazamientos diferentes por empresas distintas y mercados específicos en una nueva forma de producción y comercialización: una producción de elevado volumen, flexible y personalizado»[1].

La globalización de la economía provocó la crisis del Estado de bienestar y logró el ascenso del neoliberalismo. Dicha crisis o cuestionamiento debe entenderse como la redefinición de las relaciones entre la oferta y la demanda, el control y un modelo de regulación que permita la recuperación económica de los trabajadores, la autonomía política de los asalariados y la intervención del Estado como un organizador del proceso.

El modelo en cuestión fue concebido como un mecanismo anticrisis: el objetivo era garantizar un bienestar mínimo a todos los ciudadanos. Su promotor fue Keynes, quien era un ferviente partidario de la intervención del Estado en el desarrollo de las actividades económicas, especialmente cuando el empleo y los gastos empiezan a descender. De esta manera, consideraba que era posible encontrar un nuevo equilibrio económico relativamente estable en la redefinición de las relaciones entre Estado y economía. Entonces, el Estado benefactor o asistencial o Estado social de Derecho, sobre todo después de la segunda guerra mundial, creció y se multiplicó en los países industrializados. Sin embargo, ese modelo que permitió recuperar al capitalismo de su grave crisis, empezó a ser cuestionado a partir de la crisis del petróleo en los años setenta y acentuada en los años ochenta.

Ese cuestionamiento fue sobre todo de economistas defensores de la libre circulación del capital, el libre mercado y la mínima intervención del Estado, que se expresó en el neoliberalismo como planteamiento de una economía de la oferta, de las políticas de inversiones y no el sostenimiento de la demanda que supuestamente origina crisis económica. Así, en los años noventa se argumentó que el Estado genera gastos improductivos y se planteó retornar al Estado garante del libre mercado. Se sostiene que, en la medida que el Estado se haga a un lado, funcionará la economía; y el libre juego de las leyes de la competencia mediante el proceso de la privatización de empresas públicas estratégicas.

La mencionada ideología inspiró la reforma de la seguridad social en América Latina basada en las medidas adoptadas en el Consenso de Washington (CW), para los países en desarrollo que salían de la crisis de la deuda externa y del periodo de industrialización por sustitución de importaciones (ISI). Y surgió en oposición y como crítica al sistema de reparto. Desde la década de los ochentas, cuando el ritmo de las economías decayó a partir del incremento de los precios internacio-

(1) CASTELLS, Manuel, *La era de la información*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, T. I, p. 120.

nales del petróleo, se empezó a cuestionar la seguridad social. Entonces, se dio esta otra forma de organizar el ahorro, cuando las personas capitalizan aportaciones y rendimientos sobre ellas para financiar sus pensiones de jubilación; es lo que se llama un «sistema de capitalización». En sentido estricto, la pensión que alguien percibe luego de una determinada edad, es resultado de lo que ha invertido (ahorrado), incluyendo los rendimientos capitalizados a lo largo de su vida.

En los sistemas de capitalización individual se fijan las prestaciones sobre el saldo final disponible en la cuenta individual. El ejemplo emblemático del sistema de capitalización es el de Chile, en donde se creó este sistema en 1981. La reforma tuvo dos elementos básicos:

a. Se reemplazó el sistema de reparto por un sistema de capitalización. Este paso fue obligatorio solo para aquellas personas que entraban por primera vez a la fuerza de trabajo (básicamente jóvenes), mientras que era voluntario para aquellos que se encontraban en la fuerza de trabajo antes de llevarse a cabo la reforma. Una persona en este último grupo podía decidir si cambiarse al nuevo sistema de capitalización o permanecía en el sistema antiguo, sus imposiciones y beneficios se regían de acuerdo a la reforma realizada en el sistema antiguo de reparto en 1979.

b. Se eliminó la jubilación por años de antigüedad. Esta fue una reforma menor si se considera que en el sistema antiguo –antes de 1981– era bastante común jubilarse con 35 años de antigüedad. Esta posibilidad se eliminó en la reforma de 1981 para aquellos individuos que se mantuvieron en el sistema antiguo, fijando la jubilación a los 65 años. Es decir, la reforma modificó totalmente las tasas de imposición y se extendió el horizonte de imposiciones para cada individuo. Y el Estado seguía cumpliendo su rol fundamental, pues sigue siendo responsable del funcionamiento del sistema, regula y supervisa a las administradoras de los ahorros, cumple papel redistribuidor para quienes no alcanzan a ahorrar lo suficiente y tienen derecho a una pensión mínima.

De tal manera que la reforma de la seguridad social en América Latina incorporó el sistema de capitalización individual en reemplazo total o parcial de los de reparto, comenzando por Chile en 1981, seguido por el Perú en 1992, Argentina y Colombia en 1994, Uruguay en 1996, Bolivia y México en 1997, El Salvador en 1998, Costa Rica en 2001 y República Dominicana en 2003.

## 3. LA REFORMA EN EL PERÚ: EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES

El SPP fue creado el 6 de diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley Nº 25897, con la finalidad de contribuir al desarrollo y fortalecimiento del sistema

previsional en el país. El SPP surge como una alternativa al Sistema Nacional de Pensiones (SNP), de tal forma que el trabajador pueda decidir si desea permanecer en el SNP o afiliarse al SPP[2].

Este sistema se sustenta en cuentas individuales de capitalización (CIC), que tomó como modelo el sistema chileno de capitalización individual. Es una cuenta personal que cada afiliado recibe al momento de ingresar el SPP y aporta determinada cantidad (similar a una cuenta bancaria de ahorros). Está conformada por la «Libreta de Capitalización AFP», en donde se registran los movimientos y saldos de los aportes obligatorios.

Es decir, la CIC se encuentra conformada por los aportes del trabajador activo y el rendimiento obtenido de la inversión de los recursos. A diferencia del SNP, administrado por el Estado, el SPP está conformado por empresas llamadas Administradoras Privadas de Fondo de Pensiones (AFP). Las AFP captan los aportes obligatorios de los trabajadores afiliados que luego invierten en el mercado de capitales, cuyos rendimientos son capitalizados en una cuenta individual, a fin que en el momento de jubilación el ahorro logrado financie una pensión de jubilación. Las AFP guardan una separación patrimonial con los fondos que administran.

Los principales cuestionamientos los podemos resumir en un problema que refleja el comportamiento de las AFP y la necesidad de su regulación. Nos referimos a los costos de transacción.

Al respecto, de diversas maneras se ha cuestionado el costo económico en este giro de negocios. Entre los síntomas detectados se menciona que está ubicado en el tramo de alta concentración del índice de competencia; niveles de rentabilidad altos que también permiten apreciar escaso nivel de diferenciación entre las administradoras; y, comisiones que están en el tramo alto respecto a sus similares de América Latina, medido como porcentaje del ingreso salarial, o ligeramente por encima del promedio, considerando un procedimiento de costo anual equivalente; aunque se reconoce las dificultades de la comparación, debidas a las peculiaridades nacionales (conceptos que integran, niveles de ingreso y tasas de contribución). Sin embargo, el debate sobre la medición del nivel de competencia, como de otros temas, es polémica abierta que nos lleva a plantear algunas propuestas.

---

(2) Un documento muy importante es el especial sobre el Sistema Privado de Pensiones, dirigido por APARICIO VALDEZ, Luis, en *Análisis Laboral*, Nº 283, Vol. XXV, Lima, 2001.

## 4. DESAFÍOS Y PERSPECTIVAS: PROPUESTAS LEGISLATIVAS

Tras la oleada de la propaganda millonaria en la década de los noventa sobre el SPP, mucha de ella con dinero del Estado, la realidad se ha vuelto a imponer y nos encontramos frente a verdaderas limitaciones del modelo privado de pensiones de jubilación que hemos tratado, como también del reconocimiento del rol del Estado. Es decir, aún en condiciones menos exigentes socialmente, el mercado ha demostrado sus debilidades para compatibilizar el crecimiento con la equidad, la acumulación con la autonomía de decisión, la estabilidad con el pluralismo; en último término, ha demostrado su insuficiencia como mecanismo promotor en lo económico, político y social, o sea, del desarrollo estricto sensu. Sin embargo, no se trata de invalidar el mercado como mecanismo de solución de ciertos problemas y en determinadas áreas; lo que se cuestiona es atribuirle un carácter rector y decisivo en la conducción de la seguridad social, particularmente en el difícil escenario que se proyecta para el futuro.

De hecho, no podemos negar su utilidad en términos de estimular la inversión a través de las AFP y de reflejar los intereses de los agentes de la actividad económica o pretender eficiencia y modernidad. Pero el liderazgo en lo social debe radicar en el sector público, y el mercado debe funcionar con todas las regulaciones que exija el cumplimiento de una estrategia previamente concebida, producto del diálogo entre trabajador, empleador y Estado.

Por ello, las causas del insatisfactorio cuadro las podemos atribuir a problemas estructurales, económicos y de manejo administrativo, dado el carácter asumido por el Estado en la seguridad social. Entonces, todo cuestionamiento a la seguridad social en el Perú debe partir reconociendo estos factores y la gravedad del problema. Esto hace que la discusión tome hoy día un sentido distinto, ya no está en juego una posición voluntarista a favor de una u otra opción, sino la imperiosa necesidad de plantear alternativas. Además, el cuestionamiento a cualquier sistema de pensiones no debe llevar a proponer su liquidación sino a superar esos problemas, para lograr que funcione a través de mecanismos que signifiquen regulación clara a favor de los pensionistas del SPP.

En este sentido, se han presentado a la Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República proyectos de ley vinculados, casi en su totalidad, a una problemática eje[3]: los fondos de pensiones impactados por la crisis finan-

(3) El referente principal, aun cuando no único, fue entonces el escenario mediático que reportaba recurrentemente la crisis, la caída de los fondos, las reacciones y opiniones de actores internacionales, y progresivamente –con énfasis de octubre de 2008 en adelante– se dieron propuestas frente a la crisis de los actores clave, como la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, la Asociación de AFP, la Conasev, el Ministerio de Economía y Finanzas, entre otros.

ciera internacional, las tendencias que se puede observar en las iniciativas legislativas respecto al SPP, dimanan del eje articulador fondos-crisis, y han sido las siguientes: la regulación de las comisiones por administración de los fondos, la regulación de aspectos relativos a la rentabilidad de los fondos, y la centralización de la recaudación previsional a cargo de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat). Asimismo, se ha planteado la creación de un organismo que promueva la realización de estudios actuariales, los cuales están vinculados con la sostenibilidad financiera de la seguridad social.

### 4.1. Las comisiones en las AFP: tope máximo

Actualmente, la comisión por administración de fondo de pensiones se establece libremente por cada AFP y es aplicada sobre la remuneración del trabajador. Representa el costo de la administración por todos aquellos procesos que realiza la AFP (la afiliación, registro de informaciones diversas, recaudación mensual de aportes impagos, envío periódico de información del estado de cuentas de cada afiliado, procesos y atención de trámites de jubilación y otras pensiones, entre otros). Es decir, se denomina «comisión» a la cantidad de dinero que percibe una AFP por proporcionar los servicios de administración de las CIC.

Debemos tener en cuenta que a lo largo de la existencia del SPP en el Perú, la estructura y nivel de las comisiones ha ido variando, pasando de una combinación de porcentajes de la remuneración y costos fijos a una comisión exclusivamente sobre la remuneración. Asimismo, diferentes circunstancias han determinado una reducción de las tasas de comisión a lo largo del tiempo y la introducción de planes de permanencia en la mayoría de las AFP. Sin embargo, en el caso peruano, hasta la actualidad no se han producido cambios significativos en el cobro de las comisiones basadas en la remuneración, las comisiones de las AFP peruanas son las más altas comparadas con las de los demás países latinoamericanos que efectúan el cobro por el mismo concepto para administrar la CIC[4] como se puede observar en el siguiente cuadro.

---

(4) Informe Final de la Comisión Técnica, constituida por el Decreto Supremo Nº 051-2007-EF, encargada de elaborar el Plan de Mejoras al Sistema Nacional de Pensiones y al Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones que permitan asegurar su coexistencia en el mediano y largo plazo y propuesta de nueva política de inversiones del fondo consolidado de reservas provisionales.

**Cuadro N° 1**
**Estructura de Comisiones de Administradoras de Fondos de Pensiones en Latinoamérica**
**(Diciembre, 2007)**

| Comisiones / Países | Fija | Variable | | |
|---|---|---|---|---|
| | | % de la remuneración | % del fondo administrado | % rentabilidad del fondo |
| Bolivia | - | 0.50 | 0.2285 | 0.2285 |
| Colombia | - | 1.55 | - | - |
| Chile | 0.32 | 1.44 | - | - |
| **Perú** | - | 1.81 | - | - |
| Rep. Dominicana | - | 0.50 | - | n.d. |
| Uruguay | 0.098 | 1.693 | 0.0017 | 0.0017 |

Fuente: Federación Internacional de Administradoras de Fondos de Pensiones - FIA

Con respecto al concepto de comisiones, en el año 1997 se estableció en 2.34% la comisión porcentual calculada sobre la remuneración asegurable, siendo su valor promedio actual de 1.87%

En el año 2004, el Banco Central de Reserva se pronunció señalando que de «acuerdo con los cálculos realizados para el caso de un trabajador de 25 años de edad con un ingreso mensual de S/. 1 000 y una rentabilidad real anual del Fondo de Pensiones de 7,95% (promedio anual 1993-2003), si la comisión por administración se redujera de 2,45% (nivel máximo actual) a 1,45% del sueldo y si dicho ahorro aumentara el aporte obligatorio de 8% a 9% del respectivo sueldo, la CIC del trabajador al momento de su jubilación se incrementaría en 13%».

En el mismo orden de ideas, más recientemente, Masías y Sánchez[5] han sostenido que las AFP no orientan su comportamiento hacia la reducción de las comisiones porque si bien una disminución en el nivel de la comisión genera un flujo positivo de traspasos y consecuentemente de ingresos, la disminución también implica el sacrificio de una porción de los cobros al universo de afiliados. Esto conduce a las AFP a competir utilizando estrategias menos costosas, tales como incrementar la fuerza de ventas o gastar más en publicidad.

Otra de las cuestiones que preocupa respecto a las comisiones que cobran las AFP, es que actualmente en Perú estas constituyen un oligopolio. En efecto, las AFP son solo cuatro: Profuturo, Horizonte, Integra y Prima. Además, están

(5) MASÍAS, Lorena y SÁNCHEZ, Elio, *Competencia y reducción de comisiones en el sistema privado de pensiones: el caso peruano*, Documento de trabajo N° 2, SBS, Lima, 2006, p. 2.

vinculadas a grupos empresariales que concentran actividades varias como los seguros, las finanzas, actividades productivas, comerciales, entre otras. En ese escenario, hablar de una competencia en el marco de un libre mercado es un despropósito, y se impone la necesidad de afianzar la intervención del Estado en ejercicio de su rol regulador en este ámbito de la seguridad social.

A continuación, presentamos la evolución comparada del cobro de comisiones de los fondos de aportes, y del número de afiliados en el periodo de 1997 a 2007.

**Cuadro N° 2**
**Evolución de Comisiones de AFP, fondos de aportes y total de afiliados en el Perú (1997-2007)**

| Conceptos / Años | Comisión (% de remuneración) | Fondos de aportes (US$) | Total de afiliados |
|---|---|---|---|
| 1997 | 2.34% | 1,510'000,000 | 1'736,000 |
| 2000 | 2.39% | 2,752'000,000 | 2'472,000 |
| 2002 | 2.29% | 4,527'000,000 | 2'994,000 |
| 2004 | 2.27% | 7,844'000,000 | 3'882,000 |
| 2007 | 1.81% | 20,377'489,000 | 4'101,060 |

**Fuente:** FIAP / SBS

Se ha señalado que la imposición de un tope legal al cobro de comisiones sería inconstitucional, y que en todo caso deberían pronunciarse al respecto las Comisiones de Constitución y Economía.

Cabe aclarar por ello que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión –sobre el cual el legislador no puede intervenir– está constituido por tres elementos: a) el derecho de acceso a una pensión; b) el derecho a no ser privado arbitrariamente de ella; y c) el derecho a una pensión mínima vital. Queda claro que un tema administrativo como la retribución por la gestión privada de los fondos provisionales no se puede reputar como contenido esencial de este derecho[6].

(6) Fundamento Nº 107 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley Nº 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la Ley Nº 28449, de aplicación de las nuevas reglas pensionarias previstas en el Decreto Ley Nº 20530, publicada en *El Peruano* el 12 de junio de 2005.

Adicionalmente, el último de los proyectos de ley referido a las comisiones de las AFP fue decretado también a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e inteligencia Financiera, con fecha 1 de diciembre de 2008. Sin embargo, a la fecha –luego de transcurridos más de seis meses– dicha comisión se ha excedido en mucho del plazo legal de 30 días hábiles previsto para elaborar el dictamen respectivo[7].

Por todo lo expuesto, se considera pertinente la dación de una norma legal que fije un tope máximo de la comisión porcentual variable de la remuneración a fin de generar una alineación de intereses –de las AFP y de los afiliados–, garantizar la sostenibilidad del sistema y favorecer un manejo eficiente del portafolio. Este criterio fue el que prosperó en la Sesión de la comisión del 12 de mayo pasado, con el agregado de establecer en la norma que, en caso de que la rentabilidad sea negativa, esta la asuman por igual, tanto la AFP como el afiliado al SPP; asimismo, se propone retornar a los criterios establecidos por el Decreto Ley Nº 25897, de noviembre de 1992, norma que creó el SPP.

En consecuencia, se propone establecer al 0.8% de la remuneración como tope de comisión:

> «Artículo 24º.- Retribución de las AFP
>
> Las AFP perciben por la prestación de todos sus servicios una retribución establecida, de acuerdo al siguiente detalle: Por el aporte obligatorio a que se hace referencia en el inciso a del artículo 30º de la presente ley, una *comisión porcentual hasta 0.8 % de la remuneración asegurable del afiliado.* La retribución debe ser aplicada por la AFP por igual a todos sus afiliados. Sin embargo, cada AFP puede ofrecer planes de descuento en las retribuciones de los afiliados en función al tiempo de permanencia o regularidad de cotización en la AFP» (las cursivas son nuestras).

### 4.2. [Re] Instauración del Fondo Único en las AFP

La Administración de la Cartera de Fondos del SPP en el Perú, tiene como base el Sistema Multifondos o de Fondos Múltiples. Este sistema permite elegir al afiliado entre portafolios que contienen activos financieros que combinan diferentes niveles de riesgo y rentabilidad. La diferencia básica entre estos

---

(7) Artículo 77º del Reglamento del Congreso de la República.

portafolios radica en su límite para invertir en activos de renta variable y la elección del tipo de fondo que se encuentra sujeta a ciertos requisitos tales como la edad del afiliado y el tiempo de participación en el sistema[8].

El Sistema Multifondos en el Perú solo tiene tres (3) años. Si bien el SPP tiene quince años, este sistema surge con la aprobación de la Ley Nº 27988 de mediados de 2003, y fue implementado aún en diciembre de 2005. Esta ley, publicada el 4 de junio de 2003, modifica los artículos 18º, 19º, 20º y 25º e incorpora los artículos 18º-A, 18º-B, 18º-C, 25º-A, 25º-B, 25º-C y 25º-D al Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo Nº 054-97-EF.

El Sistema Multifondos es producto de un discurso generado entre los años 2001 y 2005, que tuvo como característica prevaleciente la conjugación del riesgo y la rentabilidad –'riesgo rentable'–, brindando mayores alternativas de inversión al afiliado y salvaguardando los fondos de las personas mayores de edad. Este discurso se afianzó con la regulación detallada y pormenorizada de las inversiones de las AFP que se fue verificando en el referido periodo.

Desde la constitución del Sistema Multifondos se ha producido una diversificación de la inversión en los portafolios que componen la cartera de los fondos de pensiones. Se ha generado, también, una oscilación particularmente intensa de la inversión referida a los instrumentos contenidos en el rubro de empresas no financieras y en el de inversiones en el exterior.

Sin embargo, la flexibilización de las inversiones y la ampliación de los fondos como garantía de la obtención de una mayor rentabilidad a favor de los afiliados, no ha prosperado. Lo que sí cabe destacar es la evolución beneficiosa para las AFP en cuanto a *los ingresos por comisiones*, base de las utilidades de las AFP; *se han incrementado*, entre fines de 2005 y fines de 2008, de S/. 627 333 000 a S/. 632 129 000. Por el contrario, la rentabilidad anual y el valor de la cartera de los fondos de pensiones han sufrido una considerable disminución en perjuicio de los afiliados, que de 3 millones 637 mil en diciembre de 2005 han pasado a ser en la actualidad 4 millones 289 mil afiliados.

Con la ampliación de los fondos de pensiones desde el año 2001 en adelante, se ha logrado concretar una mayor liquidez en el mercado de valores y un mejor acceso al financiamiento de las AFP a través del referido mercado de

(8) BERNAL, Noelia et al., *Una mirada al sistema peruano de pensiones: diagnóstico y propuestas*, BBVA-Norma, Lima, 2008, p. 43.

valores. Esto ha beneficiado a las AFP que actualmente son de las empresas más importantes en el escenario bursátil nacional.

Pero la búsqueda de una mayor protección al inversionista (afiliado), que formaba parte del discurso de reforma del SPP en el año 2001[9], no ha revestido relevancia alguna, hecho que se ha evidenciado con nitidez en el segundo semestre de 2008, como resultado de la actual crisis financiera internacional; se ha producido un cambio de expectativas acerca de la rentabilidad de los fondos de pensiones en los sistemas de cuentas de ahorro individuales. Esto por cuanto, bajo las propias leyes del mercado, se produce una equiparación de las tasas de rentabilidad –de los fondos de pensiones– a nivel internacional en el largo plazo[10].

La experiencia europea en este aspecto es significativa, pues la Comisión Europea de Actuarios señala que la tasa de rentabilidad de los fondos de pensiones no es superior al 4%, recogiendo en dicha proyección más de cien años de experiencia en el tema[11]. Lo que a su vez requiere un cambio de expectativas sobre las tasas de reemplazo[12]. Esto conlleva a considerar tasas de reemplazo realistas acordes con un enfoque de rentabilidad de largo plazo[13].

En consecuencia, la lógica del «riesgo rentable» no se sostiene, y uno de sus principales elementos, la ampliación de los fondos, no tendría mayor sustento. Para ampliar este punto, hacia fines del año 2007 ya se habían realizado importantes movimientos entre los diferentes tipos de fondos al interior de la Cartera Administrada[14]. Otro elemento a tener en cuenta es la alta volatilidad del fondo 3, cuya evolución es como sigue:

---

(9) Vide el Proyecto de Ley Nº 01389/2001-CR, Exposición de Motivos, p. 1.

(10) DURÁN VALVERDE, Fabio, «Efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social», en *Crisis Financiera Mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones: alternativas de solución*, Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República, Lima, 2009.

(11) Loc. cit.

(12) Tasa de reemplazo: valor de la pensión como proporción del salario del trabajador durante un periodo base, tal como el último año o los dos últimos años anteriores al retiro o el salario promedio durante toda la vida. También denota la pensión promedio de un grupo de pensionados como proporción del salario promedio del grupo. Al respecto, vide HOLZMANN, Hinz et al., *Soporte del ingreso en la vejez en el siglo XXI: una perspectiva internacional de los sistemas de pensiones y de sus reformas*, Banco Mundial, Washington D. C., 2005.

(13) DURÁN, «Efectos de la crisis en los sistemas de pensiones de la seguridad social», cit.

(14) El fondo tipo 1 redujo su participación respecto al total de la cartera administrada pasando de 7.0% en diciembre de 2005 a 5.9% en diciembre de 2006 y 5.0% en diciembre de 2007. El fondo tipo 2 en los mismos periodos referidos pasó de 92.3% a 89.1%, para finalmente en diciembre de 2007

S/. 213 000 000 en diciembre de 2005.

S/. 2,312 000 00 en diciembre de 2006.

S/. 14,105 000 000 en diciembre de 2007

S/. 8,335 000 000 en enero de 2009.

Del análisis se puede concluir que los afiliados prefieren obtener una mayor rentabilidad considerando mayores niveles de riesgo, ya sea eligiendo este tipo de fondo al afiliarse al SPP o mediante el traslado de saldos CIC provenientes del Fondo Tipo 2, todo lo cual sería alentado por la existencia del Sistema Multifondos que se basa en el «riesgo rentable».

Como lo señala el funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas Javier Kapsoli[15], este fenómeno se ha vinculado con el buen desempeño de la Bolsa de Valores, sobre todo durante 2006 y a la tendencia creciente de aportes voluntarios sin fin previsional.

Este escenario de una Bolsa altamente rentable y un crecimiento económico ligado a más oferta de empleo no se condice con lo que acontece en la actualidad. En efecto, la OIT en su Panorama Laboral 2008 refiere que[16]:

> «Estamos frente a la crisis más grave desde [...] 1930, que se inició en agosto de 2007 en los Estados Unidos, contagió a otros países desarrollados, y se agravó en 2008 en particular desde mediados de septiembre afectando finalmente los países en desarrollo que hasta entonces habían evitado sus efectos. Entre los principales impactos globales interrelacionados que golpean a las economías de los países de América latina y el Caribe están la reducción de la demanda de las exportaciones, la caída de los precios de las materias primas, el alza de los costos de capital y la contracción del crédito».

---

colocarse en 71.9%. En el caso del fondo tipo 3 se produjo una tendencia inversa, de 0.7% en diciembre de 2005 pasó a 5.0% en diciembre de 2006 y 23.1% en diciembre de 2007.

(15) KAPSOLI, Javier, en *Crisis Financiera Mundial y sus efectos en el Sistema Privado de Pensiones: alternativas de solución*, Comisión de Seguridad Social del Congreso de la República, Lima, 2008, p. 54.

(16) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Panorama laboral 2008: América Latina y El Caribe*, OIT, Lima, 2009, p. 2.

Lo que se busca, entonces, es dotar de un mayor nivel de protección a los fondos de pensiones de los afiliados al SPP. Deja supérstite el nivel de las inversiones de los referidos fondos, y suprime la existencia de fondos múltiples; tomando como referencia el actual fondo 1 o Fondo de Preservación de Capital para estructurar un único Fondo de aportes obligatorios y voluntarios; por cuanto los límites por categoría de instrumentos del referido fondo le han permitido preservar el valor de cartera sin las fluctuaciones, pérdidas y rentabilidades negativas que han exhibido los otros dos fondos, 2 y 3.

En tal virtud, se hace necesario un cambio en la regulación de los fondos de pensiones para proteger directamente el valor de las cuentas individuales de capitalización, el que consiste en la estructuración de un fondo único que tome como referencia los niveles de inversión en instrumentos del fondo 1. Por lo tanto, se mantienen los niveles de inversión, pero se protege a los afiliados de las oscilaciones tan pronunciadas del valor de cartera que se producen en el actual Sistema de Fondos Múltiples; que en buena cuenta es retornar a los parámetros iniciales del SPP.

### 4.3. Recaudación centralizada de los aportes a las AFP

Se propone la modificación del Código Tributario, de la Ley del Sistema Privado de Pensiones y de la Ley General de la Sunat para equiparar los mecanismos de recaudación que a fecha existen respecto al SNP y de EsSalud, con el SPP, modificando el Decreto Legislativo Nº 501, Ley General de la Sunat y el Texto Único Ordenado del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por el Decreto Supremo Nº 054-97-EF, a efectos de que la Sunat también recaude los aportes del SPP, dando un ordenamiento armónico para garantizar el buen funcionamiento del sistema de seguridad social, de acuerdo con las buenas prácticas internacionales y a los convenios internacionales ratificados por el Perú, centralizando la gestión recaudatoria de los aportes.

Consideramos que la fusión entre las Superintendencias Nacionales de Administración Tributaria y de Aduanas, no constituye un proceso arreglado a una adecuada técnica legislativa, ya que vía decreto supremo se incorporan nuevas funciones a una entidad creada por decreto legislativo. Sin embargo para convalidar las acciones efectuadas bajo un marco normativo sin rango de ley, es pertinente dar fuerza de ley al decreto supremo Nº 061-2002-PCM.

Por otro lado, actualmente, el artículo 34º del Decreto Supremo Nº 054-97-EF, señala que la recaudación de aportes a las AFP son declarados, retenidos y pagados por el empleador a la AFP en la que se encuentre afiliado el trabaja-

dor. Esto supone que la recaudación de los aportes del SPP se hacen de manera descentralizada y corren a cargo de las propias AFP; siendo necesario modificar la normativa aludida a fin que se consolide el proceso de recaudación centralizada iniciado con la asunción de este encargo por la Sunat, respecto de los aportes a la ONP y a EsSalud, aprobado mediante la Ley Nº 29135.

Es evidente que la experiencia de descentralizar hacia las AFP las funciones de afiliación y recaudación, ha incrementado los costos de administración y generado fisuras en los sistemas de control contributivo y de la afiliación[17].

Son medidas que se pueden adoptar respecto de la recaudación de aportes con fines provisionales[18]: fortalecer los servicios y sistemas de control contributivo e inspección, revisar el marco jurídico para aumentar la compulsión y para penalizar fuertemente las prácticas de evasión y tercerización; finalmente, flexibilizar los esquemas de cotización y revisar los procesos recaudatorios, para ajustarlos a los perfiles sociolaborales y de percepción de ingresos de la población no asalariada.

Mediante esta proposición se permitiría el ordenamiento armónico de la recaudación previsional, para garantizar el buen funcionamiento del sistema, que responde a la necesidad de centralizar la gestión recaudatoria de la seguridad social, que actualmente se encuentra dispersa y desorganizada en un conjunto de instituciones. Con la organización propuesta, se integra en una sola entidad recaudadora, quien velará en el nivel más alto del sistema, por el cumplimiento de las normas de seguridad social y su correcta aplicación.

### 4.4. La creación del Instituto de Estudios Actuariales

Se propone la creación de un Instituto abocado a la promoción del ejercicio de la función actuarial, y adscrito a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, entidad con rango constitucional que no genera gasto al Tesoro Público. Este órgano coadyuvará al necesario equilibrio y sostenibilidad de los sistemas previsionales, de seguros y financieros en el Perú, promoviendo la consolidación profesional y académica de la actuaría en el ámbito nacional[19].

---

(17) DURÁN VALVERDE, Fabio, *El impacto de un mercado laboral informal en la viabilidad de las instituciones de seguridad social*, AISS, Belice, 2006. p. 2.

(18) Ibídem, p. 3.

(19) Se entiende por cálculo actuarial al estudio efectuado generalmente por un actuario utilizando una metodología de cálculo actuarial, basada en algoritmos matemáticos de probabilidades, con el objeto de determinar a una fecha específica la reserva pensionaria que permita afrontar las obligaciones previsionales de los pensionistas hasta su extinción.

Debemos considerar que el objetivo principal es la creación de sistemas de protección contra la ocurrencia de eventos inciertos que provocan pérdidas monetarias. De ello se desprende que el licenciado en actuaría o actuario es el que estudia, plantea, formula y aplica modelos de contenido matemático a situaciones reales; haciendo uso de diversas técnicas, con el fin de proporcionar información para la planeación, previsión y toma de decisiones.

La función del actuario es establecer condiciones de equilibrio económico en entidades especializadas en la compensación de riesgos personales, patrimoniales y financieros. Ya sea actuando como profesional independiente o integrándose en una empresa, el actuario puede desempeñarse en compañías de seguros y reaseguros, cajas de jubilaciones, entidades financieras, entidades mutuales, fondos de inversión, mercados de valores y bolsas, administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, y entidades de servicios de salud, además sus actividades pueden extenderse también en la administración pública o privada. Es decir, el rol del actuario es muy importante a la hora de hacer evaluaciones y modificaciones de los sistemas de seguridad social; siendo el cálculo actuarial parte de la agenda de trabajo decente de la OIT[20].

El desarrollo profesional del actuario es en la actualidad muy incipiente. En el nivel de formación superior solo existen ofertas aisladas –a modo de seminarios o cursos de posgrado– acerca de materias conexas o del propio cálculo actuarial. Así también, en los espacios públicos que están relacionados con la labor actuarial –Ministerio de Economía y Finanzas, Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, o la ONP– se ha previsto el concurso de profesionales extranjeros para el desarrollo de estudios o cálculos en materia actuarial, sin embargo, cabe referir que estos profesionales, en algunos casos, tampoco son originalmente actuarios.

La importancia de la función actuarial aplica no solo para las convencionales actividades del mercado de seguros o del sistema financiero, sino que su aportación se torna imprescindible en escenarios de reforma y transición de sistemas de seguridad social, como es el caso de la actual coyuntura nacional. Esto, por cuanto nuestro país se ha caracterizado en el ámbito previsional y de la seguridad social, por tener una acentuada tendencia histórica al desequilibrio entre las lógicas prestacionales y el financiamiento de los programas, lo que abona a la necesidad de generar la promoción y consolidación de la profe-

(20) DURAN VALVERDE, Fabio, *Estudio financiero-actuarial y de la gestión de EsSalud: análisis y recomendaciones técnicas. Informe Final*, OIT, Lima, 2005.

sión actuarial desde espacios estatales, a fin de garantizar derechos fundamentales y bienes públicos como son: la seguridad social y la salud.

Se propone crear una instancia de promoción de la función actuarial en el país adscrita a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, tomando en cuenta la experiencia previa de esta entidad en lo relativo a promover la mejora de la oferta académica actuarial, en coordinación con otras entidades públicas, así como su rol rector y de supervisión de aspectos centrales de los sistemas previsionales, de seguridad social, financieros y de seguros en el Perú[21].

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se trata de examinar cómo se conjuga seguro y solidaridad en un esquema general y cómo es posible distribuir y compartir riesgos con equidad. Obviamente ninguno de estos temas es fácil y requiere de condiciones especiales de gobernabilidad, participación ciudadana y crecimiento económico. Consideramos que es posible encontrar una nueva vía de desarrollo del sistema previsional en el Perú, que consiga los objetivos básicos de todo seguro social mediante la acción determinante del Estado, sin que esta excluya la iniciativa privada y la participación organizada de los agentes económicos y sociales. Y como objetivo general la implementación de la seguridad social como vía posible que debe surgir de una nueva ecuación planificación-mercado, a partir de un marco estructural que consagre el ámbito de la competencia del Estado, para enfrentar con éxito los problemas reseñados.

(21) La fórmula legal es la siguiente: «Artículo 1º.- Créase el Instituto de Estudios Actuariales, denominado Indeac, adscrito a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, como órgano promotor de la formación y perfeccionamiento permanente de la función actuarial. La función actuarial es la encargada de suministrar información para el planeamiento, previsión y toma de decisiones en entidades especializadas en la compensación de riesgos previsionales, personales, patrimoniales y financieros. Para el mejor desarrollo de sus funciones, el Indeac desarrolla convenios, acuerdos o programas relativos al perfil académico actuarial».

# IMPLICANCIAS DE LA CRISIS ECONÓMICA: EL CASO «EMBRAER» Y EL ORDENAMIENTO LABORAL BRASILEÑO

Manoel Carlos Toledo Filho(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde que la crisis económica se ha desplazado por nuestro continente, parece cierto decir que quizás el principal episodio a ella relacionado se dio en Brasil, con el rumoroso caso de la Empresa Brasileira de Aeronáutica - Embraer.

Sin embargo, para que pueda comprenderse bien la situación, es necesario, antes, trazar una breve síntesis del panorama legal brasileño, en lo que se refiere: a) a la estructura de la justicia del trabajo; y b) al sistema de despidos sin justo motivo o sin justa causa. Así, veamos.

## 2. LA JUSTICIA DEL TRABAJO EN BRASIL

La justicia del trabajo brasileña está organizada en carácter nacional o federal. Es decir, sus instituciones poseen el mismo contenido en todo el territorio de la nación. Su presupuesto, otro sí, el programado en grado nacional. Las carreras de los jueces y de los empleados judiciales, si bien puedan estar sujetas a algunas variaciones de un local a otro de la federación, tienen una estructura central común.

---

(*) Juez del Trabajo desde 1990. Ejerciendo actualmente el cargo de magistrado titular de la 10ª Vara del Trabajo de Campinas, en la 15ª Región. Bachiller, Máster y Doctor en Derecho del Trabajo. Profesor en la Pontificia Universidad Católica de Campinas (PUCC). Miembro de la AADTSS y de la AUDTSS.

Los órganos judiciales laborales brasileños están divididos en tres niveles o categorías.

a. En la base del sistema están las llamadas «Varas do Trabalho». Las Varas son juzgados unipersonales que intentan la conciliación, reciben a la prueba documental y testimonial, y dictan sentencias tanto de fondo como de carácter meramente procesal. Sus decisiones pueden ser impugnadas a través del llamado «recurso ordinario», que corresponde al recurso de apelación de los sistemas de procedimiento escrito. Hay hoy en Brasil cerca de 1400 Varas del Trabajo.

b. En un grado intermediario se sitúan los «Tribunais Regionais do Trabalho». Son órganos colegiados, cuyo tamaño irá variando conforme la dimensión socioeconómica del espacio geográfico que corresponda a su jurisdicción (la Región), que normalmente –pero no siempre– coincide con un Estado (provincia) de la Federación brasileña. En líneas generales, su misión es juzgar a los recursos interpuestos contra las decisiones de las Varas do Trabalho. Hay 24 (veinticuatro) TRT en el territorio de la República brasileña.

c. El último nivel de la Justicia Laboral es ocupado por el Tribunal Superior del Trabajo (TST), que tiene su asiento en la ciudad de Brasília. El TST es compuesto por 27 (veintisiete) ministros y tiene como tarea principal examinar el llamado «recurso de revista», una apelación de naturaleza extraordinaria, muy similar a el «recurso de casación» de los ordenamientos de lengua hispánica.

## 3. EL SISTEMA DE DESPIDO

En Brasil, no hay una garantía de empleo o una estabilidad prevista con carácter general.

Hay estabilidad solamente para situaciones especiales: empleadas embarazadas, dirigentes gremiales, empleados accidentados, empleados víctimas de actos de discriminación, y otras situaciones análogas, que pueden tener su previsión en normas legales o normas de contratos sindicales.

Tampoco hay algún sistema que prohíba despidos colectivos. No existe en Brasil una ley como, por ejemplo, la que existe en Argentina, que prevé el «procedimiento preventivo de crisis» instaurado a partir de la Ley Argentina Nº 24.013. Así, desde un punto de vista jurídico, el despido colectivo es encarado como una suma de varios despidos individuales o plurindividual. En consecuencia, es posible que, de un momento a otro, un empleador decida despedir a un

gran número de trabajadores, pagando los encargos pertinentes a esa situación –despido sin motivo justo– o sea: una indemnización tarifada, las vacaciones y aguinaldos integrales o proporcionales y un aviso previo de 30 días (pago en dinero o que se cumple trabajando).

Pues bien: fue a raíz del contexto jurídico precedentemente expuesto que se desarrolló la situación del despido colectivo de la Embraer, como veremos en seguida.

## 4. EL CASO CONCRETO

El mercado en que opera la Embraer –fabricación y venta de aeronaves– es por supuesto muy específico y, sin duda, fue atingido por los efectos de la crisis económica. Por cuenta de eso, Embraer despidió cuatro mil y doscientos empleados.

Como sabemos, un despido individual ya es un hecho dramático para el empleado que sea por el atingido, el despido colectivo es dramático para toda la sociedad.

El radicalismo de la situación hizo que el sindicato obrero entablase una demanda colectiva –llamada por nosotros de «dissídio coletivo»– objetivando la reversión de los despidos. El juzgamiento de la causa incumbió al Tribunal Regional del Trabajo de la ciudad de Campinas[1], y el Tribunal, en un fallo sin precedentes, consideró abusivo –y por lo tanto nulo– el despido colectivo, en vista de la manera por la cual Embraer lo había realizado.

Como no había un artículo legal específico a invocar, el Tribunal se reportó, fundamentalmente, a los principios generales del Derecho y del Derecho comparado: a las legislaciones de Portugal y de España, de la Comunidad Europea, y también a la legislación argentina, en lo concerniente al «procedimiento preventivo de crisis». Con base en esas referencias, el Tribunal entendió que Embraer no había actuado con buena fe, en la medida en que no intentó por lo menos efectuar alguna negociación con el sindicato obrero, antes de despedir a millares de empleados.

Pero, una vez fijada la naturaleza abusiva del despido, era necesario entonces establecer las consecuencias del acto patronal. La conclusión lógica sería determinar el reintegro de los empleados a sus puestos de trabajo. Pero el fallo

---

(1) En el sistema brasileño, los conflictos colectivos son sometidos *directamente* al examen de los Tribunales Regionales, o sea, no pasan por el análisis de las Varas del Trabajo.

no osó llegar a tanto; optó por determinar el pagamiento de una indemnización suplementaria, es decir, de una indemnización agravada, más allá de la indemnización tarifada ya prevista por el ordenamiento brasileño. Además, se estableció la manutención de los planes de salud para los trabajadores despedidos, por el plazo de un año y además la preferencia para contratación, en el caso de ocurrir el retome de las actividades de la empresa[2].

Aquí es necesario aclarar lo siguiente: antes de la realización del juzgamiento de la causa, hubo dos audiencias para tentativas de conciliación. Y, en esas audiencias, a instancia de los esfuerzos de los magistrados conciliadores, Embraer ofreció, como propuesta para un arreglo, justamente lo que ha venido a fallar el Tribunal después. Es decir, de alguna manera, el Tribunal refrendó a la oferta de Embraer, lo que, obviamente, desagradó a los trabajadores. Pero, por lo menos, era razonable esperar que no hubiese recurso patronal.

## 5. EL RECURSO

Empero, el recurso sí fue interpuesto.

Embraer recurrió al Tribunal Superior del Trabajo, sosteniendo la legalidad de su procedimiento, en la medida en que había pagado las indemnizaciones previstas en el ordenamiento legal para los despidos sin justa causa o motivo. Y planteó, otrosí, la concesión de una medida cautelar, en orden a suspender de inmediato los efectos de la decisión del Tribunal de Campinas.

El Presidente del Tribunal Superior del Trabajo acogió el planteo de Embraer. Los fundamentos de su decisión, que todavía es de naturaleza provisional, están parcialmente reproducidos abajo[3]:

> «A dispensa em massa de trabalhadores atinge seriamente suas vidas profissional e familiar, com repercussões, igualmente, político-social gravíssimas. A crise financeira que eclodiu nos Estados Unidos da América, como é de conhecimento público e notório, compromete, de forma contundente, as economias do mundo e, igualmente, se faz presente no Brasil. A requerente, fabricante de aviões, assim como suas

(2) El contenido integral de la decisión está disponible en www.trt15.jus.br. El número de los autos es 00309-2009-000-15-00-4.

(3) El texto integral de la decisión, así como el andamiento del proceso, puede ser examinada en www.tst.jus.br. El número de los autos es 207660/2009-000-00-00.7.

congêneres no mundo, foram duramente afetadas em suas produções e vendas.

[...].

A requerente, como salientado, e assim revelam os autos, dispensou 4.200 empregados, de um universo de aproximadamente 17.000. É inquestionavelmente dramática a situação desses empregados dispensados, mas não se pode olvidar, ante o quadro acima retratado, que a requerente ainda mantém expressivo número de empregados em seus quadros. Mas, ressalte-se, o significativo número de empregos preservados depende ainda da demanda e da força competitiva dos produtos da requerente nos mercados interno e externo. Conseqüentemente, até que se mude o quadro mundial, a dispensa se revelou inevitável, na medida em que teve por objetivo, entre outros, não só assegurar a capacidade produtiva da requerente, em face de uma economia em recessão, como também manter o emprego de milhares de outros seus empregados, dentro de um contexto de sérias dificuldades que enfrenta.

[...].

Em pleno regime democrático e de direito, a observância fiel ao regramento constitucional e legal é garantia de todos. Independentemente de crises, por mais graves que sejam, é fundamental que todos, sem exceção, submetam-se a normatização vigente, sob pena de fragilização dos direitos e garantias individuais e coletivos que a ordem jurídica constitucional procura proteger. O princípio da legalidade, que impõe a todos nós, sem exceção, obrigação, permissão e proibição, não pode e nem deve se constituir em simples moldura do sistema jurídico. É fundamental que seja manejado com absoluta disciplina, em qualquer situação, por mais grave e extrema que seja, de forma a preservar as regras normativas que lhe dão eficácia e norteiam o comportamento de toda a sociedade. É imperativo, pois, que sejam observadas as normas positivas em vigor no País, requisito fundamental para a prática e garantia dos atos jurídicos, que devem estar em absoluta sintonia com o princípio da legalidade. E, como conseqüência, cabe ao Judiciário Trabalhista, no con-

> texto da competência que lhe é reservada, exigir, primordialmente, o fiel cumprimento das obrigações trabalhistas, atento à essa realidade jurídico-constitucional. Assim, revela-se estranho à sua destinação constitucional, data venia, porque viola direitos, que, igualmente, são protegidos por lei, impor, ao arrepio dessa mesma normatização vigente, obrigações outras, sob pena de criar insegurança e instabilidade jurídica àqueles que praticam atos e realizam negócios em uma sociedade legitimamente organizada. Não se sustenta, assim, ante esse contexto, o argumento de que a requerente teria, pois, ofendido a personalidade humana, em especial a dos seus trabalhadores dispensados, porque as dispensas, repita-se, foram alicerçadas em comprovadas dificuldades financeiras capazes de comprometer o regular exercício de sua atividade econômica, que recebe, igualmente, proteção na ordem constitucional e legal do País.
>
> [...].
>
> Daí a precariedade jurídica, data venia, da r. decisão hostilizada, quando se utiliza desse fundamento para protrair os efeitos das rescisões contratuais.
>
> [...].
>
> Por isso mesmo, não se pode deixar de reconhecer que a recorrente nada mais fez do que exercitar seu direito de legitimamente denunciar contratos de trabalho, em observância estrita das leis vigentes, com pagamento de todas as verbas devidas».

Como se advierte por la lectura de los párrafos transcriptos, el Presidente del Tribunal Superior del Trabajo ha optado por una línea de raciocinio de orden estrictamente positivista, además con algunos trazos de neoliberalismo. En efecto, se prestigia la literalidad de las normas en perjuicio de los principios mismos que las informan y simultáneamente se manifiesta –lo que en cierta medida es contradictoria con las premisas fundamentales de su raciocinio– una evidente preocupación de naturaleza macroeconómica.

A nuestro juicio, está correcta la decisión del Tribunal Regional del Trabajo de Campinas. La ausencia de preceptos legales específicos no impide que se recurra a la analogía y a los principios generales de derecho. Es todo lo contrario: la propia legislación explícitamente no solamente autoriza sino que incluso

recomienda que sea así. Es lo que dice, con todas las letras, el artículo 8º de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT) brasileña, como se ve en seguida:

> «Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, *na falta de disposições legais ou contratuais*, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, *por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito*, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, *o direito comparado*, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público» (las cursivas son nuestras).

O sea, el juez de trabajo brasileño está autorizado a utilizar incluso el Derecho comparado con el objetivo de sanar lagunas en la legislación nacional. Fue eso –ni más ni menos– lo que ha hecho el Tribunal de Campinas, y es eso lo que se espera haga también el Tribunal Superior del Trabajo, cuando venga a examinar, en su composición colegiada, el mérito de la cuestión.

Sección Jurisprudencia

# DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

# CONVENCIÓN COLECTIVA PREVIA COMO CONDICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN A NIVEL DE RAMA

Mario Pasco Lizárraga(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

La sentencia bajo comentario nos resulta interesante por tres motivos centrales.

En primer lugar, por la trascendencia de la discusión. Se trata de una discusión entre la representación sindical de los trabajadores portuarios y las empresas de ese sector, que en más de una oportunidad –luego de iniciado el diferendo administrativo y laboral de que trata la sentencia bajo comento, pero antes de que esta se emita– dieron lugar a una paralización que se extendió a lo largo de varios días, y que fue objeto de amplia difusión por sus efectos sobre las partes, terceros –léase los exportadores– e incluso, a través de estos últimos, sobre la economía nacional.

En segundo lugar, por su actualidad. Durante los últimos meses, años en realidad, asistimos a un reflorecimiento de la actividad sindical, y a renovados bríos en la ya habitual tendencia en las organizaciones gremiales laborales a preferir la negociación colectiva por rama, frente a la también renuencia de la –o las– entidades empleadoras a aceptarla, y su preferencia por la negociación por empresa (si acaso alguna).

En tercer y no menos importante lugar, por la rica temática laboral que esconde. A efectos de dilucidar la controversia, la Sala debió definir algunos

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano.

conceptos centrales al derecho colectivo del trabajo en general, y a la negociación colectiva en particular.

Nosotros, dentro de nuestras limitadas posibilidades, tendremos que hacer lo mismo, sin perder de vista los otros motivos de nuestro interés.

## 2. PUNTOS CENTRALES

### 2.1. De la controversia

La discusión de fondo –que es la única de la que nos ocuparemos– se centra sobre si era o no obligatorio que la Asociación Peruana de Agentes Marítimos, la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y la Asociación Marítima del Perú, entidades que agrupan a las empresas dedicadas a actividades portuarias (en adelante «las Asociaciones»), negociaran un pliego de reclamos que les cursó el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuario del Puerto del Callao Sutramporpc (en adelante, el Sindicato).

Sabemos que, conforme al artículo 45º del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, que no transcribiremos nuevamente porque la sentencia ya lo hace, el nivel preexistente de negociación vincula a las partes. En caso de no existir aquel, o acuerdo entre ellas, la obligación empresarial será de negociar a nivel de empresa.

El Sindicato planteó que respecto a sus afiliados y las Asociaciones existían convenios preexistentes, que se canalizaban a través de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, y por lo tanto que aquéllas estaban obligadas a continuar negociando por rama de actividad, un pliego único.

Las asociaciones formularon oposición, argumentando que no existía dicha negociación previa.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en un primer momento denegó la solicitud, pero luego, a través del Auto Directoral del 19 de septiembre de 2005 que es objeto de la demanda, anuló sus actos previos y determinó que los empleadores en efecto se encontraban obligados a negociar con el Sindicato, a nivel de rama.

Para hacerlo, la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao consideró que «de acuerdo con la jurisprudencia administrativa sobre la cual no se ha emitido resolución judicial de última instancia, que constituya cosa juzgada, la autoridad administrativa de trabajo, considera que el acuerdo del Consejo de Delegados de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, de fechas 2 y 9 de mayo de 1990, que da solución al pliego de reclamos por rama

de actividad presentado por el gremio de estibadores del puerto del Callao, por el periodo del 19 de abril de 1990 al 18 de abril de 1991, puesto en conocimiento mediante Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC, emitida por la Presidencia Ejecutiva de la Comisión Controladora del Trabajo Marítimo, de fecha 18 de mayo de 1990, constituye antecedente a efectos de aplicar lo establecido por artículo 45º, segundo párrafo del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR», y que «para mantener el nivel de negociación referido, no resulta relevante que las partes intervinientes en dicha negociación sean las mismas, sino, que se haya producido una negociación colectiva en dicho nivel [...]».

Las asociaciones iniciaron un proceso contencioso administrativo cuestionando la decisión administrativa final recién glosada.

### 2.2. De la sentencia

La sentencia bajo comentario, al confirmar la de primera instancia, declara fundada la demanda contencioso-administrativa, y por lo tanto, subsistente el auto divisional que dispuso que se archivara el expediente de negociación colectiva.

Posteriormente, mediante la sentencia del 14 de noviembre de 2008, sendos recursos de casación interpuestos por el procurador público del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y por el Sindicato, han sido declarados improcedentes, con lo que el pronunciamiento de la Sala Civil del Callao ha quedado firme.

La Sala forma su convicción a partir de negar el carácter de precedente de «convención colectiva previa» a las determinaciones a que alude la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC, sobre la base de dos argumentos principales: a) la Comisión tenía capacidad de decisión, es decir, resolvía los conflictos que se presentaban entre trabajadores y empresarios portuarios, con lo cual, la integración de representantes de ambos grupos al consejo de delegados de aquella no califica como negociación colectiva, y los instrumentos que plasmaban las elevaciones de tarifa única y jornal mínimo, no califican como convenio colectivo; y b) la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo no es equiparable a las asociaciones, pues aquella tenía funciones reglamentarias, controladoras y administrativas, respecto del trabajo portuario, y facultad resolutiva respecto de la mejora de beneficios, mientras que estas son simplemente entidades que agrupan a empleadores, siendo que ni aquellas ni éstos tienen tales funciones ni menos dicha facultad.

Nuestro análisis se centrará también en estos dos puntos. Vale decir, examinaremos breve y someramente las características centrales de la negociación colectiva, necesarias para que un procedimiento determinado pueda ser calificado como tal, y previamente revisaremos las calidades requeridas para que una persona u organismo pueda ser considerada como *parte* respecto de la misma delimitación.

## 3. LAS PARTES EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y COMO ACTORES EN LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS COLECTIVOS

Nuestra legislación integra las partes de la negociación colectiva a la definición de convención colectiva. El artículo 41º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo[1] establece que aquella es un acuerdo «celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de estas, por representantes de los trabajadores interesados, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores o varias organizaciones de empleadores». Concuerda esta definición con la Recomendación de la OIT Nº 91, cuyo artículo II contempla una definición muy similar del contrato colectivo: «acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados [...]».

Cierto es que, en la solución de una negociación que no arribe a acuerdo directo, cabe la intervención de terceros, para asistir a las partes en la búsqueda de culminar el diferendo, e incluso en forma decisoria.

De hecho, en los sistemas de solución de los conflictos colectivos de trabajo no es extraña dicha intervención. Al respecto, Deveali[2] informaba lo siguiente:

> «[son] cinco los sistemas, deduciéndolos de un proceso bastante lógico y no exento de sugestividad. Según este autor, el camino adoptado por la generalidad de las legislaciones para la solución de los conflictos colectivos es el siguiente:

---

(1) Texto Único Ordenado del Decreto Ley Nº 25593, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR.

(2) Citado por ALONSO GARCÍA, Manuel, *La solución de los conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1979, pp. 18 y 19

a. obligar a las partes a *tratar directamente*; y

b. en el caso de no llegar a un acuerdo, aceptar la intervención de un funcionario u órgano con facultades de *conciliación*;

c. cuando no se llega a una conciliación, contemplar y facilitar la posibilidad de atribuir la decisión de los puntos en cuestión a árbitros elegidos por las partes (*arbitraje voluntario*);

d. si las partes no se avienen a esta forma de solución, algunas legislaciones, siempre o solamente en algunos casos – que son los mismos en que la huelga está prohibida –, imponen a las partes el procedimiento de *arbitraje obligatorio*, o

e. las obligan a deferir la decisión de la controversia a la *autoridad judicial.*

f. Resultan, pues, así los cinco sistemas siguientes: negociación, conciliación y mediación, arbitraje voluntario, arbitraje obligatorio, intervención judicial».

Nos encontramos, entonces, ante una serie de sistemas para solucionar conflictos – en lo que nos ocupa, de intereses– que tienen como principal elemento común el partir de una interacción no resuelta de índole siempre bilateral –por un lado, la representación de los trabajadores; y por el otro, la representación del o los empleadores– y a la que eventualmente se integra un tercer actor, quien en determinados casos ostenta la facultad de imponer a las partes iniciales la determinación final en cuanto a su controversia. De hecho, a efectos de centrar la noción misma de conflicto colectivo de trabajo, García Abellán utiliza precisamente dicha noción de bilateralidad:

> «[...] los que con toda propiedad pueden denominarse conflictos colectivos de trabajo quedan calificados, ante todo, porque la pluralidad de personas que integran el conflicto, actúan este en función de una relación jurídica de trabajo previa, y solo desde ella; relación esta que vincula a un sector individualizable del conflicto con la otra parte, frente a la que aquél pretende la realización de un interés o el reconocimiento de un derecho. Así el conflicto colectivo lo es en la medida que, aceptando la vigencia y autoridad de un orden general de derecho y de un específico orden jurídico labo-

> ral, se *formaliza* la situación conflictiva, mediante una relación de litigio establecida entre una colectividad homogénea de trabajadores, y una empresa o grupo de empresas, que tiene como materia u objeto propio la confrontación de derechos o intereses comunes a la categoría profesional»[3].

Como elemento inicial de nuestro análisis, rescatamos la necesaria intervención de las partes interesadas en el procedimiento, y en especial en su parte inicial de tratativas directas, a efectos de posibilitar que un determinado procedimiento pueda ser calificado como de solución de un conflicto colectivo, y de que el mismo tenga por objeto continuar, culminar o resolver la negociación colectiva.

## 4. LA REPRESENTACIÓN NEGOCIAL Y EL DEBER DE NEGOCIAR

Salvo el caso del empleador persona natural, las partes de la negociación colectiva están constituidas por organizaciones que a su vez operan a través de representantes designados al efecto. Por un lado, está siempre un colectivo de trabajadores, cuya operación conjunta o universal resultaría inviable y deben por ello actuar por vía indirecta, a través de representantes; y, por el otro lado, aparecerán una o más personas jurídicas, que por simple exigencia de la realidad física tienen también que operar a través de personas naturales que las representen.

La representación de la parte laboral estará normalmente[4] a cargo de un sindicato o conjunto de ellos, personificados a su vez en una comisión conforme a las reglas que al efecto establece el artículo 12º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. El nivel de la organización sindical no condiciona el de la negociación, y no existirá inconveniente para que, por ejemplo, un sindicato de rama negocie un pliego de reclamos a nivel de empresa; aunque la situación inversa resultaría inviable.

La de la parte empleadora, conforme al artículo 48º, se disgrega de acuerdo con el nivel de la negociación: si es a nivel de empresa, esta actuará a través de las personas que designe (o de modo directo en el caso ya adelantado del empleador persona natural); si es a nivel de rama de actividad o de gremio,

---

(3) GARCÍA ABELLÁN, Juan, *Derecho de conflictos colectivos de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969, pp. 26 y 27.

(4) Puede actuar como coalición, pero ello no altera lo esencial de concepto desarrollado.

estará a cargo de la organización representativa de los empleadores, en la respectiva actividad económica, de no existir esta, de los representantes de los empleadores comprendidos.

Lo central en esta materia viene dado en la actualidad por el artículo 49º, que dispone que, respecto a los representantes de ambas partes, «deberán estipularse expresamente las facultades de participar en la negociación y conciliación, practicar todos los actos procesales propios de estas, suscribir cualquier acuerdo y llegado el caso, la convención colectiva de trabajo». Esta previsión conforma parte integrante, en lo que a los empleadores se refiere, de lo que posteriormente consagra el artículo 54º de la propia Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: la obligación de recibir el pliego de reclamos y, posteriormente, de «negociar de buena fe y abstenerse de toda acción que pueda resultar lesiva a la contraria».

Esto quiere decir que en nuestro actual sistema, una vez emplazado válidamente el empleador con un pliego de reclamos que lo vincule, deberá necesariamente nombrar representantes y negociar de buena fe con su contraparte. El procedimiento de negociación colectiva «constituye el marco legal que posibilita el ejercicio del derecho de negociar de los trabajadores, y, recíprocamente, el cumplimiento de la obligación de negociar de los empleadores [...]»[5].

Individualizamos la noción de que, a efectos del establecimiento de un procedimiento de negociación colectiva, y cuando el mismo vincula a la parte empleadora, las partes designan representantes con facultades suficientes, y estos llevan a cabo las conversaciones directas, primero, y luego las eventuales etapas posteriores en caso de no alcanzarse acuerdo.

Adicionalmente, empero, es importante advertir, en lo que al tema bajo análisis se refiere, que en la negociación por rama de actividad no existe necesaria identidad entre el suscriptor de la convención colectiva por la parte empresarial, y la de las entidades posteriormente obligadas por la misma: una vez que se determine la existencia de una «organización representativa de los empleadores», y esta suscriba un convenio colectivo, este resultará de aplicación en dicha rama de actividad y alcanzará a la totalidad de empresas comprendidas en ella, en caso de cumplir las exigencias del artículo 46º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo: «que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas».

---

(5) RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Manual del trabajo colectivo*, Ediciones Tarpuy, Lima, 1982, p. 161.

Si ese fuera el caso, y con posterioridad a la suscripción del convenio colectivo variara la composición o la representación del sector empleador, el nivel de negociación por rama se mantendría, al haber quedado ya fijado conforme al artículo 45º del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Cuestión interesante, que no tiene respuesta en la ley y a la que tampoco se hace referencia en la sentencia, por el rumbo distinto que toma el razonamiento en esta, es la determinación del tiempo a lo largo del cual quedará fijado dicho nivel de negociación. Es decir, si la negociación por rama de actividad deja en algún momento de ser obligatoria al caer en desuso, y si los empleadores que una vez negociaron a ese nivel podrían verse nuevamente obligados a hacerlo incluso luego de un lapso prolongado. De hecho, en el caso concreto habían transcurrido nada menos que catorce años entre el último proceso calificado como de negociación colectiva por rama por el Sutramporpc, y la presentación del pliego de reclamos que generó la controversia.

## 5. EL CONVENIO COLECTIVO Y SUS SUCEDÁNEOS

Toda negociación colectiva está dirigida a cerrar un conflicto, que no se ha abierto, sino solo se ha formalizado, o más bien ha sido canalizado a través del pliego de reclamos o peticiones que hayan dirigido en su momento los trabajadores al o a los empleadores.

Convenio colectivo es, en términos del artículo 41º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, del cual ya nos hemos ocupado en parte, el «acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad, y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte [...]». La norma (genérica) previa, el Decreto Supremo Nº 006-71-TR, la presentaba por su parte como «todo acuerdo relativo a las relaciones laborales de empleadores y trabajadores [...]».

El convenio colectivo, como manifestación bilateral es, sin más, el éxito de la negociación. Con prescindencia de lo que cada bando haya obtenido, ambas habrán logrado algo que se les presente cuando menos como aceptable, y habrán estampado su firma adoptando la solución como propia. En un convenio colectivo no hay, por lo tanto, perdedor.

Pero no siempre es posible alcanzar el éxito. De allí que los ordenamientos establezcan mecanismos para, cuando sea necesario, suplantar al convenio colectivo mediante instrumentos que lleven de todos modos a solucionar el conflicto, como hemos informado ya previamente: aparecerán entonces los laudos arbitrales –sean voluntarios u obligatorios– y la resolución administrativa, afor-

tunadamente desaparecida en nuestro país desde la dación de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

Se tratará de soluciones siempre imperfectas. Exponiendo las razones de la preferencia de la conciliación sobre el arbitraje, Plá Rodríguez explicaba:

> «La predilección por las soluciones de conciliación responde a las enseñanzas de una larga experiencia que nos muestra que las soluciones logradas de común acuerdo entre las partes son mucho más sólidas, más firmes, más durables, más fecundas que las soluciones impuestas por vía de autoridad. / No importa el cuidado que se haya puesto en encontrar una solución equilibrada y ecuánime; no interesa el acierto y la justicia con que se haya actuado; no cuenta mucho el poder persuasivo de los fundamentos de la solución impuesta. Lo que las partes sienten es que se les impone desde afuera una solución que ellos no aceptaron»[6].

Sin embargo, la impureza innata de la solución heterónoma no la privará, en primer lugar, de eficacia legal, en tanto provenga precisamente de un proceso llevado conforme al ordenamiento que se encuentre vigente, ni, en segundo y más importante lugar para los efectos que nos ocupan, de su calidad de medio de solución del conflicto. Lo que haya ocurrido en forma previa entre las partes, en caso de haber existido interacción real, calificará naturalmente como negociación colectiva, y los efectos del laudo o resolución serán los mismos del convenio colectivo. Que el instrumento que determine la solución a una petición no esté firmado por las partes no tiñe entonces de ilegitimidad al procedimiento, en cuanto a su naturaleza inicial se refiere.

Nos quedamos entonces con el criterio recién expuesto: que el documento que soluciona un diferendo no haya sido emitido por las partes en una negociación, no elimina la existencia de esta última.

## 6. OPINIÓN PERSONAL

Retornamos a las consideraciones de la sentencia de la Segunda Sala Civil objeto de nuestro comentario, luego del –necesariamente breve– repaso de los conceptos centrales a considerar.

---

(6) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, «La conciliación administrativa como instrumento de solución de los conflictos colectivos de trabajo», en *Derecho Laboral*, T. XXVI, Nº 129, Montevideo, 1983, p. 30.

En este punto tales consideraciones se nos revelan como sólidas, siempre partiendo del universo que constituyó el expediente administrativo que tuvo que considerar la Sala, conforme la propia sentencia lo expone.

En nuestro concepto, la determinación de remuneraciones y condiciones de trabajo a través de una resolución de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, incluso con presencia de representantes de los empleadores y de los trabajadores en alguna de sus instancias, no califica en sí misma como negociación colectiva, habida cuenta de que constituye una solución heterónoma a las partes, que de acuerdo a la descripción de la sentencia no seguía a la negociación entre las partes o la suplía ante el fracaso de las mismas, sino que aparecía directamente como definición del asunto.

Revisando antecedentes adicionales a los mencionados en la sentencia, se agrega al panorama el Decreto Supremo Nº 035-DE-SG, del 13 de septiembre de 1990 (inmediatamente posterior al proceso que devino en la dación de la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC que menciona la sentencia), el cual modificó los artículos D-010501 y D-010503 del Reglamento de Capitanías y de las actividades marítimas, fluviales y lacustres aprobado por Decreto Supremo Nº 002-87-MA.

La norma determinaba que, ante los petitorios de los trabajadores marítimos, se convocaría a «Junta del Puerto», integrada por el Capitán de Puerto, un representante de los armadores, un representante de la Cámara de Comercio, un representante de los agentes marítimos, un representante de Enapu, un representante de las empresas dedicadas a la actividad del comercio exterior, cuatro representantes del gremio de trabajadores y uno de la agrupación de postulantes o suplentes. Agregaba el segundo artículo mencionado, que «los pliegos petitorios quedarán aprobados, cuando exista acuerdo de la totalidad de los integrantes de la Junta de Puerto».

Vale decir que la voluntad a formarse a efectos de solucionar las expectativas de los trabajadores no se agotaba en caso alguno en los empleadores, sino que debía necesariamente pasar a través del filtro de los intereses de terceros distintos, incluyendo representantes estatales, que no tenían calidad de tales.

En sí mismo, dicho sistema suponía entonces la negación de la negociación colectiva como tal. No se trata simplemente de que el Sutramporpc no haya acreditado tratativas –negociación, propiamente– entre trabajadores y empleadores, previas a la actuación orgánica de la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo, sino que las mismas, en caso de haberse producido, habrían estado mediatizadas, condicionadas a aprobación posterior de una serie de otros intervinientes con intereses distintos a los de las partes.

Cobra sentido, entonces, la consideración de la Sala en el sentido de que no cabe confundir un proceso de negociación, el cual corresponde a las partes, con otro en el que se produzca directamente una resolución, aunque las partes hayan tenido un grado determinado e incluso importante de injerencia en el mecanismo de aprobación de la misma.

Si en el primer punto de nuestra revisión rescatamos que la intervención de las partes en conversación directa es el elemento central de cualquier procedimiento para poder considerarlo como negociación colectiva, su ausencia, y principalmente su impotencia para operar como solución en forma autónoma e independiente de terceros, hace difícil discrepar de lo resuelto.

El segundo argumento de la sentencia, relativo a la ausencia de identidad entre la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo y las empleadoras, es correcto como hecho aunque, como hemos mencionado previamente, la ausencia de identidad de las entidades representantes de los empleadores no implica per se la imposibilidad de reactivación de una negociación colectiva.

Sin embargo, en el caso concreto resulta especialmente relevante la mención de la sentencia a las funciones reglamentarias, controladoras y administrativas de la entidad y su pertenencia al aparato estatal, como elementos diferenciadores, en su funcionalidad, de lo que constituye una parte negocial empleadora. En el procedimiento aplicable el año 1990, según la sentencia, era la Comisión Controladora con ayuda de las partes, y no estas, la que definía los pedidos de los trabajadores y, en consecuencia, no resulta posible entenderlo como de negociación. Aunque a través de una ruta distinta, el argumento termina siendo el mismo ya desarrollado, en el sentido de que el procedimiento como tal no calificaba como antecedente.

Fuera ya de lo que responde estrictamente a la aplicación de la normativa, agregamos nosotros un elemento adicional, cual es que la negociación es asunto de las partes y de voluntades. La imposición de un nivel negocial como el de rama de actividad, que va a suponer necesariamente la mediatización de la situación específica de alguna de las integrantes de la parte empleadora, puede resultar válido cuando el precedente sea claro y actual, pero resultaría de dudosa justicia si se trata de una situación en la que no existe señas manifiestas de su anuencia, sea esta pasada o actual; de allí que el artículo 45º de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo proscriba la modificación del nivel de la negociación por vía distinta al acuerdo de partes.

Dicha línea de pensamiento no implica fundamentalmente hacer reposar en las relaciones de partes la determinación de cómo se canalizarán las mismas.

No en vano ha determinado el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en cuanto al nivel de la negociación colectiva, lo siguiente:

> «Sobre la base del principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4º del Convenio de la OIT Nº 98, la determinación del nivel de negociación colectiva debería depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, dicho nivel no debería ser impuesto en virtud de la legislación, de una decisión de la autoridad administrativa, o de una jurisprudencia de la autoridad administrativa de trabajo»[7].

En suma, coincidimos con lo resuelto.

## 7. CONSIDERACIÓN ADICIONAL

Al momento en que la sentencia objeto de nuestro comentario ha quedado consolidada, ante la abstención de la Corte Suprema de Justicia de la República de admitir a trámite los recursos de casación en cuanto a su fondo, se encuentra abierto un diferendo respecto a un procedimiento idéntico al que la motivó. Con fecha 25 de febrero del presente año, la Autoridad Administrativa de Trabajo del Callao emitió al Auto Directoral Nº 027-2009-MTPE/2/12.7, cuyas consideraciones son virtualmente idénticas a las del Auto Directoral Nº 075-2005-MTPE/2/12.7.

Ello abre una situación que puede llegar a ser paradójica, en tanto que el Ministerio de Trabajo ya se habría pronunciado en última instancia, en el sentido de que el procedimiento de negociación debe ir hacia delante, pero su consideración principal – la inexistencia de resolución judicial a contrario consentida– ha quedado destruida por la autoridad jurisdiccional.

Estando a que el asunto dilucidado es entre particulares, el recurso a la afectación al *orden público* requerido para la declaración de nulidad de oficio de la resolución, en aplicación del artículo 202º de la Ley Nº 27444, podría resultar excesivo. Sin embargo, tampoco pareciera haber ya justificación para que el Estado litigue en caso que los interesados hayan recurrido también en este caso a la vía judicial.

---

(7) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, 5ª ed., OIT, Ginebra, 2006, p. 210.

## SENTENCIA MATERIA DE COMENTARIO

SEGUNDA SALA CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL CALLAO

EXPEDIENTE Nº 237-2007
QUINTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DEL CALLAO
PONENTE: DRA. ROCÍO MENDOZA CABALLERO

Resolución Nº 40
Callao, nueve de agosto de dos mil siete.

VISTOS: Oídos los informes orales, de conformidad con lo opinado por la Señora Representante del Ministerio Público, por los fundamentos de la recurrida; y CONSIDERANDO; además, PRIMERO: Que, es materia de absolución del grado la apelación interpuesta por la parte demandada Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao a través del Procurador Público del Estado a cargo de los asuntos Judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, así como la apelación interpuesta por el litis consorte necesario pasivo Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuario del Puerto del Callao - Sutramporpc, contra la sentencia contenida en la resolución número veintitrés que declara fundada la demanda; SEGUNDO: Que, el Señor Procurador en su escrito de apelación sostiene básicamente: 1) Que, hasta antes de desactivarse la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo (Decreto Supremo Nº 054-91-PCM) esta, en representación de los Armadores, Agentes Marítimos, Agentes de Aduanas, etc., y en coordinación con Enapu SA, se encargaron de regular todo lo concerniente con las tarifas de los trabajadores portuarios, vía las negociaciones colectivas de trabajo por Rama de actividad; y que la razón de que sea una sola entidad estatal, controlada por el Ministerio de Marina, la llamada a regular las relaciones de trabajo de los trabajadores portuarios de la época anterior al Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, (Comisión Controladora de Trabajo Marítimo) fue por las razones prácticas, ya que en una motonave que se estiban o desestiban productos operan trabajadores de distintos gremios (estibadores, wincheros, parihualeros, tarjadores, trabajadores de rivera, etc.), siendo, por ende imposible que cada empleador pudiera hacerse cargo de las actividades contractuales-laborales de cada Armador, Agente Marítimo y demás empresas dedicadas a los quehaceres marítimos, por su cuenta hacen, lo que en su momento coordinadamente, hacía aquella; correspondiéndole al Estado fomentar la negociación colectiva de trabajo conforme al artículo 28º de la Constitución, y que de todo ello considera que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha actuado conforme a ley, ya que el antiguo gremio portuario, toda la vida negoció por rama de actividad sus pliegos de reclamos, dado que sus condiciones laborales se rigen por tarifas que a nivel mundial están establecidas por este gremio, y que la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC no hace más que corroborar este hecho; 2) Que, no se ha agotado la vía administrativa previa ya que contra el Auto de Directoral Nº 075-2005-MTPE cabía el recurso de apelación o el de revisión conforme a los artículos 6º y 8º del Decreto Supremo Nº 001-93-TR, y que el artículo 202º.2 de la Ley Nº 27444 no indica que la resolución dictada de oficio implique per se el agotamiento de la vía administrativa; 3) Que el auto directoral materia de impugnación no ha incurrido en nuli-

dad y tampoco procede declararla porque desde 1935 los trabajadores marítimos venían rigiéndose a través de gremios que estaban bajo la jurisdicción de la Comisión Reguladora de Trabajo Marítimo, la cual tenía entre otras atribuciones la administración de los beneficios sociales de los trabajadores y con facultad de resolver los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de normas legales, así como los conflictos económicos relativos a aumento de remuneraciones y mejoras de condiciones de trabajo; y que si bien se eliminó o desapareció la comisión, los actos decididos o regulados por ella mantienen sus alcances porque la administración de Trabajo los acepta y reconoce como válidos a los efectos de la negociación colectiva por rama, porque sí existe el antecedente a que se refiere el artículo 45º de la Ley de Negociaciones Colectivas; 4) Que lo afirmado en el undécimo considerando de la sentencia es falso, en el sentido que en el presente caso no existe un conflicto que amerite resolverse tomando como precedente el Convenio emanado de la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC, pues por el contrario, en este caso sí existe un estado de conflicto entre trabajadores y empleadores desde el momento en que los empleadores acuden al Poder Judicial en acción contencioso administrativa para dilatar las expectativas de los trabajadores; agrega el apelante que no es correcto afirmar que las responsabilidades señaladas a la Comisión, creada en 1935, no tengan nada que ver con el conflicto porque son las mismas razones o causas de entonces y ahora, que se resolvieron conforme legalmente estaba establecido, independientemente de que los actores en el tiempo sean, aparentemente otros, que el precedente está establecido y no puede negarse su existencia bajo responsabilidad; TERCERO: Que, el Sutramporpc en su escrito de apelación sostiene básicamente: 1) Que, la sentencia ha hecho una interpretación errónea de las facultades de la desactivada Comisión pues se le entiende como un tercero al cursar la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC cuando lo cierto es que se establece un convenio entre las partes; 2) Que, la sentencia no tiene en cuenta que al declararse la nulidad del Auto Divisional Nº 91-2005-DRTPEL/CDTPEC/DPTEC/DNCRG mediante el Auto Divisional Nº 075-2005-MTPE lo hizo dentro del plazo de un año conforme al artículo 202º.3 de la Ley Nº 27444; 3) Que, la sentencia ha reproducido los argumentos del dictamen fiscal de fecha dos de noviembre del dos mil seis; 4) Que, el Informe Nº 161-2005MTC/13 emitido por el Ministerio de Transportes, es un informe emitido a solicitud de los demandantes en donde no se le ha hecho de conocimiento a los recurrentes a fin de que expongan lo conveniente; 5) Que la sentencia les causa agravio porque les impide llevar a cabo la negociación colectiva solicitada; CUARTO: Que, a fin de absolver el grado es pertinente considerar que conforme al artículo 148º de la Constitución, las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante acción contencioso-administrativa, y que a su vez el artículo 1º de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo señala en su primer artículo que esta acción tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados; QUINTO: Que, asimismo, teniendo en cuenta que dentro de los aspectos materia de apelación por parte del Procurador está el referido a la falta de agotamiento de la vía administrativa, se hace necesario que se analice dicho punto en primer lugar, por tratarse de un aspecto de procedibilidad, para luego de ser el caso, incidir en los demás argumentos de apelación que versan sobre el fondo de la controversia; SEXTO: Que, al respecto se tiene en cuenta que el artículo 18º de la Ley Nº 27584, dispone que es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley

de procedimiento Administrativo General o por normas especiales; SÉPTIMO: Que, entonces conviene analizar si en el caso de autos se ha producido el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas de la Ley Nº 27444 o conforme a los artículos 6º y 8º del Decreto Supremo Nº 001-93-TR alegados por el Procurador apelante, para poder determinar así, si es que con ello se desvirtúa o no lo resuelto en la sentencia apelada; OCTAVO: Que, para tal efecto se verifica del petitorio de la demanda que el acto administrativo materia de cuestionamiento es el Auto Directoral Nº 075-2005-MTPE/2/12.7, acto administrativo mediante el cual, se declara nulo el Auto Divisional Nº 191-2005-DRTPELC/DTPEC/DNCRG; NOVENO: Que, como se aprecia del citado Auto Directoral Nº 075-2005-MTPE/2/12.7, que obra a fojas veinte a veintidós así como de fojas trescientos veinticuatro a trescientos veintiséis, aquel se ha emitido de Oficio invocándose el artículo 202º.2 de la Ley Nº 27444, tan es así, que respecto del pedido de nulidad del Auto Divisional Nº 268-2005-DRTPELC/DTPEC/DNCRG formulado por el Sutramporc se declara que carece de objeto emitir pronunciamiento; DÉCIMO: Que, analizando si el agotamiento de la vía administrativa se ha seguido conforme a las reglas de la Ley Nº 27444, corresponde tener en cuenta que el artículo 218º.2.d de la citada ley, contempla como acto que agota la vía administrativa al acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los artículos 202º y 203º de esta ley; **DÉCIMO PRIMERO:** Que, entonces teniendo en cuenta que el Auto Directoral Nº 075-2005-MTPE/2/12.7 ha sido emitido sobre la base del artículo 202.2 de la Ley 27444, declarando la nulidad de oficio del Auto Divisional Nº 191-2005-DRTPELC/DTPEC/DNCRG, se llega a establecer que sí se ha agotado la vía administrativa; DÉCIMO SEGUNDO: Que, por otro lado, dilucidando si el agotamiento de la vía administrativa se ha seguido conforme a lo establecido en los artículos 6º y 8º del Decreto Supremo Nº 001-93-TR, invocados por el Procurador en su apelación, artículos que han sido modificados por el artículo 1º del Decreto Supremo Nº 017-2003-TR, también se determina que se ha agotado la vía administrativa, porque conforme es de verse de los actuados administrativos que en copia en autos, la Asociación Peruana de Agentes Marítimos, la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y la Asociación Marítima del Perú, presentaron recursos de revisión en contra del Auto Directoral Nº 075-2005-MTPE/2/12.7, siendo estos denegados por la autoridad administrativa al amparo del artículo 218º.2 de la Ley Nº 27444, como se ve de fojas trescientos treintinueve a trescientos cuarentidos, trescientos cuarentinueve a trescientos cincuentiseis, trescientos sesenticuatro a trescientos sesentisiete y trescientos ochentitres; **DÉCIMO TERCERO:** Que, entonces si la propia autoridad administrativa al denegar los recursos de revisión, ha reconocido el agotamiento de la vía administrativa, no puede ahora vía apelación a través de su procurador sostener lo contrario, determinándose que tal argumento de impugnación no desvirtúa lo resuelto en la sentencia apelada, siendo así resulta del caso analizar los argumentos de fondo de las apelaciones; **DÉCIMO CUARTO:** Que, respecto al primer punto de la apelación del señor Procurador, debe señalarse que del Decreto Supremo Nº 054-91-PCM se aprecia que la Comisión Controladora de Trabajo Marítimo creada por Decreto Supremo del ocho de marzo de mil novecientos treinta y cinco, tenía a su cargo la Regulación y Control de Trabajo Marítimo, la administración de los beneficios sociales de los trabajadores, así como la facultad de resolver los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de normas legales y convencionales y de los conflictos económicos relativos a aumento de remuneraciones mejora de condiciones de trabajo; **DÉCIMO QUINTO:** Que, a su vez conforme al Decreto Supremo Nº 24 y Decreto Supremo del veinticuatro de mayo de mil

novecientos cincuenta y ocho, que en copia obran de fojas doscientos setenticuatro a doscientos setenticinco, se aprecia que la Comisión Controladora del Trabajo Marítimo –en adelante, la Comisión– se constituía de un miembro de la Marina, uno del Ministerio de Hacienda y Comercio, y otro del Ministerio de Trabajo y Asuntos Indígenas, para luego agregarse uno de la Autoridad Portuaria del Callao, uno de la Asociación Marítima del Perú y uno del Gremio de Estibadores del Callao; apreciándose además que dicha comisión era un organismo del Ministerio de Marina que funcionaba en cooperación con los Ministerios de Hacienda y Trabajo; **DÉCIMO SEXTO:** Que, con lo antes anotado se determina que la Comisión fue un ente del Ministerio de Marina integrada además por diversos miembros dentro de los cuales estuvieron la Asociación Marítima del Perú e incluso un Delegado del Gremio de Estibadores del Callao, resultando ser una entidad que reglamentaba y controlaba el trabajo marítimo, administraba los beneficios sociales de los trabajadores, y que respecto del incumplimiento de normas legales y convencionales y de los conflictos económicos relativos a aumento de remuneraciones y mejora de condiciones de trabajo tenía la facultad de resolver los conflictos jurídicos; desvirtuándose de este modo lo sostenido por el Señor Procurador cuando afirma que al salir del mercado la indicada Comisión cada Armador, Agente Marino y demás empresas dedicadas a los quehaceres marítimos, por su cuenta hacen, lo que en su momento coordinadamente, hacía aquella; **DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, en relación a la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC, la misma que obra en copia de fojas doscientos treintidos a doscientos treintiocho, se aprecia que mediante aquella se hace de conocimiento al Presidente Ejecutivo de la Comisión que el Consejo de Delegados de la referida comisión en sesiones del dos y nueve de mayo de mil novecientos noventa, resolvió el pliego de peticiones del gremio de estibadores del puerto del Callao, correspondiente al periodo del diecinueve de abril de mil novecientos noventa al dieciocho de abril de mil novecientos noventa y uno, aprobando por unanimidad el aumento a la tarifa única y jornal mínimo con el cual serán remunerados así como otros beneficios, los mismos que entraran en aplicación a partir del veintitrés de mayo de mil novecientos noventa; **DÉCIMO OCTAVO:** Que, con ello se evidencia que la citada Comisión ejerció su facultad de resolver, dada la capacidad de decisión que la ley le otorgaba para tales fines, resultando así un ente de resolución de conflictos, pero en modo alguno se logra establecer que el antiguo gremio portuario, toda la vida negoció por rama de actividad sus pliegos de reclamos, como refiere el señor Procurador; **DÉCIMO NOVENO:** Que, con lo antes anotado se establece que el primer argumento de apelación del Señor Procurador, tampoco desvirtúa lo resuelto en la recurrida; **VIGÉSIMO:** Que, en relación al tercer argumento de apelación, en el que el apelante señala que sí existe el antecedente a que se refiere el artículo 45º de la Ley de Negociaciones Colectivas, debemos tener en cuenta que el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao, pretende se lleve a cabo la negociación colectiva por rama de actividad, y que la Autoridad Administrativa al emitir el Auto Directoral Nº 075-2005-MTPE/2/12.7 ha tomado como antecedente la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC; **VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, asimismo, en lo que se refiere a la negociación colectiva por rama de actividad se verifica que el artículo 44º, literal c del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR la contempla como una posibilidad entre otras, y señala que la convención colectiva tendrá aplicación dentro del ámbito que las partes acuerden, que podrá ser de una rama de actividad, cuando comprenda a todos los trabajadores de una misma actividad económica, o a parte determinado de aquella; a su vez el artículo 45º del referido decreto supremo establece en su primer y segundo párrafos

que: «Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa. De existir convención en algún nivel, para entablar otra en un nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral»; **VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que, con ello se establece que ante la inexistencia de una convención colectiva previa en cualquier nivel (de empresa, de una rama de actividad, o de un gremio) se hace necesario el acuerdo común de las partes respecto al nivel en el que negociarán, y en caso no se de este común acuerdo el nivel a negociar es el de empresa; de otro lado cuando exista convención en algún nivel y se quiera sustituir o complementarlo en otro nivel distinto también se hace necesario el acuerdo de partes, quedando prohibida la posibilidad de su establecimiento vía acto administrativo o arbitral; **VIGÉSIMO TERCERO:** Que, como ya se definió líneas arriba, de la citada circular se establece que la Comisión ejerció su facultad de resolver el pliego de peticiones del gremio de estibadores del puerto del Callao; siendo ello así el tercer argumento apelado tampoco enerva lo resuelto por el a quo; **VIGÉSIMO CUARTO:** Que, con relación al cuarto punto de la apelación del Procurador, es de verse que en el décimo primer considerando de la sentencia, lo que hace el a quo es fundamentar el porque considera que la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC no constituye un antecedente de negociación colectiva previa por rama de actividad, sustentación que no resulta falsa, pues el a quo no desconoce la existencia del conflicto, sino que señala que el mismo no puede resolverse tomando como antecedente la circular en comentario; quedando de este modo desvirtuado el último argumento de apelación del señor Procurador; **VIGÉSIMO QUINTO:** Que, por otro lado en relación al primer argumento de apelación del Sindicato, debe precisarse que como ha quedado definido anteriormente mediante la Circular Nº 101-90-GTM/DREE/TAR/CC no se establece un convenio entre las partes, pues en primer término no resulta posible equipara a la Comisión con la Asociación demandante ya que la Comisión tenía funciones (reglamentación, control y administración) y facultades (resolver) que no le competen a la Asociación de Agentes Marítimos o a la litis consorte activa, siendo distinta además en su conformación incluso por haber sido un organismo del Ministerio de Marina que funcionaba en cooperación con los Ministerios de Hacienda y Trabajo, y en segundo término la circular comunica lo resuelto por el Consejo de Delegados de la Comisión; **VIGÉSIMO SEXTO:** Que, en relación al segundo argumento de apelación, es de verse del quinto fundamento de la sentencia apelada que el a quo sí ha tenido en cuenta que al declararse la nulidad del Auto Divisional Nº 191-2005-DRTPEL/CDTPEC/DTPEC/DNCRG mediante Auto Divisional Nº 075-2005-MTPE se hizo dentro del plazo de un año conforme al artículo 202º.3 de la Ley Nº 27444, sino que ha sido por otros argumentos que también detalla en la sentencia que ha amparado la demanda; **VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Que, con relación al tercer argumento de apelación del Sindicato, es de verse que el a quo ha coincidido con la opinión del Ministerio Público al declarar fundada la demanda, sin embargo, no se verifica que haya «reproducido» el dictamen, pues en la sentencia obra el razonamiento del juzgador; debiéndose acotar que en este tipo de procesos la emisión del dictamen del Ministerio Público es obligatoria, conforme al artículo 14º de la Ley Nº 27584, siendo facultad del a quo discrepar o concordar del dictamen, como ha sucedido en el caso de autos; **VIGÉSIMO OCTAVO:** Que, respecto al cuarto argumento de apelación, debe acotarse que el citado Informe Nº 161-2005-MTC/13 emitido por el Minis-

terio de Transportes, y que obra de fojas setecientos veintisiete a setecientos veintinueve no ha sido admitido como medio probatorio, como se aprecia de la resolución doce de fojas setecientos treintidós, notificada al Sindicato con fecha once de setiembre del dos mil seis como se verifica de fojas setecientos sesentidós, como tampoco ha sido merituado ni valorado por el A-quo en la sentencia, por lo que tal argumento no enerva lo resuelto; **VIGÉSIMO NOVENO:** Que, en lo que se relaciona al quinto argumento de apelación, se hace necesario resaltar en efecto la Constitución Política del Estado reconoce el derecho de negociación colectiva, cautela su ejercicio democrático, y la fomenta, conforme es de verse del artículo 28º.2 de la carta magna, el que resulta del caso concordar con el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 010-2003-TR, determinándose así que su ejercicio debe hacerse con sujeción a Ley, exigencia que no puede ser confundida con impedimento, siendo que la sentencia se ciñe a lo actuado y a derecho; **TRIGÉSIMO:** Que, por tanto los argumentos de las apelaciones en nada enervan lo resuelto por el a quo, siendo que la apelada se encuentra conforme a ley y a mérito de lo actuado, por lo que corresponde ser confirmada; por lo que **CONFIRMARON** la sentencia apelada, que obra de fojas ochocientos cuarentinueve a ochocientos cincuentiseis, resolución número veintitrés su fecha seis de diciembre del dos mil seis, que declara fundada la demanda, con lo demás que contiene y es materia de apelación, en los seguidos por ASOCIACIÓN PERUANA DE AGENTES MARÍTIMOS y ASOCIACIÓN PERUANA DE OPERADORES PORTUARIOS contra la DIRECCIÓN DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO DEL CALLAO y el SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES MARÍTIMOS Y PORTUARIOS DEL PUERTO DEL CALLAO sobre PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Notificándose y devolviéndose con arreglo a ley y en su debida oportunidad.- Firmaron los Señores Vocales. HAYA DE LA TORRE BARR - MENDOZA CABALLERO - SOTO GORDON

# PRECEDENTES VINCULANTES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE ENFERMEDAD PROFESIONAL
## (sentencia recaída en el Expediente Nº 02513-2007-PA/TC)

Liliana Tsuboyama Shiohama(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

La enfermedad profesional, definida como «todo estado patológico que ocasione incapacidad temporal, permanente o muerte y que sobrevenga como consecuencia directa de la clase de trabajo que desempeña el trabajador»(1), continúa formando parte de controversias que derivan en conflictos judiciales, ya sea a través de procesos ordinarios laborales o de procesos de amparo, como el que será materia de comentario en el presente trabajo. La enfermedad profesional que genera estas controversias es la neumoconiosis o silicosis, que ha sido definida como aquella «acumulación de polvo en los pulmones y reacciones del tejido en presencia de este polvo, es una enfermedad pulmonar ocasionada por la aspiración prolongada de polvo silíceo, que reduce la capacidad respiratoria y en consecuencia la del trabajo»(2), y a ella nos referiremos en el presente documento.

---

(*) Abogada asociada del Estudio Echecopar. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

(1) Artículo 2º, literal n del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por el Decreto Supremo Nº 009-97-SA.

(2) OLEA, Alonso y TORTUERO, José Luis, *Instituciones de seguridad social*, 14ª ed., Civitas, Madrid, pp. 184 y 185.

En efecto, siguen siendo numerosas las demandas presentadas por trabajadores contra sus ex empleadores, invocando el padecimiento de una enfermedad profesional y, por ende, requiriéndoles el pago de una indemnización. Con dicha finalidad, en la mayor parte de casos sustentaban su solicitud en certificados médicos supuestamente expedidos por una institución pública del sector salud o por instituciones privadas.

Estas demandas involucran principalmente a trabajadores que han laborado para empresas del sector minero; sin embargo, aquellos no necesariamente prestaban servicios en una actividad vinculada a la explotación minera que pudiera ocasionar la enfermedad profesional que invocaban padecer en sus reclamos judiciales. Es así que, por ejemplo, existen demandas de indemnización por padecimiento de la enfermedad de neumoconiosis, aun cuando el demandante jamás trabajó expuesto a polvos de sílice o de similar naturaleza, que es la forma como se adquiere este mal. Es más, en los exámenes médicos que se les practica a dichos trabajadores al cese, ocurre inclusive que en muchos casos no presentan tal enfermedad.

Si bien es cierto en un primer momento muchos juzgadores ni siquiera permitían a la parte demandada cuestionar la calidad probatoria de los certificados médicos presentados por los demandantes, ante las evidentes contradicciones en que se incurría entre la supuesta enfermedad invocada y la realidad de los hechos, en los juzgados se viene admitiendo en este tipo de procedimientos la actuación de una pericia médica adicional, que en muchos casos concluye en la inexistencia de la enfermedad invocada por los demandantes.

Pero más que la determinación de la existencia o no de la enfermedad profesional, en realidad lo que debe verificarse en un proceso en que se discute el pago de una indemnización, es si el empleador cumplió o no con las obligaciones legales impuestas en caso de la realización de una actividad empresarial riesgosa, tales como la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (en adelante, SCTR), el otorgamiento de equipos de seguridad, la capacitación al personal en materia de seguridad, entre otros.

En efecto, conforme lo establece el artículo 1321º del Código Civil, el que no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, se encuentra sujeto al pago de la indemnización por daños y perjuicios. A tal efecto, el trabajador supuestamente afectado por un incumplimiento del empleador está en la obligación de acreditar la existencia del dolo o de la culpa inexcusable.

Por otro lado, las compañías de seguros también vienen siendo demandadas en procesos constitucionales de amparo, por haber denegado a los trabajadores demandantes la pensión de invalidez permanente, también amparados

en la existencia de una enfermedad profesional que, al igual que lo que sucede en la justicia ordinaria laboral, no siempre el trabajador la padece. El caso que será materia de análisis en el presente documento justamente se encuentra referido a una acción de esta naturaleza.

## 2. ANTECEDENTES

El 18 de noviembre de 2005, el demandante inicia el proceso de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros solicitando que se le otorgue una pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis.

La empresa demandada propone las excepciones de arbitraje, prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante. Alega que el demandante debió haberse sometido a los exámenes médicos o adjuntar documentos, exámenes clínicos, elementos auxiliares o informes que respalden su condición de invalidez, tal como lo establece el Decreto Supremo Nº 003-98-SA.

El 11 de setiembre de 2006, el Primer Juzgado Civil de Ica declara infundadas las excepciones y fundada la demanda.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica revoca la sentencia del Primer Juzgado Civil de Ica, declarando improcedente la demanda.

La sentencia bajo comentario declaró infundada la demanda, por cuanto el demandante venía percibiendo una pensión de invalidez por enfermedad profesional por parte de la Oficina Nacional de Normalización Previsional.

## 3. EL SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

### 3.1. Antecedente: régimen del Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales

El Decreto Ley Nº 18846, del 28 de abril de 1971, estableció que la Caja Nacional del Seguro Social Obrero asumía el seguro por accidente de trabajo y enfermedades profesionales del personal obrero.

Este seguro era financiado con aportes de cargo del empleador y brindaba las prestaciones siguientes:

a. Asistencia médica

b. Asistencia hospitalaria y farmacia

c. Aparatos de prótesis y ortopédicos

d. Reeducación y rehabilitación; y,

e. En dinero por incapacidad temporal, incapacidad permanente y muerte.

El Decreto Ley Nº 18846 fue derogado por el Decreto Ley Nº 25897, publicado el 6 de diciembre de 1992, ley que creó el Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones. Sin embargo, su vigencia fue restituida mediante Ley Nº 26183, publicada el 13 de mayo de 1993, y derogada finalmente por la Ley Nº 26790, esta última que creó el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

### 3.2. Régimen actual

El SCTR, regulado por la Ley Nº 26790, publicada el 17 de mayo de 1997, otorga cobertura adicional a los afiliados del Seguro Social de Salud que desempeñan actividades de alto riesgo, las que se encuentran establecidas en las Normas Técnicas del SCTR, aprobadas mediante Decreto Supremo Nº 003-98-SA.

Se trata de un seguro que obligatoriamente debe contratar la entidad empleadora.

Las prestaciones que otorga el SCTR son las siguientes:

a. Prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, las que se pueden contratar libremente o con EsSalud o una EPS.

b. Prestaciones económicas: pensiones de invalidez temporal o permanente o de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales. Estas prestaciones pueden ser contratadas o con la ONP o una empresa de seguros.

El derecho a la pensión de invalidez se inicia una vez vencido el periodo máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud.

## 4. LA ENFERMEDAD PROFESIONAL DE LA SILICOSIS

El artículo 167º del Reglamento de Seguridad e Higiene Minera, aprobado por el Decreto Supremo Nº 046-2001-EM, establece que todo lo referido a enfermedades profesionales, tales como casos de silicosis, neumoconiosis, exposición a plomo, mercurio, manganeso, cadmio, arsénico y otros similares, estarán sometido a las disposiciones correspondientes emitidas por la Organiza-

ción Internacional del Trabajo (OIT), el sector salud y el sector trabajo, correspondiendo la fiscalización en esta materia a los sectores mencionados. Sin embargo, ninguno de los Convenios de la OIT sobre la materia ha sido ratificado por el Perú[3], cabe mencionar que el Convenio Nº 148, en el numeral 3 del artículo 11º, hace una referencia al caso en que, por razones médicas, sea desaconsejable la permanencia de un trabajador en un puesto de trabajo que entrañe exposición a la contaminación del aire, el ruido o las vibraciones. En este supuesto, señala el convenio, deben adoptarse todas las medidas compatibles con la práctica y las condiciones nacionales para trasladarlo a otro empleo adecuado o para asegurarle el mantenimiento de sus ingresos mediante prestaciones de seguridad social o por cualquier otro medio.

Adicionalmente, el referido reglamento derogó diversos títulos del Decreto Supremo Nº 003-94-EM, referidos justamente a la salud ocupacional, los cuales contenían normas precisas sobre trabajadores que padecieran de neumoconiosis. Consideramos que si bien es cierto esta norma se encuentra derogada y no existe actualmente ningún referente normativo sobre la materia, los criterios establecidos en el Decreto Supremo Nº 003-94-EM resultan razonables y podrían ser aplicados en la actualidad.

Estos criterios serían los siguientes:

- En caso de trabajadores expuestos a polvo, en cuya radiografía se determine la subcategoría 1/0 de la Clasificación Internacional de la OIT sobre neumoconiosis, que no son enfermos, sino sospechosos, se pondrá un especial cuidado en el estudio radiográfico dentro de su examen médico de control anual (artículo 281º). Ello concuerda con lo establecido en la Resolución Suprema Nº 014-93-TR, que señala que dichos trabajadores serán objeto de control y vigilancia epidemiológica periódica por el empleador, bajo la supervisión y fiscalización de los organismos competentes en materia de higiene, seguridad y salud ocupacional.
- Los trabajadores con diagnóstico de silicosis, que reúnan los requisitos legales para obtener pensión, no podrán seguir trabajando y se acogerán a la pensión que les corresponda de acuerdo a Ley.

  En caso de no tener aún derecho a dicha pensión por faltarles el requisito del mínimo de aportes, los trabajadores que presenten imágenes

(3) Convenio Nº 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; Convenio Nº 148 sobre el medio ambiente de trabajo; Convenio Nº 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores; Convenio Nº 161 sobre los servicios de salud en el trabajo).

radiográficas de silicosis de las categorías uno (1/1 y 1/2) o DOS (2/1, 2/2 y 2/3) de la Clasificación Internacional de la OIT y cuya capacidad respiratoria se mantenga en 70% o más de la que corresponda para su edad, podrán continuar trabajando, solo hasta lograr acumular los requisitos legales pertinentes, *debiendo ser obligatoriamente cambiados a ambientes sin exposición riesgosa a sílice libre, informados de su enfermedad y evaluados médicamente por lo menos cada año* (artículo 282º).

Si bien este es el criterio de la norma bajo comentario, debe tenerse presente que, como veremos más adelante, solamente si la incapacidad que cause la silicosis es de carácter total y permanente, se podrá dar por concluida la relación laboral y el trabajador deberá gestionar la obtención de su pensión. De no ser así, el trabajador deberá ser siempre reubicado.

- Los trabajadores con diagnóstico de silicosis, en las categorías radiográficas tres (3/2, 3/3, 3/+) y cuatro (A, B y C) de la mencionada Clasificación Internacional de la OIT, no seguirán trabajando a cargo de un titular de actividades mineras y se acogerán a la pensión de invalidez o jubilación que les corresponda de acuerdo a Ley (artículo 283º). Se entiende que en este estadío de la enfermedad la incapacidad del trabajador para prestar servicios deviene en total.
- Los trabajadores que presenten imágenes radiográficas de silicosis, y en los cuales se confirme bacteriológicamente infección pulmonar tuberculosa, se someterán a tratamiento médico de acuerdo a las normas del Seguro Social de Salud, percibiendo subsidio por incapacidad hasta por 11 meses y 10 días. Vencido este plazo, el trabajador se acogerá a la pensión de invalidez de acuerdo a ley (artículo 284º).

*Grado de incapacidad que genera la neumoconiosis*

En el Fundamento Nº 72 de la sentencia recaída en el Expediente Nº 1008-2004-AA/TC se definió a la neumoconiosis como una enfermedad profesional «o afección respiratoria crónica, progresiva, degenerativa e incurable, que tiene cuatro estadios de evolución y es producida por la inhalación, retención y reacción pulmonar al polvo de diversas sustancias minerales, especialmente de sílice cristalina, por periodos prolongados [...]». Asimismo, en el Fundamento Nº 14 indica que la enfermedad de neumoconiosis produce incapacidad permanente, por ser irreversible y degenerativa, y que, al momento de su manifestación y diagnóstico, la incapacidad puede ser parcial o total, dependiendo del grado de evolución diagnosticado en la evaluación médica ocupacional (Fundamento Nº 72).

Sin embargo, el aspecto más importante de la jurisprudencia citada se encuentra en su Fundamento Nº 16 en el que, ante el caso concreto de no haberse consignado en el examen médico el grado de incapacidad física laboral del demandante, en aplicación de los criterios de la OIT y en defecto de un pronunciamiento médico expreso: «[...] la neumoconiosis (silicosis) en primer estadio de evolución produce, por lo menos, invalidez parcial permanente, y que a partir del segundo estadio de evolución, la incapacidad se incrementa a más del 66.66%, generando una invalidez total permanente [...]».

Es así como, a modo de resumen, y en el mismo fundamento, se detalla que en el primer estadío la incapacidad permanente laboral será parcial por tener un grado de incapacidad no menor del 50% hasta el 66.65%, y en el segundo, tercer y cuarto estadio la incapacidad permanente laboral será total por tener un grado de incapacidad no menor de 66.66%.

## 5. PRECEDENTES VINCULANTES DE LA SENTENCIA DEL EXPEDIENTE Nº 02513-2007-PA/TC

Cabe señalar que la sentencia bajo análisis viene a resumir los precedentes vinculantes contenidos en las sentencias recaídas en los Expedientes Nº 10063-2006-PA/TC, 06612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC y 00061-2008-PA/TC, referidos a la interpretación y aplicación del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales regulado por el Decreto Ley Nº 18846, así como del SCTR.

### 5.1. No existe plazo prescriptorio para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846

El artículo 13º del Decreto Ley Nº 18846 estableció en tres años el plazo para demandar a la entonces Caja Nacional del Seguro Social Obrero las prestaciones debidas por este régimen. Este plazo se computaba desde la fecha de la ocurrencia de la contingencia o desde el momento del cese del trabajador, si este continuara trabajando para el mismo empleador.

No obstante, el Tribunal Constitucional reitera que el derecho a solicitar una pensión vitalicia, al formar parte del contenido esencial del derecho a la pensión, y siendo este último un derecho fundamental, aquél es imprescriptible.

### 5.2. Ámbito de protección del Decreto Ley Nº 18846 y del Decreto Supremo Nº 002-72-TR

Al momento de la dación del Decreto Ley Nº 18846 era usual establecer diferencias entre el personal obrero y el empleado, entendiéndose por el pri-

mero a aquel que desempeña sus servicios con predominio de su actividad física y concibiéndose al personal empleado por el contrario como aquél que presta sus servicios con predominio de la actividad intelectual. Sin embargo, en la actualidad no existe un tratamiento legislativo –salvo el caso de la regulación sobre el seguro de vida obligatorio– distinto a ambas clases de trabajadores, teniendo todos ellos los mismos derechos laborales, lo cual se justifica por cuanto, en el ámbito de los riesgos laborales, todos ellos son iguales dependiendo del lugar donde el trabajador desempeñe sus servicios, sin importar se trate de un servicio predominantemente manual o intelectual.

El artículo 1º del Decreto Ley Nº 18846 incluyó bajo su ámbito de protección al personal obrero que sufriera un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional. Ello no significaba que el personal empleado que sufriera un accidente o una enfermedad con ocasión de su relación laboral, se encontrara desamparado, dado que para ellos el Decreto Ley Nº 19990, preveía el otorgamiento de una pensión de invalidez.

Por otro lado, en el ámbito del Sistema Privado de Pensiones, tenemos que las pensiones de invalidez se confieren cuando los trabajadores quedan inválidos por causas diferentes a un accidente de trabajo o enfermedad profesional, a actos propios o por la utilización de sustancias alcohólicas o estupefacientes o no se encuentren gozando de la pensión de jubilación (artículo 115º del Decreto Supremo Nº 004-98-EF). La condición de invalidez –parcial o total, temporal o permanente– es determinada por un Comité Médico de la AFP (Comafp).

### 5.3. Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional. Reglas procesales

El Tribunal Constitucional reitera que en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 o a una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790, la enfermedad profesional solamente puede ser acreditada por un Certificado Médico de Invalidez emitido por EsSalud, establecimientos de salud pública del Ministerio de Salud o Entidades Prestadoras de Salud.

Asimismo, se señala que, si se verificara posteriormente que el dictamen médico es falso o contiene datos inexactos, se imputará responsabilidad penal y administrativa al médico que emitió el certificado, así como al propio solicitante.

Tal como lo señalamos en la parte introductoria del presente trabajo, durante muchos años han existido numerosos casos en los que extrabajadores de

empresas mineras demandan el pago de una indemnización por supuestamente padecer la enfermedad profesional de silicosis, basándose en exámenes médicos falsificados. En tal sentido, estamos totalmente de acuerdo en que el Tribunal Constitucional reitere qué entidad es la competente para dictaminar sobre la existencia de la enfermedad profesional y, especialmente, impute responsabilidad a los médicos intervinientes en los exámenes, de comprobarse la falsedad de estos.

No cabe duda que esta decisión coadyuvará para que en los procesos ordinarios laborales en los que se solicite una indemnización por enfermedad profesional, el juzgador acepte los cuestionamientos que sobre el examen médico pudieran plantear los demandados.

Por otro lado, debe tenerse presente que, conforme con el artículo 9º del Código Procesal Constitucional, el proceso de amparo carece de etapa probatoria, por lo que si fuere necesario practicar algún examen médico adicional al solicitante a efectos de acreditar de manera íntegra su pretensión, deberá hacerlo por la vía ordinaria.

Por lo expuesto, se ha determinado como precedente vinculante que en las demandas interpuestas a partir del 19 de enero de 2008[4], si el demandante no cumple con sustentar su invalidez con un dictamen médico emitido por las entidades antes señaladas, el juez debe declarar improcedente la demanda.

### 5.4. Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, no existe incompatibilidad alguna en que un trabajador que perciba pensión de invalidez, pueda al mismo tiempo trabajar, claro está siempre que la invalidez sea una de naturaleza permanente parcial. En este caso, el Tribunal considera que el grado de incapacidad solamente afecta parcialmente la posibilidad de trabajar.

En caso de invalidez permanente total, no es compatible la percepción simultánea de pensión con la realización de un trabajo remunerado por obvias razones.

---

(4) Fecha en que se publicaron en el diario oficial *El Peruano* las sentencias recaída en el Expediente Nºs 6612-2005-PA/TC y 10087-2005-PA/TC, que establecían como prueba idónea de acreditación de una enfermedad profesional a los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, del Ministerio de Salud o de las EPS.

Debe tenerse presente que, sin embargo, si durante la relación laboral el trabajador sufre una invalidez permanente parcial, conforme al Fundamento Nº 108[5] del voto de los Magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli y Álvarez Miranda, contenido en la sentencia Nº 6612-2005-PA/TC, el empleador se encuentra en la obligación de reubicarlo en otro puesto de trabajo. Ello hay que relacionarlo también con lo señalado en el artículo 69º del Decreto Supremo Nº 009-2005-TR, Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, relativo al derecho de los trabajadores a ser transferidos, en caso de accidente o enfermedad ocupacional, a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, *siempre que este exista*, debiendo ser capacitado para ello, es decir, en este caso la reubicación se encuentra supeditada a la existencia de un puesto de trabajo a ser asignado al trabajador que adolece de la invalidez parcial permanente.

No obstante, en el escenario que no existiere un puesto de trabajo donde reubicar al trabajador, podría darse cualquiera de las situaciones siguientes:

a. Que el empleador disponga que el trabajador continúe laborando en su mismo puesto de trabajo. Debe considerarse que si el empleador tomara esta medida, dado que el trabajador no podría desempeñarse de manera adecuada en dicho cargo por la incapacidad que adolece, el trabajador podría invocar la afectación de las disposiciones constitucionales relativas a la dignidad de las personas y especialmente el artículo 23º de la Carta Magna, que establece que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

b. Que el trabajador renuncie al no estar capacitado para seguir desarrollando el cargo, explorando previamente la posibilidad de la jubilación anticipada aplicable al régimen minero o la pensión de invalidez que otorga el SCTR. Debe tenerse presente que el artículo 6º de la Ley Nº 25009, Ley de Jubilación de Trabajadores Mineros prevé que un trabajador minero pueda acceder a la pensión de jubilación y, por tanto, cesar su vínculo laboral, acreditando que adolece, cuando menos, el primer grado de neumoconiosis (silicosis) sin necesariamente llegar a cumplir con el número de aportaciones que establece la ley.

c. Que el trabajador sea despedido por causa justa relacionada con su capacidad (ineptitud sobrevenida) y de acuerdo a ley.

---

(5) «A juicio del Tribunal Constitucional, el empleador que tenga un trabajador que padezca de incapacidad o invalidez permanente parcial por enfermedad profesional o accidente de trabajo, tiene la obligación de cambiarlo de puesto de trabajo a uno donde no se encuentre expuesto al agente causante de la enfermedad, pero sin rebaja de la remuneración [...]».

La posición adoptada por el Tribunal Constitucional en esta decisión resulta discutible, toda vez que a partir de esta sentencia se establece la ineludible obligación del empleador de reubicar al trabajador incapacitado, aún cuando ello suponga crear un puesto antes inexistente. No obstante, debe tenerse presente el carácter vinculante de esta sentencia, así como los criterios esgrimidos en ella. Por lo tanto, *lo que deberá considerarse como obligación a partir del criterio adoptado, es que ante cualquier supuesto de diagnóstico de enfermedad calificado como una invalidez permanente parcial, deberá siempre reubicarse al trabajador, independientemente de la existencia o no de un puesto hacia donde reubicarlo.* En consecuencia, este criterio estaría dejando sin efecto parcialmente el artículo 69º del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo Nº 009-2005-TR, que plantea la reubicación del trabajador como un derecho de este *«siempre y cuando el puesto exista»*. En tal sentido, el trabajador con invalidez permanente parcial no podrá ser despedido por incapacidad sobrevenida, sino reubicado[6].

Consideramos que la interpretación del Tribunal Constitucional en esta materia no ha tomado en cuenta que pueden existir supuestos en los que no cabe la posibilidad de reubicación del trabajador incapacitado y, por tanto, no podría obligarse a un empleador a mantener una relación laboral sin una efectiva y real prestación de servicios. Ello implicaría afectar la libertad de contratar de la empresa empleadora.

Sin embargo, la posición del Tribunal Constitucional antes comentada es la que deberá prevalecer hasta que su criterio no se modifique.

Por otro lado, respecto a la posibilidad de considerar como un acto de hostilidad la reubicación de un trabajador a un puesto de trabajo distinto, ello carece de asidero legal, toda vez que el cambio de puesto de trabajo obedece a una motivación objetiva por parte del empleador, basada en la jurisprudencia antes citada.

En efecto, el literal c del artículo 30º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR, señala como actos de hostilidad equiparables al despido: «*b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la*

---

(6) Al respecto, Castro señala que «[...] para que proceda la ineptitud sobrevenida como causa justa de despido, *la incapacidad tiene que ser determinante para el desempeño de sus tareas,* por lo que debe necesariamente existir una innegable vinculación entre dicha incapacidad y las labores que desempeña el trabajador» (CASTRO OTERO, Ignacio, «La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente», en *Laborem*, Nº 8, Lima, 2008, p.367.

*categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio».*

En esta línea, de acuerdo con las disposiciones citadas y a los criterios del Tribunal Constitucional, toda reubicación que se realice como consecuencia de haberse diagnosticado una incapacidad permanente parcial deberá suponer:

a. Que el objetivo de la reubicación sea no afectar la salud del trabajador.

b. Que la reubicación tenga en cuenta, evidentemente, las competencias del trabajador.

c. Que se capacite al trabajador para la ejecución de sus nuevas labores en caso de no estar preparado para ello.

d. Que no se reduzca la remuneración del trabajador.

### 5.5. La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790

El Tribunal Constitucional ha establecido un nuevo precedente vinculante en el sentido que la percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por el EsSalud no constituye requisito para el otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, siempre que el vínculo laboral del asegurado haya concluido.

El artículo 19º de la Ley Nº 26790 establece que el derecho a las pensiones de invalidez del SCTR se inicia una vez vencido el periodo máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud. Sin embargo, tal como lo reconoce la sentencia bajo comentario, esta norma solamente sería aplicable a aquellos supuestos en los cuales el trabajador manifiesta la invalidez durante la vigencia de la relación laboral, que es el momento en el cual percibe el subsidio por incapacidad temporal.

Sin embargo, no en todos los casos una invalidez se manifiesta de manera inmediata. Esta característica especial es lo que justamente distingue a la enfermedad profesional del accidente de trabajo. Este último ocurre en un momento determinado, lo que permite identificar con claridad el empleador responsable de cubrir la contingencia; en cambio, dado que la enfermedad profesional generalmente atraviesa procesos y etapas, es difícil determinar cuándo ocurrió realmente[7].

(7) OLEA / TORTUERO, *Instituciones de seguridad social*, cit., p.178

De esta forma, entendemos que en la medida en que el solicitante de la pensión pueda acreditar que su invalidez se generó durante una relación laboral en la que desempeñó una actividad riesgosa y que se encontraba cubierto por el SCTR, podría acceder a recibir la pensión de invalidez del SCTR.

### 5.6. La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba

Relacionado al punto anterior, el Tribunal Constitucional reitera que en un proceso de amparo en el que se discuta el otorgamiento de una pensión de invalidez, la empresa aseguradora o la ONP se encuentran obligadas a presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro para justificar la denegatoria en el otorgamiento de la pensión. Si la invalidez se manifiesta luego de concluido el vínculo laboral, es necesario se presente el examen médico de retiro, pues de lo contrario, señala el Tribunal, se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de la póliza de invalidez.

### 5.7. El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional

El Tribunal Constitucional reitera un principio elemental de la doctrina de la responsabilidad civil: la existencia de un nexo de causalidad entre la enfermedad profesional alegada y las labores desempeñadas por el solicitante de la pensión de invalidez. A tal efecto, debe tenerse presente que determinadas enfermedades profesionales se generan como consecuencia de la prestación de servicios en ambientes de trabajo específicos.

En tal sentido, se reitera la presunción de la existencia de neumoconiosis, antracosis y asbestosis en el caso de trabajadores mineros, por encontrase expuestos a polvos de minerales que es lo que causa dichas enfermedades.

### 5.8. El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez

Se establece como nuevo precedente vinculante que procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 o la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790 cuando se incremente el grado de incapacidad.

### 5.9. La pensión mínima del Decreto Legislativo Nº 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional

Se reitera el precedente vinculante en el sentido de que los montos de la pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del

Decreto Legislativo Nº 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 ni a la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790, por tratarse la primera norma de pensiones originadas por jubilación y no para la cobertura de un accidente de trabajo y de una enfermedad profesional.

### 5.10. El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral

El Tribunal Constitucional reitera el precedente vinculante en el sentido que debe desestimarse toda excepción de convenio arbitral que invoquen las empresas aseguradoras en un proceso de amparo que verse sobre el otorgamiento de una pensión de invalidez, toda vez que el derecho a la pensión es de carácter indisponible. Ello significa que en la práctica se está prohibiendo el sometimiento de las partes contratantes del SCTR a las reglas de conciliación y arbitraje señaladas en el Decreto Supremo Nº 009-97-SA.

En el caso del arbitraje voluntario previsto si una de las partes no se encuentra conforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, el Tribunal reitera que para que este proceso arbitral sea constitucional, es indispensable que los árbitros informen a las partes respecto a lo siguiente: a) las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud; b) que para la resolución de la controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; c) que el asegurado puede renunciar al arbitraje y preferir resolver la controversia en el Poder Judicial; y, d) que contra el laudo arbitral cabe únicamente el recurso de anulación previsto por el Decreto Legislativo Nº 1071, que norma el arbitraje.

Al respecto, dentro del concepto de derecho fundamental del derecho a la pensión, resulta coherente excluir el tema del acceso a la pensión de la competencia de un tribunal arbitral, por lo que, en aras de una mejor tutela del derecho a la pensión del trabajador que sufre de una incapacidad, lo más conveniente es que la controversia sobre el particular se discuta en sede judicial.

## 6. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, la sentencia bajo comentario resalta por el nuevo precedente vinculante que establece, a partir del 19 de enero de 2008, como requisito de una demanda de amparo que discuta el otorgamiento de una pensión vitalicia o una de invalidez como consecuencia de una enfermedad profesional la presentación de un dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud,

Ministerio de Salud o una EPS. Asimismo, esta sentencia nos ha llevado a reflexionar sobre las consecuencias en las relaciones laborales cuando un trabajador se encuentra incapacitado de manera parcial con motivo de una enfermedad profesional y el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional respecto a su necesaria reubicación dentro del mismo centro de trabajo.

## SENTENCIA MATERIA DE COMENTARIO

**EXP. Nº 02513-2007-PA/TC**
**ICA**
**ERNESTO CASIMIRO**
**HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ**

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de octubre de 2008, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia

### I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ernesto Casimiro Hernández Hernández contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, de fojas 109, su fecha 31 de enero de 2007, que declara improcedente la demanda de autos.

### II. ANTECEDENTES

#### 1. Demanda

Con fecha 18 de noviembre de 2005, el recurrente interpone demanda de amparo contra Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros solicitando que se le otorgue pensión de invalidez permanente o renta vitalicia por padecer la enfermedad profesional de neumoconiosis, conforme al Capítulo VII del Decreto Supremo Nº 003-98-SA, más el pago de las pensiones devengadas. Refiere haber laborado en la Empresa Minera Shougang Hierro Perú S.A.A., expuesto a la contaminación ambiental del polvo mineral, razón por la cual en la actualidad padece de neumoconiosis con 80% de incapacidad.

#### 2. Contestación de la demanda

La emplazada propone las excepciones de arbitraje, de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante, y contesta la demanda alegando que para el otorgamiento de

una pensión de invalidez, el demandante debió someterse a los exámenes médicos que establece el Decreto Supremo Nº 003-98-SA.

**3. Resolución de primer grado**

El Primer Juzgado Civil de Ica, con fecha 11 de septiembre de 2006, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada la demanda, por considerar que con el certificado de trabajo obrante en autos se acredita que el demandante laboró en actividades mineras expuesto a riesgos de toxicidad, y que con el examen médico presentado se acredita que padece de neumoconiosis en segundo estadio de evolución.

**4. Resolución de segundo grado**

La recurrida, revocando la apelada, declara improcedente la demanda, por estimar que con la sentencia emitida en el Expediente Nº 2004-1846, se demuestra que el demandante ya se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por la enfermedad profesional que padece.

## III. FUNDAMENTOS

**1 § Procedencia de la demanda y delimitación de las materias controvertidas**

1. En el Fundamento Nº 37.b de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 1417-2005-PA/TC, que constituye precedente vinculante, este Tribunal ha señalado que forma parte del contenido esencial directamente protegido por el derecho fundamental a la pensión las disposiciones legales que establecen los requisitos para su obtención, y que la titularidad del derecho invocado debe estar suficientemente acreditada para que sea posible emitir un pronunciamiento estimatorio.
2. El demandante pretende que se le otorgue pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley Nº 26790. En consecuencia, su pretensión está comprendida en el supuesto previsto en el Fundamento Nº 37.b de la citada sentencia, por lo que se analizará el fondo de la cuestión controvertida.
   Alega que con el informe de evaluación médica de fecha 20 de septiembre de 2003, se encuentra probado que adolece de neumoconiosis con 80% de incapacidad, razón por la cual tiene derecho a que Rímac le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley Nº 26790.
3. Por su parte Rímac aduce que la pretensión planteada en el presente proceso ya ha sido solicitada por el demandante en un anterior proceso de amparo, en el que se le ordenó a la Oficina de Normalización Previsional que le otorgue una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley Nº 26790. Por lo tanto, el demandante no tiene derecho a una segunda pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley Nº 26790, ya que la Oficina de Normalización Previsional se la viene abonando.
4. Delimitados de este modo los términos del debate, corresponde a este Tribunal determinar si resulta legítimo que un asegurado pueda percibir por la misma enfermedad profesional dos pensiones vitalicias conforme al Decreto Ley Nº 18846

o dos pensiones de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 o una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 y una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790. Ello debido a que la pensión vitalicia fue sustituida por la pensión de invalidez para cubrir las mismas contingencias (accidentes de trabajo y enfermedades profesionales).

5. Con carácter previo al enjuiciamiento de la cuestión de fondo, es necesario recordar que en las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes Nºs 10063-2006-PA/TC, 06612-2005-PA/TC, 10087-2005-PA/TC y 00061-2008-PA/TC se han establecido los criterios vinculantes para la interpretación y aplicación del Seguro por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (SATEP) regulado por el Decreto Ley Nº 18846 y el Decreto Supremo Nº 002-72-TR y del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) regulado por la Ley Nº 26790 y el Decreto Supremo Nº 003-98-SA.

   Por lo tanto, teniendo en consideración que existen tres sentencias que establecen precedentes vinculantes respecto del SATEP y del SCTR y una que les sirve de fundamento o *ratio decidendi*, así como una prolija jurisprudencia que desarrolla temas no tratados por los precedentes vinculantes, el Tribunal Constitucional, en virtud de su función de ordenación, considera necesario que dichos criterios interpretativos queden unificados y establecidos en una sola sentencia, a fin de garantizar la unidad, predictibilidad y seguridad jurídica, y facilitar el uso por parte de los justiciables y los jueces.

**2 § Criterios vinculantes respecto del SATEP y del SCTR**

6. Este Tribunal al conocer las controversias referidas a la aplicación del Decreto Ley Nº 18846 o de la Ley Nº 26790 se ha encontrado con la siguiente problemática:

   a. Prescripción de la pensión vitalicia.
   b. Ámbito de protección del Decreto Ley Nº 18846 y del Decreto Supremo Nº 002-72-TR.
   c. La acreditación de la enfermedad profesional.
   d. Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuesto de compatibilidad e incompatibilidad.
   e. La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790.
   f. La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba.
   g. La existencia del nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional.
   h. El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez.
   i. La pensión mínima del Decreto Legislativo Nº 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional.
   j. El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral.
   k. La fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez.
   l. Responsabilidad del Estado en el SCTR.

7. Ahora bien, conviene señalar que para la motivación de los criterios vinculantes que se van a establecer en la presente sentencia, en algunos temas nos remitiremos a los

fundamentos establecidos en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC, y en otros se desarrollará la fundamentación correspondiente. De este modo, en algunos temas hemos de reiterar los precedentes vinculantes establecidos y en otros vamos a establecer nuevos precedentes vinculantes. Asimismo, antes de proceder a unificar los criterios vinculantes y establecer nuevos criterios vinculantes, debe señalarse que la regla procesal que permite a este Tribunal Constitucional establecer precedentes vinculantes se encuentra reconocida en el artículo 201º de la Constitución y en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
En este sentido, debe establecerse como:

a) Regla procesal: el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo 201º de la Constitución y del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tiene la facultad para establecer un precedente vinculante a través de sus sentencias que adquieren la autoridad de cosa juzgada, precisando el extremo de su efecto normativo.

**2.1 § Prescripción de la pensión vitalicia**

8. En este punto, se ha de reiterar las consideraciones expuestas en los Fundamentos Nºs 89 y 90, en el sentido de que el plazo de prescripción de tres años del artículo 13º del Decreto Ley Nº 18846 para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia por incapacidad, al ser una restricción irrazonable, no se condice con el contenido esencial a la pensión que este Tribunal ha delimitado en las en las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes Nºs 0050-2004-AI/TC y 1417-2005-PA/TC, por lo que debe entenderse inaplicable por incompatibilidad con la norma constitucional.

9. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: no existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

**2.2 § Ámbito de protección del Decreto Ley Nº 18846 y del Decreto Supremo Nº 002-72-TR**

10. Respecto al ámbito de protección del Decreto Ley Nº 18846 y del Decreto Supremo Nº 002-72-TR, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los Fundamentos Nºs 66 y 67 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC.

11. En este sentido, el Tribunal Constitucional reitera su precedente vinculante consistente en que: *no se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley Nº 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.*

12. Asimismo, también debe reiterarse como precedente vinculante que: *los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley Nº 19990 que en su inciso d del artículo 25º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29º del Decreto Supremo Nº 011-74-TR.*

**2.3 § Entidad competente para la acreditación de la enfermedad profesional**

13. Para la motivación de este punto nos remitimos al Fundamento Nº 96 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC, en cuanto se establece que el artículo 26º del Decreto Ley Nº 19990 resulta aplicable, *mutatis mutandi,* a la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 y a la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790.

14. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reitera como precedente vinculante que: *en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26º del Decreto Ley Nº 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.*

**2.4 § Percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración: supuestos de compatibilidad e incompatibilidad**

15. Para determinar en qué supuestos resulta compatible e incompatible la percepción simultánea de pensión vitalicia o pensión de invalidez y remuneración o pensión vitalicia y pensión de invalidez, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los Fundamentos Nºs 100 a 102, 104 a 105 y 109 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC.

16. En este sentido, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y remuneración, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que:

    a. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
    b. Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
    c. Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

17. Asimismo, con relación a la percepción simultánea de pensión de invalidez y remuneración, también ha de reiterarse como precedente vinculante que:

    a. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
    b. Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
    c. Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

18. Finalmente, con relación a la percepción simultánea de pensión vitalicia y pensión de invalidez, ha de reiterarse como precedente vinculante que: *ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley Nº 19990 o a la Ley Nº 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115º del Decreto Supremo Nº 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.*

### 2.5 § La inexigibilidad del subsidio por incapacidad temporal para acceder a una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790

19. A diferencia del SATEP, que no estableció el cumplimiento previo de algún período de calificación para que los asegurados y ex asegurados puedan acceder a una pensión vitalicia por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el SCTR sí lo prevé. Así, en los artículos 19º de la Ley Nº 26790 y del Decreto Supremo Nº 003-98-SA se establece que el derecho a la pensión de invalidez se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud (EsSalud).
    En igual sentido, el artículo 25º.6, literal c del Decreto Supremo Nº 003-98-SA señala que el asegurado para obtener la pensión de invalidez deberá presentar, en el procedimiento de otorgamiento, el certificado de inicio y fin del goce del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud. Del mismo modo, el artículo 26º.2 del Decreto Supremo Nº 003-98-SA dispone que las pensiones de invalidez se devengarán desde el día siguiente de finalizado el período de 11 meses y 10 días consecutivos, correspondiente al subsidio por incapacidad temporal que otorga EsSalud.

20. Pues bien, teniendo presente que la normativa que regula el SCTR prevé un período de calificación previa (subsidio de incapacidad temporal por 11 meses y 10 días consecutivos) para acceder a una pensión de invalidez, corresponde determinar en qué casos resulta razonable que el destinatario del derecho fundamental a la pensión pueda exigir el cumplimiento de dicho requisito.
    Al respecto, este Tribunal considera que el goce previo del subsidio de incapacidad temporal como condición para acceder a una pensión de invalidez constituye un

requisito razonable que solo puede ser exigido a los asegurados del SCTR que mantengan una relación laboral vigente, mas no a quienes han terminado su relación laboral, debido a que médicamente es posible que los efectos del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional se manifiesten después del cese laboral.
En este sentido, este Tribunal en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 02349-2005-PA/TC ha precisado que «el pago de subsidios solo procede cuando existe vínculo laboral, de modo tal que resulta imposible exigir su percepción como condición previa al otorgamiento de la pensión después del cese laboral del asegurado», pues su exigencia a quienes han terminado su relación laboral, por ser irrazonable, vulneraría su derecho fundamental a la pensión.

21. Por ello, ha de establecerse como nuevo precedente vinculante que: *La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vínculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.*

**2.7 § La configuración de la invalidez y la inversión de la carga de la prueba**

22. Cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional es declarada durante la vigencia de la relación laboral, se presume que la configuración de la invalidez no es un hecho controvertido, pues se tiene la certeza de que esta se encuentra cubierta por la póliza del contrato del SCTR. En cambio, si la enfermedad profesional es declarada luego que la relación laboral termina, la configuración de la invalidez y la responsabilidad de la parte demandada se convierten en hechos controvertidos, pues se tiene que determinar si esta se produjo dentro de la vigencia de la póliza.

23. Para ello, debe tenerse en cuenta que la enfermedad profesional puede presentarse durante la relación laboral o al término de esta, ya que existen enfermedades profesionales que pueden manifestarse de distintas maneras y que no impiden necesariamente seguir realizando la prestación de servicios. Por ello, cuando la enfermedad profesional se presenta al término de la relación laboral, el responsable de la pensión de invalidez es la compañía aseguradora o la entidad encargada que mantenía la póliza vigente cuando se produjo el término de la relación laboral, ya que la invalidez se produjo durante la vigencia de su póliza.

24. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: *en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar*

*los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.*

**2.8 § El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional**

25. En cuanto a la exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad profesional y las labores desempeñadas para acceder a la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 o su sustitutoria, la pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los Fundamentos Nºs 81 y 113 a 114 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC.

26. En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, ha de precisarse su ámbito de aplicación y reiterarse como precedente vinculante que: *en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo Nº 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.*

27. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que puede ser de origen común o de origen profesional, ha de reiterarse como precedente vinculante que: *para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones qué desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.*

**2.9 § El reajuste del monto de la pensión vitalicia o de la pensión de invalidez**

28. Es doctrina reiterada de este Tribunal que en caso se incremente el grado de incapacidad o invalidez provocado por el accidente de trabajo o la enfermedad profesional procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia o la pensión de invalidez. Ello debido a que la garantía institucional de la seguridad social tiene una doble finalidad, por un lado, proteger a la persona frente a las contingencias de la vida; y, por otro, elevar su calidad de vida.
Para fundamentar la procedencia del reajuste, este Tribunal en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 1008-2004-AA/TC, ha señalado que: a) La improcedencia del reajuste desnaturalizaría la esencia misma del seguro,

el cual está concebido para cubrir la incapacidad laboral, resultando razonable, por lo tanto, que la pensión se incremente a medida que el grado de incapacidad se incremente; b) El riesgo cubierto –la incapacidad laboral producto de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales– no es estático ni se agota, en todos los casos, en el momento en que se produce el siniestro o se manifiesta la enfermedad; y c) Existen accidentes de trabajo y, especialmente, enfermedades profesionales que generan una progresión degenerativa de la incapacidad laboral y que son incurables, por ejemplo la neumoconiosis (silicosis).

29. Por lo tanto, el Tribunal ha de establecer como nuevo precedente vinculante que: *procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.*

**2.10 § La pensión mínima del Decreto Legislativo Nº 817 y su relación con la pensión vitalicia por enfermedad profesional**

30. Sobre este punto, este Tribunal ha de reiterar las consideraciones expuestas en los Fundamentos Nºs 87 y 117 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC, en el sentido de que los montos de pensión mínima establecido por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 817 para los regímenes a cargo de la ONP no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 ni a su sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790, básicamente, porque los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cubiertos por el Decreto Ley Nº 18846 no están comprendidos en el régimen del Decreto Ley Nº 19990 y porque es una pensión adicional a la generada por el riesgo de la jubilación (edad y aportaciones).

31. Por lo tanto, el Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: *los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.*

**2.11 § El arbitraje en el SCTR y la excepción de convenio arbitral**

32. El marco normativo del arbitraje en el SCTR se encuentra previsto y desarrollado únicamente en el Decreto Supremo Nº 003-98-SA. Así, en su artículo 9º se establece que:

«La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y

arbitraje a que se refieren los artículos 90º y 91º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo Nº 006-97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en las que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS».

Asimismo, en su artículo 25º se señala:

«[...] artículo 25º.5.3. Recibida la solicitud con la documentación completa, LA ASEGURADORA procederá directamente a la evaluación de la documentación presentada y la calificación de la condición de la invalidez del BENEFICIARIO, en su caso, pronunciándose sobre la procedencia del reclamo en un plazo máximo de diez días calendario a contarse desde la presentación de la solicitud de pensión.
25º.5.4, En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada.
25º.5.5. Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud».

2.11.1 §. El arbitraje previsto en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 003-98-SA

33. En cuanto a la regulación del arbitraje prevista en el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 003-98-SA, debe señalarse que este Tribunal Constitucional, en el fundamento 120 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC, ya se ha pronunciado sobre su inconstitucionalidad, por considerar que al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a la justicia y al juez natural.

34. En este sentido, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: *cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 003-98-SA, el Juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.*

**2.11.2 § El arbitraje previsto en el artículo 25º del Decreto Supremo Nº 003-98-SA**

35. A diferencia del arbitraje obligatorio previsto en el artículo 9º, el previsto en el artículo 25º es un arbitraje voluntario, que se inicia porque una de las partes está disconforme con el pronunciamiento del Instituto Nacional de Rehabilitación, y que concluye con la resolución del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

36. Sobre el particular, debe tenerse presente que este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente Nº 00061-2008-PA/TC consideró que el arbitraje voluntario goza de la presunción de constitucionalidad debido a que su inicio tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, que constituye la esencia y el fundamento del proceso arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Asimismo, se estableció que el arbitraje voluntario, para que sea considerado constitucional, debe cumplir con determinados requisitos en el momento de la instalación del órgano arbitral.

37. En este sentido, para que el proceso arbitral instaurado de manera voluntaria sea constitucional, debe reiterarse como precedente vinculante que: *en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:*

    a. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
    b. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
    c. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
    d. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

    El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

38. Asimismo, cabe recordar que contra el laudo arbitral procede la demanda de amparo, siempre que se haya agotado previamente el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje y exista una resolución judicial firme que resuelva dicho recurso.

**2.12 § Fecha de inicio de pago de la pensión vitalicia o pensión de invalidez**

39. En cuanto a la fecha en que se genera el derecho a la pensión vitalicia o pensión de invalidez, este Tribunal en el precedente vinculante dictado en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 00061-2008-PA/TC ha precisado que la contingencia debe establecerse desde la fecha de emisión del dictamen o certificado médico expedido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que la prestación deriva justamente

del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 o pensión de invalidez de la Ley Nº 26790 y sus normas complementarias y conexas.

40. Por lo tanto, este Tribunal ha de reiterar como precedente vinculante que: *la fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 o pensión de invalidez de la Ley Nº 26790 y sus normas complementarias y conexas.*

**2.13 § Responsabilidad del Estado en el SCTR**

41. Este Tribunal en los Fundamentos Nº 124 a 126 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC al analizar el artículo 88º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA advirtió que la cobertura supletoria del SCTR que recae en la ONP, como ente estatal encargado de la calificación de las pensiones vitalicias o pensiones de invalidez por riesgos profesionales, solo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, y opera siempre que la entidad empleadora se encuentre inscrita, es decir, que no cubre la invalidez temporal e invalidez parcial permanente.

42. Pues bien, este Tribunal, con la finalidad de integrar el vacío normativo previsto en el artículo 88º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA, ha de reiterar como precedente vinculante que: *la cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.*

**2.14 § Reglas procesales**

43. Este Tribunal en los Fundamentos Nºs 140 y 146 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC desarrolló algunas reglas procesales que deben tenerse presentes en los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, que requieren de una complementación para un mejor desarrollo de los procesos constitucionales y la predictibilidad de las sentencias.

44. Como primera regla procesal, tenemos que precisar los efectos que generó establecer en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC como regla vinculante que solo los dictámenes o exámenes médicos emitidos por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS constituidas según Ley Nº 26790,

constituyen la única prueba idónea para acreditar en los procesos de amparo que una persona padece de una enfermedad profesional, y que, por ende, tiene derecho a una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, o a una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA.

45. Pues bien, teniendo en cuenta el criterio vinculante referido en el fundamento precedente, este Tribunal ha de reiterar como precedentes vinculantes que:

    a. Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a tramite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.

    b. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 o de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

    c. En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

46. Asimismo, resulta conveniente establecer qué sucede en aquellos casos en los que el demandante no cumple con presentar el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades dentro del plazo de 60 días hábiles.

    En este sentido, la segunda regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente es que: *en los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.*

47. En cuanto a las reglas procesales reiteradas en el Fundamento Nº 45 supra, debe precisarse que estas solo resultan aplicables a las demandas de amparo que se hayan interpuesto antes del 19 de enero de 2008, pues en dicha fecha se publicaron en el diario oficial *El Peruano* las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes Nº 6612-2005-PA/TC y 10087-2005-PA/TC, que elevan a precedente vinculante las reglas contenidas en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA/TC, que fue publicada en la pagina web de este Tribunal el 6 de diciembre de 2007.

48. En orden a lo indicado, debe establecerse la regla procesal que ha de aplicarse a las demandas de amparo que sean interpuestas a partir del 19 de enero de 2008. En este sentido, la tercera regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que:

    a. Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.

49. Finalmente, debe establecerse como última regla procesal en qué casos resulta válido imponer sanciones a las partes. En este sentido, la cuarta regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente vinculante es que: a la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedentes vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

**3 § Análisis de la controversia**

50. Sobre la posibilidad de percibir una doble pensión por una misma enfermedad profesional, debemos remitirnos al precedente vinculante originalmente establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 10063-2006-PA, y reconocido como precedente vinculante mediante las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes Nºs 6612-2005-PA/TC y 10087-2005-PA/TC, en cuanto señala que «ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley Nº 19990 o a la Ley Nº 26790».

51. Respecto a los elementos de interés para la resolución del presente caso, debe señalarse que con la Resolución Nº 11, de fecha 24 de mayo de 2005, dictada por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ica, en el proceso de amparo recaído en el Expediente Nº 2004-1846, obrante en autos como acompañado, se prueba que a la Oficina de Normalización Previsional se le ordenó que le otorgue al demandante una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley Nº 26790 y sus normas complementarias y conexas. Asimismo, debe destacarse que en el proceso referido la demanda de amparo fue declarada fundada porque con el informe de evaluación médica de fecha 20 de setiembre de 2003, que también ha sido presentado en el presente proceso, se probó que el demandante adolece de neumoconiosis (silicosis) con 80% de incapacidad.

52. Por lo tanto, advirtiéndose que el demandante se encuentra percibiendo una pensión de invalidez por enfermedad profesional conforme a la Ley Nº 26790, no resulta legítimo que pueda percibir una segunda pensión de invalidez por la misma enfermedad profesional que padece, razón por la cual la demanda debe ser desestimada.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le

confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda.

2. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se reitera como **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los Fundamentos Nºs 9, 11, 12, 14, 16, 17, 18, 24, 26, 27, 31, 34, 37, 40, 42 y 45, que son las siguientes:

   a. No existe plazo de prescripción para solicitar el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, ya que el acceso a una pensión forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho fundamental a la pensión, que tiene, como todo derecho fundamental, el carácter de imprescriptible.

   b. No se pierde el derecho a una pensión vitalicia por laborar como empleado, siempre y cuando se haya laborado antes como obrero en el mismo centro de trabajo y durante la vigencia del Decreto Ley Nº 18846, toda vez que el trabajo desempeñado como empleado no menoscaba el riesgo al que estuvo expuesta la salud durante el desempeño del trabajo como obrero.

   c. Los trabajadores empleados que nunca fueron obreros, o si lo fueron pero no en el mismo centro de trabajo en que se desempeñan como empleados, se encuentran protegidos por la pensión de invalidez del Decreto Ley Nº 19990 que

en su inciso d) del artículo 25º señala que el asegurado tiene derecho a una pensión de invalidez cuando se haya producido por accidente común o de trabajo, o enfermedad profesional, siempre que a la fecha de producirse el riesgo haya estado aportando, en concordancia con lo previsto por el artículo 29º del Decreto Supremo Nº 011-74-TR.

d. En los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS, conforme lo señala el artículo 26º del Decreto Ley Nº 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante.

e. Resulta incompatible que un asegurado con gran incapacidad perciba pensión vitalicia y remuneración.
Resulta incompatible que un asegurado con incapacidad permanente total perciba pensión vitalicia y remuneración.
Resulta compatible que un asegurado con incapacidad permanente parcial perciba pensión vitalicia y remuneración.

f. Resulta incompatible que un asegurado con gran invalidez perciba pensión de invalidez y remuneración.
Resulta incompatible que un asegurado con invalidez permanente total perciba pensión de invalidez y remuneración.
Resulta compatible que un asegurado con invalidez permanente parcial perciba pensión de invalidez y remuneración.

g. Ningún asegurado que perciba pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional o por el incremento de su incapacidad laboral una pensión de invalidez conforme al Decreto Ley Nº 19990 o a la Ley Nº 26790. Asimismo, ningún asegurado que perciba pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 puede percibir por el mismo accidente de trabajo o enfermedad profesional una pensión de invalidez conforme al Sistema Privado de Pensiones, ya que el artículo 115º del Decreto Supremo Nº 004-98-EF establece que la pensión de invalidez del SPP no comprende la invalidez total o parcial originada por accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

h. En los procesos de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790, los emplazados tienen la carga de presentar los exámenes médicos de control anual y de retiro, para poder demostrar

que la denegación de otorgamiento no es una decisión manifiestamente arbitraria e injustificada. Es más, en aquellos procesos de amparo en los que el demandante sea un extrabajador, los emplazados deberán presentar el examen médico de retiro, pues si no lo hacen se presumirá que el demandante a la fecha de su cese se encontraba enfermo y bajo la cobertura de invalidez de la emplazada. Asimismo, en los procesos de amparo las emplazadas deberán adjuntar los contratos de SCTR para determinar la vigencia de la póliza y la cobertura de invalidez durante la relación laboral del demandante.

i. En el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo Nº 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.

j. Para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones qué desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia.

k. Los montos de pensión mínima establecidos por la Cuarta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 817 no son aplicables a la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 ni a sus sustitutoria, la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790, debido a que ambas prestaciones se encuentran previstas para cubrir riesgos y contingencias diferentes y se financian con fuentes distintas e independientes.

l. Cuando en un proceso de amparo se demande el otorgamiento de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, y la emplazada proponga una excepción de arbitraje o convenio arbitral que tenga como fundamento el artículo 9º del Decreto Supremo Nº 003-98-SA, el juez deberá desestimar bajo responsabilidad la excepción referida, debido a que la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible, y porque la pensión de invalidez del SCTR tiene por finalidad tutelar el derecho a la salud del asegurado que se ha visto afectado por

un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, el cual tiene también el carácter de indisponible para las partes.

m. En el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

   1. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.
   2. Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
   3. Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.
   4. Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.

   El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él.

n. La fecha en que se genera el derecho, es decir, la contingencia debe establecerse desde la fecha del dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, que acredita la existencia de la enfermedad profesional, dado que el beneficio deriva justamente del mal que aqueja al demandante, y es a partir de dicha fecha que se debe abonar la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 o pensión de invalidez de la Ley Nº 26790 y sus normas complementarias y conexas.

o. La cobertura supletoria de la ONP establecida en el artículo 88º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA también comprende a los riesgos por invalidez temporal e invalidez parcial permanente, si la entidad empleadora se encuentra inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de riesgo. En estos casos, la ONP ha de repetir contra la entidad empleadora por el valor actualizado de las prestaciones.

p. Los jueces al calificar las demandas de amparo cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, que aún no hayan sido admitidas a tramite, deberán declararlas inadmisibles, concediéndole al demandante un plazo máximo de 60 días hábiles para que presente, en calidad de pericia, el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS, bajo apercibimiento de archivarse el expediente.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite, y cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846 o de una

pensión de invalidez conforme a la Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, los jueces deberán requerirle al demandante para que presente en el plazo máximo de 60 días hábiles, como pericia, el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de una EPS, siempre y cuando el demandante para acreditar la enfermedad profesional haya adjuntado a su demanda o presentado durante el proceso un examen o certificado médico expedido por una entidad pública, y no exista contradicción entre los documentos presentados.

En todos los procesos de amparo que se encuentren en trámite en los que el demandante haya presentado un certificado o examen médico emitido por un organismo privado o médico particular para probar que padece de una enfermedad profesional, los jueces no han de solicitarle la pericia referida, sino declarar improcedente la demanda, pues los certificados o exámenes médicos referidos no tienen eficacia probatoria dentro del proceso constitucional de amparo para acreditar que el demandante padece de una enfermedad profesional.

3. Conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se establecen como nuevos **PRECEDENTES VINCULANTES** las reglas contenidas en los Fundamentos Nºs 21, 29, 46, 48 y 49, que son las siguientes:

   a. La percepción del subsidio de incapacidad temporal otorgado por EsSalud, no será exigible como condición previa al otorgamiento de la pensión de invalidez del SCTR, cuando el vinculo laboral del asegurado haya concluido, se determine que padece de una enfermedad profesional irreversible, y que esta, ha tenido su origen en la actividad de riesgo que desarrollaba. En el caso de accidentes de trabajo, se aplicará la misma regla cuando las secuelas del accidente producido durante la relación laboral, se presenten luego del cese.

   b. Procede el reajuste del monto de la pensión vitalicia del Decreto Ley Nº 18846 cuando se incremente el grado de incapacidad, de incapacidad permanente parcial a incapacidad permanente total, o de incapacidad permanente parcial a gran incapacidad, o de incapacidad permanente total a gran incapacidad. Asimismo, procede el reajuste del monto de la pensión de invalidez de la Ley Nº 26790 cuando se incremente el grado de invalidez, de invalidez permanente parcial a invalidez permanente total, o de invalidez permanente parcial a gran invalidez, o de invalidez permanente total a gran invalidez.

   c. En los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente.

   d. Los jueces al calificar las demandas de amparo interpuestas a partir del 19 de enero de 2008, cuya pretensión sea el otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley Nº 18846, o de una pensión de invalidez conforme a la

Ley Nº 26790 y al Decreto Supremo Nº 003-98-SA, la declararán improcedente si advierten que el demandante no ha adjuntado a su demanda el dictamen o certificado médico emitido por las Comisiones Médicas Evaluadoras o Calificadoras de Incapacidades de EsSalud, o del Ministerio de Salud o de las EPS.

e. A la ONP y a las compañías de seguros que no apliquen los precedentes vinculantes se les impondrá las medidas coercitivas previstas en el artículo 22º del CPConst. Asimismo, a los demandantes que interpongan demandas de amparo manifiestamente infundadas por ser contrarias a los precedente vinculantes referidos, se les impondrá el pago de los costos y costas del proceso por su actuación temeraria. Por otro lado, a los abogados se les impondrá el pago de una multa, cuando en autos quede demostrado que tenían conocimiento de que patrocinan procesos cuyas pretensiones son contrarias a los precedentes vinculantes.

Publíquese y notifíquese.

SS.
MESÍA RAMÍREZ
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

# SECCIÓN MULTIDISCIPLINARIA

# PROBLEMÁTICA DE LA REINSERCIÓN LABORAL EN EL PERÚ(*)

Gustavo Yamada(**)
María de los Ángeles Cárdenas(***)

## 1. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas identificados como más urgentes de resolver en el Perú es el desempleo. Mientras tanto, las estadísticas laborales convencionales en nuestro país siguen arrojando pocas luces para entenderlo y, por lo mismo, ofrecen pocas guías prácticas de dónde priorizar intervenciones de política pública que contribuyan a la solución de este persistente problema.

El indicador más utilizado para evaluar el estado del mercado laboral en todo el mundo sigue siendo la tasa de desempleo abierto. El Perú no es la excepción. En nuestro caso, la tasa de desempleo abierto de Lima Metropolitana, que se sigue con frecuencia mensual, no muestra un patrón definido en los últimos años ni al alza ni a la baja. Este indicador, según trimestres móviles, permanece fluctuando alrededor del 9% de la PEA(1). En el caso de las mujeres, la respectiva tasa varía alrededor del 11%, mientras que para el caso de los hombres fluctúa más bien alrededor del 8%. Estos niveles son comparables con

(*) Este artículo es una versión resumida del estudio «Reinserción laboral adecuada: dificultades e implicancias de política», elaborado por YAMADA, Gustavo, Documento de Trabajo Nº 82, CIUP-CIES, Lima, 2008..

(**) Profesor investigador de economía de la Universidad del Pacífico.

(***) Economista de la Universidad del Pacífico.

(1) INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, «Situación del Mercado Laboral en Lima Metropolitana (2001-2009)», Informes Técnicos Mensuales a partir de la Encuesta Permanente de Empleo.

los promedios de América Latina, y, de hecho, resultan inferiores a los de varios otros países de la región como Argentina, Brasil, Colombia y Venezuela[2].

Aunque la tasa de desempleo es similar a la de otros países en desarrollo, la aparente discrepancia entre la opinión pública y las estadísticas de desempleo tendría que ver sobre todo con el peruanísimo concepto de subempleo. Debido a que muy pocos peruanos se pueden dar el lujo de estar abiertamente desempleados por un periodo de tiempo significativo, la gran mayoría encuentra en el subempleo una salida forzada y relativamente rápida al problema[3]. Por ello, en la «foto» estática de desempeño en el mercado de trabajo veríamos una combinación de bajo desempleo abierto con alto subempleo[4].

En el contexto actual de crisis internacional, uno de los mayores temores de la población es que el número de desempleados se incremente significativamente. En efecto, pasar por un periodo de desempleo o inactividad forzosa puede ser una experiencia traumática para cualquier trabajador. Además de la pérdida drástica de recursos monetarios para poder financiar las necesidades básicas del hogar, casi siempre existen consecuencias psicológicas negativas y de pérdida de autoestima[5]. Sin embargo, las consecuencias negativas del episodio de desempleo o inactividad no necesariamente acaban con la obtención de un nuevo empleo. Justamente, el estudio de Yamada[6] pretende estimar la magnitud en la que el desempleo afecta los ingresos y beneficios sociales que se obtienen en el proceso de reinserción laboral.

## 2. MARCO TEÓRICO-CONCEPTUAL Y RESULTADOS PREVIOS EN LA LITERATURA

Un camino para hacer más realista el indicador tradicional de desempleo ha sido estimar la incidencia del desempleo oculto, es decir, aquella parte de la población que se ha cansado de buscar trabajo y ahora está forzosamente en la

---

(2) COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Panorama social 2003-2004*, Cepal, Santiago de Chile, 2005.

(3) YAMADA, Gustavo, «Economía laboral en el Perú: avances recientes y agenda pendiente», Documento de Trabajo Nº 63, CIUP, Lima, 2004.

(4) Según las estadísticas del INEI, alrededor del 46% de la PEA de Lima Metropolitana se encontraba subempleada durante el primer trimestre de 2009.

(5) TARAZONA, Silvia y MAISH, Elena, *El tránsito de la pérdida del empleo a la empleabilidad*, Documento de Trabajo Nº 50, CIUP, Lima, 2002.

(6) YAMADA, Gustavo, *Reinserción laboral adecuada: dificultades e implicancias de política*, Documento de Trabajo Nº 82, CIUP-CIES, Lima, 2008.

inactividad (trabajadores «desalentados»). Verdera[7] estimó que la incorporación de este elemento aumentaría en dos puntos porcentuales el indicador de tasa de desempleo convencional, lo cual va en la dirección esperada pero ciertamente no cierra la brecha entre la elevada percepción del problema en la opinión pública y las estadísticas de desempleo oficiales.

Otro camino abordado desde el Ministerio de Trabajo[8] [9] fue mirar al desempleo desde una perspectiva dinámica. El problema no estaría en la tasa que observamos en una «foto» de corte transversal pero sí en la duración del desempleo. Sin embargo, los resultados encontrados fueron relativamente sorprendentes. En primer lugar, se estableció que en el primer trimestre de 1996 solo 17.1% de los desempleados en Lima Metropolitana tenían 10 o más semanas buscando empleo[10]. En segundo lugar, gracias a la construcción de un panel de datos de los cuatro trimestres de 1996, se estimó que la duración promedio completa del desempleo en Lima Metropolitana fue de 10.6 semanas[11].

Díaz y Maruyama[12], Chacaltana[13], Herrera e Hidalgo[14] y Herrera y Rosas[15] confirmaron estos hallazgos con pequeñas diferencias cuantitativas, debido a metodologías alternativas de cálculo y a diferentes bases de datos, y aportaron elementos adicionales.

---

(7) VERDERA, Francisco, *Propuesta de redefinición de la medición del subempleo y desempleo y de nuevos indicadores sobre la situación ocupacional en Lima*, OIT, Lima, 1995.

(8) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN SOCIAL, «Duración y determinantes del desempleo urbano en el Perú», en *Boletín de Economía Laboral*, Año 1, Nº 1, Lima, 1996, pp. 9-19.

(9) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN SOCIAL, «La dinámica del desempleo en el Perú: evidencia de datos panel», en *Boletín de Economía Laboral*, Año 3, Nº 9, Lima, 1998, pp. 3-15.

(10) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN SOCIAL, «Duración y determinantes del desempleo urbano en el Perú», cit., pp. 9-19.

(11) MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN SOCIAL, «La dinámica del desempleo en el Perú: evidencia de datos panel», cit., pp.3-15.

(12) DÍAZ, Juan José y MARUYAMA, Eduardo, *La dinámica del desempleo urbano en el Perú: tiempo de búsqueda y rotación laboral*», GRADE-CIES, Lima, 2000.

(13) CHACALTANA, Juan, *Dinámica del desempleo. ¿Qué sabemos sobre el desempleo en el Perú? Familia, trabajo y dinámica ocupacional*, INEI-Programa MECOVI PERÚ, Lima, 2001.

(14) HERRERA, Javier y HIDALGO, Nancy, «Vulnerabilidad del empleo en Lima. Un enfoque a partir de encuestas de hogares», en HERRERA, Javier (edit.), *Pobreza y desigualdad en el área andina. Elementos para un nuevo paradigma. Bulletin de l'Institut Français d'Études Andines*, Nº 3, París, 2002, T. 31, pp. 553-597.

(15) HERRERA, Javier y ROSAS, Gerardo, «Labor market transitions in Perú», en http://ideas.repec.org/p/got/iaidps/109.html.

La principal conclusión del trabajo de Chacaltana[16] es que uno de cada cuatro miembros (26%) de la PEA habitual experimenta por lo menos un periodo de desempleo al año. Tanto él como Díaz y Maruyama[17] enfatizaron además un resultado adicional importante: muchas de las salidas del desempleo no son un regreso al empleo sino un traslado a la inactividad, lo cual podría considerarse como una transición no exitosa. Estos últimos autores encontraron también que la condición de mujer y la menor experiencia laboral aumentan la probabilidad de salir de la fuerza laboral luego de un episodio de desempleo. Herrera y Rosas[18] también encontraron un alto grado de movilidad laboral en nuestro país y que la mayoría de transiciones ocurren entre el empleo y la inactividad, más que entre el empleo y el desempleo.

A su vez, Herrera e Hidalgo[19] analizaron dos tipos de transiciones que conducen a perdidas de bienestar de los individuos y sus familias: entre el empleo y el desempleo y, por primera vez, entre el empleo adecuado y el empleo inadecuado, definiendo este último como aquel carente de algunas de las condiciones de empleo decente enumeradas por la OIT.

El desempleo resultante de estas transiciones en el estado laboral, son explicadas por el modelo neoclásico del mercado como un fenómeno friccional ya que resulta imposible que todas las ofertas y demandas de trabajo (que experimentan cambios permanentemente en cualquier economía dinámica) se estén empatando simultáneamente[20]. Siempre se encontrará un cierto porcentaje de individuos que están en tránsito de un trabajo a otro. Es más, resultaría positivo para la eficiencia y productividad de la economía contar con una tasa «natural» de desempleo que implica en términos dinámicos un cierto periodo de tiempo para que los trabajadores y las empresas realicen un adecuado empate o *matching*[21]. Por ello, tiene sentido económico y social, financiar un pe-

---

(16) CHACALTANA, Juan, *Dinámica del desempleo. ¿Qué sabemos sobre el desempleo en el Perú? Familia, trabajo y dinámica ocupacional*, cit.

(17) DÍAZ / MARUYAMA, *La dinámica del desempleo urbano en el Perú: tiempo de búsqueda y rotación laboral*», cit.

(18) HERRERA, Javier y ROSAS, Gerardo, «Labor market transitions in Perú», cit.

(19) HERRERA / HIDALGO, «Vulnerabilidad del empleo en Lima. Un enfoque a partir de encuestas de hogares», cit., pp. 553-597.

(20) EHRENBERG, Ronald y SMITH, Robert, *Modern labor economics, theory and public policy*, 7 ed., Addison-Wesley, Indianapolis, 2000.

(21) SACHS, Jeffrey y LARRAÍN, Felipe, *Macroeconomía en una economía global*, Prentice Hall, New York, 2003.

riodo razonable de desempleo de los individuos para mejorar el empate con la demanda laboral.

De hecho, investigaciones recientes para Estados Unidos[22], Alemania[23] y Portugal[24] encuentran una relación positiva entre el nivel y extensión temporal de los beneficios de seguro de desempleo y la calidad de la reinserción laboral, medida ya sea en términos de los ingresos obtenidos o la formalidad del empleo. Sin embargo, los mismos estudios encuentran que la contrapartida de un excesivo beneficio de seguro de desempleo es que el periodo de este último se amplia de manera directamente proporcional. La razón aparente es la explicada en los textos de microeconomía: a mayor beneficio de seguro de desempleo menor el incentivo para realizar una búsqueda de empleo más esforzada.

Por otro lado, una corriente de estudios empíricos que se iniciara para medir el impacto de los ajustes estructurales de la economías desarrolladas en la década de los ochentas encontró que los trabajadores desplazados de industrias declinantes, sea por la mayor apertura de las economías o el acelerado cambio tecnológico (produciéndose en ambos casos una depreciación efectiva del capital humano específico de los individuos), tenían castigos remunerativos importantes una vez que lograban reinsertarse laboralmente[25]. En promedio, dos tercios de los trabajadores desplazados obtuvieron nuevos trabajos. Sin embargo, en el caso de Canadá entre 1981-84 y 1986 se encontró que 55.7% de los trabajadores que se reinsertaron lograron una remuneración menor a la que se tenía antes del periodo de desempleo. Para el caso de los Estados Unidos entre 1981-85 y 1988, el aparente castigo habría sido un tanto menor, pero igualmente significativo: un 44% de los trabajadores reinsertados obtuvieron una penalización salarial.

Hipple[26] encontró para los Estados Unidos que aún en un periodo de auge económico sostenido como la década de los noventas, había fuertes des-

---

(22) BOUSHEY, Heather y WENGER, Jeffrey, «Finding the better fit. Receiving unemployment insurance increases likelihood of re-employment with health insurance». En *Economic Policy Institute and Center for Economic and Policy Research Issue Brief*, Nº 205 , New York, 2005.

(23) GANGL, Markus, «Unemployment benefits as a search subsidy: New evidence on duration and wage effects of unemployment insurance», en *www.bibliothek.wzb.eu/pdf/2002/i02-208.pdf.*

(24) CENTENO, Mario y NOVO, Álvaro, *The impact of unemployment insurance on the job match quality: A quantile regression approach*, Banco de Portugal, Lisboa, 2005.

(25) OECD, «Displacement and job loss: the workers concerned», en *Employment Outlook*, Chapter 2, 1990, pp. 43-75.

(26) HIPPLE, Steven, «Worker displacement in the mid-1990s», en *Monthly Labor Review*, Vol. 122, Nº 7, 1999, pp. 15-32.

plazamientos de trabajadores en industrias declinantes. Sin embargo, la diferencia sustantiva es que una vez reinsertados estos trabajadores habrían experimentado castigos salariales aparentemente menores que en la década de los ochentas: una reducción promedio en las remuneraciones de solo 4.1% entre 1995-96 y 1998. El trabajo de Hipple muestra que no hubo diferencias de género significativas en este pequeño castigo salarial. Las diferencias sí se manifestaron entre razas, siendo los trabajadores de origen negro afectados con un castigo de 9.7% mientras que los trabajadores blancos tuvieron un castigo de 4% y los trabajadores de origen hispano obtuvieron mas bien un premio de 1.3%. En términos de niveles educativos alcanzados, los trabajadores más afectados fueron los que tenían solo educación secundaria.

Una implicancia de este conjunto de estudios sería entonces que el grado de castigo salarial variaría de manera contracíclica con el ritmo de actividad económica, tal como sucede con la tasa de desempleo abierta en el contexto de las economías desarrolladas con altos grados de formalidad laboral.

Para América Latina, uno de los estudios que intentó analizar los efectos del desempleo se hizo para Uruguay[27], tratando de evaluar si existió una pérdida salarial atribuible a un episodio previo de desempleo en un contexto en que la tasa de desempleo abierto de Uruguay se incrementó de 8.5% promedio entre 1988-1994 a 11% promedio entre 1995-1999. Su principal resultado estadístico fue que la pérdida salarial se incrementó de 30% en promedio en la primera mitad de los 90s a 39% en promedio en la segunda mitad de los 90s. Las autoras encontraron también que la magnitud de la pérdida fue mayor para los jefes de hogar, para mayores de 40 años y para quienes contaban con mayor antigüedad en el puesto de trabajo anterior. Sin embargo, ni las diferencias en niveles educativos alcanzados ni el género del trabajador(a) habrían influido en el tamaño de pérdida salarial. Una limitación de este estudio uruguayo es que se realizó únicamente con encuestas de corte transversal, tratando de identificar con una variable *dummy* el castigo por el episodio de desempleo previo.

El BID[28] utilizó las dimensiones de panel de las encuestas de la fuerza laboral de Argentina y México para abordar las dificultades para una reinserción

---

(27) BUCHELI, Marisa y FURTADO, Magdalena, *Impacto del desempleo sobre el salario: una estimación de la pérdida salarial para Uruguay»*, Cepal, Santiago de Chile, 2001.

(28) BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Se buscan buenos empleos. Los mercados laborales en América Latina. Informe de progreso económico y social de América Latina y el Caribe*, BID, Washington D C., 2003.

laboral adecuada. Se encontró que durante la década de los 90s, la pérdida de salario mensual promedio de las personas que quedaron involuntariamente desempleadas y luego recuperaron el empleo era significativa en ambos países. Comparado a un grupo de control, los castigos salariales fueron de 15% en México y 8% en Argentina. El análisis también reveló que la mayoría de los empleos encontrados fueron informales y en el sector independiente.

Los castigos salariales podrían deberse en parte a que las capacidades específicas desarrolladas en el empleo anterior no se pueden volver a utilizar en los nuevos empleos. Esta situación se reflejaría en trabajadores desplazados altamente especializados. Los castigos también podrían estar asociados a un efecto «estigma» del desempleo, puesto que dicha situación habría revelado al mercado que se trata de trabajadores menores productivos. Por ello, estos trabajadores estarían dispuestos a aceptar castigos salariales al reinsertarse laboralmente[29].

Los estudios de Kaplan y otros[30] para México y Menezes Filho y otros[31] para Brasil arrojaron evidencia de que ambos efectos operan en el mercado. También encontraron que un porcentaje significativo de trabajadores se benefició por la movilidad laboral pues obtuvo ganancias salariales netas luego de la reinserción laboral.

Finalmente, en el caso peruano, un reciente trabajo presentado en la Segunda Conferencia de Economía Laboral de noviembre 2006[32] utilizó creativamente los datos de la Encuesta Permanente de Empleo (EPE) de Lima Metropolitana para construir un panel de individuos con dos observaciones en el tiempo (separadas tres meses entre sí) a fin de explorar la dinámica de corto plazo en el mercado laboral limeño. Este trabajo ha encontrado que quienes cambian de trabajo sufren una caída en sus ingresos que oscila entre 10% y 20%, respecto de sus ingresos esperados de no haberse cambiado de empleo. Esta caída se reduce a 5% cuando el empleo inicial observado era formal. Otro

---

(29) Loc. cit.

(30) KAPLAN, D., MARTÍNEZ, G, y ROBERTSON, R., *Worker and Job Flows in México*, citados por BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Se buscan buenos empleos. Los mercados laborales en América Latina. Informe de progreso económico y social de América Latina y el Caribe*, cit.

(31) MENEZES FILHO, Naercio Aquino et al., *Labor dynamics in Brazil*, citados por BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO, *Se buscan buenos empleos. Los mercados laborales en América Latina. Informe de progreso económico y social de América Latina y el Caribe*, cit.

(32) SAAVEDRA, José Carlos y LUQUE, Javier, «Rotación, formalidad e ingresos laborales», *Segunda conferencia de economía laboral*, BCRP-MTPE-PUCP, Lima, 2006.

resultado interesante es que el tiempo de búsqueda de empleo tiene un efecto positivo sobre el ingreso esperado en el nuevo empleo.

## 3. METODOLOGÍA Y PRINCIPALES RESULTADOS

Yamada[33] utiliza datos tipo panel para seguir a las mismas personas varias veces en el tiempo, identificando sus condiciones laborales en el periodo previo al desempleo o inactividad y sus características de empleo en el periodo posterior al desempleo o inactividad. Además, se compararon estas trayectorias con las de individuos que permanecieron empleados durante todo el tiempo, lo cual sirve para construir un escenario contrafactual con el cuál realizar una evaluación más fina del impacto del episodio del desempleo o inactividad en el potencial castigo salarial.

A diferencia del trabajo de Saavedra y Luque[34], que utilizan un panel de dos observaciones por individuo, en el estudio reseñado se utiliza tres observaciones por cada individuo para capturar periodos explícitos de desempleo o inactividad que pueden ser mucho más largos en duración y trabaja.

Específicamente, se construyó una base de datos tipo panel (no balanceado)[35] que contiene información de individuos encuestados en las Encuestas Nacionales de Hogares (ENAHO) anuales realizadas entre 1998 y 2005. Además, se construyó una base alternativa de datos tipo panel con información de las Encuestas Permanentes de Empleo (EPE), que mensualmente se realizan en Lima Metropolitana, entre el 2001 y el 2006.

El Grupo de Estudio está formado por los individuos que cuenten con datos reportados de periodos de empleo en una primera observación (T0), desempleo o inactividad en una segunda observación (T1), y empleo nuevamente (T2) en una tercera observación. Este orden es importante puesto que lo que se requiere es comparar las condiciones del nuevo empleo con respecto al empleo previo al periodo de desempleo o inactividad, así como evaluar la influencia de ciertas variables (características socio-económicas del individuo y su hogar, condiciones del empleo inicial, etc.) sobre la calidad de la reinserción laboral.

---

(33) YAMADA, *Reinserción laboral adecuada: dificultades e implicancias de política*, cit.

(34) SAAVEDRA / LUQUE, «Rotación, formalidad e ingresos laborales», cit.

(35) Se refiere al hecho que no todos los individuos reportan información para todos los periodos.

### 3.1. Análisis descriptivo

Para estudiar el impacto de diferentes variables sobre las condiciones de la reinserción laboral se realizó primero un análisis de tipo descriptivo, en el que se compararon indicadores laborales entre el periodo pre y post desempleo/inactividad. A través de la metodología de «dobles diferencias», se midió el cambio porcentual de diferentes índices de características laborales en el periodo «T2» con respecto al periodo «T0» para todos los individuos que atravesaron periodos de empleo con un periodo de desempleo/inactividad intermedio, aislando el efecto que la coyuntura macroeconómica u otros factores distintos al desempleo mismo puedan ocasionar sobre el nivel de los índices, pues lo que interesa es medir el cambio en los índices laborales de quienes se reinsertaron laboralmente, con relación al cambio en el grupo contrafactual que estuvo empleado durante todos los periodos bajo análisis. El castigo laboral medido a través de «dobles diferencias» se calculó de dos maneras distintas, una para el promedio de la población y la otra para cada individuo[36].

En el Cuadro Nº 1 se reporta los signos positivos y negativos así como las magnitudes de quiénes y en qué dimensiones pierden y ganan en promedio con la reinserción laboral. Como se aprecia, el grupo más visiblemente perdedor en cuanto a ingresos y seguro de salud (ENAHO) es la fuerza laboral femenina. En cambio, es la fuerza laboral masculina la más afectada en las demás dimensiones de beneficios sociales.

**Cuadro Nº 1**
**Castigos promedio total y por sexo, para los años 1998-2005, ENAHO**

| Variable | Total | | Mujer | | Hombre | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Castigo 1[a/] | Castigo 2[b/] | Castigo 1 | Castigo 2 | Castigo 1 | Castigo 2 |
| Ingresos | -4.1% | -5.1% | -23.8% | -18.4% | 5.5% | -0.4% |
| Seguro de salud | -6.6% | -1.2% | -14.9% | -4.1% | -1.1% | 0.4% |
| Vacaciones | -35.9% | -2.0% | -31.8% | -1.1% | -37.6% | -2.7% |
| Gratificación | -11.3% | -4.5% | -9.3% | -0.3% | -21.2% | -8.6% |
| Sistema de pensiones | -36.1% | -4.8% | -18.6% | 2.9% | -42.3% | -9.6% |
| CTS | -44.4% | -6.5% | -38.9% | -4.0% | -46.4% | -7.9% |

Fuente: ENAHO 1998-2005[37]

(36) Castigo 1 y Castigo 2, respectivamente. El «Castigo 1» es igual al cociente del crecimiento porcentual de los ingresos promedio del grupo de estudio y el crecimiento porcentual de los ingresos promedio del grupo de control, menos uno. A su vez, el «Castigo 2» es igual a la mediana de los cocientes de los crecimientos porcentuales de los ingresos del grupo de estudio y el crecimiento porcentual de los ingresos promedio del grupo de control, menos uno.

(37) Tomado de YAMADA, *Reinserción laboral adecuada: dificultades e implicancias de política*, cit.

Como se muestra en el Cuadro Nº 2, los resultados con la EPE son consistentes con los resultados de la ENAHO, pues también con esa base de datos se observa que las mujeres son las más afectadas en su nivel de ingresos luego de experimentar un periodo de desempleo, pero los hombres resultan más perjudicados en lo concerniente al resto de beneficios sociales (en este caso el seguro de salud).

**Cuadro N° 2**
**Castigos promedio total y por sexo, para los años 2001-2006, EPE**

| Variable | Total | | Mujer | | Hombre | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | Castigo 1 | Castigo 2 | Castigo 1 | Castigo 2 | Castigo 1 | Castigo 2 |
| Ingresos | -10.4% | -1.9% | -10.8% | -6.3% | -10.3% | -0.6% |
| Seguro de salud | -8.0% | -3.0% | -1.7% | -1.3% | -12.2% | -4.3% |

Fuente: EPE 2001-2006[38]

Sin embargo, es necesario que los análisis puramente descriptivos sean refinados, confirmando estos signos y precisando la magnitud de la pérdida o ganancia, a través de modelos econométricos que permitan controlar simultáneamente las diversas características económicas y sociales de los trabajadores y sus hogares.

### 3.2. Análisis econométrico

Para evaluar como mayor precisión las características económicas y sociodemográficas de una reinserción laboral adecuada, se utilizó modelos de regresión tipo MICO (mínimos cuadrados ordinarios) y tipo *propensity score matching* (contrafactual). Se consideró que un individuo se reinsertó adecuadamente al grupo de ocupados analizando varias dimensiones alternativas: si sus ingresos reales en el nuevo empleo son iguales o mayores que en su trabajo anterior, o si mantiene o accede a beneficios laborales adicionales en el nuevo empleo.

Una primera versión del modelo econométrico captura el castigo o premio neto post-reinserción laboral, luego de controlar por diversas variables socioeconómicas, a través de la inclusión de una variable *dummy* como regresor en una ecuación que predice la variación de ingresos a través del tiempo (entre T0 y T2).

Asimismo, al igual que en el análisis descriptivo, se usó técnicas provenientes del campo de la evaluación de impacto. Así, se utilizó la metodología de «emparejamiento por puntuación de la propensión» (*propensity score matching*), mediante la cual es posible evaluar los cambios en las variables de interés (los

(38) Loc. cit.

índices de reinserción laboral) en comparación con un grupo contrafactual (que en este caso se trata de los individuos que no atravesaron por un periodo de desempleo o inactividad)[39].

Esta técnica permite que la situación de cada reinsertado se compare con un control de características similares. Específicamente, para el cálculo del puntaje de propensión se utilizan dos tipos de estimadores: el del 'vecino más cercano' y el «estimador Kernel». El primero implica asignar a cada reinsertado el control que tenga el puntaje más cercano al suyo. Al respecto, es posible que un individuo del grupo de control sirva de pareja a más de un reinsertado. Por otro lado, el estimador Kernel utiliza la información de todo el grupo de control, otorgándole un ponderador mayor a los controles que tengan puntajes más similares a los del grupo reinsertado.

Así, a través de esta técnica, es posible comparar a los individuos que pasaron por el periodo de desempleo con otros que tenían una probabilidad similar de pasar por este periodo, pero que no lo hicieron. De esta manera el escenario contrafactual que se genera es más preciso y nos permite calcular con mayor exactitud el castigo que se enfrenta al pasar por el desempleo.

El Cuadro Nº 3 muestra un resumen de los distintos castigos agregados encontrados con las distintas metodologías de estimación. Tanto con información de la ENAHO como de la EPE, se puede afirmar que la reinserción laboral luego de un periodo de desempleo o inactividad representa una experiencia difícil, pues se han detectado castigos salariales con todas las bases de datos y metodologías posibles de estimación. Para el caso de la ENAHO, los castigos salariales estimados se encuentran entre 9.1% y 20.3%, mientras que para la EPE los castigos oscilan entre 12.1% y 18.7%. Un castigo de 20.3%, significaría por ejemplo que los ingresos de los trabajadores urbanos que pasaron por el desempleo o inactividad se reducen en 20.8 puntos porcentuales respecto al nivel que hubiesen obtenido de mantenerse permanentemente empleados. Nótese que los primeros promedios descriptivos, por más que trataron de «limpiarse» a través del método de dobles diferencias con un grupo de control, subvaluaron significativamente el verdadero castigo salarial que opera en el mercado laboral peruano. También se evaluó si existía un efecto diferenciado entre aquellos que pasaron por el desempleo abierto o aquellos que se mantuvieron temporalmente en la inactividad, pero no se halló diferencia estadísticamente significativa.

---

(39) ROSENBAUM, Paul y RUBIN, Donald, «The Central Roleof the Propensity Score in Observational Studies for Causal Effects», en *Biometrika*, Nº, 1983, 70, pp. 41-55.

**Cuadro Nº 3**[40]

**Resumen de castigos**

| Estimación \ Encuesta | Total | | Hombre | | Mujer | |
|---|---|---|---|---|---|---|
| | ENAHO | EPE | ENAHO | EPE | ENAHO | EPE |
| Dobles diferencias | -5.1% | -1.9% | -0.4% | -0.6% | -18.4% | -6.3% |
| MICO | -20.3% | -10.8% | -12.8% | -7.8% | -41.3% | -16.3% |
| PSM 1 a 1 | -10.3% | -18.7% | 0.1% | -12.9% | -30.9% | -25.7% |
| PSM Kernel | -9.1% | -12.1% | -5.4% | -8.4% | -28.5% | -17.6% |

Adicionalmente, el Cuadro Nº 4 muestra el impacto de pasar por un periodo de desempleo o inactividad sobre la probabilidad de tener determinados beneficios laborales, estimados con un modelo econométrico *logit*. Así, de acuerdo con la muestra panel de la ENAHO, el pasar por un periodo de desempleo o inactividad no tiene efecto sobre el acceso al seguro de salud, más sí para otros beneficios laborales como AFP, Vacaciones, Gratificación, y CTS. En todos esos casos el castigo oscila entre 30.5% y 63.3% en el acceso al beneficio para el grupo bajo estudio. Por otro lado, en el caso de la EPE, la experiencia del desempleo reduce la probabilidad de acceder a un seguro de salud en el nuevo empleo en 37.2%.

**Cuadro Nº 4**[41][42]

**Resumen de castigos en el acceso a beneficios laborales con modelos *logit***

| Estimación \ Encuesta | ENAHO | EPE |
|---|---|---|
| Seguro de salud | 0.0% | -37.2% |
| Sistema de pensiones | -30.5% | ----[43] |
| Vacaciones | -59.7% | ----[44] |
| Gratificación | -63.3% | ----[45] |
| CTS | -50.4% | ----[46] |

Con el fin de mejorar aún más las estimaciones de los castigos salariales, se ensayó una segunda versión de los modelos de regresión múltiple para evaluar estadísticamente si existen diferencias en el castigo salarial recibido por grupos poblacionales específicos, características socio-económicas distintas o acceso a programas y políticas públicas. Para ello, se incluyó en el modelo MICO inicial variables de interacción entre diferen-

(40) Tomado de YAMADA, *Reinserción laboral adecuada: dificultades e implicancias de política*, cit.

(41) Loc. cit.

(42) No se pudo calcular estos casos por ausencia de la información respectiva en la encuesta EPE.

(43) Loc. cit.

(44) Loc. cit.

(45) Loc. cit.

(46) Loc. cit.

tes características y la *dummy* «objetivo» anteriormente descrita (que toma el valor de 1 si el individuo pasó por el desempleo/inactividad y 0 si pertenece al grupo de control).

Los resultados del modelo MICO con interacciones se muestran en el Cuado Nº 5. Las dos características socio económicas que explican una mayor propensión a recibir castigos salariales más abultados por reinserción laboral son la condición femenina y el traslado del sector dependiente al sector independiente, luego del desempleo o inactividad (las dos primeras filas del Cuadro Nº 5). Por ello, se justifica plenamente que sean las prioridades de política en este campo.

Por un lado, es importante de apoyar a la fuerza laboral femenina en una mejor reinserción laboral, debido a su alta vulnerabilidad ante frecuentes interrupciones de su vida laboral, perdiendo en cada oportunidad una parte importante de la acumulación previa de experiencia laboral general y específica. Por otro lado, se trata de mejorar el desempeño de los trabajadores que se inician en el mundo del autoempleo y la microempresa, luego de haber pasado toda su vida laboral previa en el mundo dependiente asalariado.

**Cuadro Nº 5: resultados del Modelo MICO con interacciones, ENAHO[47]**

| Variables independientes | Coeficiente | T | |
|---|---|---|---|
| Objetivo x Mujer | -25.3 | -2.2 | ** |
| Objetivo x Pasar de Dependiente A independiente | -38.5 | -2.5 | ** |
| Objetivo x Participación en programa "A Trabajar Urbano" (ATU) | -30.2 | -2.2 | ** |
| Objetivo: Pasó por desempleo/inactividad | 6.6 | 0.7 | |
| Objetivo x Acceso a CTS | -26.0 | -1.0 | |
| Objetivo x Acceso a Programas Sociales | -14.6 | -1.3 | |
| Objetivo x Capacitación Laboral | -6.4 | -0.2 | |
| Es mujer | -16.1 | -3.9 | *** |
| Es mayor de 65 años | -9.9 | -3.4 | *** |
| Es cónyuge del jefe de hogar | -14.8 | -2.9 | *** |
| Es otro pariente | -10.7 | -2.5 | ** |
| Variación en sus años de educación | 1.6 | 2.3 | ** |
| Pasó de independiente a dependiente | 38.7 | 5.7 | *** |
| Pasó de dependiente a independiente | -28.7 | -5.2 | *** |
| Es dependiente | 24.1 | 5.6 | *** |
| Se trasladó al sector minería | 60.4 | 3.0 | *** |
| Se trasladó al sector agropecuario | -75.7 | -10.4 | *** |
| Acceso a gratificación | 31.5 | 6.1 | *** |
| Tiene seguro de salud | 9.2 | 2.3 | ** |
| Tuvo capacitación laboral | 18.6 | 2.8 | *** |
| Reside en ciudades | 37.0 | 11.7 | *** |
| Ingresos laborales en quintil 2 | -150.6 | -32.7 | *** |
| En Quintil 3 | -186.8 | -39.7 | *** |
| En Quintil 4 | -207.6 | -42.9 | *** |
| En Quintil 5 | -235.8 | -44.7 | *** |
| Trienio 2000-2002 | 10.3 | 1.9 | * |
| Trienio 2003-2005 | 13.6 | 4.1 | *** |
| Constante | 139.6 | 33.7 | *** |
| Observaciones | 9,310 | | |
| R2 | 0.25 | | |
| R2 ajustado | 0.25 | | |

*** Significativo al 1%; ** significativo al 5%; * significativo al 10%.

(47) Este modelo solo incluye variables de control estadísticamente significativas más variables de política sean significativas estadísticamente o no.

La tercera fila del Cuadro Nº 5 muestra la significancia estadística negativa de la variable interacción del acceso al sistema ATU y la variable objetivo. Este hallazgo indicaría que el sistema «A Trabajar Urbano» (actualmente «Construyendo Perú) de empleo temporal para los trabajadores de bajos recursos[48], si bien ayuda a sobrellevar el periodo de desempleo o inactividad, no ayudaría a que el reenganche laboral sea más positivo para los trabajadores. Por el contrario, provocaría un castigo salarial mayor en el trabajo posterior revelando indicios de lo que la literatura internacional denomina «efecto estigma».

Posiblemente, en este caso lo que juegue en contra sea el hecho de que se necesite dedicar el tiempo completo al empleo temporal ofertado, dificultando la búsqueda efectiva del trabajo adecuado definitivo. Se necesitaría pues, vincular mejor los sistemas de información laboral y bolsas de trabajo (quizás en horarios vespertinos o nocturnos) a estas oportunidades de empleo temporal para que el tránsito sea más exitoso también en el sector informal de la economía. Asimismo, el contenido de los trabajos temporales en el sistema ATU debe incidir en transferir competencias laborales útiles para trabajos posteriores.

Luego de considerar a estas tres dimensiones, la variable objetivo por si sola pierde total significancia estadística, como se puede apreciar en la cuarta fila del Cuadro Nº 5, lo cual indica que las tres características anteriores serían las variables explicativas más importantes detrás del fenómeno de la reinserción laboral castigada.

No obstante, las siguientes tres filas del Cuadro Nº 5 tienen implicancias de política importantes. En primer lugar, la falta de significancia estadística de la interacción de la variable CTS con la *dummy* objetivo nos indica que la Compensación por Tiempo de Servicios en el trabajo inicial no hace ninguna diferencia para mejorar las posibilidades remunerativas en el nuevo empleo obtenido. Aparentemente da igual que se haya o no tenido el acceso a la CTS en el empleo inicial. En tal sentido, este instrumento no estaría cumpliendo su papel de amortiguador eficaz del desempleo e inactividad y de facilitador para la búsqueda y encuentro efectivo de un nuevo trabajo adecuadamente remunerado[49]. Este resultado contrasta con lo que sucede en economías desarrolladas donde el seguro de desempleo resulta ser un instrumento efectivo para propi-

---

(48) CHACALTANA, Juan, *Programas de empleo en el Perú: racionalidad e impacto*, CEDEP-CIES, Lima, 2005.

(49) Hubiese sido interesante incluir una variable de interacción del episodio de desempleo o inactividad con el acceso a créditos del sistema financiero. Sin embargo, la ENAHO no ha incluido este tipo de variable hasta la primera mitad del 2004. Por tanto, no se pudo construir una variable comparable utilizable para todo el panel.

ciar una reinserción laboral adecuada, tal como se reseñó en la primera sección del trabajo.

La libre disponibilidad de la mayor parte de los fondos de la CTS antes del episodio de pérdida de empleo, parece estar jugando en contra de su objetivo original y ello explicaría en parte el resultado mediocre encontrado. Otras razones detrás de este resultado serian la baja cobertura de la CTS en la PEA, y la corta duración de los empleos a plazo fijo en la economía[50].

Tampoco resulta significativa la interacción entre el acceso a programas sociales del gobierno y la variable objetivo. Esto sería indicativo que el acceso al sistema de protección y asistencia social estatal no ayudaría a una mejor reinserción laboral, posiblemente por los reducidos montos de ayuda involucrados (en parte por los excesivos costos administrativos y problemas de focalización discutidos por Vásquez[51], que fuerzan a reinsertarse laboralmente en la primera oportunidad que se presente así sea con un importante castigo salarial.

Por último, el acceso a capacitación laboral tampoco está influyendo en una mejor reinserción laboral, ya que la interacción entre el acceso a capacitación laboral y la variable objetivo no resulta significativa. Este resultado reflejaría serios problemas de baja cobertura, calidad y pertinencia de la capacitación realizada. El estimado encontrado se interpreta como que no existe una diferencia significativa entre cómo se reinsertan los trabajadores que tuvieron y que no tuvieron capacitación laboral en el empleo inicial o durante el desempleo o inactividad. Sin embargo, se supone que la capacitación debiera aumentar el grado de empleabilidad de los trabajadores a punto tal que su reinserción laboral debería ser adecuada y superior a la de trabajadores que no tuvieron la oportunidad de capacitarse.

Un modelo similar con interacciones se realiza con los datos de la EPE, mostrándose los resultados en el Cuadro Nº 6. En la primera fila se mantiene el resultado anterior que indica que la condición de mujer desmejora significativamente las posibilidades de una reinserción laboral exitosa. En la segunda fila, se encuentra que la condición de trabajador asalariado independiente inicial castiga una mejor reinserción laboral, independientemente de su destino final. Este resultado complementa el hallazgo con la ENAHO de un

---

(50) Las duraciones promedio de empleo encontradas para el caso de trabajadores a plazo fijo fue de 20 meses, en comparación con la de los trabajadores a plazo indefinido (137 meses) (ENAHO 2005).

(51) VÁSQUEZ, Enrique, «La brecha entre el discurso político y la gestión pública a favor de los más pobres», en Economía y Sociedad, Nº 64, Lima, 2007.

castigo drástico a aquel asalariado que se reengancha en el mundo independiente. Ciertamente, no todo trabajador puede ser exitoso en el autoempleo y por tanto, la creación de un mayor número de empleos asalariados contribuirá a que las reinserciones laborales sean cada vez mejores.

**Cuadro N° 6: Resultados del Modelo MICO con interacciones, EPE[52]**

| Variables independientes | Coeficiente | T | |
|---|---|---|---|
| Objetivo x Mujer | -8.8 | -3.3 | *** |
| Objetivo x Independiente | -12.0 | -4.3 | *** |
| Semanas en desempleo | -0.3 | -2.8 | *** |
| Objetivo: Pasó por desempleo | -1.6 | -0.7 | |
| Objetivo: Pasó por inactividad | -16.6 | -5.9 | *** |
| Mujer | -10.8 | -14.9 | *** |
| Menor de 25 | -4.6 | -4.7 | *** |
| Mayor de 65 | -4.4 | -5.6 | *** |
| Independiente a dependiente | 19.4 | 12.9 | *** |
| Independiente | -30.9 | -21.0 | *** |
| Tiene seguro de salud | 16.8 | 21.8 | *** |
| Quintil 2 | -55.9 | -38.6 | *** |
| Quintil 3 | -76.3 | -53.3 | *** |
| Quintil 4 | -89.3 | -61.4 | *** |
| Quintil 5 | -106.1 | -71.6 | *** |
| Año 2004 | -2.1 | -1.6 | * |
| Año 2002 | -4.2 | -4.8 | *** |
| Constante | 83.3 | 56.3 | *** |
| Observaciones | 27,350 | | |
| R2 | 0.16 | | |
| R2 ajustado | 0.16 | | |

*** Significativo al 1%; ** significativo al 5%; * significativo al 10%.

En tercer lugar, la única variable de formalidad que dispone la EPE (acceso a seguridad social) interactuada con la variable objetivo no resulta estadísticamente significativa. Esto es, al parecer el mantener la condición de formalidad laboral ya no aseguraría una mejor reinserción laboral, al menos en términos remunerativos.

Por último, la variable adicional que se puede capturar en esta base de datos EPE es la duración del desempleo, medida por el número de semanas en

(52) Este modelo solo incluye variables de control estadísticamente significativas mas variables de política sean significativas estadísticamente o no.

la condición de desempleado. La tercera fila del Cuadro Nº 6 indica que existe una relación negativa estadísticamente significativa entre el número de semanas en el desempleo y la remuneración que se consigue posteriormente en el nuevo trabajo. En este sentido, al menos en el mercado laboral de Lima Metropolitana parece primar el efecto negativo estigma (por sobre el efecto positivo de un mejor empate) a medida que aumenta la duración del desempleo. Por ello, resultaría tan importante que el trabajador tenga disposición de ingresos equivalentes al sueldo completo anterior durante varios meses para que pueda dedicarse a tiempo completo a la búsqueda y obtención del mejor trabajo posible para sus habilidades y experiencia previa.

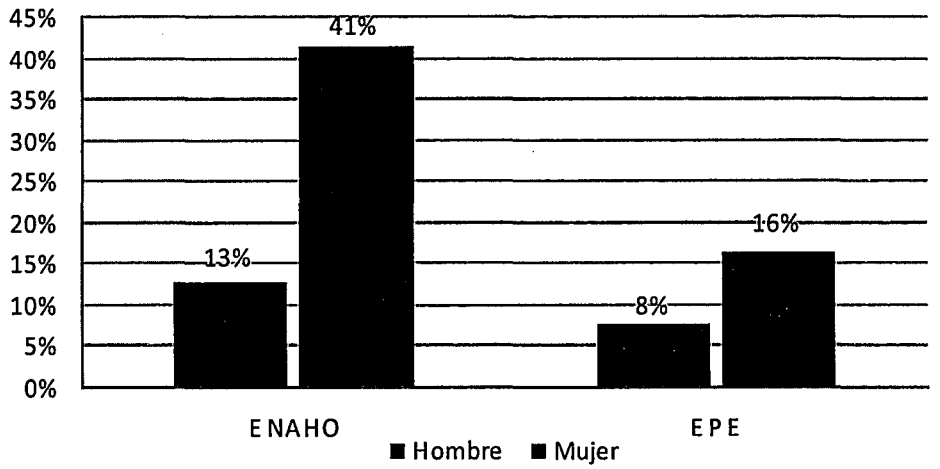
Por ello la importancia de la intangibilidad al 100% de los depósitos de CTS por un monto equivalente a por lo menos 6 meses de salario (el promedio de duración de desempleo encontrado en el estudio) hasta que ocurra la pérdida del empleo. En el caso del mercado informal de trabajo, se necesitaría reforzar los mecanismos de protección social a la familia del desempleado (desde sistemas de apoyo alimentario hasta transferencias monetarias condicionadas) para posibilitar que el individuo pueda dedicar tiempo y esfuerzo a la obtención del nuevo trabajo. Asimismo, es urgente fortalecer los sistemas de información laboral y bolsas de trabajo para reducir la duración del desempleo friccional al máximo posible tanto para trabajadores formales como informales.

Además, una necesidad que hay que atender de manera radical para incrementar la empleabilidad de los trabajadores y reducir estos índices de reinserción laboral castigada es la capacitación laboral pertinente y continua. En un mercado laboral tan dinámico por el cambio tecnológico exponencial y la globalización, la capacitación nula, insuficiente o desfasada de las necesidades constantemente cambiantes de las empresas, también tiene su secuela en una reinserción laboral castigada porque el capital humano y la experiencia del trabajador se puede desvalorizar rápidamente durante el empleo mismo y, sobre todo, durante episodios de desempleo o inactividad forzosa. Por ello, todo trabajador, y en especial aquel que perdió el empleo, tiene que capacitarse constantemente y en serio. La acción del Estado en este campo tiene que ser amplia y ambiciosa ofreciendo orientación y financiamiento a trabajadores desempleados que deseen fortalecer sus competencias a fin de lograr una reinserción laboral adecuada

En resumen, los grandes afectados por la reinserción laboral castigada son las mujeres, los trabajadores que se reinsertan independientemente, y los individuos que permanecen sin empleo por mucho tiempo. Los programas estatales actuales son bastante ineficaces para posibilitar una reinserción laboral menos castigada. El Gráfico Nº 1 da cuenta de una de estas dimensiones de mane-

ra comparativa, simulando los castigos salariales por reinserción en cada base de datos y por género.

**Gráfico N° 1**
**Castigos salariales por género y encuesta**




## 4. CONCLUSIONES E IMPLICANCIAS DE POLÍTICA

Como ya se mencionó, pasar por un periodo de desempleo o inactividad forzosa es una experiencia difícil para cualquier trabajador, puesto que además de la pérdida drástica de ingresos para financiar las necesidades básicas del hogar, casi siempre existen consecuencias psicológicas negativas y de pérdida de autoestima[53]. En efecto, las consecuencias negativas del episodio de desempleo o inactividad no acaban con la obtención de un nuevo empleo. El nuevo puesto de trabajo reporta, en la mayoría de casos, remuneraciones reales más bajas y una cantidad menor de beneficios laborales que las que ostentaba el trabajo anterior. Los principales resultados encontrados son:

a. El castigo promedio encontrado en términos descriptivos fluctúa entre 2 a 5%, pero una vez realizados los controles econométricos necesarios, el rango de castigo se amplia entre 9% a 20%, porcentajes similares a los encontrados en estudios recientes para otros países de América Latina.

(53) TARAZONA, Silvia y MAISH, Elena, *El tránsito de la pérdida del empleo a la empleabilidad*, cit.

b. El porcentaje de personas que sufre esta reinserción laboral castigada es mayoritario. Asciende a 52% en una primera estimación descriptiva, pero una vez que se realizan los controles econométricos se eleva hasta 62%.

c. Las pérdidas en el acceso a beneficios laborales tales como seguro de salud, pensiones de jubilación, vacaciones, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios puede ser aún más drásticas, como consecuencia de la reinserción laboral inadecuada. La probabilidad de tener estos beneficios cae desde alrededor de un tercio para el caso del seguro de jubilación, hasta alrededor de dos tercios en el caso de las gratificaciones de julio y diciembre.

d. La población laboral femenina es la más afectada por este fenómeno de reinserción laboral castigada. En el caso de sus remuneraciones, pueden caer entre 16 y 41% en el nuevo trabajo en comparación con los ingresos de sus pares que mantuvieron un empleo más permanente.

e. La reinserción de un ex trabajador dependiente en el mundo del autoempleo y la microempresa también puede acarrear castigos mayúsculos que promedian una caída de un tercio en sus ingresos reales.

f. La duración del desempleo o inactividad también incide en el tamaño del castigo salarial sufrido en la reinserción laboral. Así, una persona desvinculada del empleo por un año debe esperar un castigo adicional de 16% en sus ingresos reales solo como consecuencia de este hecho.

g. Ninguno de los mecanismos de protección social del Estado capturados en los datos (acceso a CTS en el empleo inicial, experiencia con el programa ATU Construyendo Perú, acceso a programas sociales, y capacitación en el trabajo) está coadyuvando efectivamente a una mejor reinserción laboral. Es decir, contar con alguno de estos mecanismos no ayuda a cerrar la brecha de castigo salarial esperado por la reinserción laboral inadecuada.

h. Este conjunto de resultados sugiere el fortalecimiento de políticas públicas específicas para encarar mejor este problema e irlo reduciendo paulatinamente.

Las políticas públicas en este campo tienen que estar centradas prioritariamente en la fuerza laboral femenina. Se necesita, en primer lugar, atender las dificultades de las mujeres madres para mantenerse en el mercado laboral de manera más permanente, o en todo caso establecer periodos de salida del mercado laboral por espacios razonables[54]. En segundo lugar se en-

[54] Habría que consolidar esfuerzos para facilitar la inserción laboral permanente de mujeres en edad fértil a través de una cobertura completa de guarderías infantiles orientada sobretodo a madres de escasos recursos económicos.

cuentra la tarea de mejorar las posibilidades de reinserción laboral de mujeres que han estado fuera del mercado por periodos significativos de tiempo. Con el cambio tecnológico acelerado actual, ello implica facilitar la actualización de competencias y aprendizaje de nuevas tecnologías con programas de financiamiento o becas parciales en casos justificados.

Igualmente, se requiere de mayor atención a la capacitación de individuos que inicial su vida laboral en el autoempleo o microempresa. Los programas de promoción del emprendedorismo y microempresa para jóvenes y adultos demandan atacar múltiples áreas desde la facilitación en la constitución de pequeños negocios hasta la capacitación empresarial y técnica básica, sobre todo en la identificación de las necesidades del mercado. No se debe esperar milagros de estos programas, pero la orientación por la demanda parece ser el principio rector comprobado para aumentar las probabilidades de éxito de nuevos negocios[55].

En el caso de la CTS, una de las raíces de su ineficacia radicaría en la desnaturalización acelerada de su propósito original en los últimos años. La CTS no ayuda a los trabajadores a reinsertarse mejor porque, cuando se necesitan los fondos para financiar una búsqueda adecuada de un nuevo empleo, estos son inexistentes o muy escasos debido a que se retiraron y consumieron como remuneraciones corrientes. Ello obliga a quienes fueron desempleados a reinsertarse en un puesto de trabajo que no necesariamente es el mejor que podrían haber obtenido.

Al respecto, desde hace algún tiempo se ha sugerido una potencial reforma del régimen de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)[56] [57]. Hay consenso de que este mecanismo, que debería actuar como una especie de seguro de desempleo no funciona bien porque se ha desnaturalizado al declarar la libre disponibilidad de la mayor parte de los depósitos. La propuesta sería retornar a la función original declarando intangibles el 100% de los depósitos hasta que se acumule un fondo suficiente.

¿Cuál sería ese monto suficiente? Se ha argumentado que, como la duración promedio del desempleo es de 13.5 semanas sería suficiente que el fondo

---

(55) También es importante el acceso al financiamiento de nuevos negocios. Es decir, falta desarrollar el acceso a los denominados «capitales ángeles» para nuevos emprendimientos.

(56) YAMADA, Gustavo y TOYAMA, Jorge, «Impulso a la legislación laboral», en *Perú Económico*, Lima, mayo de 2006.

(57) JARAMILLO, Miguel, *La regulación del mercado laboral peruano*, Estudio para el Proyecto CRECER-USAID-GRADE, Lima, 2004.

intangible sea equivalente a tres meses de remuneración mensual[58]. Sin embargo, los cálculos de Yamada[59] indican que la duración promedio del desempleo superaría los cinco meses y que en realidad se necesitan hasta 7 meses para que por lo menos dos tercios de los individuos se hayan recolocado. Por ello, se propone acumular de manera intangible un equivalente a no menos de 6 remuneraciones mensuales que solo se retirarían en la eventualidad de la salida del empleo. También es necesario diseñar mecanismos para aumentar la cobertura de la CTS a un porcentaje mayor de la PEA y promover la contratación de trabajadores por tiempo indefinido en la planilla de las empresas.

En el caso del sector informal, el único programa que funciona como una especie de seguro de desempleo es «A Trabajar Urbano» (ATU)[60] o, en su denominación actual, «Construyendo Perú». Actualmente, el programa estipula que la duración máxima del empleo temporal es de cuatro meses. Con los datos hasta el 2005 utilizados para el estudio, se observaba que si bien lo que es actualmente el programa «Construyendo Perú» provee de recursos temporales a la persona afectada, no le ayuda a evitar una posterior reinserción laboral castigada. Por el contrario, contribuiría a un castigo salarial posterior más alto debido a un efecto estigma.

Parte de la naturaleza de esta ineficacia se debe al hecho que el trabajo temporal a tiempo completo impide una búsqueda de trabajo más activa[61]. Por ello, se recomienda que este programa funcione en forma articulada y efectiva con los sistemas de reinserción laboral de asesoría, capacitación y bolsas de trabajo (posiblemente en horarios vespertinos y nocturnos y en fines de semana se tenga que apoyar a estos trabajadores en la búsqueda y preparación para el trabajo más permanente que necesita obtener). Asimismo, el contenido de los trabajos temporales en el sistema ATU debe incidir en transferir competencias laborales útiles para trabajos posteriores.

Otra recomendación tiene que ver con el fortalecimiento de los sistemas de información y asesoría laboral para que los trabajadores informales y formales puedan engancharse mejor y más rápidamente (recuérdese que la dura-

---

(58) Loc. cit.

(59) YAMADA, Gustavo, *Reinserción laboral adecuada: dificultades e implicancias de política*, Documento de Trabajo Nº 82, CIUP-CIES, Lima, 2008.

(60) CHACALTANA, Juan, *Programas de empleo en el Perú: racionalidad e impacto*, CEDEP-CIES, Lima, 2005.

(61) Otra razón del limitado impacto del ATU sería que este programa se desarrolla solo en áreas urbano marginales o rurales con mercados laborales poco dinámicos, tal como lo sugirió el revisor anónimo del trabajo.

ción del desempleo también afecta negativamente la reinserción laboral) en empleos adecuados para sus perfiles y competencias. De esta manera, se podría ir reduciendo paulatinamente las tasas actuales de desempleo friccional y se disminuirán también los índices de reinserción laboral castigada.

Sin embargo, otra dimensión que es necesario atender de manera radical para incrementar la empleabilidad de los trabajadores y reducir los índices de reinserción laboral castigada es la capacitación laboral continua y pertinente. En un mercado laboral tan dinámico por el cambio tecnológico exponencial y la globalización, la capacitación nula, insuficiente o desfasada de las necesidades constantemente cambiantes de las empresas, también tiene su secuela en una reinserción laboral castigada porque el capital humano y la experiencia del trabajador se puede desvalorizar rápidamente durante el empleo mismo y, sobre todo, durante episodios de desempleo o inactividad forzosa. Por ello, todo trabajador, y en especial aquel que perdió el empleo, tiene que capacitarse constantemente y en serio.

La acción del Estado en este campo tiene que ser amplia y ambiciosa ofreciendo orientación y financiamiento a trabajadores desempleados que deseen fortalecer sus competencias a fin de lograr una reinserción laboral adecuada. Los programas públicos de capacitación existentes deberían centrarse en brindar capacitación pertinente y de comprobada calidad, para atender las necesidades de población más adulta desempleada (especialmente femenina) y con problemas notorios de empleabilidad.

# CONCURSO UNIVERSITARIO

*En la presente sección, se incluyen - en el mismo orden de su premiación - los cinco trabajos que obtuvieran los tres primeros lugares y las dos menciones honrosas en el Tercer Concurso Universitario de Investigación en materia laboral y seguridad social convocado por nuestra institución con ocasión del Tercer Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizado en la ciudad de Chiclayo los días 29, 30 y 31 de octubre de 2008.*

# EL *MOBBING* COMO VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN LA RELACIÓN DE TRABAJO: APUNTES Y PROPUESTAS PARA UNA EFECTIVA TUTELA EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Jhonatan Yovera Mendoza(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

El Derecho se encuentra siempre relegado por los constantes cambios que se dan en una sociedad determinada, para la protección de intereses que reclaman tutela, conviene un sistema ordenado que sea coherente y pleno; sin embargo, y muy lejos de lo que en algún momento hubiese imaginado Bobbio(1), encontramos en nuestro caso una vorágine de normas que son importadas robóticamente de sistemas foráneos, promulgadas descuidadamente y que ilusamente, se cree que pueden hacer frente nuevas situaciones de lesiones, reales o razonablemente potenciales de intereses protegidos, y para colmo de males no pocas veces encontramos insalvables contradicciones o no encontramos soluciones coherentes, cual si se abriese una «caja de pandora». Ello termina en los hechos generando desprotección sobre todo, frente a nuevas situaciones en las cuales se requiere una intervención de nuestro ordenamiento para la efectiva tutela de un determinado interés jurídicamente relevante. Aun así, el tema a cuyo estudio se dedicara en los párrafos siguientes no es, para nada nuevo, no obstante en nuestro medio ha cobrado de manera reciente un inusi-

---

(*) Alumno del Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) Nos referimos, a la conocida teoría del ordenamiento jurídico esbozada por Norberto Bobbio. Al respecto, vide BOBBIO, Norberto, *Teoría general del Derecho*, Debate, Madrid, 1991, p. 189.

tado interés[2], pese a que el Derecho no basta para hurgar en sus orígenes, puesto que es una concepción propia de la psicología[3], el denominado *mobbing* comenzó a ser estudiado por estas disciplinas; sin duda el tema reviste de una gran sensibilidad social; sin embargo en el plano jurídico, se requiere un cuidadoso examen respecto a sus efectos para evitar de este modo que el tema degenere en una «moda» o en un sinfín de acumulación de mera información que contribuya poco o nada a solucionar un problema social que no es ajeno a nuestro entorno.

De este modo, y frente a los problemas y limitaciones del sistema ya expuestos, el propósito del presente trabajo es procurar un estudio de este fenómeno social en las relaciones laborales, dedicando primero algunos párrafos a su análisis desde la psicología del trabajo, para delimitarlo luego como una categoría jurídica, determinando sus efectos y los bienes jurídicos que lesiona. Para ello abordaremos el problema no solo desde el Derecho del trabajo, sino recurriendo además a instituciones del Derecho civil, Derecho constitucional, Derecho procesal, en búsqueda de soluciones desde nuestro ordenamiento, para lo cual señalamos que el *mobbing* constituye un supuesto de violación de los derechos de la personalidad en la relación de trabajo siendo necesario abordar este fenómeno social que sigilosamente se hace un lugar en nuestro entorno.

## 2. EL MÉTODO: LA COMPARACIÓN JURÍDICA COMO IMPRESCINDIBLE HERRAMIENTA PARA EL OPERADOR DEL DERECHO

Antes de iniciar el estudio de nuestra institución, es necesario realizar algunas precisiones ulteriores sobre el método, el cual será el dogmático, sin descuidar prestar atención a las normas y sentencias respectivas. Para ello partimos, como aconseja Grossi[4], abdicando de un «provincialismo autorreferencial», ya que el Derecho peruano no es sino una combinación de influencias de diversos sistemas, modelos, instituciones y normas de los cuales el legislador ha tomado, en muchas ocasiones irreflexivamente soluciones de «sistemas prestigiosos» para aplicarlos de manera directa a «sistemas menos prestigiosos» como el nuestro. Por ello es necesario que el operador del derecho conozca, en esta fecunda época de «globalización jurídica» o de «*americanization*»[5] los orígenes y el sentido de una institución jurídica en su contexto original para de ahí realizar una evaluación de compatibilidad sobre la viabilidad de la adopción de esta en nuestro sistema con la finalidad de contribuir sistemas jurídicos eficientes que no estén destinados a resolver meras controversias doctrinales sino adecuarse a las necesidades de la sociedad afín de resolver conflictos de intereses[6] como el que se ha planteado en este trabajo.

Precisamente, para ello es de suma utilidad el recurso a la *comparación jurídica*, herramienta por la cual se pueden extraer soluciones de sistemas foráneos, con la finalidad de mejorar el Derecho nacional. Aprendiendo respecto a la cultura jurídica de los diferentes pueblos, se puede entender mejor nuestro propio Derecho, conociendo además cómo las reglas jurídicas están condicionadas por acontecimientos sociales y, entre la diversidad, qué modelos pueden ser adoptados[7]. La imitación no es per se nociva, el problema es cuando se saca una institución de su contexto y se le «transplanta»[8] de modo imperfecto a un contexto distinto sin evaluar si es o no compatible el sistema a incorporar. Por ello, «cualquiera que se proponga adoptar una solución foránea la cual es considerada como superior, debe hacerse dos preguntas, primero, si esta ha sido satisfactoria en su país de origen y, segundo, si funcionara en el país en el cual se propone incorporarla. Bien podría resultar imposible adoptar, sin ninguna modificación, al menos, de una solución propuesta y sometida a prueba, debido a diferencias en los procedimientos judiciales, los poderes de diver-

---

(2) Al respecto, cabe señalar la bibliografía en nuestro medio, destacan los trabajos de LEÓN, Leysser L., «Como leer una sentencia, a propósito de los nuevos retos de la responsabilidad civil por daños por violencia psicológica en el centro de trabajo (*mobbing*)», en *Proceso & Justicia*, Nº 3, Lima, 2005, pp. 167-185; LEÓN, Leysser L, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 417-459; BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, Palestra, Lima, 2007; MOLERO SUÁREZ, Marlene, *El acoso psicológico en las relaciones laborales empresariales: perfiles, contrastes y respuestas desde el Derecho laboral en el Perú*, Tesis para optar por el título de abogada, PUCP, Lima, 2007.

(3) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y GÓMEZ ÁLVAREZ, Tomás, «Configuración jurídica del *mobbing*», en *Derecho & Sociedad*, Año 14, Nº 20, Lima, 2003, p. 58; ANASTASIO, Guglielmo, «Resposabilità civile e *mobbing*», in *Diritto & Pratica del lavoro*, Nº 17, Milán, 2008, p. 1, en www.dplmodena.it/.

(4) LEÓN, Leysser L., *El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos, y su influencia en el Código civil peruano*, Palestra, Lima, 2004, p. 12.

(5) Término empleado por Paolo Grossi para referirse al fenómeno de la circulación del modelo jurídico estadounidense en función a su poder económico. Citado por LEÓN, *El sentido de la codificación civil: Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos, y su influencia en el Código civil peruano*, cit., pp. 328 y ss.

(6) Ibídem, pp. 286 y ss.

(7) ZWEIGERT, Konrad y KOTZ, Hein, *An introduction to Comparative Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 19 y 20.

(8) Utilizamos el termino empleado por Alan Watson, creador de la teoría de los *Legal Transplants* fue enunciada a inicios de la década de 1970 (WATSON, Alan, *Legal transplants*, 2ª ed., The University of Georgia Press, Georgia, 1993). Este prestigioso romanista señala que la mutación jurídica se explica a través de prestamos masivos de modelos, normas o sistemas jurídicos de una sociedad a otra, ello sin duda supuso una nueva explicación sobre la formación de los sistemas jurídicos. Al respecto, LEÓN, *El sentido de la codificación civil: estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos, y su influencia en el Código civil peruano*, cit., p. 329.

sas autoridades, la realidad de la economía, o el contexto social general donde se pretende insertarla»[9], para tomar decisiones para la adopción de un determinado remedio se debe hacer una análisis no solo de las posibles consecuencias jurídicas de la implementación de un modelo foráneo, sino también evaluar las consecuencias económicas, sociales y morales que supone la inserción de un modelo en nuestro ordenamiento, a ello también contribuye la comparación jurídica como un método valido y útil que guía al operador del derecho hacia soluciones mas adecuadas a las exigencias de la sociedad.

## 3. EL *MOBBING*: DE LA PSICOLOGÍA DEL TRABAJO A SU SUBSUNCIÓN EN UNA *FATTISPECIE*[10] JURÍDICAMENTE RELEVANTE

### 3.1. El *mobbing* en el plano de la realidad extrajurídica: orígenes y breve estudio desde la psicología del trabajo

Para una comprensión del fenómeno es necesario recurrir a nociones de la psicología laboral, la cual abordó sus orígenes. Se debe al etólogo austriaco Konrad Lorenz, los primeros estudios referentes a la agresión, desde un análisis del comportamiento animal[11]; sin embargo, sería el psiquiatra alemán de origen sueco Heinz Leymann, quien dedicaría un estudio detallado al *mobbing*, en el decenio de 1980-1990[12]; este término deriva del verbo inglés *to mob* que significa «agredir, atacar, asediar, acosar», con lo cual en aquel entonces profesor de la Universidad de Estocolmo se refería al «proceso de atormentar, hostigar o aterrorizar psicológicamente a otros en el trabajo»[13]. Otros términos

---

(9) ZWEIGERT / KOTZ, *An introduction to Comparative Law*, cit., p. 16.

(10) El termino *fattispecie* tiene varias acepciones para efectos de este trabajo la usaremos como «supuesto de hecho», mantenemos el termino original para mantener el significado y preservar su contenido, ya que también la emplearemos como «hecho jurídico».

(11) LORENZ, Konrad, *Sobre la agresión, el pretendido mal*, 5ª ed., Siglo XXI, México D. F., 1976, pp. 77-86. El término también sería tomado poco tiempo después por el médico sueco Paul Heinemann para describir la violencia infantil en las escuelas.

(12) Cabe señalar que Leymann publica en Hamburgo, en 1993, su principal contribución respecto a este tema, al que llama *Mobbing. Psychoterror um arbeitsplatz und wie man sich daggen webren kann* (en español, *Mobbing*. El psicoterror en el centro de trabajo y cómo defenderse frente a él). Al respecto se ha dicho que «es el resultado de un exhaustivo análisis de ciertas formas de conducta detectadas en empresas donde resultaba claramente lesionada la esfera psíquica de los trabajadores. En todos los casos la premeditación era la nota singular» (LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., p. 428).

(13) LEYMANN, Heinz, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», en *www.mobbing.nu/*.

empleados son *bullying, harrasment, harcelement morale* y *asedio moral*[14], en habla castellana se emplean los términos *psicoterror* (como también lo denomino Leymann)[15], *acoso moral, acoso psicológico, acoso psíquico*[16].

De este modo, encontramos una variedad de definiciones proporcionadas por el mismo Leymann[17], como proporcionadas por los mas reconocidos estudiosos del tema como la psicoanalista francesa Marie-France Hirigoyen[18]. Leymann identificó cerca de cinco conductas-tipo que engloban 45 conductas de *mobbing*[19], siendo el acoso moral la mas relevante expresión de la violencia psicológica en el centro de trabajo, la cual implica un proceso en el cual se dan una serie de comportamientos abusivos, hostiles vejatorios, denigrantes e intimidantes con la finalidad de ocasionar un perjuicio o padecimiento psíquico en la salud e integridad psicosomática del trabajador, que dificulta su desempeño en el trabajo[20],

---

(14) Tal como se le conoce en los Estados Unidos y Gran Bretaña; Francia; y de manera reciente, en Brasil. MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «La protección de los derechos de la personalidad en los lugares de trabajo y nuevas formas de dominación en la era de la globalización», en *Temas actuales de Derecho Laboral*, Normas Legales, Trujillo, 2006, p. 267.

(15) LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit., p. 3.

(16) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 7 y 8.

(17) Quien señala que el *mobbing* «conlleva a conlleva una comunicación hostil y desprovista de ética que es administrada de forma sistemática por uno o unos pocos individuos, principalmente contra un único individuo, quien, a consecuencia de ello, es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes (definición estadística: al menos una vez por semana) y a lo largo de un prolongado periodo (definición estadística: al menos durante seis meses)» (LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit.).

(18) Quien lo define como «toda conducta abusiva (gesto, palabra, comportamiento, actitud, etc.) que atenta, por su repetición o sistematización, contra la dignidad de una persona, poniendo en peligro su empleo o degradando el ambiente de trabajo» (HIRIGOYEN, Marie-France, *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 19).

(19) Las cuales pueden agruparse en cinco acciones conforme las recoge Piñuel y Zabala: a) actividades de acoso para reducir las posibilidades de la víctima de comunicarse adecuadamente con otros, incluido el propio acosador; b) actividades de acoso para evitar que la víctima tenga la posibilidad de mantener contactos sociales; c) actividades de acoso dirigidas a desacreditar a la víctima o impedirle mantener su reputación personal o laboral; d) actividades de acoso dirigidas a reducir la ocupación de la víctima y su empleabilidad mediante la desacreditación profesional; y e) actividades de acoso que afectan a la salud física o psíquica de la víctima (PIÑUEL Y ZABALA, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, Santillana, Madrid, 2003, pp. 107-110).

(20) Piñuel y Zabala señala como efectos físicos y psicosomáticos: efectos cognitivos e hiperreación física, síntomas psicosomáticos de estrés, síntomas de desajuste del sistema nervioso autónomo, síntomas de desgaste físico producido por un estrés mantenido durante mucho tiempo, trastornos del sueño y cansancio y debilidad (PIÑUEL Y ZABALA, *Mobbing. Cómo sobrevivir al acoso psicológico en el trabajo*, cit., pp. 107-110).

disminuyen su rendimiento y con este también el de la misma empresa, implicando un costo social[21].

Respecto a las conductas que suelen generar las practicas de acoso moral encontramos la discriminación (sobre todo por razón de sexo), la rivalidad y envidia entra compañeros de trabajo, determinados comportamientos incompatibles con las «reglas» establecidas por el grupo, el «acoso sexual frustrado», una estrategia empresarial o al autoritarismo del empleador, mientras que el miedo al despido o evitar una sanción del empleador genera en los hechos que no haya una reacción frente a las conductas de acoso[22]. Las fases identificadas por Leymann son: a) incidentes críticos, concebida como un conflicto, de corta duración; b) acoso y estigmatización, a través de comportamientos reiterados; c) intervención de autoridades de personal, con la violación de sus derechos, con lo cual la víctima queda sumamente afectada, y el acosador eximido de toda responsabilidad; y d) exclusión, con el abandono del centro de trabajo[23].

Dentro de los tipos del *mobbing* encontramos: *vertical descendente*, cuando es el empleador o superior jerárquico quien realiza el acoso, siendo el trabajador en situación de subordinación la victima, este es el supuesto mas común y también es conocido como *bossing*; menos frecuentes son los supuestos de *mobbing vertical ascendente*, cuando el quien realiza el acoso es un trabajador que ocupa una posición superior en la pirámide jerárquica de la organización en el centro de trabajo respecto a la victima, quien es un trabajador que ocupa un determi-

---

(21) Entre los costos podemos distinguir: a) trabajador: costos de tratamiento por enfermedades psíquicas contraídas con ocasión del *mobbing*: tal es el caso de depresión, estrés postraumático, neurosis, personalidad paranoide, entre otras enfermedades, el costo asumido por desempleo (en caso haya llegado a lo que para los psicólogos es la cuarta fase); b) empresa: costos de ausentismo del personal, costos asumidos por rotación y reemplazo de personal, costos por disminución de la productividad de los trabajadores y con ellos, de la empresa, costos de procesos; c) sociedad: costos desempleo, incidencia en la economía familiar, a lo cual le añadimos los costos de los procesos que muchas veces no son internalizados por los litigantes sino que son asumidos por los contribuyentes (LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit., p. 7). Al respecto, con útiles datos estadísticos, vide OLSEN, Lene, «Preventing workplace violence - we can't afford no to, in labor education, violence at work», en *International Labour Organization*, Nº 133, Ginebra, 2003, pp. 31-35, en www.ilo.org/; MOLERO SUÁREZ, *El acoso psicológico en las relaciones laborales empresariales: perfiles, contrastes y respuestas desde el Derecho laboral en el Perú*, cit., pp. 109 y ss. En suma, económicamente, el *mobbing* supone una situación ineficiente, por generar externalidades negativas, y altos costos materiales y emocionales a los miembros de una sociedad, lo que habilita a su conveniente regulación o adopción de remedios para combatirlo.

(22) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 34-44; MÁRQUEZ GARMENDIA, Martha, «Acoso moral en el trabajo», en *Derecho Laboral*, T. XLVI, Nº 210, Montevideo, 2003, pp. 320 y 321.

(23) LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el trabajo», cit., p. 7.

nada posición jerárquica, el cual puede ser inclusive el empleador[24]; mientras que el *mobbing horizontal* consiste en la violencia ejercida por los propios compañeros de trabajo de similar jerarquía dentro de la organización, cuenten o no con el apoyo o aquiescencia u omisión del empleador[25].

### 3.2. El *mobbing* en el plano de la realidad jurídica: fijación de sus elementos configuradores

Luego de analizar brevemente el acoso moral en el marco de los hechos extrajurídicos es necesario señalar como un concepto desarrollado por la psicología del trabajo, la sociología y la medicina se hace relevante para el Derecho, ya que, mas allá del efecto de *mass media*[26] que pueda darse, sobre todo por ser un tema de honda sensibilidad social, no obsta a que sea necesario el manejo de conceptos de la dogmática jurídica para evitar degenerar en prejuicios, para lo cual se debe recurrir además «a una racionalidad critica que sepa conjugar las *exigencias del sistema* y la *sensibilidad hacia el problema*, renunciando a la tentación de un inmediata transposición de una figura medico-jurídica o de una fenómeno social-organizacional en una *fattispecie* jurídicamente relevante»[27]. Además, se debe señalar de manera temeraria que «cualquier comportamiento 'despótico' del empresario es acoso moral, y muy al contrario, la verdad es que no todo es *mobbing*[28]. Más allá de toda consideración tomaremos

---

(24) Como lo señala el INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES (IEL) - ESADE, «Informe Randstad, Calidad de trabajo en la Europa de los quince. El acoso moral», en *www.mobbing.nu/*. Pese a ello nuestro estudio dedicara mayor atención a los supuestos en los cuales el trabajador es victima del acoso.

(25) ABAJO OLIVARES, Francisco Javier, *Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral*, Depalma, Buenos Aires, 2001, pp. 31-39; ANASTACIO, «Resposabilità civile e *mobbing*», cit., p. 10; BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 48-52; HIRIGOYEN, *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, cit., pp. 99-101; MÁRQUEZ GARMENDIA, «Acoso moral en el trabajo», cit., p. 322; NICOLLIELLO y COLOTUZZO, «Acoso moral en el trabajo: prevención y reparación», en *Derecho laboral*, T. L, Nº 226, Montevideo, 2007, p. 357; PIÑUEL Y ZABALA, cit., pp. 110-113.

(26) Como ocurrió en Italia según refiere atentamente Renato Scognamiglio (SCOGNAMIGLIO, «*Mobbing*: profili civilistici e giuslavoristi», en *Mass. Giur. Lav., Rivista Della Confindustria*, Nº 1-2, Milán, 2006, pp. 1 y 2, en http://dirittolavoro.altervista.org/.

(27) Como advierte acertadamente Antonio Viscomi (VISCOMI, Antonio, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», in *Lavoro e Diritto*, Anno XVI, Nº 1, Milán, 2002, p. 46. En el mismo sentido se pronuncian GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 58.

(28) CALAFA, Laura, «Tra *mobbing* e mero conflicto: un'ipotesi di legittima reazione a un attegiamiento incivile del datore di lavoro», en *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, Milán, 2002, T. II, p. 155.

como premisa que el acoso moral lesiona bienes jurídicos del trabajador en tanto persona, lo cual trae consigo la reacción del ordenamiento jurídico a través de remedios de tutela de la persona humana, especialmente del trabajador[29]. En ese sentido, y con la libertad (y no libertinaje) que nos ofrece de manera dadivosa el sistema peruano que no regula directamente esta institución, y felizmente no ofrece una definición al respecto[30], nos permitirá establecer cuándo una conducta es jurídicamente relevante como acoso moral; y en caso de recibir una valoración negativa del ordenamiento, como conducta reprobable, determinar una reacción del ordenamiento. Cabe resaltar que el *mobbing* supone una variedad de comportamientos de diversa índole, lo cual opera como un obstáculo para determinar qué se puede establecer como *mobbing* para ello establecemos ciertos rasgos comunes a esta amplia gama de comportamientos heterogéneos con el fin de determinar al *mobbing* como *fattispecie*:

a. **Elemento espacial: Comportamientos acaecidos en el desenvolvimiento de una relación laboral[31].** Cuando describimos al *mobbing* nos estamos refiriendo, en principio, a un fenómeno exclusivamente propio de una relación de trabajo donde existe un sujeto activo, el agresor, dañador, quien realiza las conductas de acoso, y un sujeto pasivo, la victima o damnificado sobre quien recaen las conductas de acoso, generalmente es un trabajador (el supuesto de *mobbing* vertical ya estudiado); no obstante lo anterior, este requisito de ubicar el *mobbing* dentro del contexto laboral comienza ha generar una serie de inconvenientes de acuerdo con la jurisprudencia comparada, que no lo convierten en un tema tan pacifico, al darse supuestos incluso fuera del ámbito meramente laboral, vale decir del centro de trabajo[32].

b. Elemento material: comportamientos vejatorios, hostiles y humillantes, en perjuicio de un sujeto individualizado. Respecto a este elemento, podemos afirmar que el *mobbing* consiste en la realización de una serie de conductas heterogéneas, o el empleo de una serie de medios destinados a

---

(29) SCOGNAMIGLIO, *Mobbing*: profili civilistici e giuslavoristi», cit., p. 2.

(30) Lo cual habilita a la creación de conceptos sobre el tema sin estar «atados» a un rígido concepto legal que siempre quedaría desfasado y sería insuficiente para abordar las múltiples aristas por las cuales se manifiesta el acoso moral, sobre todo en un problema en el que podemos encontrar mucha flexibilidad en las categorías a emplear.

(31) GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 61.

(32) PASQUINELLI, Enrico, «Gli elementi costitutivi del fenomeno del *mobbing*», en *Persona e danno*, en www.personaedanno.it/. Este autor hace referencia en los cuales la jurisprudencia italiana configura supuestos de *mobbing* fuera del contexto laboral.

molestar, causar un perjuicio, importunar a la victima del acoso, siendo humillantes para quien los padece, con tratos humillantes y vejatorios contra un concreto o concretos trabajadores[33]. Estos tratos vejatorios originan lesiones a la dignidad y otros bienes jurídicos del trabajador, tal como se vera en el siguiente capitulo. El *mobbing* supone la lesión de bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico que suponen la protección de la persona humana y sobre todo del trabajador en la relación laboral, en este caso como lesión de derechos de la personalidad o derechos fundamentales como suele llamárseles. Ahora bien, dentro de estas conductas que suponen una finalidad persecutoria del acosador, pueden ser agrupadas en comportamientos que por lo general intimidan al trabajador, como por ejemplo, amenazas, tratamientos gesticulantes, así como comportamientos hostiles los cuales buscan desacreditar al trabajador, y afectarlo en tanto persona con insultos y gestos sexuales. También podemos encontrar medidas del empleador destinadas al aislamiento del acosado y orientadas a «cortar sus relaciones sociales» dentro del centro de trabajo, o a asignarle labores diferentes (inferiores o superiores para poner en duda sus aptitudes), así como instarle a dejar el centro de trabajo, lo cual también incluyen sanciones como otra serie de medidas como reubicar al trabajador en otro puesto de trabajo. Otra serie de comportamientos están dirigidos a establecer mecanismos de supervigilancia exhaustiva, así como la asignación de tareas denigrantes que afectan su rol dentro de la empresa[34]. En estos casos lo que se lesiona es la dignidad y funcionalidad del trabajador en el seno de la empresa.

c. Elemento temporal: frecuencia y duración de los comportamientos vejatorios. Otro elemento que configura la *fattispecie* del *mobbing* es la continuidad e intensidad de las conductas agresivas[35], la cual ocasiona daños al trabajador victima del acoso. Cabe resaltar que el propio Leymann había cuantificado el plazo mínimo necesario para determinar una conducta como *mobbing*[36]; sin embargo, este criterio proporcionado por el psiquia-

---

(33) GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 61.

(34) Al respecto, puede consultarse GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., pp. 61 y 62; ANASTACIO, «Resposabilità civile e *mobbing*», cit., p. 2.

(35) VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., pp. 54-57.

(36) «Es arrojado a una situación de soledad e indefensión prolongada, a base de acciones de hostigamiento frecuentes y persistentes (definición estadística: al menos una vez por semana) y a lo largo de un prolongado periodo (definición estadística: al menos durante seis meses)». Para el psiquiatra alemán este es su rasgo distintivo» (LEYMANN, «Contenido y desarrollo del acoso grupal/moral (*mobbing*) en el Trabajo», cit., p. 3).

tra alemán no debe ser tomado en cuenta como un fin en si mismo, sino como un medio (necesario) para la configuración de un comportamiento como acoso moral[37].

d. Elemento teleológico: la intención de causar un daño a la víctima del acoso. Este es el criterio determinante para la configuración del *mobbing* como *fattispecie,* pues en esta serie de comportamientos una finalidad persecutoria de discriminación, de degradación de su dignidad como persona y como trabajador, o de causarle algún perjuicio. Al respecto, esta intencionalidad puede ser analizada desde criterios subjetivos, que implican analizar los motivos o la finalidad que persigue el acosador; por otro lado, si utilizamos un criterio objetivo la incidencia estará en la idoneidad de la conducta del acosador para lesionar a través de sus comportamientos los bienes jurídicos del trabajador (dignidad). Nosotros optamos por esta segunda opción debido a los inconvenientes que en tema probatorio pueden generarse[38].

En suma, y a la luz de lo expuesto, podemos señalar que el *mobbing* consiste en una serie de comportamientos vejatorios y humillantes, llevados a cabo de manera sistemática y reiterada, en el contexto de una relación de trabajo, que posee una finalidad persecutoria de causar una lesión en los bienes jurídicos de un sujeto individualizado que los padece, por lo general un trabajador. Con ello se vulnera su dignidad personal, razón por la cual se requiere que el ordenamiento jurídico establezca remedios de tutela frente a esta *fattispecie reprobable*[39], para lo cual una vez determinado el supuesto de hecho, veremos las consecuencias jurídicas que este acarrea; en este caso, lesionar derechos de la personalidad.

## 4. EL *MOBBING* COMO SUPUESTO DE VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La situación jurídica que goza de un rol protagónico ha sido y lo seguirá siendo el derecho subjetivo[40]. Precisamente de este concepto la doctrina fran-

---

(37) VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., p. 54; GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 64.

(38) VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., p.50; GORELLI HERNÁNDEZ / GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., pp. 64-65.

(39) VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., p. 57.

(40) TRIMARCHI, Pietro, «Las relaciones jurídicas», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza,* PUCP, Lima, 2005, p. 4. Como se sabe el derecho subjetivo

cesa así como la doctrina alemana y la doctrina italiana realizaron su construcción de los derecho subjetivos en función de la propiedad –derecho subjetivo absoluto–[41], el cual otorgaba diversas facultades, poderes a su titular, respecto del objeto del derecho, pese a que estos poderes y facultades eran externos al titular[42]. El viraje comenzó con el supuesto de los derechos de la personalidad en los cuales su objeto serían los atributos de la persona[43]. Por su parte, la doctrina italiana estableció una distinción entre derechos patrimoniales entendidos como aquellos que tienen por contenido una utilidad económica y por ende disponibles; y los «derechos de la personalidad», aquellos que se encuentran en una «relación de inherencia» respecto de su titular, que se encuentran ligados permanentemente al individuo y «constituyen el núcleo mas profundo de la personalidad»[44]. Estos derechos de la personalidad son innatos, inherentes y pertenecen como tales al ser humano por su propia condición. Son absolutos, intransmisibles, vitalicios y trascienden el propio ordenamiento jurídico[45]. En el elenco tenemos al derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de circulación, al nombre, al honor, a la intimidad de la vida privada, a

---

puede ser entendido como el poder de obrar en interés de uno mismo o de pretender que otro efectúe un determinado comportamiento para satisfacer el interés del titular. Al respecto, vide ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, citado por LEÓN, *Derecho de las relaciones obligatorias*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 48 y 49.

(41) Aquí cabe hacer una aclaración: en nuestro entorno se tiene la costumbre de definir un «derecho absoluto» como un derecho que «no admite limitaciones», concepción que inclusive ha sido empleada constantemente por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, tal contraposición entre derechos absolutos - derechos limitados, nunca tuvo asidero en la propia concepción de quienes desarrollaron esta institución, toda vez que un derecho absoluto implica su eficacia *erga omnes*, vale decir, es oponible a todos los miembros de la colectividad (como lo es la propiedad, y también los derechos de la personalidad), mientras que los derechos subjetivos relativos son aquellos que se pueden hacer valer frente a una persona determinada (como los derechos de crédito). En ese sentido, la contraposición correcta sería derecho ilimitado - derecho limitado. El error de perspectiva descrito nos lleva a perder de vista un valioso atributo de los derechos de la personalidad, la atribución a su titular de pretensiones que este puede hacer valer frente la generalidad de los miembros de la sociedad, inclusive, su condición de derecho subjetivo. Al respecto, vide TRIMARCHI, «Las relaciones jurídicas», cit., pp. 5 y 6. MAJELLO, Ugo, «Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, p. 3; GALLO, *Conceptos fundamentales*, en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, 2005, p. 3.

(42) LEÓN, *El problema jurídico de la manipulación de la información personal*, Palestra, Lima, 2007, p. 122.

(43) TRIMARCHI, *Las relaciones jurídicas*, cit., p. 6; MAJELLO, «Situaciones subjetivas y relaciones jurídicas», cit., p. 3.

(44) DA SILVA FILHO, Artur Marques, «Direitos da personalidade», en *Revista Jurídica*, Nº 1, V. 21, PUC Campinas, Campinas, 2005, p. 10.

(45) Ibídem, p. 11.

la identidad personal, entre otros[46]. Esta serie de derechos recogidos en los diversos códigos civiles y desarrollados en el seno del derecho privado es recogida por los documentos constitucionales (y más tarde en declaraciones y posteriormente a tratados de derechos humanos). Es aquí cuando los derechos de la personalidad son captados por el constitucionalismo como «derechos fundamentales.

Respecto a estos último, el camino seguido, ha sido –nótese bien– distinto. Concebidos primero como derechos públicos subjetivos[47], en el sentido de obrar como un limite a la actuación estatal, una libertad frente al Estado, para evitar abusos, limitándose a una protección de la libertad individual, encontramos esferas de libertad de los particulares[48]; y luego, concebidos como un «deber de abstención» o de no injerencia estatal en la libertad de los particulares[49]. El siguiente paso seria el reconocimiento de principios por los cuales el Estado garantizaba el cumplimiento de los derechos de los particulares. De este modo se produce una ampliación del espectro de los «derechos fundamentales» (*Drittwirkung*), los cuales ya no serán entendidos como esferas de libertad que el Estado simplemente garantiza a los individuos, sino como dotados de eficacia no solo en las relaciones entre el Estado y por particulares (eficacia vertical) sino también entre los particulares (eficacia horizontal). Entre las razones de este modo se buscaba proteger los derechos del individuo frente a una vulneración por parte del Estado, sino también por parte de los «poderes fácticos», de la sociedad[50]. De este modo la doctrina alemana elabora de manera cuidadosa la doctrina de la eficacia privatística de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*), la cual tomó como punto de partida los derechos fundamentales como principios rectores del ordenamiento –y no eran exigibles como derechos subjetivos–[51], para su exigibilidad en las relaciones *inter privatos*. Fi-

---

(46) DE CUPIS, citado por LEÓN, *Derecho de las relaciones obligatorias*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 48 y 49.

(47) Esta tesis fue formulada por Georg Jellinek (JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, pp. 387 y 388).

(48) Esta es la tesis de Carl Schmitt (SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, p. 169).

(49) BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, PUCP, Lima, 2007, p. 23.

(50) Por todos, vide BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., pp. 30-37.

(51) La doctrina del *Drittwirkung* tuvo dos vertientes, las cuales no necesariamente son antitéticas: a) La eficacia mediata (*Mittelbare Drittwirkung*) que postulaba la existencia de principios y no de derechos subjetivos en sí (HESSE, Konrad, «Significado de los Derechos Fundamentales», en BENDA,

nalmente, con el prestigio de este modelo jurídico (la Constitución, en Alemania, Ley Fundamental[52]) se asigna para la protección de los derechos de la personalidad a través de su reconocimiento al régimen constitucional, lo cual permitiría reforzar adecuadamente su tutela[53].

Dentro de los derechos sociales, los derechos laborales adquieren reconocimiento constitucional en Querétaro (1917) y Weimar (1919)[54] . En ese sentido, los derechos de la personalidad en el centro de trabajo encuentran su fundamento en nuestro ordenamiento en los artículos 22º y 23º de la Constitución. Este último señala que «ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador».

---

MAIHOFER, VOGEL, HESSE, HIEDE (coords.), *Manual de Derecho constitucional*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 107), y solo cuando las herramientas de tutela del derecho privado eran insuficientes actuaba la tutela de los *Grundrechte* (BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesllchaft, Baden-Baden, 1993, p. 113); y b) La eficacia inmediata (*Unmittelbare Drittwirkung*), propone una eficacia directa de los *Grundrechte* a *Grundrechte* si como su tutela, si bien este criterio fue el primero que se utilizó (Nipperdey), el Tribunal Constitucional alemán adoptó el primer criterio. Al respecto, BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., pp. 63-73. El Tribunal Constitucional peruano, para variar, copiando la sentencia del Tribunal Constitucional de España 53/1985 –la que cita–, inclusive a la sentencia 25/1981, donde repite las lecturas españolas de la *Drittwirkung*, intentará adoptarla en su sentencia del Expediente Nº 976-2001-AA/TC, del 13 de marzo de 2003. El supuesto alegado era la violación de un derecho fundamental por parte de una empresa privada (Telefónica del Perú) por presunto despido por falta grave. Al respecto, solo dos reflexiones: la consagración de los derechos fundamentales en el Perú (y en América Latina) fue totalmente distinta del largo recorrido por los ordenamientos europeos para la consagración de estas en sus constituciones, y a eso le agregamos la facilidad de su vulneración (LANDA ARROYO, «Teorías de los derechos fundamentales», en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, Nº 60, Trujillo, 2005, pp. 3 y 4), tal como el idioma (castellano, si se permite el símil) han llegado discursos fruto de un largo proceso evolutivo que recién comienzan a «rendir frutos» como la «constitucionalización del Derecho privado», «la mercantilización del Derecho civil», «al responsabilidad civil por contacto social», entre otros. ¿Quizá ese sea una de las razones del fracaso de numerosas instituciones importadas de manera descuidada en nuestro país? La segunda reflexión es que si bien los derechos fundamentales no solo son meros derechos subjetivos, ello no significa que se descuide su naturaleza de derechos subjetivos, cabe resaltar además que no todos los derechos fundamentales pueden ser derechos subjetivos, también pueden ser libertades, potestades e inmunidades (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Aggiornamiento*, Utet, Turín, 2000, p. 149).

(52) De ahí que los derechos que reconoce la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) sean denominados como derechos fundamentales (*Grundrechte*), en nuestro caso serian derechos constitucionales.

(53) Como el caso de la consagración constitucional de los derechos laborales. AL respecto, vide BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., pp. 86-96.

(54) BLANCAS BUSTAMANTE, *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*, cit., p. 78; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, «Los derechos fundamentales de la persona del trabajador», en *Derecho Laboral*, T. XLVI, Nº 212, Montevideo, 2003, p. 654.

Bajo esta premisa, hemos señalado que el *mobbing* configura un supuesto de una violación de los derechos de la personalidad (o fundamentales si se quiere). Entre los bienes jurídicos lesionados podemos señalar: La dignidad humana, el más importante atributo de la personalidad (y el principal bien jurídico vulnerado por las prácticas de *mobbing*); además de ser un principio que da sustento a los derechos de las personalidad[55], conforme lo señala nuestra constitución en los artículos 1º, 3º[56], 23º de la constitución, inherente a la persona siendo un «principio constitucional portador de valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres», por ende, no es solo parámetro de la actividad del Estado y de la sociedad, sino, además, fuente y límite de los derechos fundamentales de los ciudadanos[57]. Ello asume singular relevancia en la relación laboral donde el trabajador se encuentra en una situación de sujeción respecto al empleador, sin embargo, ello no obsta para que se le degrade o vulnere su dignidad[58]. Otro de los bienes jurídicos lesionados mediante el *mobbing* es el derecho a la integridad física, psíquica y moral. Tal como se expuso, las conductas de acoso pueden generar daños psíquicos a la victima, del mismo modo las prácticas llevadas a cabo buscan degradar al trabajador en su centro de trabajo, debido a las enfermedades que eventualmente disminuirán su rendimiento en el centro de trabajo[59]. Otros derechos vulnerados, sin hacer de esta una lista taxativa, son el derecho a la igualdad y no discriminación,

---

(55) Sobre la posibilidad de creación de nuevos «derechos de la personalidad» en Alemania, existen dos teorías que buscan explicar el tema: a) la teoría monista o doctrina del «derecho general de la personalidad» (*allgemeines përsonlichkeitsrecht*), la cual postula que es el derecho general de la personalidad aquel del cual se derivan nuevos aspectos de la persona dignos de protección; derecho central que abarca los bienes supremos del ser humano. La consecuencia es que el ordenamiento tiene que proteger al individuo de manera plena «en el ejercicio de sus facultades en toda dirección que sea posible»; y b) la teoría pluralista o doctrina de los «derechos de la personalidad» (*përsonlichkeitsretche*), la cual busca la creación de nuevos derechos de la personalidad a través de una *analogía iuris* sobre la base de los derechos actualmente consagrados. Pese a que la primera teoría data del Siglo XIX, ha sido adoptada en la segunda mitad del siglo pasado. Entonces la *Grundgesetz* tiene un principio rector del ordenamiento: «la dignidad humana» y un Derecho general de la personalidad: «el derecho al respeto a la no lesión de la persona en todas sus manifestaciones inmediatas dignas de protección». Por todos, vide LEÓN, *El problema jurídico de la manipulación de la información personal*, cit., pp. 144-161.

(56) Lo que nos llevaría a postular que el legislador copió la cláusula de la dignidad como principio que sustenta el ordenamiento jurídico: artículo 1º de la Constitución Política del Perú de 1993.

(57) LANDA ARROYO, «La dignidad de la persona humana», en *Derecho constitucional* 2, PUCP, Lima, 2002, pp. 2 y 3.

(58) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., p. 76.

(59) Ibídem, pp. 78-86.

el derecho a la intimidad personal, el derecho al honor y a la buena reputación y el Derecho al trabajo.

## 5. LOS REMEDIOS DE TUTELA FRENTE AL *MOBBING*: ALCANCES Y NUEVAS PERSPECTIVAS

### 5.1. Tutela institucional

Su justificación radica en dos razones: en al carácter pluriofensivo de las conductas de *mobbing*, que exigen una intervención multilateral, para prevenir o reparar las consecuencias del acoso[60]; y en la respuesta del empleador que debe asumir estrategias que permitan prevenir de manera eficiente este supuesto, que en no pocas ocasiones es producto de la misma «política de empresa»[61]. Esta, a su vez, se da a través de tres mecanismos: a) la prevención primaria, que supone eliminar los orígenes y causas del problema, para ello se adoptan medidas en el ámbito de la empresa: a través de la «existencia de una política antiacoso, eficaz» y «la educación de cuadros directivos en el arte de gestión del conflicto» y «disponer de procedimientos ágiles y eficientes, para facilitar a los trabajadores la interposición de quejas por acoso»[62]; b) la prevención secundaria, la cual busca detectar conductas susceptibles de producir *mobbing* en el seno de la empresa, realizando una evaluación de riesgos, que puedan inferir la posibilidad de que se genere una situación de *mobbing*; finalmente, c) la prevención terciaria, la cual tiene por objeto la rehabilitación o recuperación de los trabajadores que han sido víctimas de acoso, procurando su reinserción al centro de trabajo[63].

---

(60) ROMERO RODENAS, M. José, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, 3ª ed., Bomarzo, Albacete, 2005, pp. 50 y 51.

(61) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 129 y 130.

(62) ROMERO RODENAS, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, cit., pp. 54 y 55; BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., 130-133. Al respecto, y a la luz de nuestra realidad, no sería aplicable en los hechos un mecanismo de solución de controversias por el cual se confiera a un tercero, la posibilidad de resolver en conflicto. Por otra parte, la información, resulta a todas luces como un mecanismo necesario.

(63) ROMERO RODENAS, *Protección frente al acoso moral en el trabajo*, cit., pp. 55 y 58; BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 133-136. Es importante resaltar la relevancia del Derecho laboral, el cual apareció para la protección del trabajador (SANGUINETTI REYMOND, Wilfredo, «El Derecho del trabajo como categoría histórica», en *Ius et Veritas*, Nº 12, Lima, 1996, pp. 154-157; ARCE ORTIZ, Elmer, «Apuntes sobre la función social del Derecho del trabajo contemporáneo», en *Laborem*, SPDTSS, Lima, 2004, pp. 40 y 41), mediante la promoción y control del obrar del empleador para que promueva un ambiente de trabajo decente, en términos de la OIT. Para ello se promueve procedimientos de conciliación al interior de la empresa y garantizan-

## 5.2. Tutela jurisdiccional

El reconocimiento de una situación jurídica protegida por el ordenamiento jurídico carece de sentido alguno, sino se establece la protección de un interés ante una situación en la que sea vea lesionado o insatisfecho. Estamos hablando de la tutela[64]. Para ello importan, tanto el derecho, o en general la situación jurídica subjetiva, como su tutela. De nada sirve tener un elenco de «derechos simbólicos»[65], si en los hechos no pueden ser adecuadamente protegidos frente a una lesión o amenaza de lesión de la misma. En este panorama irrumpe un mecanismo de tutela de las situaciones jurídicas de ventaja: el proceso.

### 5.2.1. Hacia una revaloración de la tutela inhibitoria: una reformulación de los fines del proceso

La finalidad primordial del proceso es brindar una efectiva tutela a las situaciones jurídicas materiales[66]. Precisamente ante este divorcio entre derecho material y derecho procesal, se configura el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, entendida como aquel derecho a acceder al órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica, la cual se llevará a cabo a través de un proceso con garantías, procedimientos y técnicas procesales adecuadas que permitan su protección de manera efectiva, oportuna y, en ocasiones, preventiva, con una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución[67]. Sin embargo, la necesidad de protección de nuevas situaciones

---

do un acceso a la información sobre este mal social. Asimismo, puede subsumirse dentro de los «riesgos psicosociales» del artículo 45º in fine del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, como lo propone Molero Suárez (MOLERO SUÁREZ, *El acoso psicológico en las relaciones laborales empresariales: perfiles, contrastes y respuestas desde el Derecho laboral en el Perú*, cit., p. 32).

(64) DI MAJO, Adolfo, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán, 1992, p. 361.

(65) Expresión por demás acertada, acuñada en el primer trabajo que introduce de manera sistemática la tutela preventiva en nuestro medio el tema de la tutela inhibitoria, nos referimos al excelente trabajo de ZELA VILLEGAS, Aldo, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, Palestra, Lima, 2008, p. 28.

(66) PRIORI POSADA, Giovanni, «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», en *Ius et Veritas*, Nº 26, Lima, 2001, p. 277. En el mismo sentido se pronuncia uno de los mas destacados estudiosos del derecho procesal en América Latina, nos referimos a Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme, *El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Palestra, Lima, 2007, pp. 173 y ss).

(67) PRIORI POSADA, «La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso», cit., p. 280; MARINONI, *El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, cit., pp. 219-227. Este derecho apareció en la tradición romano germánica, mientras que en los sistemas del *common law* apareció el *due process of law* o debido proceso Al

jurídicas de acuerdo con las exigencias de la sociedad, llevó a que sea necesario formular una alternativa a la tutela jurisdiccional ordinaria, conforme a una concepción del proceso fundada en los principios de instrumentalidad y efectividad, para hacer efectivas las situaciones jurídicas que requieren de formas procesales mas expeditivas. Con ello entra en escena la llamada «tutela jurisdiccional diferenciada», como una nueva concepción del proceso[68]. Entre sus manifestaciones encontramos: a) por su eficacia (tutela satisfactiva, la cual se subdivide en tutela meramente declarativa, constitutiva, y de condena; y tutela asegurativa, dentro de la cual encontramos las medidas cautelares); b) por el contenido de la tutela (tutela específica y tutela resarcitoria); y c) por su oportunidad de actuación (tutela preventiva y tutela represiva)[69].

En este contexto, surge una de las principales manifestaciones de la tutela diferenciada, nos referimos a la tutela inhibitoria, la cual tiene como finalidad prevenir daños y perjuicios a las situaciones jurídicas[70], mediante una actuación previa a la verificación del daño, o a que la acción dañosa continúe, o incluso que la misma se repita (tutela preventiva). Busca proteger la situación jurídica sin intercambiarla por un equivalente pecuniario (tutela específica o «in natura»), e impone una obligación de realizar un comportamiento activo u omisivo, con el fin de evitar la realización o repetición del acto lesivo (tutela de condena)[71]. Sin duda resulta de suma utilidad para la protección de los derechos de la personalidad, ya que es preferible evitar la ocurrencia de un evento lesivo que genere consecuencias irreparables, supuesto que claramente puede acaecer por la violación de derechos de la personalidad por las prácticas de *mobbing*. El artículo 17º de Código Civil, que protege los derechos de la personalidad, nos ofrece una definición estrecha de la tutela inhibitoria, restringién-

---

respecto, BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, ARA, Lima, 2001, pp. 175 y ss. Nuestro legislador importó mecánicamente ambos modelos jurídicos en el artículo 139º constitucional, sin perjuicio de esta nueva e innecesaria criatura que responde al nombre de «tutela procesal efectiva» regulada en el Código Procesal Constitucional.

(68) MONROY PALACIOS, Juan José, *La tutela procesal de los derechos*, Palestra, Lima, 2004, pp. 43 y 44; ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 32 y 33. Al respecto, se debe a la obra del ilustre procesalista Andrea Proto Pisani, los primeros estudios sobre la materia, aunque el término no resulta del todo exacto.

(69) MONROY PALACIOS, *La tutela procesal de los derechos*, cit, pp. 280 y ss.; ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 34 y ss.

(70) DI MAJO, «El sistema de tutelas en el Derecho civil», en *Ius et Veritas*, Año XV, Nº 31, Lima, 2005, pp. 131 y 132.

(71) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 84 y 85.

dola a una «acción de cesación de actos lesivos», lo cual dificulta el empleo del remedio.

Respecto a las situaciones jurídicas susceptibles, sin perjuicio de afirmar que existen diversos supuestos en los cuales cabe la aplicación del remedio inhibitorio[72], podemos aludir a la protección de derechos que no tienen equivalente pecuniario, como los derechos de la personalidad, la vida, la libertad, la voz, el nombre, el seudónimo, la imagen, la integridad física, el honor, la buena reputación, la intimidad, la salud[73]. Nos interesan a propósito de las prácticas de acoso moral, los últimos mencionados, incluyendo la integridad psíquica.

Sobre la vía procesal encontramos dos vías donde existe la posibilidad de actuación de una tutela inhibitoria para los supuestos de *mobbing*, señalando sus alcances y deficiencias actuales:

a. *Proceso constitucional (el proceso de amparo)*[74]: sin duda, el amparo es un proceso de naturaleza inhibitoria[75], ya que en este se busca la obtención de una tutela específica. Además, es un proceso de carácter sumario, busca la tutela los derechos constitucionales (Abad Yupanqui), por lo que no posee una etapa probatoria, y solo se da una audiencia. Sin embargo, y como se ha señalado[76], la procedencia del amparo encuentra, en principio dos inconvenientes, los cuales están relacionados con la misma regulación del proceso de amparo en nuestro sistema jurídico. Será improcedente el amparo cuando existen vías ordinarias para la defensa del derecho vulnerado, de acuerdo con el artículo 5º del Código Procesal Constitucional y por reiterados pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional[77].

---

(72) Como los supuestos de derechos e intereses difusos, para ser mas exactos los referentes a la protección de los consumidores por ejemplo.

(73) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 130-133. También podemos incluir la tutela de otros derechos constitucionales como los derechos laborales, para lo cual sugerimos que no solo el proceso civil sino también el proceso laboral necesita de cambios para brindar una tutela sumaria y efectiva.

(74) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 138 y ss. Sobre el amparo, vide ABAD YUPANQUI, Samuel, *El proceso constitucional de amparo*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 100 y ss.

(75) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 161 y ss.

(76) BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 139 y ss.

(77) Al respecto, vide la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 0206-2005-PA/TC, del 28 de noviembre de 2005; aunque puede verse un ligero cambio en la sentencia del Expediente Nº 6128-2005-PA/TC, del 25 de abril de 2006.

Asimismo, otro inconveniente se da por la estructura misma del proceso de amparo, por su ausencia de etapa probatoria, aunque, al ser un proceso dirigido a la protección de derechos constitucionales, y como veremos más adelante, la posibilidad del empleo de la prueba incidiaria en los supuestos de *mobbing*, podría resolver el problema. Un tercer problema sería el inconveniente, no inusual, de que el magistrado determine la «sustracción de la materia» por lesión irreparable del derecho, lo cual llevará al trabajador afectado a un proceso civil para la obtención de un resarcimiento, al no admitirse una acumulación de la pretensión inhibitoria con una pretensión resarcitoria, lo cual termina en los hechos generando una situación de desprotección de los derechos constitucionales de la víctima de acoso.

*b.* *Proceso civil*: respecto a la vía del proceso civil, encontramos una serie de obstáculos, los cuales se fundan en la denominada «ineficacia del proceso»[78], el cual se encuentra completamente desvinculado de las necesidades de la colectividad, cuya incapacidad de adecuarse a las mutaciones dadas en una sociedad, hace que los particulares busquen sino el recurso a mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la búsqueda de la autotutela violenta. Basta señalar la estructura misma del proceso, el cual está diseñado para la protección de los derechos de crédito, lo cual lo hace ineficaz para la tutela de otros derechos como de la personalidad, como la vía procedimental (que debería ser la sumaria), las medidas cautelares (la omisión de la modalidad para su actuación), y la ejecución de las sentencias; como muestra un botón: la ejecución forzada[79]. Sin duda, se requiere una reforma necesaria y acorde con las necesidades de la comunidad para que el proceso sea una herramienta válida para la protección de los derechos, sobre todo de los derechos de la personalidad.

*c.* *Proceso laboral (acción de cese de hostilidad)*: finalmente, tenemos la vía del proceso laboral, para solicitar el cese de los denominados actos de hostilidad del empleador, también conocidos como supuestos de despido indirecto. Si bien su regulación en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo Nº 003-97-TR (en adelante, LPCL), en el artículo 30º, establece supuestos taxativos, ello no impide la obtención de tutela

---

(78) MONROY PALACIOS, *La tutela procesal de los derechos*, cit., pp. 229 y ss.

(79) ZELA VILLEGAS, *La tutela preventiva de los derechos (como manifestación de la tutela diferenciada)*, cit., pp. 168 y ss.

a través de esta vía[80] (sobre todo los supuestos de *bossing*), ya que bien podría subsumirse en el inciso g que señala: «Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador». Del mismo modo, pueden señalarse los incisos b («La reducción inmotivada de la remuneración o de su categoría»), c («El traslado del trabajador a un lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de causarle perjuicio), e («El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia»), y f («Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión o idioma»)[81]. El procedimiento a seguir lo regula la misma norma en su artículo 35º, el cual establece además la posibilidad excluyente, previa intimación al empleador, de pedir la extinción de la relación jurídica laboral, con el pago de una indemnización (similar a la del despido arbitrario del artículo 38º de la citada norma, lo cual resulta totalmente cuestionable). Quizá sean aplicables los mismos cuestionamientos del proceso civil, respecto de su excesiva dilación ineficacia; de otro lado su limitación a supuestos de *bossing*, es más reduce el *mobbing* a fin de expulsar al trabajador del centro de trabajo, cuando la finalidad de este fenómeno es el causar deliberadamente un perjuicio a la víctima.

### 5.2.2. La tutela resarcitoria: el *mobbing* como supuesto de responsabilidad por lesión a los derechos de la personalidad

En este contexto, la violación de una situación jurídica determinada, así como la protección de los intereses de la persona pueden ser tutelados a través del sistema de responsabilidad civil[82], siendo la situación de un sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto[83]. De este modo, verificada la *fattispecie* del acto generador de responsabilidad (daño, relación de causalidad y criterios de imputación), la consecuencia jurídica es el surgimiento de una obligación resarcitoria: el resarcimiento.

---

(80) Da cuenta de ello acertadamente BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., pp. 147-149.

(81) Ibídem, pp. 148 y 149.

(82) CORSARO, Luigi, «*Neminem Laedere* y derecho a la integridad», en *Proceso & Justicia*, Nº 3, Lima, 2005, p. 150; LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., p. 24.

(83) ROPPO, *Istituzioni di Diritto privato*, cit., p. 54.

De este modo, un sistema de responsabilidad civil cumple, en principio, las siguientes funciones[84]: a) función resarcitoria, que busca restaurar el *statu quo* preexistente a la verificación del evento dañoso; b) función preventiva, por la cual se induce al dañador a tomar las medidas adecuadas para prevenir eventos dañosos a terceros, c) función punitiva, que supone una sanción contra el sujeto dañador. Estas deben guardar un equilibrio razonable en el magistrado, al momento de asignar un resarcimiento, toda vez que no debería privilegiar una función en especial, respecto a los daños por *mobbing*, es menester determinar la naturaleza de la responsabilidad jurídica con el fin de brindar un adecuado remedio resarcitorio.

### 5.2.2.1. Naturaleza jurídica de la responsabilidad

Conviene, ante todo aclarar la naturaleza de la pretensión resarcitoria, la cual subordina la competencia del órgano jurisdiccional[85], puesto que si determinamos un supuesto de «responsabilidad contractual», la competencia será del juez laboral[86], y si se trata de un supuesto de «responsabilidad extracontractual», la competencia recaerá sobre el juez civil, conviene pronunciarse sobre ambas alternativas:

A nuestro parecer, podemos advertir en el Derecho del trabajo un fenómeno de «contractualización de la responsabilidad patronal» por algunos supuestos de lesiones a derechos de los trabajadores. El fundamento de ello lo encontramos en el deber de buena fe en la ejecución de los contratos el cual exige a las partes la observancia de un deber de lealtad, sobre todo en un su-

---

(84) El debate sobre las funciones de un sistema de responsabilidad civil reviste diversos matices: MONATERI, P. G., «La responsabilita civile. Tratatto di Diritto civile», citado por FERNÁNDEZ CRUZ, «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptima sistémica: análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventivo de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil Law*», en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ARA, Lima, 2001, pp. 1-8; ALPA, Guido, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, Jurista Editores, Lima, 2006, pp. 197 y ss.; SALVI, Cesare, «La responsabilita civile», en *Tratatto di Diritto privato*, Giuffré, Milán, 1998, 11-23, pp. 1-9; FRANZONI, Massimo, «Dei fatti illeciti (arts. 2043º-2059º)», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, pp. 233 y ss; LEÓN, *El problema jurídico de la manipulación de la información personal*, cit., pp. 231 y ss.

(85) BENINATTO, Rosario, «Il mobbing da contratto ed illecito aquiliano», en *Altalex*, Quotidiano d'informazione giuridica, en www.altalex.com/.

(86) El pleno jurisdiccional Laboral del año 2000, estableció la competencia de los jueces laborales respecto de las pretensiones resarcitorias por responsabilidad contractual derivados del incumplimiento de un contrato de trabajo, ya que las disposiciones laborales se integran a este. Al respecto, vide *Legislación General del Trabajo*, Normas Legales, Trujillo, 2005, p. 776).

puesto como el contrato de trabajo, en el cual existe una disparidad entre las partes, una relación asimétrica a favor del empleador, que insta a establecer límites a su poder de dirección y, sobre todo, su titularidad de un «deber de seguridad»[87] a preservar la integridad y salud del trabajador –llamado también «deber general de protección», u «obligación general de prevención»–. Este supuesto, en principio, se aplicaba a los supuestos de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo, pero que sería extendido a supuestos en los cuales se asimila a una enfermedad en ocasión de la ejecución de un contrato de trabajo, lesionando la salud psíquica del trabajador, y su integridad psicosomática. De este modo, el *mobbing* sería, desde esta perspectiva, considerado como un «riesgo laboral», y podría ser tratado como «accidente de trabajo», generando un incumplimiento grave del contrato de trabajo. Esta solución adoptada por la doctrina y magistratura españolas, han tenido una notable recepción en nuestro medio[88].

Por otro lado, puede afirmarse que la naturaleza y, por ende, el régimen aplicable a los supuestos de responsabilidad por *mobbing*, es el régimen de la responsabilidad aquiliana o extracontractual, por violación del deber genérico del *alterum non laedere*, la cual es aplicable a los tres supuestos de *mobbing*.

Conviene una vez más profundizar sobre los fundamentos del deber de seguridad y de previsión, ya que los autores españoles lo tomaron de las *obligations de securité* francesas, para eximir a la víctima del régimen de la carga de la prue-

---

(87) GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit., p. 68; MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín; *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 633 y 634; ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del trabajo*, 7ª ed.,, Ariel, Madrid, 1981, p. 480; CANESSA MONTEJO, Miguel, «Concepto y fundamento de los derechos humanos laborales», en FERRO DELGADO, Víctor (coord..), *Derecho laboral especial. Materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2008, pp. 38 y 39.

(88) Recogen el deber de seguridad y la responsabilidad contractual del empleador: CORTÉS CARCELÉN, «Responsabilidad empresarial por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», en *Diálogo con la jurisprudencia*, Nº 43, Lima, 2002, pp. 31-32; HERRERA GONZÁLES-PRATTO, Isabel, «Responsabilidad civil patronal por accidentes de trabajo», en *JuS Doctrina & Práctica*, Nº 3, Lima, 2008, pp. 378-380. Respecto a la responsabilidad contractual por *mobbing*, vide BLANCAS BUSTAMANTE, *El acoso moral en las relaciones de trabajo*, cit., 121 y ss.; Por su parte, Molero Suárez señala que existe un supuesto de falta grave por incumplimiento del deber de previsión del empleador. Este deber de previsión se deduce del articulado del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (RSST), de acuerdo con los principios de protección, prevención y de responsabilidad (artículos I, II y III del Título Preliminar, así como los numerales 37º, 39-Aº y 45º de la citada norma). Al respecto, y de acuerdo con la autora, cabe realizar una interpretación del 45º del RSST en función de que señala que «el empleador debe prever que la exposición a los agentes [...] ergonómicos y *psicosociales* concurrentes en el centro de trabajo, no generen daños en la salud de los trabajadores» (las cursivas son nuestras).

ba –se diseñaron remedios que trajeron consigo un ensanchamiento o inflación de los supuestos de responsabilidad contractual–. Se trata de una obligación, por lo general de contenido, determinado de preservar y garantizar como deudor, la seguridad e integridad del acreedor de dicha obligación[89]. Se aplicó en sus inicios a los contratos de transporte y subsiste aún en los supuestos de responsabilidad por productos defectuosos[90]. Fue invocada, inicialmente, como un deber del empleador de preservar la dignidad y seguridad del trabajador, en el marco de un contrato de trabajo; por ende el incumplimiento del empleador de su deber de seguridad del empleador acarrea responsabilidad contractual. Sin embargo, con la Ley de Accidentes de Trabajo de 1898, la discusión de un deber de seguridad en el contrato de trabajo devino en irrelevante; la intervención del legislador a través de múltiples disposiciones imperativas sobre la ejecución de la prestación laboral, favorecieron el abandono de los deberes de seguridad en el país donde apareció[91].

Sin embargo, mucho más sugerente es el recurso para justificar un sistema de responsabilidad contractual a través de la doctrina germana del *Schutzpflichten*, también conocida como la teoría de los «deberes de protección» (*obblighi di protezione*), la cual tuvo una recepción adecuada en Italia. En ese sentido, los deberes de protección se derivan del deber de buena fe, y un determinado contacto social por el cual las partes de comprometen a preservar la intangibilidad de la esfera jurídica ajena, comportándose conforme a la buena fe (*corettezza*) preservando la persona y los bienes de la contraparte[92]. Pese a que no existe

---

(89) MAZEAUD, Henri, León y Jean, *Lecciones de Derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1959, pp. 43 y 44; MAZEAUD, Henri, León y TUNC, Andrés, *Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 5ª ed., Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, T. I, p. 213-216; JOSSERAND, *Derecho civil*, Ediciones jurídicas Europa América, 1950, T. 2, V. I, p. 372; CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, *Los deberes de protección del deudor en el Derecho civil, mercantil y laboral*, Civitas, Madrid, 2001; LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, Legis, Bogota, 2004, pp. 105-107.

(90) LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil*, cit., pp. 108 y 109.

(91) «La jurisprudencia ha admitido que sería «forzar» el contrato de trabajo pretender hallar en él la obligación, para el patrono, de garantizar la seguridad del obrero» (MAZEAUD / TUNC, *Tratado práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., pp. 214 y 224-227; CAMERLYNCK, G. H. y LYON-CAEN, G., *Derecho del trabajo*, Agular, Madrid, 1974, pp. 276 y 277.

(92) La tesis se remonta a inicios del siglo pasado, en una reformulación que realiza el jurista Heinrich Stoll respecto de una categoría anterior acuñada por Hermann Staub, con las violaciones positivas del crédito (BENATTI, «Osservazioni in tema di doveri di protezioni», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, cit., pp. 4, 7 y ss.; BENATTI, «Comentario sub. Art. 1175,» en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, p. 153; DI MAJO, Adolfo, *Enciclopedia del Diritto*, cit., p. 176; MENGONI, Luigi, *La parte generale delle obbligazioni*, citado por LEÓN, *Derecho de las relaciones obligatorias*, cit, pp.

una regulación expresa del *mobbing*, la jurisprudencia italiana, aunque con decisiones que generan debates también en la doctrina, aplica el artículo 2087º el cual ha recobrado impulso en su empleo por los jueces italianos[93].

Ahora bien, comencemos a esbozar nuestra posición:

La responsabilidad contractual también es denominada, con mayor propiedad, como responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. Precisamente el acreedor se vincula de manera voluntaria a través de un negocio jurídico con otro sujeto determinado y establece determinado programa, por el cual se crea una relación obligatoria previa, y ante la lesión de una situación jurídica por el incumplimiento de una obligación, el afectado tiene a su disposición una serie de remedios de protección y garantía de su situación jurídica: el derecho a obtener la ejecución de la prestación a través de remedios de tutela específica (por ejemplo, la ejecución forzada), o de tutela por equivalente (en dinero), que buscan colocar al sujeto en una posición similar a aquella en la cual este obtiene el beneficio que persigue a través de la celebración del negocio. Por su parte, en la responsabilidad aquiliana, la obligación resarcitoria que surge por la violación del deber genérico de *alterum non laedere*, trae consigo una vinculación no deseada, frente al cual el único remedio disponible, el resarcimiento, estará dirigido a retirar o mitigar sus consecuencias[94].

---

145 y ss.; VISINTINI, Giovanna, *Responsabilidad contractual y extracontractual: estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y hechos ilícitos en el Derecho y la jurisprudencia civil*, ARA, Lima, 2002, pp. 111-113; SCOGNAMIGLIO, «Responsabilidad contractual y extracontractual», en *Ius et Veritas*, Nº 22, Lima, 2001, pp. 64 y 65.

(93) BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, cit., pp. 15 y ss.; VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit.; ANASTASIO, «Resposabilità civile e *mobbing*», cit.; SPINELLI, Stefano, «Tipo e natura della responsabilitá in fattispecie di mobbing», en *Persona e danno*, Milán, 2007, p. 4, en www.personaedanno.it/; SCOGNAMIGLIO, «*Mobbing*: profili civilistici e giuslavoristi», cit.; VALLEBONA, Antonio, «Mobbing: qualificazione, oneri probatori e remedi», en *Mass. giur. Lav - rivista della Confindustria*, en http://dirittolavoro.altervista.org/.

(94) De aquí que en función del interés protegido se fundan los sistemas de responsabilidad civil, siendo una razón para considerar inviable cualquier intento de «unificación» (CORSARO, «*Nemimen Laedere* y derecho a la integridad», cit., pp. 146 y ss.; VISINTINI, *Responsabilidad contractual y extracontractual: estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y hechos ilicitos en el Derecho y la jurisprudencia civil*, cit., pp. 85 y ss.; SCOGNAMIGLIO,» Responsabilidad contractual y extracontractual», cit., pp. 56 y ss.; DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *La responsabilidad extracontractual*, 7ª ed., PUCP, Lima, 2001, V. IV, T. II, pp. 505 y ss.; LEÓN, *La responsabilidad civil: lineas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., pp. 63 y ss.; MORALES HERVIAS, Rómulo, «La responsabilidad en la norma jurídica privatística. A propósito de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y de la responsabilidad civil aquiliana o extracontractual», en www.aedp.com.pe/; HARO SEIJAS, Juan, «De tin marín de do pingüe... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú», en *Thémis*, Nº 44, Lima, 2002, p. 97).

Respecto a los deberes de seguridad o previsión empresariales, es necesario determinar si son realmente obligaciones en sentido estricto, toda vez que se requiere un remedio eficaz para la protección del derecho de la personalidad vulnerado por los actos de *mobbing*. Al respecto, Nicolo nos enseña que la estructura de la obligación implica: a) un deber específico, impuesto a sujetos determinables y no a la colectividad; b) un deber con contenido positivo que implica que sea un comportamiento determinado, y c) un medio de realización del interés, instrumento necesario para la satisfacción a través de un comportamiento ajeno[95].

El deber de previsión entonces resulta ser a) un deber impuesto a sujetos determinados (los trabajadores en el centro de trabajo), b) no es un deber de contenido específico, toda vez que implica un serie indefinida de conductas que realizará el empleador para llevar a cabo el cumplimiento, c) no opera como medio de realización del interés, ya que al ser derechos de la personalidad (o fundamentales si se quiere) no se satisfacen a través de un comportamiento realizado por otro –basta el comportamiento del propio titular–, siendo un medio de protección al goce pacífico de un derecho[96]. Por lo tanto, siendo que es deber jurídico general preservar la seguridad y dignidad del trabajador estamos pues ante una manifestación del *alterum non laedere*; por lo que es, en estricto y en nuestro país, un supuesto de responsabilidad extracontractual.

Sin duda existen otros supuestos que hacen particular nuestras situación: a) si tomamos en cuenta nuestra cláusula normativa general del artículo 1969º de nuestro Código Civil, que establece –para bien o para mal– una presunción de la culpa y del dolo; el principal problema que se encontró la doctrina española y doctrina italiana era, precisamente, el tema probatorio, referente al evento lesivo y a los criterios de imputación. Ello motivo la necesidad de «contractualizar» la responsabilidad del empleador[97]; problema que no recoge nuestro legislador. Asimismo, y sin perjuicio de poder invocarse perfectamente como falta grave cuando sea un trabajador el sujeto activo del acoso, puede otorgarse una solución uniforme para los diversos supuestos de *mobbing*. b) Otra razón, que por cierto, causa extrañeza que no haya sido mencionada pero que no deja de ser determinante, es que en materia de responsabilidad contractual el resarci-

---

(95) NICOLÓ, Rosario, «Las situaciones jurídicas subjetivas», en *Advocatus*, Nº 12, Lima, 2005, p. 113.

(96) Ibídem, p. 110; CORSARO, «*Neminem Laedere* y derecho a la integridad», cit., p. 151.

(97) GORELLI HERNÁNDEZ y GÓMEZ ÁLVAREZ, «Configuración jurídica del *mobbing*», cit.; VISCOMI, «Il *mobbing*: alcune questioni su fattispecie ed effetti», cit., pp. 57 y ss.; BENATTI, «Osservazioni in tema di doveri di protezioni», cit., p. 17 y ss.

miento por daño emergente y lucro cesante se le limita de acuerdo con el 1321º del Código Civil de 1984, «en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal ejecución». Evidentemente la norma es totalmente razonable[98], sin embargo el *mobbing*, como fenómeno social de creciente relevancia, genera asunción de costos por consecuencias indirectas, siendo el remedio idóneo para la tutela de los derechos de la personalidad, la responsabilidad aquiliana o extracontractual.

#### 5.2.2.2. Hacia una exacta comprensión del daño moral y su utilidad en nuestro sistema

La utilidad de contar un mecanismo que permita hacer frente a una plaga social como el *mobbing*, no puede dejar de lado el problema de los daños generados por este. Y si el daño es entendido como la lesión de un interés protegido[99], podemos señalar, *prima facie*, que si bien mediante el amparo no se puede perseguir una pretensión resarcitoria, frente a los actos de hostilidad se puede pretender una indemnización, la cual, de acuerdo con el artículo 35º de la LPCL, es la indemnización por despido arbitrario a la que se refiere el artículo 38º de la LPCL, vale decir, la indemnización por despido arbitrario. Esta indemnización, tiene un límite de 12 remuneraciones, denominada comúnmente como «indemnización tarifada». En ese sentido, el numeral 7 del artículo 166º del Proyecto de Ley General del Trabajo incluye como acto de hostilidad el *acoso moral*, aplicándosele las reglas de la indemnización por despido arbitrario. Asimismo, en los supuestos de *mobbing* horizontal (por que solo «regularía» este supuesto y el *mobbing* vertical descendente), exige además una denuncia previa al empleador. Del mismo modo, se tiene que acreditar la finalidad de expulsar al trabajador del centro de trabajo, lo cual dificulta el tema probatorio.

Este proyecto, en primer lugar, lejos de contribuir a solucionar el problema, lo agrava aún más. Comencemos por el craso e imperdonable error que supone considerar, inexplicablemente que las consecuencias del ejercicio de poder de dirección del empleador en el supuesto de despido injustificado (que es el nuevo *nomen* que recibe la figura), son similares a un supuesto de violación

---

(98) Inclusive tiene una justificación económica, ya que evitaría fenómenos de *overcompensation* (HARO SEIJAS, «De tin marín de do pingüe... un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú», cit., pp. 92-95).

(99) ALPA, *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*, cit., p. 773; SALVI, «El daño», en *Estudios sobre la responsabilidad civil*, ARA, Lima, 2001, pp. 285 y 286.

de los derechos de la personalidad. Esto nos lleva brevemente a plantear una distinción que nuestro legislador imprudentemente no realizó, y que para algunos puede ser un tema «de etiquetas» y no de contenido; sin embargo, errores como este no hacen sino poner sobre el tapete el desconocimiento de la distinción entre indemnización y resarcimiento, distinción que como ha sido señalado, es clara en los ordenamientos alemán (*Schadensersatz* y *Entschädigung*) e italiano (*Indennita* y *risarcimiento*), pero no recogido de manera sistemática por nuestro legislador. Hablamos de *resarcimiento* cuando hay un supuesto de responsabilidad por daños, mientras la indemnización abarca diversos supuestos de desplazamiento patrimonial[100]. Para que el magistrado otorgue un resarcimiento deberá realizar el juicio de responsabilidad, a fin de determinar los presupuestos de la misma (daño, relación de causalidad, criterios de imputación); ello, sin embargo, no se requiere para el pago de una indemnización, la cual abarca, por ejemplo, los supuestos de compensación por despido, o por enriquecimiento injustificado (artículo 1954º del Código civil). Dicho esto, ¿cómo puede equipararse un supuesto de despido por ejercicio abusivo del poder de dirección del empleador (indemnización), a cuando este es torturado psicológicamente, a través de una serie de conductas que lesionan su dignidad y violan sus derechos fundamentales (resarcimiento)?

Respecto a los daños por *mobbing* estos pueden ser materiales, dentro de los cuales encontramos tanto el daño emergente o la pérdida directa sufrida a consecuencia del daño, como el lucro cesante, que supone aquello que se dejó de ganar a causa del evento lesivo[101]. Sin embargo, cabe señalar que en doctrina se ha realizado un clasificación que incardina un nuevo tipo: el «daño a la persona», y su principal subespecie, el «daño al proyecto de vida», aplicados constantemente por la magistratura civil y laboral. Ello se debe a la inclusión del maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego del daño a la persona en el artículo 1985º del Código Civil de 1984, usando la filosofía existencialista para demostrar la libertad del ser humano. El profesor sanmarquino señala la necesidad de retomar una visión «humanista» y «tridimensionalista» del Derecho y proteger los bienes de la persona. De esta manera, señala que el daño a la persona comprende todos los daños inferidos al ser humano en tanto entidad psicosomática, incluido el mal llamado daño moral, siendo este un mero daño emocional o sentimental de orden psíquico[102]. De este modo, los daños serían

---

(100) LEÓN, *La responsabilidad civil: Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit. p. 241.

(101) DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 35-37.

(102) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño a la persona en el Código Civil de 1984», en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, p.219; FERNÁNDEZ SESSAREGO,

clasificados en patrimoniales y extrapatrimoniales de acuerdo con sus consecuencias; y de acuerdo con su naturaleza, en daño objetivo o al los bienes, y daño subjetivo, donde se encontraría el daño a la persona. Este daño a la persona contiene el daño psicosomático y el daño a la libertad o daño al proyecto de vida, daño cierto y continuado, que afecta al sujeto en su proyecto de vida y su libertad, llevándola a un profundo estado depresivo que en el peor de los casos puede terminar en suicidio[103].

Al parecer, el ilustre jurista no ha tomado en consideración que nuestro ordenamiento no ha recogido el sistema alemán, de «daño patrimonial» (*Vermögensschaden*) y «daño no patrimonial» (*Nicht Vermörgensschaden*); ni tampoco recogió el modelo italiano, en el cual podemos distinguir el «daño existencial» (*danno esistenziale*), el «daño biológico» (*danno biologico*), el «daño moral» (*danno morale*), y el «daño patrimonial» (*danno non patrimoniale*), por citar solo ejemplos. Nuestro ordenamiento recoge, de manera imperfecta, el sistema francés que distingue entre «daño material» (*Dommage matériel*) y «daño moral» (*Dommage moral*). En ese sentido, «el daño material» es aquel susceptible de una exacta evaluación en dinero y es inferido a bienes patrimoniales del sujeto; mientras que el «daño moral», es aquel que no es susceptible de una evaluación exacta en dinero, y consiste en una lesión o un detrimento a bienes no patrimoniales del sujeto (aunque puede tener consecuencias patrimoniales). Su distinción del daño material radica, en la división de derechos entre patrimoniales y extrapatrimoniales. Estos últimos son inherentes a la persona, también denominados derechos (o bienes) de la personalidad; al afectar bienes no patrimoniales del sujeto, se incluyen los intereses morales, las afliccio-

---

Carlos, «Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño moral' y daño al proyecto de vida'», en *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, Nº 50, Trujillo, 2003, p. 15. Reproduce «al pie de la letra» lo señalado por el profesor Sessarego: DÍAZ CÁCEDA, Joel, *Los conceptos de «daño a la persona» y «daño al proyecto de vida» en las reparaciones por violaciones a los derechos humanos en el Perú*, Tesis para optar por el título de abogado, PUCP, Lima, 2004, p. 10 y ss. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, ***El daño a la persona y el daño al proyecto de vida: una aproximación a la doctrina y su aplicación en el ámbito nacional e internacional*, Jurista Editores, Lima, 2006.**

(103) FERNÁNDEZ SESSAREGO, «Apuntes sobre el daño a la persona», en *Ius et Veritas*, Año XIII, Nº 25, Lima, 2002, p. 38; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Deslinde conceptual entre 'daño a la persona', 'daño moral' y daño al proyecto de vida'», cit., pp. 27 y ss.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Derecho PUC*, Nº 56, Lima, 2003, pp. 670 y ss.; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El proyecto de vida ¿Merece protección jurídica?», en *Revista Jurídica del Perú*, Nº 84, 2008; DÍAZ CACEDA, *Los conceptos de «daño a la persona» y «daño al proyecto de vida» en las reparaciones por violaciones a los Derechos humanos en el Perú*, cit., p. 12.

nes, sufrimientos o padecimientos[104]. A modo de síntesis, podemos hablar de daño moral como un padecimiento anímico, (la afectación a un interés moral, u otro bien no patrimonial; aquello que la doctrina italiana denomina como *danno morale soggetivo*), y también podemos señalar –acaso su concepción más importante– al daño moral como la violación de la dignidad humana y de los derechos de la personalidad, como integridad física, psíquica, el honor y la buen reputación, la vida, la libertad individual, entre otros. De ello se puede inferir, en ese sentido, que el concepto de «daño a la persona» resulta contenido en el «daño moral», por lo que este se hace innecesario[105]. Del mismo modo, aquella copia del «daño existencial» que en versión peruana y teñida de tintes filosóficos responde al nombre de «daño al proyecto de vida», que no guarda relación con la pérdida de la *chance* o de la posibilidad de obtener una utilidad futura.

Para concluir este acápite cabe señalar dos problemas –a propósito del riesgo que generaría una «inflación de daños» y de resarcimientos–, el fenómeno de la *Undercompensation*, entendida como una reducción del resarcimiento, mediante el empleo de ciertos correctivos, fenómeno que resume nuestra década pasada[106]. Asimismo, se torna en una *overcompensation*, cuando se con-

---

(104) Estas dos concepciones del daño moral, sobre todo la de lesión a un derecho inherente son recogidas por LALOU, Henri, *La responsabilité civile. Principes Élementaries et Applications Practiques*, Libraire Dalloz, Paris, 1928, pp. 45-46; PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, Cultural, La Habana, 1940, T. 6, pp. 757 y ss.; JOSSERAND, Louis, *Derecho civil*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1950, pp. 330-332; SAVATIER, René, *Traité de la responsabilité civile en Droit Francais: Civil, Administratif, Professionel, Procédural*, 2ª ed., Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1951, T. II, pp. 92 y ss.; CARBONNIER, Jean, *Derecho civil. Estudio introductorio*, Bosch, Barcelona, 1971, T. 2, V. 3, pp. 65 y 66; MAZEAUD, Henri y León y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad contractual y delictual*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, T. I, V. I, 1977, pp. 424-427; GABBA, Carlo Francesco, «Risarcibilita dei danni morali», en *Questioni di diritto civile, Diritto ereditario e diritto delle obbligazioni*, Fratelli Bocca Editori, Turín, 1898, V. II, pp. 225-226; DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 94-97, 112 y ss.; COSTA DE FIGUEIREDO AMORMINO, Tatiana, «Juzgados especiales y la consagración de la reparación por los daños morales en el Brasil», en *Pioner de Derecho público y privado*, Nº 8, Lima, 2007, pp. 272-275.

(105) Las críticas mas certeras contra la tesis del jurista sanmarquino las encontramos en la autoridad de Fernando De Trazegnies Granda (DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, cit., pp. 110 y ss). Recalcando el carácter innecesario del instituto jurídico, así como desvirtuando todo sesgo de «humanismo» en los planteamientos de Sessarego, la otra crítica certera la propone Leysser León, quien con lucidez y recurriendo a la comparación jurídica señaló tal como lo hace en su obra *La codificación civil*, los problemas que trae consigo importar problemas sin realizar en menor análisis de su viabilidad y pertinencia en nuestro medio (LEÓN, *La responsabilidad civil: lineas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., 223 y ss).

(106) PONZANELLI, «Las funciones de la responsabilidad civil en la experiencia norteamericana», en FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (coord.), *Responsabilidad civil: materiales de enseñanza*, PUCP, Lima, 2005, p. 3.

cede al damnificado una suma que excede el daño sufrido, siendo una nueva plaga que ataca el propio sistema de responsabilidad civil, sobre todo si un egregio estudioso de la comparación jurídica afirma que la *overcompensation* ocasiona consecuencias más nefastas. La advertencia ha sido hecha[107].

Finalmente, reafirmamos la utilidad del daño moral para ser incorporado en una tutela represiva dirigida a la protección de los derechos de la personalidad, vulnerados por el *mobbing*. Frente a ello debemos reconocer que queda descartada una función resarcitoria en tanto que es muy difícil restablecer la situación previa a la verificación del daño. Puede decirse que la satisfacción de la pretensión por daño moral seria la de mitigar el daño, cumpliendo una función aflictivo-consolatoria[108]. Por otro lado, también se ha señalado que puede cumplir una función punitiva, al ser el daño moral, una especie de *pena privada*[109]. Sin desmerecer el primer planeamiento, sería muy útil frente a supuestos en los cuales existe violación de derechos constitucionales, que los mecanismos de tutela resarcitoria que permitan, mediante el monto de una *pena privada*, cumplir una *función punitiva* y desincentivadora de conductas lesivas de derechos constitucionales y, además, permitir a través de otros mecanismos, protección y una nueva función, de reforzamiento de los derechos constitucionales. Al respecto, y con relación a los daños morales, dada su dificultad de su cuantificación, una sentencia italiana propone que sean considerados como *daños in re ipsa*, vale decir, que no necesiten prueba. Esta sentencia, sin duda, es un valioso aporte que es digno de ser imitado. Entonces, el daño moral sería un daño evento (no requiere de una consecuencia lesiva, basta el acto para que se configure), y sería un *daño in re ipsa*, el trabajador o la víctima por fin tendrían un remedio eficaz, a través de un proceso en el cual solo tenga que probar con indicios los hechos. Una vez conseguido el objetivo, se presume el daño y se exime de la gravosa, y a todas luces inconcebible, necesidad de acreditarlo fehacientemente, en función a la carga de la prueba, como –de manera irreflexiva e imperdonable– sin parangón se ha señalado.

## 6. CONCLUSIONES

El *mobbing* es un fenómeno que irrumpe en las relaciones laborales. Quizá sea ocioso exhortar a su regulación, pero lo que si pedimos es que se tome

---

(107) Ibídem, pp. 3 y 4.

(108) Ibídem, pp. 270 y 271.

(109) LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., pp. 308 y ss.

en cuenta la naturaleza del interés vulnerado, afín de establecer remedios adecuados.

El *mobbing* afecta la dignidad de quien lo padece y constituye, sin ninguna duda, un supuesto de violación de los derechos de la personalidad, más que un reto solo de la psicología y del Derecho laboral, ya que al recibir protección constitucional los derechos de la personalidad y al sufrir vulneraciones, se exige una reacción ordenada de las distintas áreas del ordenamiento. Ello supone romper con viejos mitos y reformular diversas instituciones: la relación laboral, el proceso civil y laboral, la responsabilidad civil, a fin de diseñar remedios de tutela adecuados y que respondan a las necesidades de la comunidad.

Es necesario prescindir de un «provincialismo jurídico», utilizar la comparación jurídica para conocer y mejorar el derecho nacional. Asimismo, leer cada autor foráneo siempre, teniendo a la vista la Constitución y las normas del ordenamiento interno. Del mismo modo, estudiar adecuadamente cualquier institución; no es malo importar o copiar normas, sentencias, doctrinas o métodos, lo malo está en hacerlo irreflexivamente sin tomar en cuenta las consecuencias, no solo jurídicas, que la adopción de una *rule* podría acarrear. Debe hacerse una evaluación de compatibilidad, si creemos en la posibilidad de mejorar nuestro sistema jurídico lleno de inconsistencias, transplantemos soluciones y no transplantemos más problemas.

La presencia de un fenómeno que puede ser enfocado, dependiendo de la perspectiva que se le dé, como riesgo laboral, como incumplimiento grave del contrato de trabajo, como acto de hostilidad, o como violación de derechos de la personalidad, nos ha mostrado a lo largo del trabajo, lo mucho que queda por hacer para que las instituciones se adecuen a la protección de los individuos. En tal sentido, nuestras propuestas son: a) implementar mecanismos adecuados que permitan una tutela institucional, para lo cual el rol del Derecho del trabajo es determinante, garantizando al afectado, si es trabajador, la protección adecuada de sus derechos vulnerados; b) una interacción y correspondencia entre las tutelas inhibitoria y resarcitoria, para la protección de los derechos de la personalidad, permitiendo al afectado una acumulación de pretensiones –inhibitoria y resarcitoria–, subordinada, c) la utilidad de un proceso preventivo y la necesidad de un sistema de responsabilidad civil que permita el refuerzo de los derechos constitucionales, para lo cual también señalamos la utilidad del daño moral, cumpliendo una función de *pena privada* y siendo concebida como un *daño in re ipsa*[110], es decir, que no requiere prueba. Del

[110] La ejemplar sentencia del Tribunale di Venecia, data del 16 de febrero de 2006, de la cual se extrae como máxima que la lesión a la integridad moral que forma parte del patrimonio del sujeto es un daño

mismo modo, ello se condice con la flexibilidad de una etapa probatoria en un auténtico proceso preventivo y que brinde una tutela jurisdiccional efectiva. Ojala nuestros magistrados internalicen lo positivo de sentencias foráneas como la citada, cuyo camino trazado, es digno de seguir.

El proyecto de La Ley General del Trabajo, crea en los hechos un «derecho simbólico a no ser acosado». Nuevamente representa una oportunidad desperdiciada y tiene diversas deficiencias que subyacen, entre otros factores, en confusiones entre indemnización y resarcimiento, el régimen de la carga de la prueba, como su subsunción en un acto de hostilidad, cuando se trata de supuestos distintos. Es necesario replantear esta «regulación» del *mobbing*, de lo contrario tendremos contradicciones: dentro del mismo sistema, por la deficiente tutela de los derechos de la personalidad o fundamentales (si Nipperdey, el ilustre defensor de la *Unmittelbare Drittwirkung*, viviese, y contemplase esto «¡se volvería a morir!»), y contradicciones con la comunidad al tener derechos tan exigibles como una deuda prescrita. Ello nos lleva a reconocer, como lo hace un siempre ingenioso observador, –y con lo cual finalizamos este trabajo– que «siempre se ha discutido sobre lo justo y lo injusto, pero lo que no cabe duda, es que un derecho incoherente, es un derecho injusto»[111].

*in re ipsa*, sin perjuicio de la apreciación en concreto de perjuicio sufrido (LEÓN, *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, cit., pp. 832 y 833).

[111] BULLARD, Alfredo, «Un mundo sin propiedad», en *Derecho PUCP*, Nº 45, Lima, 2003, p. 157.

# LAS *STOCK OPTIONS* COMO INCENTIVO LABORAL PARA LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Sandra Violeta Echaiz Moreno(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

Atrás quedó aquel tiempo en el que el trabajador era un tercero ajeno a cualquier tipo de participación en la empresa. En las siguientes líneas abordaremos un tema contemporáneo de gran trascendencia que incide específicamente en torno al trabajador en el contexto empresarial. Nos referimos a las *stock options* o las opciones de compra por parte de los trabajadores, de acciones de la empresa en la cual laboran.

Estamos abordando un tema del Derecho laboral empresarial que supera los conceptos jurídicos tradicionales y que, más aún, se nutre de una complementaria visión económica. No obstante, a pesar de ser un tópico novedoso, cada vez más utilizado en la realidad empresarial, el Derecho le ha prestado mínima atención, especialmente en el Perú.

En el presente ensayo abordaremos el tema de las *stock options* desde la perspectiva de la participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa, para luego analizar su naturaleza jurídica tan discutida, una serie de temas vinculados y controvertidos (como la necesidad de su regulación normativa) y, finalmente, propondremos un anteproyecto legislativo sobre la materia.

---

(*) Alumna del Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## 2. FUNDAMENTOS DE LAS *STOCK OPTIONS*

### 2.1. La opción

La opción es, según el Diccionario de la Real Academia Española, la libertad o facultad de elegir. Podemos verlo desde diferentes puntos de vista, pero es implícita la característica de libre voluntad para decidir entre optar o no por aquello en que verse determinada situación. Así, según el citado diccionario, jurídicamente la opción es el «derecho a elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal o en negocio jurídico» y, económicamente, es el «derecho a comprar y vender algo en plazo y precio previamente acordados»[1]. En las siguientes líneas abordaremos la opción desde tres vertientes jurídicas.

#### 2.1.1. Enfoque civil

De acuerdo con el artículo 1419º de nuestro Código Civil, el contrato de opción es aquel en el cual «una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no». Podemos inferir entonces que se trata relativamente de un contrato preparatorio pues en este las partes se obligan en el futuro a celebrar un contrato definitivo; y en el contrato de opción, si bien una parte se vincula, la otra tiene la libre autonomía de decidir si contrata o no en el futuro debido a circunstancias que solo competen a ella, pero si opta por contratar, debe seguir los términos estipulados en el contrato.

Como estipula nuestra legislación civil, un contrato de opción debe indicar un plazo determinado o determinable para ejecutarlo, y si no lo menciona se considera que es un año, pudiendo ser renovado un año más sucesivamente.

Apreciamos entonces que nuestro Código Civil realiza una regulación genérica de lo que sería un contrato de opción, pero lo podemos aplicar supletoriamente a diferentes materias, si es que no hay alguna regulación especial, entre ellas las opciones de compra de acciones de los trabajadores en las empresas o *stock options*, como explicaremos posteriormente.

#### 2.1.2. Enfoque comercial

Nuestra Ley General de Sociedades en su artículo 103º también hace referencia al tema al estipular que «cuando lo establezca la escritura pública de

(1) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, voz «opción», en *Diccionario de la Real Academia Española*, 23ª ed., en www.rae.es.

constitución o lo acuerde la junta general [...] la sociedad puede otorgar a terceros o a ciertos accionistas la opción de suscribir acciones en determinados plazos, términos y condiciones. El plazo de la opción no excede de dos años».

Podemos considerar que cuando se refiere a «terceros» podría incluir a algunos de los grupos de interés de la empresa como son los consumidores, los trabajadores u otros. No es explícito, pero ya se acerca más al tema. Además, cuando menciona «ciertos accionistas» alude a solo algunos accionistas y no a todos, pues entonces se trataría del derecho de suscripción preferente. Así, la mencionada norma societaria se pronuncia respecto a la opción para suscribir acciones, pero desde el punto de vista meramente mercantil.

#### 2.1.3. Enfoque laboral

Bajo la óptica del Derecho laboral, la opción es aquella posibilidad que se otorga a los trabajadores de la empresa para poder adquirir acciones de esta. En este orden de ideas, los trabajadores cuentan con la alternativa de convertirse en propietarios de la empresa, aunque minoritarios.

Así, al poseer acciones, si es que ejercitaron su opción de compra, los otrora simplemente de trabajadores se convierten ahora también en accionistas y, como tales, poseerían los mismos derechos que los originales accionistas, tales como participar en el reparto de utilidades, votar en las juntas de socios, participar en la adopción de acuerdos y, finalmente, ser titulares de un paquete accionario, todo lo cual los integran más a la empresa, haciendo que los trabajadores se identifiquen con ella, laboren con mayor ahínco, se comprometan con la organización corporativa y los resultados de la misma, busquen la prosperidad económica de la empresa en procura de beneficios para ellos mismos, ya que no solo son trabajadores sino además accionistas de la empresa.

### 2.2. La cogestión empresarial

Los trabajadores constituyen uno de los núcleos fundamentales dentro de la empresa. Así, aparte de significar la fuerza motriz para la labor principal a desarrollar, son los encargados de elaborar los productos o todo aquello que posteriormente sea entregado u ofrecido a la colectividad. Por lo tanto, podemos ver que su papel es fundamental y clave en una empresa.

A raíz de ello y con la finalidad inicial de incentivar a los trabajadores a mantener su estancia en la empresa –siendo necesaria su presencia en ella– es que se ha optado por regular legislativamente su participación en la empresa,

en una suerte de cogestión empresarial por empresarios y trabajadores. Es decir, ya no verlos solamente como terceros sujetos a una relación de subordinación, sino que ahora se pensó en darles un rol más activo dentro de las empresas. Importante señalar la formulación de Ricardo La Hoz Tirado, quien menciona que «es necesario reconocer en forma definitiva que el trabajador no es solo vendedor de su fuerza laboral, sino que es responsable en su puesto de trabajo junto al empleador del curso normal de la producción»[2].

Entonces, lo que podemos observar es que se pretende una participación conjunta en la empresa por parte de los titulares de ella y de los trabajadores, a lo que Echaiz Moreno ha denominado «cogestión, llamada también cogobierno». Señala este autor que su origen radica casi exclusivamente en los resultados conseguidos por las luchas de los sindicatos, quienes para defender sus derechos lo hacen a través de la cogestión[3], que se materializa a través de tres formas progresivas: participación en las utilidades, participación en la gestión y participación en la propiedad. Es menester resaltar que el tema de nuestro ensayo precisamente se centra en este último, específicamente en torno a las opciones de compra de acciones, por parte de los trabajadores, de la empresa en la cual laboran.

Nuestra vigente Constitución Política estipula en su artículo 29º que «el Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación». Consideramos que la regulación de nuestra Carta Magna es demasiado escueta, en contraste con el artículo 56º de la anterior Carta Política de 1979[4], donde se ofrecía una regulación más amplia de los derechos de los trabajadores en la empresa, siendo aquello muy importante pues las necesidades de los trabajadores merituaban mayor preocupación en la empresa. Por ello se adoptan una serie de medidas para tratar de mejorar el factor humano en la empresa. No apoyamos, por lo tanto, la modificatoria (con recorte extremo) efectuada por el legislador constituyente, pues mientras más detallada sea la ley, mejor se protegerán los derechos de los trabajadores.

---

(2) LA HOZ TIRADO, Ricardo, «La constitución y participación de los trabajadores en la empresa», en *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, Nº 7, Lima, 1984, p. 2.

(3) Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel, «La cogestión empresarial», en *La empresa en el Derecho Moderno*, Gráfica Horizonte, Lima, 2002, p. 49.

(4) **Constitución Política de 1979**

«Artículo 56º.- El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en la gestión y utilidad de la empresa de acuerdo a la modalidad de esta. La participación de los trabajadores se extiende a la propiedad en las empresa cuya naturaleza jurídica no lo impide».

Sin embargo, el Decreto Legislativo Nº 677, que regula la participación en la utilidad, gestión y propiedad de los trabajadores de la empresa que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría y que están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, de fecha 2 de octubre de 1991, sí reguló de manera global las aludidas tres formas de participación de los trabajadores en la empresa, incluyéndose innovaciones como la constitución de comités destinados a mejorar la producción y productividad de la misma.

Existe un debate sobre si es adecuado o no tratar legislativamente de modo integral las formas de participación de los trabajadores en las empresas. Aquí surge dos posturas: por un lado, aquella según la cual al normarse de manera global se les estaría limitando y cerrando a nuevas formas de participación (como anotó la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Nº 3071, cuando Ricardo Marcenado Frers señaló que «la participación de los trabajadores en la empresa ofrece los peores resultados cuando es impuesta, debiendo surgir ella de la voluntad de los actores sociales, como un mecanismo que estimule y una a trabajadores y empresa en torno a objetivos comunes»[5]) y, por otro lado, aquella de acuerdo a la cual es mejor regular todo por cuestiones de seguridad jurídica.

Colegimos entonces que nuestra actual Constitución Política adoptó la primera postura, y el Decreto Legislativo Nº 677 la segunda, por lo que esta última no sería congruente con el texto constitucional. En tal sentido, y atendiendo a que los trabajadores reclaman el reconocimiento de todos los derechos anteriormente aludidos (participación en las utilidades, en la gestión y en la propiedad), considero que nuestra Carta Política debería regularlos de manera integral, para alcanzar la auténtica cogestión empresarial.

Ahora, analizaremos las tres modalidades de cogestión empresarial:

- *Participación en las utilidades*: está regulada por nuestra Constitución Política y por el Decreto Legislativo Nº 892, de manera amplia. Compartiendo la opinión de Echaiz Moreno, consideramos esta forma de participación como «la forma más tenue de cogestión, puesto que los trabajadores no están ejerciendo ninguna capacidad de dirección y menos de decisión, sino que se limitan a recibir determinados porcentajes de utilidades»[6]. Así, cuando finaliza el año y se hace el reparto de utilidades, se les da un porcentaje a los trabajadores, lo cual se especifica en este dispositivo jurídico.

---

(5) Exposición de motivos del proyecto de ley Nº 3171 del 25 de septiembre de 1997 (www2.congreso.gob.pe/ ccd/proyectos/ pr9710/00307195.html).

(6) ECHAIZ MORENO, «La cogestión empresarial», cit, p. 50.

Señalan Guillermo Boza y Cecilia Guzmán que el «derecho de los trabajadores a la participación en las utilidades es diferente al derecho societario a los beneficios de la empresa en función de las acciones o participaciones que se tengan en la misma»[7]. Distingamos los enfoques laboral y societario que concitan la materia sub examine, reconociendo que este último sirve como soporte conceptual del primero.

- *Participación en la gestión*: supone que el trabajador cuenta con un rol más activo pues sus opiniones y decisiones son tomadas en cuenta por quienes dirigen la empresa. Como bien señala Juan José Martínez Ortiz, «la participación de los trabajadores en las decisiones de la empresa implica el derecho de intervenir e influir en el ámbito de poder del titular de la empresa»[8].

  Es importante el rol que desempeñan los trabajadores pues no solo toman decisiones que los beneficien a ellos, sino que afecten el destino de la empresa. En nuestra legislación, en el Decreto Legislativo Nº 677 se propone la formación de comités de trabajadores para que participen en la gestión de empresas, mejorando la producción y la productividad de estas.

- *Participación en la propiedad*: constituye la mayor forma de cogestión pues ahora el trabajador también se ha convertido en titular de la empresa. En efecto, al poseer –por ejemplo– cierta cantidad de acciones dentro de la empresa, se ha convertido en accionista, y como tal no solo va a participar en el reparto de utilidades, sino que además participará en la adopción de decisiones, actuando de la mejor manera para que la empresa rinda frutos y así esta sea productiva. Es en este tercer aspecto en el cual ahondaremos en las siguientes líneas, al analizar las opciones de compra de acciones por parte de los trabajadores.

Cabe mencionar que, en los artículos 9º, 10º y 11º del Decreto Legislativo Nº 677, se señalan todas aquellas personas naturales y jurídicas que se encuentran excluidas de gozar del derecho a la participación en las utilidades, en la gestión conjunta y en la titularidad de la empresa. Es importante tomar en consideración lo anotado pues si bien son derechos ofrecidos a la generalidad, luego veremos que solo unos pocos lo ejercen ya sea por cuestiones de índole económico o porque ciertos segmentos tienen más preferencia que otros, por citar algunas razones.

---

(7) BOZA PRÓ, Guillermo y GUZMÁN-BARRÓN LEIDINGER, Cecilia, «El pago a cuenta a los trabajadores de la participación en las utilidades de la empresa», en *Ius et Veritas*, Nº 16, Lima, 1998, p. 115.

(8) MARTÍNEZ ORTIZ, Juan José, «Círculos de calidad ¿participación de los trabajadores en la empresa? A propósito de los Comités de Producción y Productividad», en *Thémis*, Nº 34, Lima, 1996, p. 129.

## 3. MARCO CONCEPTUAL DE LAS *STOCK OPTIONS*

### 3.1. Definición

Tratar de definir a las *stock options* puede parecer aparentemente un poco sencillo si hacemos un contraste de lo que opinan diferentes juristas en nuestra doctrina, pero legislativamente no hay una definición precisa; por lo que haremos un cotejo doctrinal para poder formular una definición adecuada.

Al hablar de *stock options* u opción de compra de acciones, se suele referir a que lo puedan practicar diferentes entes dentro de la empresa. Así, a decir de Miguel Córdoba Bueno, es el «contrato que da derecho al comprador de la opción a comprar o a vender una determinada cantidad de acciones a un determinado precio en una fecha determinada; y durante un periodo asimismo determinado»[9].

Siguiendo la misma línea, Karina Montestruque opina que las opciones sobre acciones es un «contrato formalizado entre dos partes, por el que se otorga a una de ellas, a cambio de la entrega a la otra de una contraprestación económica denominada prima, el derecho a comprar o vender una acción en un determinado momento o periodo de tiempo al precio fijado previamente entre ellas, el cual recibe la denominación de precio de ejercicio»[10]. Nos quedamos con esta definición pues explica mejor y con más detalle el mecanismo sobre cómo se deben ejecutar las *stock options* dentro de las empresas.

Entonces, consideramos que las *stock options* pueden ser ejercidas por directivos de las empresas, trabajadores, entre otros. Sin embargo, el tema de nuestro ensayo es centrarnos en las opciones ejercidas específicamente por los trabajadores, por lo que desde este punto de vista podríamos señalar que las *stock options* forman parte de un plan mediante el cual «el empleador otorga al trabajador, en razón del vínculo laboral [...] un derecho de opción. Este derecho otorga al trabajador la posibilidad de convertirse –si así lo decide– en accionista de la empresa [...]. Esta opción es a futuro, dentro de un periodo de tiempo, pero al precio del día en que se concede el derecho de compra»[11].

De la misma manera, la Sentencia Nº 3295/2000 del Tribunal Supremo de España, del 24 de octubre del 2001 menciona que las *stock options* es un

---

(9) CÓRDOBA BUENO, Miguel, *Guía de las* stock options, Deusto, Barcelona, 2001, p. 28.

(10) MONTESTRUQUE ROSAS, Karina, «Tratamiento tributario de las *stock options*», en *Análisis Tributario*, Nº 236, Lima, 2007, p.30.

(11) LORA ÁLVAREZ, Germán, «Programa de *stock options*: ¿forma de retribuir al trabajador?», en *Ius et Praxis*, Nº 31, Lima, 2000.

«derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere el empresario al empleado para que este, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia empresa o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día que se otorga el derecho»[12]. Téngase en consideración que si bien en España no hay tampoco una regulación específica sobre el tema, el Tribunal Supremo de dicho país ya se ha referido en diversas resoluciones respecto al tema considerando en muchas de ellas que las *stock options* tienen naturaleza salarial.

De todo ello podemos definir a las *stock options* –habiendo encontrado 5 elementos– de la siguiente manera: a) es un plan para adquirir acciones a futuro, b) donde se ven involucradas dos partes que son el titular de la empresa quien ofrece este derecho de opción al trabajador, c) todo estipulado mediante un contrato de opción adecuado específicamente a la materia laboral, d) donde se señala un plazo determinado para ejercer la opción, y e) donde se va señalar el valor de la acción, es decir a cuánto se va comprar cuando se desee ejecutar las *stock options*, que es generalmente el precio al día de hoy cuando ambas partes van a firmar el contrato.

### 3.2. Características

- Se trata de una «opción», por lo tanto es importante la facultad de elegir del trabajador, quien si desea ejecuta el contrato o no. No ata al trabajador, lo cual es muy diferente a las acciones laborales que existieron hace muchos años, las cuales se emitían a favor de los trabajadores siendo propiedad de ellos cuando se emitían a su nombre[13]. Hay, entonces, una clara diferencia entre las *stock options* que son voluntarias y las acciones laborales que si eran obligatorias a quienes se emitían teniendo que ver la manera de comprarlas si eran a título oneroso o recibirlas si era a título gratuito.

  Sin embargo, podemos considerar a acciónes laborales como antecedente más próximo de lo que hoy son las *stock options*. Así, como señala Ruiz Camargo[14], para adquirir aquellas se hacía mediante 3 formas: comprándolas con ahorro personal, descuento de sus salarios o con horas extraordi-

---

(12) Portal Noticias Jurídicas, en http://sentencias.juridicas.com/docs/.

(13) Cfr. RUIZ CAMARGO, Carlos, *La participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas*, Tercer Mundo, Bogotá, 1968, p.22.

(14) Cfr. RUIZ CAMARGO, Carlos, «Accionariado obrero», en *Las acciones laborales*, Fundación Friedrich Ebert, Lima, 1986.

narias de trabajo; comprándolas con su participación en los beneficios; o adquiriéndolas de manera gratuita con su sacrificio económico personal, pactándolo al inicio del contrato de sociedad. Todos estos aspectos de cierta manera se han mantenido algunos hasta el día de hoy.

- Las opciones sobre acciones pueden ser de 2 tipos: opciones de compra (llamadas también «call») donde el trabajador compra acciones para su patrimonio a cambio del pago de una prima, y opciones de venta (llamadas también «put») donde el trabajador adquiere a cambio del pago de una prima, el derecho a poder vender cierta cantidad de acciones, en un plazo determinado y al precio de ejercicio de cuando se pactó[15]. Específicamente para el desarrollo de este ensayo, nos centraremos en la primera modalidad: opciones de compra de acciones de los trabajadores.
- Es importante la suscripción de un contrato de opción donde queden sujetas todas las condiciones de ejecución de las *stock options* tales como el valor de la acción, plazo de ejecución, entres otros.
- El trabajador no paga nada al momento de suscribir el contrato. Se configura es un derecho a futuro de poseer estas acciones, y si decide comprarlas, ese es el momento es que si va desembolsar un monto dinerario. La compra se hará precisamente dependiendo de cuán rentables hayan sido las acciones desde el momento que se suscribió el contrato de opción hasta el momento en que pueda darse la compra.
- La finalidad principal de las *stock options* es básicamente comprometer e involucrar a los trabajadores con la empresa y motivarlos a que se desenvuelvan de una manera eficiente y productiva, si ellos también quieren salir ganando. No explicamos. Si se le otorga a los trabajadores, la opción de adquirir a futuro ciertas acciones, a ellos solo les convendrá comprarlas si poseen el mismo, o mejor aun, mayor valor cuantitativo que el actual. Para que ello suceda, deben hacer todo lo posible para que la empresa sea productiva, no tenga pérdidas, adopte buenas decisiones y se gestione de manera correcta; debido a que serán futuros accionistas y su patrimonio también está en juego. Ya no solo ven el funcionamiento de la empresa como terceros sino ahora proyectándose casi como titulares de ella.
- Si bien las *stock options* son ofrecidas a la generalidad, la realidad nos muestra que en verdad solo son ejercidas por unos pocos, encontrándose principalmente los directivos de las empresas y respecto a los trabajadores solo

(15) MONTESTRUQUE ROSAS, «Tratamiento tributario de las *stock options*», cit. p. 30.

algunos, quizás los que tengan mayor capacidad económica para hacer esta compra de acciones. En cierta manera, si estas opciones de compra son producto de una lucha sindical producto que todos los trabajadores pretendían que se les reconozca este derecho, en la realidad se ven limitados por cuestiones que ya escapan de su esfera personal.

- Debe establecerse un plazo determinado para poder ejercer las *stock options*, así este servirá como un incentivo para que los trabajadores en un cierto tiempo puedan tener cierta titularidad en la empresa, y también los obliga para que en ese tiempo ejerzan un mejor desempeño en empresa. Es importante establecer en el contrato si este plazo para ejercitar la opción va ser condicional o no; si lo está –como señala Germán Lora[16]– podrá decidir si compra solo al final del plan –en este caso el objetivo es fidelizar–; pero si es incondicional puede ejercer su compra en cualquier momento, y aquí podría relacionarse a una finalidad retributiva.
- Otro factor a señalar es cuánto vale la opción sobre cierta acción y cuántas acciones se van a poner a circular para poder ser elegidas a futuro. Calcular el valor de la acción es un tema muy discutido: si aplicamos el valor de mercado hoy u otro. Lo ideal en este caso es aplicar los modelos sofisticados en la que intervienen distintas variables pero que lo hacen más preciso, tal como el modelo Black-Scholes, que lo explicaremos más adelante.

### 3.3. Naturaleza jurídica

Analizar la naturaleza jurídica de las *stock options* es ver básicamente si su existencia está vinculada a ser incentivos laborales o, más bien, tiene un fin remunerativo para los trabajadores. Hay posturas fundamentadas para ambas, las analizaremos y luego optaremos por una de ellas.

El artículo 6º de nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que la remuneración es el «íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición [...]», deduciendo inicialmente que de acuerdo a nuestra legislación la remuneración tiene naturaleza contraprestativa, así se otorga a cambio de los servicios prestados por el trabajador. Apoyan nuestra postura Jorge Toyama y Germán Lora[17].

---

(16) LORA ÁLVAREZ, «Programa de *stock options*: ¿forma de retribuir al trabajador?», cit., p. 74.

(17) Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, *Instituciones de Derecho laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 270; y LORA ÁLVAREZ, «Programa de *stock options*: ¿forma de retribuir al trabajador?», cit., p. 74.

Por otro lado, ¿qué es un incentivo laboral? Podemos considerarlo como un estímulo que se otorga a los trabajadores con la finalidad que ellos eleven la productividad, su rendimiento; pero lo reciben precisamente por cuestiones que hayan ameritado o promocionado a que les sean entregados.

Ahora, ¿se pueden considerar a los incentivos como remuneraciones? A modo de ejemplo, tomamos los incentivos otorgados para la extinción del vínculo laboral. Según Mónica Pizarro Díaz, estos incentivos son otorgados como contraprestación a la renuncia, pero no por puesta de disposición de fuerza de trabajo, por lo que no podría consistir en una remuneración[18]. En general, podemos considerar que una cosa son los incentivos laborales y otra muy diferente la remuneración. ¿Y en cuál encaja las *stock options*? Es algo que trataremos de catalogar en las siguientes líneas.

Tenemos quienes afirman que las *stock options* tiene naturaleza salarial como Antonio Tapia Hermida quien afirma que los ingresos derivados de la opción de compra de acciones nacen en el seno de una relación laboral y la retribuyen sin que puedan ser ejercitados al margen de dicha relación[19].

Ahora, si bien hay países que han reconocido textualmente que las opciones sobre acciones son «no salario», como Estados Unidos, Reino Unido o Francia, tenemos otros como España que sí le reconocen naturaleza salarial, así este país en dos sentencias del Tribunal Supremo le reconoce esta característica, constituyendo una forma de precedente promulgada por su máximo organismo.

Como recoge Mario Barros, «el Tribunal Supremo concluye que la entrega de opciones sobre acciones a empleados ha de calificarse como salario en metálico, con independencia de la caracterización que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico se le conceda»[20]. Por lo tanto, al otorgarse naturaleza salarial a las *stock options*, como opina Eduardo Rodríguez, les restará atractivo pues creará gran inseguridad sobre el riesgo y coste económico que asumen las empresas al otorgar este tipo de incentivos»[21].

---

(18) Cfr. PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú: análisis jurídico-laboral*, Estudio González & Asociados, Lima, 2006, p. 130.

(19) Cfr. TAPIA HERMIDA, Antonio, «De nuevo sobre las *stock options*», en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 83, Madrid, 2001, p. 280.

(20) PORTAL ESTUDIO URÍA ABOGADOS, «Doctrina jurisprudencial sobre la entrega de opciones sobre acciones a empleados: estado de la cuestión», en www.uria.com/docs/050MBarros.pdf.

(21) RODRÍGUEZ ENRÍQUEZ, Eduardo, «Las *stock options*: algunas cuestiones pendientes», en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, Nº 51, Connecticut, 2001, p. 27.

Entonces, es España uno de los pocos países que aunque no se haya pronunciado en su legislación respecto a esta opción de compra de acciones de los trabajadores, si lo ha hecho a través de pronunciamientos de los máximos órganos jurisdiccionales adoptando la postura de asociar la idea de *stock options* como salario para el trabajador.

Sin embargo, tenemos otros que opinan que las *stock options* tiene un carácter no salarial por estos motivos: en primer lugar, no son contraprestación al no nacer de una relación laboral; en segundo lugar, que estas opciones sobre acciones son aleatorias y una remuneración siempre debe ser determinada o determinable; además que los trabajadores pueden renunciar a este plan si así lo deciden.

Siguiendo este orden de ideas, somos de la postura que la naturaleza jurídica de las stock options está vinculada a la figura del incentivo laboral, así este plan surge como un estímulo para el trabajador quien luego de haber sido fiel a la empresa y haberla hecho más productiva puede ejecutar su opción de compra de ciertas acciones dentro de la empresa. Por lo que esa opción no la recibe como pago por sus servicios prestados sino como un estímulo por las razones antes expuestas, por ejemplo, por ser el mejor trabajador del año. Si queremos catalogarlo, podríamos mencionar, como señala Germán Lora, que se tratan de beneficios extralaborales, es decir, aquellos que remotamente tiene como causa la existencia de una relación laboral, pero que en principio surgen por otras causas por ejemplo mercantiles[22].

Además, las *stock options* no son determinadas, sino que su valoración está sujeta a lo que diga el mercado al momento de ejecutar la opción; por lo que de ninguna manera cabe en lo que es la remuneración que debe ser determinada o determinable. El destinatario de la opción sabe desde un inicio que valorar económicamente su opción puede ser un tanto complicado. Así su economía está dispuesta a cambiar, con subidas y caídas; mientras que el trabajador, cuando firma su contrato de trabajo, sabe desde un inicio cuánto será su remuneración con lo cual se protege su derecho a percibir un salario.

Finalmente, es potestad de los trabajadores el poder renunciar a estos planes de *stock options*, lo cual afectaría seriamente si es que se asocia a estas como salario, pues si el trabajador renuncia al plan, ya no recibiría la remuneración que le corresponde. Es importante diferenciar ambos conceptos.

---

(22) LORA ÁLVAREZ, Programa de *stock options*: ¿forma de retribuir al trabajador?, cit., p. 75.

Considero necesaria citar la idea de Miguel Córdoba cuando pretende plantear un modelo básico e ideal de plan de *stock options*. Este podrá ser aquel en donde «no sea sustitutivo de la compensación salarial. El empleado debe tener un salario [...]. El plan pasa a ser un premio en el medio y largo plazo por la obtención de unos resultados adecuados»[23]. Aquí vemos claramente la presencia de estas opciones sobre acciones como incentivo, producto de un adecuado rendimiento del trabajador dentro de la empresa. Consideremos, entonces, que ambas se benefician: la empresa al contar con un trabajador fiel (por un periodo de tiempo) –ya que este hará todo lo posible por hacer más productiva la empresa– y un trabajador, que se desempeñará de la mejor manera posible, sabiendo que transcurrido un tiempo, será propietario de determinado número de acciones de la empresa, lo que traerá consigo una serie de derechos que podrá ejercer.

### 3.4. Sujetos intervinientes

En un plan de *stock options* se configura un vínculo entre el titular de la empresa y el trabajador, producto de la relación laboral, siendo necesario recalcar que no vemos la presencia de más sujetos intervinientes.

En relación a ello se ha cuestionado si las opciones sobre acciones tienen carácter intransferible o no. Nosotros somos de la idea, al igual que Córdoba Bueno, que «los planes de opciones tienen una cláusula de no transferibilidad, debido a que la retribución con *stock options* tiene como objetivo motivar a una persona concreta, por lo que, si las opciones fueran transferibles, perderían el fin que les da sentido»[24].

Además, el empleador otorga esta opción al trabajador y no a terceros por diversas razones, tales como cuestiones de confianza, o debido a que conoce su nivel de rendimiento dentro de la empresa. Siendo situaciones excepcionales los casos de muerte o invalidez, por ejemplo, en los cuales se podría conceder un plazo (tampoco indefinido) para que algún tercero vinculado al trabajador pueda ejecutar las *stock options* y no esperar al vencimiento de las mismas. Pero como recalcamos, solo en casos de excepción. Sin embargo, consideramos necesario, para evitar problemas en un momento imprevisible, señalar qué hacer ante situaciones así, por ejemplo ante muerte, invalidez, despido, puesto que sino hay regulación, lo más probable es que los derechos de los trabajadores se

---

(23) CÓRDOBA BUENO, *Guía de las* stock options, cit., p.105.

(24) Ibídem, p. 63.

pueden ver mermados, entonces es necesario una regulación marco y luego que esto sea establecido en el contrato de opción.

Al confrontar con nuestra realidad, podemos ver que son las empresas trasnacionales quienes más ejercitan estos planes de opciones sobre acciones, pero lo ofrecen de diversa manera pues cada uno tiene la libre potestad de ofrecerlo como deseen; no hay modelo específico que sea seguido por todos. Sin embargo, citaremos a Córdoba Bueno quien ha recogido los 4 sistemas más conocidos para desarrollar el plan[25], en relación a quienes se dirige. Consideramos que estos 4 modelos son mucho más amplios y no discriminatorios, pues aquí ya se conjugan todos los empleados. Estos modelos son los siguientes:

- A todos los empleados, promoviendo una verdadera cultura empresarial en la se asuma que ser accionista de la empresa es consustancial con ser empleado de la misma.
- A todos los empleados que tengan un nivel mínimo. Podríamos pensar que esto generaría una discriminación de clases dentro de la empresa, pero como señala el autor también podría motivar a que los mismos trabajadores se superen siempre que dicho nivel pedido sea alcanzable.
- A los empleados «clave». Aquí se pretende retribuir y conceder esta opción solo a aquellos trabajadores que más conviene a la empresa.
- A los empleados que obtengan una determinada puntuación en la evaluación realizada por sus inmediatos superiores. Es fundamental que esta evaluación sea objetiva.

Ahora, este autor también determina a la otra parte, es decir, a quien otorga estos planes de *stock options*, encontrando dos modalidades:

- Puede hacerlo el director de personal si es que se está contratando al empleado, con previa opinión del director del departamento adonde irá destinado el empleado.
- Puede hacerlo el jefe directo si es que se trata de empleados con más de un año de desempeño profesional dentro de la empresa.

Anteriormente señalamos que había dos formas de *stock options*: la opción de compra («call») o la opción de venta («put»), donde técnicamente en cada una habrían 2 partes: quien emite la opción y quien va ejercer la compra, por lo que a la hora de establecer este plan es necesario definir cuál es tu posición dentro de esta operación financiera laboral.

---

[25] Ibídem, p. 100.

A modo de ejemplo, la empresa canadiense Leeward Capital Corp ofreció en los últimos días un plan de *stock options*; sin embargo, como podemos ver en la distribución de las opciones sobre las acciones, solo el 1.6% corresponde a Lori Hewitt, una de sus trabajadores, siendo las restantes a directivos y consultores de al empresa[26]. Si bien se quiere implantar esta política debe reflejarse en las empresas para que realmente constituyan incentivos laborales.

Si queremos ver cuál es el mercado laboral que más ha implantado estos programas de *stock options*, nos aventuramos a decir que es el mercado norteamericano. Así, como señalaba una analista financiera en la CNN[27], un cuarto de las empresas tradicionales otorgan *stock options* a sus empleados, y las dos terceras partes de las empresas con nuevas tecnologías también lo hacen. Todo lo cual se refleja también en nuestra realidad peruana, pues si queremos ver quien hace esto, son pues las empresas trasnacionales –la gran mayoría norteamericanas– que en este momento operan en nuestro país.

### 3.5. Ventajas

Entre las principales ventajas que encontramos en este mecanismo de opciones sobre acciones, podemos mencionar las siguientes:

- Vincula solo a los trabajadores de la empresa con los que se ha realizado anteriormente un contrato de trabajo. Claro, que generalmente no a todos; pero nunca a terceros ni extraños. Por lo que existe un vínculo más cercano, que va generar cuestiones como la intransferibilidad de este plan y un mayor compromiso por parte de quienes lo pacten. Mejor confiar en los propios trabajadores de la empresa, que aventurarse a pactar con terceros.
- Realmente se hace partícipes a los trabajadores en la empresa. Por ello lo podemos considerar como la máxima forma de cogestión empresarial. Los trabajadores ahora, al convertirse en accionistas de la empresa, son titulares de ella, por lo que defenderán los intereses de esta.
- Tiene una finalidad compensatoria y retributiva a largo plazo, así le otorga a los trabajadores la opción de poder adquirir dichas acciones; pero para ello, debido a que es optativo los trabajadores deben hacer todo lo posible para mantener el nivel de las acciones, haciendo lo posible que suban su valor.

---

(26) Cfr. CNW GROUP, en www.newswire.ca/en/releases/archive/September2008/25/c8594.html.

(27) CNN en Español, Programa *Panorama mundial*, de fecha 21 de septiembre de 2008.

- Une y fideliza al trabajador con la empresa pues para que estos vean concretos sus beneficios, deben estar junto a la empresa. Así, por ejemplo, Brocade Communications Systems -fabricante de plataformas inteligentes para almacenamiento en red con sede en San José, California- otorgó, antes que se hunda debido a malos manejos financieros, de *stock options* a sus trabajadores. De esta manera, los retuvo hasta que al situación mejore y estos manteniéndose en la empresa con el fin de obtener ese incentivo laboral a futuro. Como dijo la empresa, así retuvo a sus mejores empleados, que ante una situación de crisis podían abandonar la empresa[28]. Una ventaja vinculada, y a propósito del ejemplo, sería que retienen a los trabajadores más calificados de la empresa.
- Vinculado a lo anterior, se estaría creando un clima de estabilidad laboral dentro de las empresas. Así, los trabajadores al estar comprometidos con estos contratos de opción, si bien no están obligados a ejecutarlos, están unidos con la empresa por cierto periodo, y así los titulares de esta saben que podrán contar con ellos por cierto tiempo.
- Entonces, la principal ventaja sería la de ser un incentivo laboral para los trabajadores quienes verían concretizado su sueño de no solo dar su fuerza productiva y motriz y actuar como terceros dentro de la empresa, ni tampoco ser aquellos a quienes a veces se les consulte respecto a decisiones de la empresa, sino que ahora serán propietarios de cierto número de acciones dentro de las empresas, lo que les generará derechos dentro de esta y beneficios a nivel personal.

### 3.6. Desventajas

Como todo plan o proyecto, va a presentar ciertas desventajas, las cuales depende de las empresas corregirlas para que las *stock options* se ejerciten de la mejor manera:

- Su carácter aleatorio; por lo tanto los trabajadores nunca estarán seguros si llegarán a concretizar su derecho de opción sobre dichas acciones. Solo lo ejercerán si es que las acciones han aumentado su valor.
- Si bien se presenta a la generalidad de los participantes de la empresa, en la realidad no se otorga a todos los trabajadores, no habiendo igualdad

(28) «Las *stock options* plantean el divorcio entre empleados en inversores», en *Portal Finanzas e Inversión* (http://wharton.universia.net/index.cfm?fa=viewArticle&ID=584).

debido a que no todos poseen la capacidad adquisitiva para poder comprar las acciones, o a que solo se quiere proveer de estas a los trabajadores claves (desde la óptica de los directivos de las empresas).

- Si bien consideramos a las *stock options* como incentivo laboral que va generar retribución al trabajador, no podemos pensar que estas exclusivamente constituyan al 100% el salario del trabajador, porque ¿qué sucedería si estas bajan su valor? El empleado, pues, se va ver perjudicado.
- En relación con la idea anterior, algunas empresas como Amazon, decidió indemnizar con *stock options* a los 1300 empleados que despedirá[29]. ¿Es esto conveniente? Según ellos, es una manera de retribuirles y hacerlos partícipes de los éxitos de su empresa, pero si estas acciones bajan su valor, a los trabajadores ya no les convendrá ejercitar su opción.
- Todo debe hacerse dentro de un marco de transparencia, desde la cotización de las acciones, hasta el otorgamiento de estas, de lo contrario sucederá lo que pasó en Telefónica de España en el año 1999, cuando se planeó un plan de otorgamiento de *stock options*, pero a las finales el único beneficiario parecía ser el presidente de dicha compañía. Tal fue el grado de la polémica que generó un pronunciamiento del presidente de España quien solicito al presidente de Telefónica, que no perciba dicho beneficio; inclusive los trabajadores de Telefónica, con pruebas, señalaron que el plan se ejercitó en condiciones excepcionales que no demostraron transparencia[30].

  Téngase en cuenta que los trabajadores constituyen uno de los núcleos con más fuerza dentro de las empresas así, una vez agrupados en sindicatos, son escuchados sus reclamos y lucharán por la transparencia de estos planes en los cuales ellos se pueden ver beneficiados o perjudicados.

### 3.7. Cálculo

Valorar económicamente las *stock options* constituye un hecho muy importante. Así, si seguimos la línea que las opciones sobre acciones son un incentivo laboral, mediante una interpretación a contrario sensu, sino sabemos cuanto

---

(29) «Amazon indemniza con «stock options» a los 1300 empleados que despedirá», en diario *El País*, en www.elpais.com/articulo/economia/Amazon/indemniza/stock/options/1300/empleados/ despedira/ elpepieco/20010201elpepieco_15/Tes.

(30) «Aznar pide a Juan Villalonga que renuncie a cobrar sus 'stock options'», en diario *El Mundo*, www.elmundo.es/2000/01/16/espana/16N0008.html, Fecha y hora de consulta 28 de septiembre de 2008, 01:22 p.m.

valen estas, se van a convertir en un desincentivo para los trabajadores pues al no saber cuanto aproximadamente pueden valer estas a futuro, no se van a aventurar a invertir y comprar dichas acciones. Sin embargo, es muy difícil de determinar el valor de estas acciones.

La doctora Monstestruque recoge la opinión de la doctrina mayoritaria que señala que cuando no se da una valoración específica de la acción, se hace de acuerdo con su valor de mercado; pero ella posteriormente cambiará de parecer, señalando que en verdad la valoración va estar establecida por la diferencia entre el precio efectivamente pagado por el trabajador que ejerce la opción y el valor de mercado de la opción adquirida, o bien por el precio por el que la opción efectivamente se transmite; pero nunca solo por el valor de mercado de la opción[31]. No olvidemos que si bien el contrato de opción se firma hoy, las opciones se ejecutan a futuro.

Siguiendo esta idea, es un gran error entonces, valorar las opciones de acuerdo con el precio del mercado actual, puesto que el momento en que se van a ejercitar todavía será en un futuro. Hay que ser razonables y si formamos parte de empresa, lo ideal es seguir ciertos modelos pues de lo contrario los trabajadores van a actuar desincentivados y eso no le genera ningún bien, ni a la empresa ni a los mismos trabajadores (futuros accionistas).

Uno de los modelos más importantes es el modelo Black-Scholes, el cual como señala Thorley Hill y T. Stevens toma como principales factores: el valor justo de mercado en la fecha de concesión de opciones, el precio de ejercicio, la volatilidad de la rentabilidad de las acciones de la empresa, el tipo de interés exento al riesgo, el plazo de la opción y la rentabilidad por dividendo[32].

Como podemos observar, se trata de un modelo relativamente complicado, a diferencia de lo propuesto por la doctora Montestruque que nos propone un método simple para que los trabajadores podamos hacer un cálculo del valor de nuestras opciones. No obstante, siendo las «Black-Scholes» un modelo más avanzado, propone cálculos más precisos. Así, empresas como la Jindalee Resources Limited aplican este modelo para valorar sus opciones sobre acciones[33] y obtienen buenos resultados.

---

(31) MONTESTRUQUE ROSAS, Karina, «Tratamiento tributario de las *stock options*», cit, p 32.

(32) THORLEY HILL, Nancy y STEVENS, Kevin, «La importancia de comprender el funcionamiento de las *stock options*», en *Harvard Deusto Finanzas y Contabilidad*, Nº 51, Connecticut, 2003, p. 15.

(33) Cfr. «Jindalee Resources Limites 2008 Annual Reports», en *Portal The Sidney Morning Herald*, (http://newsstore.smh.com.au/apps/previewDocument.ac?docID=GCA00884565JRL).

Y una vez determinado el valor de las acciones, ¿cómo es que se distribuyen las opciones a los trabajadores? Córdoba Bueno recoge los 4 modelos más característicos que suelen adoptar las empresas a la hora de distribuir opciones a sus trabajadores, mencionando las siguientes formas[34]:

- Que todos los trabajadores reciban el mismo número de opciones, siendo la forma más equitativa y que menos problemas causaría dentro de la empresa.
- Que sean diferentes cantidades para cada nivel de responsabilidad, pero que todos los empleados de cada nivel de responsabilidad reciban el mismo número de opciones.
- Que exista una retribución específica para cada empleado, de acuerdo a su nivel de aportación a la empresa. Esto es casi lo más subjetivo de todos los planes de otorgamiento de opciones, pues se darían preferencias por cuestiones personales, de puestos claves, entre otras razones.
- Que exista una retribución global, evaluando salario, prima y *stock options*, de acuerdo con las condiciones de contratación del trabajador.

Como dijimos inicialmente, en el tema de las *stock options* no hay verdades absolutas, por lo que cualquiera de estos mecanismos es posible, siempre y cuando no desnaturalice la esencia del plan de opciones sobre acciones como incentivo para el trabajador.

### 3.8. Regulación normativa

Si hacemos un análisis de nuestra normativa, nos percataremos que existe un vacío legislativo en ella en torno a la regulación de las *stock options* o las opciones sobre acciones para los trabajadores que laboran en una empresa. Lo más cercano que tenemos es el artículo 103º de nuestra Ley General de Sociedades cuando refiere que terceros tienen la posibilidad de suscribir acciones en la empresa en determinados plazos y condiciones; es aquí donde que podrían encajar los trabajadores.

Por otro lado, podemos considerar que el artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 677[35] que se refiere a la participación de los trabajadores en la propie-

---

(34) Cfr. CÓRDOBA BUENO, *Guía de las* stock options, cit., p. 100.

(35) **Decreto Legislativo Nº 677**

«Artículo 7º.- A efectos de la participación de los trabajadores en la propiedad de la empresa; las empresas comprendidas en el presente Decreto legislativo están obligadas, en caso de aumento de

dad de la empresa, también aborda el tema, pero no es específico respecto a las *stock options*, solo menciona lineamientos generales; pero podría ser más preciso en el tema. Téngase en cuenta que este es un decreto legislativo del año 1991, aplicable solo a empresas con actividades generadoras de rentas de tercera categoría.

Y respecto a la formalidad del contrato de opción, podríamos aplicar supletoriamente los artículos de nuestro Código Civil que se refieren a este, pero también que lo abordan de manera genérica y no refiriéndose específicamente a los trabajadores. Entonces hay un vacío normativo? Pues si lo hay, ¿sería ideal una regulación integral? Es la idea a la cual trataremos de llegar en el siguiente capítulo.

¿Y que dice la legislación comparada? Analizando la normatividad de España que es uno de los países donde más se han configurado estos planes de *stock options* teniendo como casos más trascendentales los de Terra, Telefónica y Santander; tenemos que en su «Estatuto de Trabajadores» que contiene las principales normas laborales, no dice nada.

Pero, ¿dónde sí está regulado? Pues en la Ley de Sociedades Anónimas (Real Decreto Legislativo Nº 1564/1989) modificada por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social (Ley Nº 55/1999), que señala que la *stock option* es la entrega de acciones o de derechos de opción sobre ellas, requiere estar prevista expresamente en el estatuto social y, para su aplicación, el acuerdo de la junta general de socios; y en el acuerdo se indicará el número de acciones, el valor de la acción, el precio de ejercicio y el plazo de duración. Así, es una regulación genérica también como la nacional, incluida en sus normas mercantiles.

A nivel de Latinoamérica tomaremos como ejemplo 2 países vecinos: Chile y Argentina. En Chile con la entrada en vigencia de la Ley Nº 19.705 (Ley sobre Oferta Pública de Acciones), que modificó la ley sobre sociedades anónimas, incorporó *stock options* a nivel de sociedades anónimas, a través de aumento de capital o de la recompra de acciones. En Argentina, en la Ley de Sociedades Comerciales y en la Ley de ofertas negociables solo alude a opción del accionista de poder suscribir acciones con preferencia.

---

capital por suscripción pública a ofrecer a sus trabajadores la primera opción en la suscripción de acciones, en no menos del diez por ciento (10%) del aumento de capital. El derecho se ejercitará, en primera rueda, dentro de los treinta (30) días de publicada la oferta y en la segunda rueda, dentro del plazo señalado en el correspondiente acuerdo de aumento de capital y solo en el saldo que quede, hasta cubrir la parte del aumento de capital ofrecido a sus trabajadores».

De todo ello podemos concluir que la normativa de los países no ha estado interesada en regular las *stock options* para los trabajadores de manera específica, sino solo incluirlo en sus legislaciones mercantiles y que ya luego se aplica análogamente a los trabajadores (aspecto que también se presenta en nuestra legislación nacional); sin embargo, considero necesario deba regularse de manera separad y más detallada, pues los derechos de los trabajadores están en juego, y los beneficios o incentivos laborales que se les prometan también.

## 4. BASES PARA UNA REGULACIÓN NORMATIVA DE LAS *STOCK OPTIONS* EN EL PERÚ

### 4.1. Justificación

Nuestra realidad nacional nos muestra que en los últimos años, una gran cantidad de empresas trasnacionales entraron a nuestro país a invertir y se instalaron aquí. Trajeron consigo, no solo sus modalidades empresariales, su forma de organizarse, sino cuestiones internas que las hacen ser más productivas, pero que nunca antes se habían ejecutado en nuestro país.

Una de las figuras innovativas que trajeron dichas empresas fue el plan de *stock options*, aquel programa que otorga a los trabajadores que laboran en la empresa, la opción de poder comprar acciones a futuro en un plazo determinado. Se trataba de una figura que si bien tenía unos pocos años de desarrollo en otros países, tales como España ya ha generado pronunciamientos de sus máximos órganos jurisdiccionales; por el contrario, en nuestro país aún carece de estos.

Pero, ¿a qué se debe que las empresas hayan creado estos planes de *stock options*? Producto de los cambios de paradigmas den los contextos sociales, los trabajadores comenzaron a luchar por tener otro papel dentro de las empresas, ya no ser terceros ajenos a las decisiones y desarrollo de estas, y es por eso que surgen las *stock options* como un plan en el cual los trabajadores serán ahora partícipes en el máximo escalafón dentro de la empresa: siendo titulares de una parte de ella mediante las acciones.

Entonces, a los trabajadores se les hace partícipes mediante la opción de poder comprar a futuro dentro de la empresa, surgiendo como un incentivo laboral para el trabajador, quien, como tiene este compromiso a corto, mediano o largo plazo, se integrará más a la empresa, dado que le conviene que esta sea más productiva para que sus acciones no pierdan su valor en todo ese tiempo. De esta manera, la opción de compra se firma hoy, pero se ejecuta a futuro; esto es lo que une a la empresa con el trabajador.

Por todo ello, siendo las *stock options* un modo de retribuir al trabajador a largo plazo con la opción de compra de acciones, pero no a todos, sino quizás a los que efectúen un mejor rendimiento o a quienes desee otorgar el empleador quedando a su libertad decidirlo; es necesaria una regulación integral del tema, pues no estamos hablando de un mecanismo sencillo, sino de un plan constituido por una serie de elementos que si bien no debe inventar el empleador, deben estar en una ley, y así este ya los podrá ajustar a las situaciones de cada trabajador dentro de la empresa.

### 4.2. Análisis costo-beneficio. Técnica legislativa

Ahora reflexionemos, ¿realmente conviene regular las *stock options* en nuestra legislación de manera integral y separada? Si analizamos la legislación comparada, vemos que todas se refieren a las *stock options* en general (no en exclusiva para los trabajadores) y lo incluyen –generalmente– en sus leyes mercantiles como la Ley General de Sociedades.

En nuestra Ley General de Sociedades, también se trata tangencialmente el tema pero hace alusión a que «terceros» tengan la opción de suscribir acciones en un plazo determinado, pudiendo incluir dentro de este grupo, a los trabajadores, pero también a muchos otros grupos de interés dentro de la empresa. Y en nuestro Código Civil se habla del contrato de opción pero de manera general, pudiendo aplicarse a una serie de supuestos difíciles de numerar.

El antecedente más próximo lo encontramos en el artículo 7º del Decreto Legislativo Nº 677, pero este es muy restrictivo pues solo habla de otorgar opciones a los trabajadores para suscribir acciones, en casos de suscripción pública. Hasta aquí llega toda la normativa nacional que podríamos aplicar al tema, viéndose que ninguna es precisa para referirse a *stock options* ejercidas por los trabajadores.

Por todo ello, considero necesario la promulgación de una Ley Marco de las *stock options* o las opciones sobre acciones solo para los trabajadores. ¿Por qué una ley y no un decreto legislativo? No creo que sea adecuado delegar esta materia; sino que lo más adecuado es el probable debate generará este tema dentro del Congreso, al que asistirán especialistas (por ejemplo abogados laboralistas) y todos en conjunto formularán una propuesta que regule de manera integral este tema que afecta a los trabajadores.

¿Va generar un costo? Pues sí, pues las empresas que en este momento estén ejecutando estos planes haciéndolo de manera libre pues no había un marco legal que ordene como se debían ejecutar estos planes de opciones so-

bre acciones, deberán de ahora en adelante, ajustarse a la normativa, en pro de los derechos de los trabajadores y para evitar problemas al momento de ejecutar el contrato de opción. Entonces, como actividad inicial, las empresas deberán cambiar sus formatos de contratos de opción.

¿Pero qué es mayor, el costo o el beneficio? Es claro que el beneficio, pues de ahora en adelante, los trabajadores se encontrarán protegidos normativamente ante este incentivo laboral que les ofrece la empresa. Si existe alguna irregularidad por parte de los titulares de la empresa en el proceso de ejecución del plan de *stock options*, los trabajadores ya tienen como defenderse y respaldarse; y básicamente, a la hora de firmas el contrato de opción, las cláusulas no serán inventadas por el empleador, sino que se escribirán siguiendo las pautas dadas por la nueva normativa.

## 4.3. Propuesta legislativa

**Anteproyecto de ley marco de las *stock options* para los trabajadores de las empresas**

**CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES**

**Artículo 1°.- Finalidad de la ley**
La presente ley tiene por finalidad ofrecer una regulación jurídica integral de las *stock options* a efectos de propiciar la constitución de estos planes dentro de un marco legal adecuado y, asimismo, proteger los diferentes intereses involucrados.

**Artículo 2°.- Participación de los trabajadores en la empresa**
El Estado promoverá la participación de los trabajadores dentro de la empresa a través de sus tres modalidades: participación en las utilidades, participación en la gestión y participación en la titularidad, a fin que con esta gestión conjunta, se vea reflejado de manera positiva en los resultados de la empresa.

**Artículo 3°.- Control estatal**
La empresa actuará con libertad al momento de otorgar las *stock options* a sus trabajadores; sin embargo, el Estado intervendrá como último recurso, cuando los derechos de estos se vean realmente afectados.

**CAPÍTULO II: LAS *STOCK OPTIONS***

**Artículo 4°.- Definición**
Las *stock options* es un plan para adquirir acciones a futuro, donde se ven involucrados el titular de la empresa quien ofrece este derecho de opción al trabajador, todo estipulado en un contrato de opción adecuado específicamente a la materia laboral, donde se señala un plazo determinado para ejercer la opción y el valor de la acción.

**Artículo 5°.- Finalidad**
Comprometer e involucrar a los trabajadores con la empresa y motivarlos a que se desenvuelvan de una manera eficiente y productiva; así recibirán estas opciones sobre acciones, cuando hayan tenido un adecuado rendimiento. Constituirán un incentivo laboral para el trabajador.

**Artículo 6°.- Carácter no salarial**
Las *stock options* no constituyen remuneración. Así, no se pueden incluir dentro de este concepto establecido en el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Se trata de un incentivo laboral, el cual lleva implícito la libre decisión de poder ejecutarlo o no. Si bien nacen de una relación laboral entre empleador y trabajador, no son el pago por servicios prestados por este.

**Artículo 7°.- Plazo de ejecución**
En el contrato de opción, debe establecerse el plazo en que se va ejecutar la opción. Si no se señala, se desnaturaliza la figura.

**Artículo 8°.- Sujetos intervinientes**
Las *stock options* son suscritas por el empleador y por el trabajador; lo cual refleja su carácter intransferible. Ante supuestos excepcionales, tales como muerte, invalidez u otros, un tercero puede ejecutar este plan pero solo dentro de un plazo determinado.

**Artículo 9°.- Destinatario de la opción**
Queda a la libre autonomía del empleador, decidir a quiénes otorga estos planes de *stock options* y en qué momento, pudiendo darse estas variantes:

a. A todos los trabajadores.
b. A los trabajadores que tengan un nivel mínimo.
c. A los trabajadores que hayan obtenido una buena puntuación producto de la evaluación rendida por el empleador.
d. A los trabajadores que elija el empleador, sin explicación alguna.

**Artículo 10°.- Valoración de la opción**
Hay que valorar las opciones sobre acciones, de lo contrario se convertirán en un desincentivo para el trabajador. Así, al no saber cuanto valen estas, no serán capaces de suscribir el contrato. Téngase en cuenta que se ejecutan a futuro, por lo que es de acuerdo al valor de mercado en dicho momento. Sin embargo, hay modelos más sofisticados que nos permiten saber casi con exactitud cuanto vale la opción sobre cierta acción.

**Artículo 11°.- Distribución de opciones a los trabajadores**
Es también potestad del empleador poder distribuir las opciones a su libre albedrío, pudiendo configurarse las siguientes modalidades:

a. El mismo número de opciones a todos los trabajadores.
b. Diferentes cantidades de opciones para cada nivel de responsabilidad, pero que todos los trabajadores de cada nivel de responsabilidad reciban el mismo número de opciones.
c. Retribución específica a cada empleado según su aportación a la empresa.
d. Retribución global, evaluando salario, prima y *stock options*, de acuerdo con las condiciones de contratación del trabajador.

**Artículo 12°.- Financiamiento**
En caso que el trabajador no posea el efectivo líquido para poder pagar las *stock options*, la empresa debe financiarle, otorgarle facilidades y ayudar al trabajador para que este vea realizado su derecho de compra de acciones.

## DISPOSICIÓN FINAL

**Única.- Aplicación supletoria**
En aspectos específicos, rigen supletoriamente los dispositivos jurídicos que no se oponga a lo dispuesto por la presente ley.

## 5. CONCLUSIONES

- Las *stock options* son un incentivo laboral para los trabajadores pues se presentan como una opción de compra de acciones a futuro, atando al trabajador a la empresa por cierto periodo, generando un compromiso de parte del trabajador con esta y maximizando su rendimiento para que su opción sobre la acción valga lo pretendido.
- Las *stock options*, por lo tanto, no son remuneración, en primer lugar porque no encaja en el concepto de remuneración previsto en nuestra legislación al no poseer naturaleza contraprestativa; además porque estas opciones sobre acciones no siempre se ejecutan, lo cual no condice con la naturaleza de la remuneración que siempre es obligatoria en una fecha determinada. El empleador, no puede usar este plan para pagar al trabajador, pues si bien este plan nace a partir de una relación laboral no está pagando por servicios prestados por este, sino valorando su rendimiento en la empresa y, por tal, constituye incentivo laboral.
- La realidad nos muestra que los trabajadores ya no pueden ser terceros ajenos al desarrollo de las empresa, sino que deben adoptar un papel más activo en estas; es por eso que se propone la idea de la cogestión empresarial por parte del titular de la empresa y el trabajador, donde ahora se le concedería participación en las utilidades, en la gestión y en la titularidad, precisamente en este último podrá encajar el tema de las *stock options*.
- Nuestra actual Carta Magna regula solo la participación en las utilidades de la empresa por parte de los trabajadores y otras formas; mientras que la Constitución Política de 1979 sí regulaba las tres formas de cogestión anteriormente mencionadas; por lo que proponemos volver al esquema constitucional anterior en este tema por ser de mayor seguridad jurídica para los trabajadores.
- Las *stock options* vienen a ser aquella opción a futuro de compra de acciones por parte de los trabajadores que laboran en la empresa, debiendo determinarse dos temas: debe señalarse un plazo para ejecutarlas y el valor de la opción.
- La finalidad principal de este plan es comprometer e involucrar a los trabajadores con la empresa y motivarlos a que se desenvuelvan de una manera eficiente y productiva, si es que ellos también quieren salir ganando. Debido a que serán futuros accionistas y su patrimonio también está en juego, ya no solo ven el funcionamiento de la empresa como terceros sino proyectándose casi como titulares de ella.

- Estas opciones sobre acciones no siempre se llegan ejecutar pues, como su nombre lo dice, son optativas; depende del trabajador y de las circunstancias que tengan en cierto momento, comprarlas o no. Así, al suscribir el contrato no se paga nada, sino en el momento de ejecutar las *stock options.*
- Intervienen dos partes: empleador y trabajador; asociando al plan su carácter de intransferibilidad. Sin embargo, en situaciones de excepción como muerte del trabajador, un tercero podrá ejecutar el contrato. Debe quedar pactado, desde un primer momento, cuáles serán las situaciones de excepción y cuál es el plazo que se concede al tercero para ejecutar las *stock options.*
- Una de las principales ventajas de este plan es que, por ser un incentivo laboral, generará una actuación de compromiso por parte del trabajador para poder obtener dicho beneficio, desplegando todo lo necesario para que su rendimiento sea muy productivo. Todo ello producirá un clima de estabilidad dentro de la empresa.
- Una de las principales desventajas es el carácter aleatorio que tienen las *stock options,* por lo que no siempre se llegan a ejecutar. Otro factor en contra es que no siempre se ofrece a todos los trabajadores, no tiene carácter equitativo, quedando a la libre determinación del empleador decidir a quien otorga y a quien no.
- Valorar las *stock options* es fundamental, pues de lo contrario en vez de ser un incentivo se convertirá en un desincentivo para los trabajadores. Sin embargo, valorarlas puede ser un poco complicado, algunos lo asocian con el precio actual de mercado, pero teniendo en cuenta que estas opciones sobre acciones se ejecutan a futuro, su valor se determina en el momento de ejecución.
- La globalización que ha llegado también a nuestro país, nos demuestra que las *stock options* es una figura inmersa ya en nuestro mercado. Sin embargo, hasta ahora no hay una regulación específica sobre el tema. Por lo que proponemos la promulgación de una «Ley Marco sobre las *stock options* para los trabajadores de la empresa», en la que se establecerán casi de manera íntegra los principales lineamientos que forman parte de este plan, los que tendrían que adoptar las empresas de ahora en adelante, en pro de los beneficios de los trabajadores.

# CONSIDERACIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL EN LA LEY DE TERCERIZACIÓN PERUANA

Christian A. Ríos Holguín(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos meses fueron publicados en el diario oficial *El Peruano* la Ley Nº 27495 (24 de junio de 2008), ley que regula los servicios de tercerización», y el Decreto Legislativo Nº 1038 (25 de junio de 2008), decreto legislativo que precisa los alcances de la ley que regula los servicios de tercerización. Por vez primera se regula en el Perú de forma directa y completa los alcances de este tipo de contratación que, hasta entonces, había tenido acogida legislativa, de modo indirecto e insuficiente, en el artículo 4º del Reglamento de la ley de intermediación laboral(1) (Decreto Supremo Nº 003-2002-TR), que señala supuestos que escapan del ámbito de la intermediación (como el contrato de gerencia, el contrato de obra, entre otros.)(2);y en el Decreto Supremo Nº 020-2007-TR, de fecha 20 de septiembre de 2007.

---

(*) Bachiller en Derecho por la Universidad de Piura. Egresado en el semestre 2008-I de la misma casa de estudios.

(1) Ley Nº 27626, ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

(2) Artículo 4º del Reglamento de la ley de intermediación laboral: «No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193º 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 y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuentan con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación [...]».

En materia de intermediación laboral, tanto la Ley Nº 27626[3] y su reglamento[4] significaron una inversión del signo excesivamente permisivo de la regulación precedente, para desembocar en una regulación más rígida sobre tal institución. Se ha dicho que la normativa sobre intermediación fue redefinida dentro de parámetros más adecuados a la naturaleza y función de la cesión de trabajadores, estableciendo mecanismos de garantía del cumplimiento de los derechos laborales objeto de aquella[5].

En este panorama, mientras que las normas sobre intermediación laboral eran rígidas y delimitadas (límite de actividades que se pueden contratar y número de trabajadores, autorizaciones y carta fianza, existencia de responsabilidad solidaria, igualdad en el pago de beneficios laborales y ausencia de detracción del IGV de acuerdo con las normas tributarias), la tercerización (llamada en doctrina como *outsourcing*) contaba con una regulación muy escasa y, más bien, permisiva. Debido a esa diferencia regulatoria, y a otras razones[6], el crecimiento del *outsourcing* en nuestro país fue mucho mayor que el uso de la intermediación laboral[7].

Precisamente, la nimia regulación y ausencia de límites de una figura tan en boga en el Perú como en el mundo (la tercerización u *outsourcing*) trajo consigo la utilización indebida y desmesurada de esta figura, creando situaciones fraudulentas en desmedro de los trabajadores desplazados a una empresa usuaria.

Es en este contexto de mala praxis de la tercerización, donde surgen los cuerpos legislativos objeto de estudio: la ley de tercerización y el decreto legislativo[8] que precisa sus alcances, en un intento del legislador de poner fin al empleo inadecuado de esta institución. Las disposiciones que dicha normativa establece han originado duras críticas por algunos especialistas (al punto de

---

(3) En adelante la ley de intermediación.

(4) En adelante reglamento de la ley de intermediación.

(5) VILLAVICENCIO RÍOS, ALFREDO, «La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», en *Ius et Veritas*, Revista Editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Número 29, Año XIV, Lima, pp. 148.

(6) Raso Delgue explica algunas de las ventajas que han favorecido el uso de esta figura. Vide RASO DELGUE, Juan citado por PUNTRIANO ROSAS, César, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», en *IuS Doctrina & Práctica*, Nº 5, Lima, 2008, p. 20.

(7) TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del *outsourcing*», en *Ius et veritas*, Nº 28, Año XIV, Lima, 2004, p. 149.

(8) En adelante la ley de tercerización y el decreto legislativo que regula la tercerización, respectivamente.

tildar de inconstitucionales algunos artículos) y, como es lógico, por el gremio empresarial. En contra de esta postura, hay quienes consideran idónea dicha regulación, a efectos de tutelar a quienes laboren bajo la tercerización.

En particular, creemos que son dos los temas más discutidos que contienen las normas aludidas: la exigencia de pluralidad de clientes de la empresa tercerizadora (artículo 2º de la ley de tercerización) y la responsabilidad solidaria de la empresa principal (artículo 9º de la misma ley).

En el presente trabajo daremos a conocer las distintas posiciones en torno al tema de la responsabilidad solidaria de la empresa principal en el pago de los derechos y beneficios laborales y obligaciones de seguridad social del personal «desplazado», para, finalmente, adherirnos a una postura, sobre la base de los argumentos que desarrollaremos más adelante. Antes de ello, explicaremos brevemente los alcances generales y régimen jurídico de la intermediación laboral y la tercerización, así como el impacto de ambas figuras en el Derecho del trabajo.

## 2. ALCANCES Y DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE INTERMEDIACIÓN LABORAL Y TERCERIZACIÓN COMO FORMAS DE EXTERNALIZACIÓN DE SERVICIOS

La externalización de servicios puede definirse como todo fenómeno por el cual el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero. Este proceso de desvinculación podría ser solamente de mano de obra (intermediación laboral) o de un servicio integral (tercerización u *outsourcing*), pero, en ambos casos, estaríamos ante diversos mecanismos de control de la actividad externalizada para que no nos encontremos ante una simple sustitución de empresas[9].

### 2.1. La intermediación laboral en el régimen jurídico peruano

El Convenio Nº 181 de la OIT sobre Agencias de Empleo Privadas contiene una definición de esta figura, al establecer en el artículo 1º.b que dichas agencias prestan servicios en relación con el mercado de trabajo «consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera perso-

(9) RASO DELGUE, Juan citado por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La nueva regulación de la tercerización», en *Actualidad Jurídica*, T. 176, Lima, 2008, p. 312.

na, física o jurídica (en adelante «empresa usuaria»), que determine sus tareas y supervise su ejecución».

Gómez Valdez define a la intermediación como la «captación de mano de obra por parte de una empresa especialmente concebida para realizar esta labor, para colocarla a disposición de otra necesitada de ella, denominada empresa usuaria, cobrando una retribución libremente estipulada[10]». Así, la intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la dirección y control de la empresa usuaria, en tanto, que la *service* o empresa suministradora de mano de obra conserva el poder disciplinario[11].

Respecto a las actividades que pueden ser materia de intermediación laboral, el artículo 3º de la ley de intermediación restringe el ámbito de aplicación a aquellas de carácter temporal, especializado y complementario[12]. Dicho artículo agrega que los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa, lo que implica que esta figura puede utilizarse en actividades principales solo en los casos de suplencia y contratación ocasional[13].

Asimismo, la ley comentada desarrolla temas como los requisitos de constitución y funcionamiento de las empresas prestadoras de este tipo de servicios, límites cuantitativos al personal contratado, derechos y beneficios de los trabajadores destacados, mecanismos de protección de los derechos laborales (carta fianza y responsabilidad solidaria), etc.

El artículo 4º del reglamento de la ley de intermediación consagra los casos que no se encuadran dentro de esta figura: los contratos de gerencia, al amparo de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de

---

(10) GÓMEZ VALDEZ, Francisco, «Un breve comentario a la ley que regula los servicios de tercerización», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, p. 41.

(11) Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, «La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», cit., p. 146. En ese sentido, se habla de un reparto de facultades empresariales entre la empresa usuaria y la empresa de servicios especiales. Cfr. PÉREZ YÁÑEZ, Rosa, citada por TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, «La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización», en VV. AA., *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 364.

(12) No obstante, algunos autores consideran que la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral. Al respecto, vide VILLAVICENCIO RÍOS, «La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico», cit., p. 149 y TOYAMA MIYAGUSUKU, «La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del *outsourcing*», cit., pp. 372 y ss.

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 y subcontratistas, 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. Indirectamente, ya se contenía, una regulación (aunque escueta) de la tercerización, figura que ya se venía desarrollando ampliamente en nuestro país. Actualmente, el *outsourcing* ya contiene una legislación propia e independiente de la intermediación, la misma que, a continuación, comentaremos.

## 2.2. Algunas consideraciones sobre la tercerización u outsourcing y su nueva regulación

Schneider apunta que el *outsourcing* es una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que forman su *core bussiness*. En ese sentido, se trata de un medio que impide que la organización desperdicie sus recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no lo distinguen de manera esencial[14].

La autarquía o autosuficiencia de la empresa es utópica y no se da o, en todo caso, es muy raro que se dé en la práctica[15]. El *outsourcing* se ha desarrollado como una respuesta a los altos costos que supone mantener una infraestructura material y humana que, por no estar directamente relacionada con las actividades distintivas de las empresas, resulta innecesaria. Este exceso de infraestructura llega a provocar altas pérdidas financieras y, en cambio, ofrece poca efectividad operacional, así como tiende a la rigidez en las respuestas frente al mercado[16].

---

(13) Ibídem, p. 371.

(14) SCHNEIDER SHPILBERG, Ben, *Outsourcing. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*, Norma, Bogotá, 2004, p. 47.

(15) TOVAR VELARDE, Jorge, «Notas jurídicas sobre el contrato de *outsourcing*», en *Ius et veritas*, Nº 25, Año XIII, Lima, 2003, p. 61. Sobre el particular, García Piqueras afirma que «lo que en otros tiempos resolvía la empresa con su propio personal, hoy lo solventa acudiendo a la producción de otras empresas que, a su vez, son las empleadoras de su propio personal. La empresa principal se desentiende de este e incluso lo desconoce» (GARCÍA PIQUERAS, Manuel, *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas de obras y servicios*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 13.

A diferencia de la intermediación laboral, en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de poderes del empleador[17]. Ahora bien, la empresa usuaria no dirige ni organiza la actividad mercerizada, ni a los trabajadores del *outsourcer*, sin embargo, tiene el derecho de asegurarse los estándares apropiados con relación a la ejecución de la obra o servicio mercerizado. *Ergo*, la empresa usuaria puede hacer un seguimiento o *follow up* y medir la *perfomance* del *outsourcer*[18].

Lo que caracteriza a la intermediación laboral es la provisión de mano de obra, de trabajadores, mientras que la tercerización se presenta cuando una empresa decide excluir de su ámbito una parte de su proceso productivo y se lo da a un tercero para que se haga cargo de este proceso[19]. En este último supuesto, la empresa contratista u *outsourcer* (el tercero) asumirá el control y dirección de los servicios o actividades a realizar, teniendo principalmente un manejo directo y exclusivo del personal a emplear para ello[20].

La ley de tercerización contiene una definición[21] de la misma en el artículo 2º: «Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación». La misma

---

(16) SCHNEIDER SHPILBERG, *Outsourcing. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*, cit., p. 37.

(17) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización», cit., p. 364.

(18) HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafa de la ley que regula los servicios de tercerización», en *IuS Doctrina & Práctica*, Nº 5, Lima, 2008, p. 8. Siguiendo esta afirmación, Puntriano Rosas afirma que «puede existir un nivel de coordinación entre la comitente y la locadora respecto a la prestación de servicios de esta última, pero en ningún caso la subordinación del personal de la locadora frente a la comitente» (PUNTRIANO ROSAS, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», cit., p. 24).

(19) GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo, «Comentarios a la ley que regula los servicios de tercerización y las razones que justifican su promulgación», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, Lima, p. 48 y ss.

(20) PUNTRIANO ROSAS, César, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, pp. 23 y ss.

(21) Sin embargo, Parédez Neyra afirma que lo que realmente se ha definido es la empresa tercerizadora, pero no a la tercerización propiamente dicha. Cfr. PARÉDEZ NEYRA, Ivan, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, p. 32.

ley, en su artículo 3º expresa: «Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a 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 la lectura de ambos artículos, podemos afirmar que la ley no limita los alcances de la tercerización a actividades periféricas y complementarias, por lo que inclusive podrían ser objeto de tercerización las actividades principales o *core bussiness*[22]. En esta misma línea, Herrera Gonzáles-Pratto afirma que «se puede tercerizar, pero debe tratarse de una obra o actividad especializada. Fuera de ello, el límite lo pone el propio comitente»[23].

Sobre el mismo tema, la doctrina española también se ha pronunciado. Así, Montoya Medina[24] opina que «la institución de la contrata de obras y servicios ha experimentado una ostensible evolución en su originaria función instrumental, pues, de constituir una herramienta de organización estratégica en la empresa para la externalización de tareas contingentes al proceso productivo, ha pasado a ser un instrumento al servicio de la exteriorización de todo tipo de tareas, incluso las nucleares al objeto social de la empresa»[25].

El segundo párrafo del artículo 2º de la ley en mención, atribuye la calidad de elementos característicos de la tercerización a la pluralidad de clientes[26] con la que debe contar la empresa tercerizadora, el equipamiento de la misma, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. Añade que, en ningún caso, se admite la sola provisión de personal. De este modo, la ley excluye la mera provisión de mano de obra, propia de la intermediación, del ámbito de la tercerización.

---

(22) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., pp. 314 y ss.

(23) HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafa de la ley que regula los servicios de tercerización», cit., p. 8.

(24) MONTOYA MEDINA, David, «La discutida admisibilidad de la contratación para obra o servicio determinado en el marco de la contratación y subcontratación de actividades productivas», en *Relaciones Laborales*, Nº 6, Año XXII, Madrid, 2006, p. 25.

(25) Al respecto, Toledo Toribio señala que las únicas posibilidades de tercerización se reducen a la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, no pudiendo utilizarse tal institución en forma irrestricta. Afirma que una empresa puede tercerizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core bussiness*, esto es su actividad nuclear. Cfr. TOLEDO TORIBIO, Omar, «La tercerización en el Derecho laboral peruano. A propósito de la reciente aprobación de la ley que la regula», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, pp. 38 y ss.

(26) Este punto ha sido objeto de múltiples críticas por la doctrina nacional. Por ejemplo, Dolorier Torres y Vargas Llaury han catalogado tal disposición como inconstitucional. Cfr. DOLORIER TORRES, Javier Ricardo y VARGAS LLAURY, Cecilia, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, pp. 17 y ss.

Nótese que, a diferencia de lo estipulado en el Decreto Supremo Nº 003-2002-TR, que catalogaba a la pluralidad de clientes y demás elementos como coadyuvantes, la actual regulación utiliza el término «característicos», por lo que, en opinión de algunos autores, la falta de alguno de estos elementos en algunas empresas, acarrearía que las mismas estarían impedidas de desarrollar tales actividades[27].

La ley materia de estudio contiene otros artículos que vienen siendo materia de controversia en la doctrina nacional, tales como los referidos al registro de las empresas tercerizadoras (artículo 8º), la subcontratación (primera disposición complementaria y transitoria de la ley), la obligación de información de la empresa tercerizadora (artículo 6º), la responsabilidad de la empresa principal (artículo 9º), etc.

Se preconizaba que era imprescindible contar con una ley que regule esta forma de externalización y que ponga un freno a quienes de manera fraudulenta operen esta institución. Sin embargo, hoy que contamos con tan aclamada regulación, las expectativas no parecen haberse satisfecho, las críticas evidencian una normativa llena de imperfecciones. Así, pareciera que el remedio es peor que la enfermedad.

Como anunciamos en un primer momento, nos centraremos en lo concerniente a la responsabilidad solidaria de la empresa principal (artículo 9º de la ley de tercerización), la cual desarrollaremos en una apartado distinto.

### 2.3. El impacto de la descentralización productiva o tercerización en el Derecho del trabajo

La función tuitiva del Derecho del trabajo se ha visto afectada por las transformaciones del sistema productivo, que han destipificado dicha función. En

---

(27) Cfr. DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 19. Puntriano Rosas afirma que no debe interpretarse de esa forma lo señalado en la ley, pues sería poco razonable. El autor agrega que, ante la ambigüedad de la ley, todo dependerá del análisis casuístico y de la razonabilidad de quien verifique la legalidad de la tercerización, ya sea un inspector laboral o un juez. Cfr. PUNTRIANO ROSAS, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 26. Avalando esta afirmación, Callo Mendoza opina que lo dispuesto en el decreto anterior (Decreto Supremo Nº 003-2002-TR) es más adecuado que lo contenido en la actual ley de tercerización, ya que estos elementos no son determinantes para que exista una tercerización. Cfr. CALLO MENDOZA, Ruth, «Los aspectos laborales de la tercerización», en *Actualidad Jurídica*, T. 175, Lima, 2008, p. 52. Asimismo, Herrera Gonzales-Pratto tilda a dichos elementos de notas distintivas o típicas, con lo que, la inexistencia de alguno de ellos no conlleva descalificar *ipso iure* la situación como una de tercerización. HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafa de la ley que regula los servicios de tercerización», cit., p. 7.

efecto, el fenómeno de la externalización de servicios importa una «dislocación» de trabajadores, una «huida» del servicio subordinado laboral en el centro de trabajo a favor de estos procesos (tercerización u *outsourcing* e intermediación laboral).

Sin embargo, tal y como lo señalamos anteriormente, la regulación del año 2002, en conjunto con las limitaciones acaecidas desde fines de Junio de 2007 en el ámbito de la intermediación laboral, han significado una caída relevante en el uso de esta institución (de casi el 9% de la PEA a menos de la mitad, y con tendencia a la reducción). En cambio, la tercerización es un fenómeno que está expandiéndose en nuestro país, a tal punto, que se ha tenido que emitir una serie de normas para delimitar su utilización[28]. Inclusive, se ha llegado a sostener, que es muy probable que en el futuro la intermediación laboral desaparezca[29].

Siguiendo a Sanguineti Raymond[30], las repercusiones que la descentralización productiva u *outsourcing* han tenido en el Derecho laboral, pueden apreciarse desde una doble perspectiva. En primer lugar, «la descentralización productiva impone una masiva sustitución de relaciones de trabajo dependiente prestado de forma directa y regular por formas externas de vinculación con terceros, basadas, por lo general, en la coordinación de tareas o funciones, para la atención de la misma actividad productiva». En segundo lugar, dicha modalidad de contratación «reduce la seguridad, estabilidad y garantías que las normas laborales han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia».

De lo anterior, puede concluirse que el actual entorno organizativo y económico, el mismo que propicia la puesta en marcha de multitud de estrategias descentralizadoras, es también el que consiente la pérdida de seguridad para los trabajadores con empleos precarios, lo que, a su vez, provoca que el propio mercado de trabajo esté altamente segmentado. Tal falta se seguridad o, al menos, la percepción por parte de una gran mayoría de que no existe (hasta antes de la aparición de la regulación sobre tercerización), es una manifestación evidente del cariz peyorativo de la descentralización productiva como

---

(28) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 312.

(29) ESPINOZA LAUREANO, Frank, «¿El fin de la intermediación laboral?», en *JuS Doctrina & Práctica*, Nº 5, Lima, 2008, pp. 31 y ss.

(30) SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», en VV. AA., *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano*, cit., pp. 412 y ss.

modelo de flexiseguridad. Sobre la base de este planteamiento, se afirma que, si bien es cierto, una legislación laboral excesivamente rígida, que impida poner en marcha fórmulas flexibles de coordinación interempresarial puede imposibilitar la legítima competitividad y adaptabilidad de nuestras empresas en el actual mercado laboral, también lo es que el Derecho del trabajo ha de regular la relación laboral, bilateral o triangular, y garantizar que no se va a desproteger a los trabajadores a cambio de favorecer la flexibilidad en la gestión empresarial[31].

Con la nueva legislación se ha pretendido establecer los límites a aquellos que contraten bajo esta modalidad de externalización, erigiendo requisitos y contemplando sanciones. Sin embargo, la finalidad protectora de los derechos laborales parece haber pasado por encima la libertad de empresa consagrada en la Constitución. Los incididos directos con la nueva ley y el decreto son trabajadores y empresarios, la normativa vislumbra que la balanza se ha inclinado considerablemente para el lado de los trabajadores, generando descontento en el gremio empresarial y sus defensores.

## 3. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LA EMPRESA PRINCIPAL

### 3.1. El actual régimen jurídico de responsabilidad en materia de tercerización en el Perú

El artículo 9º de la ley de tercerización reza: «La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios *con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora* es *solidariamente responsable* por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido por la prescripción laboral» (las cursivas son nuestras).

Cabe precisar, que la solidaridad tiene una regulación expresa en los casos de construcción civil, intermediación laboral y seguros de riesgo así como la salud y seguridad en el trabajo y en los supuestos de desarrollo jurisprudencial especialmente para la transmisión de empresas y grupos económicos así como los genéricos casos de simulación o fraude. Toyama Miyagusuku[32] afirma que,

---

(31) MENÉNDEZ CALVO, Remedios, «La descentralización productiva como modelo emergente de flexiseguridad», en *Relaciones Laborales*, Nºs 15-16, Año XXIII, Madrid, 2007, pp. 135 y ss.

(32) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 318.

en aquellos casos donde existe un mandato legal de regulación autónoma de un determinado supuesto (seguridad y salud en el trabajo) o se verifican regímenes especiales (como es el régimen de construcción civil con una regulación completa a través de convenios colectivos) se debería admitir el traslado de la responsabilidad solidaria a la principal.

Volviendo al artículo redactado en el primer párrafo de este apartado, debemos señalar que, de conformidad con el artículo 3º del decreto legislativo que regula la tercerización[33], la responsabilidad solidaria solamente se aplica respecto a las obligaciones de origen legal (laborales o de seguridad social), mas no se extiende a los beneficios de origen diferente de la heteronomía (convenio colectivo, costumbre, contrato individual, norma interna, etc.).

Las empresas principales podrán repetir contra las contratistas si asumen el pago de los beneficios sociales, adquiriendo también los derechos y privilegios del crédito laboral en los procesos concursales de quiebra o insolvencia. Dicha afirmación se encuentra recogida en el artículo 4º del decreto legislativo que venimos citando[34].

En virtud del artículo 2º del decreto legislativo en mención[35], la responsabilidad solidaria solo es aplicable en el supuesto de empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal[36], descartándose los casos de desplazamiento eventual o esporádico o aquellos que son simplemente externos.

---

(33) Artículo 3º del decreto legislativo que regula la tercerización señala: «La solidaridad a que se refiere el artículo 9º de la Ley Nº 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, *y no a las de origen convencional o unilateral*» (las cursivas son nuestras).

(34) Artículo 4º del decreto legislativo que regula la tercerización dispone: «La empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la Ley Nº 29245, tiene derecho de repetición contra esta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra».

(35) Artículo 2º del decreto legislativo que regula la tercerización establece: «Las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4º al 9º de la Ley Nº 29245 son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica».

(36) El ámbito espacial importa que la contratista, para la cabal prestación de sus servicios, deba destacar o enviar trabajadores a las instalaciones (servicios dentro del centro de trabajo) o ámbito de actuación (servicios que se ejecutan fuera de las instalaciones pero dentro del espacio definido, delimitado, controlado y supervisado por la principal) de la empresa principal. Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., pp. 316 y ss.

### 3.2. Opiniones sobre la responsabilidad solidaria de la empresa principal

Sobre el particular, las opiniones en la doctrina se encuentran divididas.

Por un lado, se afirma que este tipo de responsabilidad es inadecuada ya que, tanto la empresa usuaria como la empresa principal, son unidades económicas autónomas que deberían responder cada una por sus propias obligaciones, por lo que se concluye que las empresas principales, al no tener la calidad de empleadores, no deberían responder por el incumplimiento de terceras personas jurídicas[37]. Sobre este punto, se ha dicho que este enunciado es inconstitucional[38] por vulnerar el segundo párrafo del artículo 24º de la Constitución que, a la letra, señala: «El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador». Aparentemente, el único obligado a asumir la remuneración es el empleador.

Parédez Neyra[39] afirma que la empresa principal no puede tener absoluto control sobre los recursos humanos, tecnológicos y económicos del tercero, con la finalidad que se asegure que el contratista cumpla con todas sus obligaciones en materia laboral.

La vulneración de la Constitución también se manifiesta en que se estaría atentando contra la proscripción del abuso del derecho (último párrafo del artículo 103º) y contra la libertad de empresa (artículo 59º)[40].

En contra de esta regulación, se critica el hecho de que la ley de tercerización haya trasladado la función fiscalizadora a cargo de los inspectores del Ministerio de Trabajo a las empresas principales, lo que conllevaría mayores gastos administrativos en perjuicio de estas últimas[41].

---

(37) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20.

(38) CALLO MENDOZA, «Los aspectos laborales de la tercerización», cit., p. 53.

(39) PARÉDEZ NEYRA, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», cit., p. 36.

(40) CALLO MENDOZA, «Los aspectos laborales de la tercerización», cit., p. 53.

(41) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20. También vide PARÉDEZ NEYRA, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», cit., p. 36. En este sentido, Callo Mendoza señala que la Ley Nº 28806, Ley general de inspección del trabajo, prevé mecanismos para la verificación del cumplimiento de las normas laborales. Así, lo que se tendría que hacer es dotar de herramientas que hagan la labor más eficiente y eficaz a este sistema, para que de esta manera el Estado cumpla con su obligación de fiscalizar a las empresas que incumplen con obligaciones laborales. Cfr. CALLO MENDOZA, «Los aspectos laborales de la tercerización», cit., p. 53.

El encarecimiento de esta modalidad de externalización también se apreciaría en que las empresas principales empezarán a exigir el otorgamiento de fianzas a las empresas tercerizadoras e, indirectamente, se estaría anulando la operatividad de las micro y pequeñas empresas, ya que no podrán solventar dichas fianzas[42].

Sin perjuicio de lo señalado, Dolorier Torres y Vargas Llaury[43] opinan que la responsabilidad de la empresa principal debe existir, pero ella debe ser subsidiaria.

Toca ocuparnos de las posturas que defienden la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Dado que, en virtud de esta responsabilidad, las empresas usuarias tendrían que demandar mayor información laboral a las empresas tercerizadoras, la regulación es apropiada, pues se afirma que es parte de la responsabilidad empresarial de la usuaria velar porque sus proveedores de servicios cumplan con el ordenamiento laboral, procurando de esa forma, no ser cómplice de incumplimientos legales. Además, dada la carencia de recursos inspectivos en nuestra realidad, se considera útil este nivel de exigencia indirecto de verificación laboral[44].

Respecto a la verificación señalada, Puntriano Rosas manifiesta lo siguiente: «se sostiene que esta verificación no es posible pues la empresa cliente contrata un servicio y no mano de obra. Con este argumento, si bien es teóricamente cierto, no debemos olvidar que en la práctica las empresas conocen quiénes son los trabajadores de las tercerizadoras que están ingresando a trabajar en sus locales, y además, en virtud de su obligación de cautelar el cumplimiento de las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo de sus tercerizadoras, entonces, deben ya tener identificado a ese personal»[45].

---

(42) PARÉDEZ NEYRA, «La ley que regula los servicios de tercerización. ¿El remedio será peor que la enfermedad?», cit., p. 36. El mismo planteamiento puede encontrarse en DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20.

(43) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20.

(44) PUNTRIANO ROSAS, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 27.

(45) PUNTRIANO ROSAS, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», cit., p. 29. Al respecto, puede consultarse el artículo 61º del Decreto Supremo Nº 009-2005-TR, Reglamento de la Seguridad y Salud en el Trabajo, que dispone que el empleador de la empresa principal garantiza, entre otras cosas, la verificación de la contratación de seguros de los trabajadores (incluidos los de la contratista). Del mismo modo, la norma impone la obligación de dicho empleador de vigilar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas.

Con relación al tema de la fianza, se afirma que, con la contratación de empresas serias y una adecuada verificación regular y aleatoria, aquella resultaría innecesaria[46].

Para Herrera Gonzáles-Pratto[47], la regulación es apropiada, pues, a la vez que resulta protectora para el trabajador, pone un límite temporal razonable (un año posterior a la culminación del desplazamiento) a la responsabilidad del comitente (empresa principal).

### 3.3. ¿Es adecuada la responsabilidad solidaria de la empresa principal?

#### 3.3.1. La autonomía de cada empresa en la asunción de sus obligaciones

Como explicamos líneas atrás, se sostiene que la empresa principal, al no tener la calidad de empleador, no debería responder por el incumplimiento de terceras personas jurídicas (tercerizadoras). Sin embargo, creemos que el no ser empleador de los trabajadores desplazados no puede ser argumento válido para evitar la responsabilidad.

En nuestra opinión, la intención del legislador es que, quien ha de ser beneficiario del resultado final de la obra o servicio, participe en la responsabilidad que pueda derivarse, siendo a su vez (dicha responsabilidad) instrumento de evitación del fraude. Así, el fundamento de esta responsabilidad, al menos en este aspecto, radica en el hecho de que la empresa principal es la receptora inmediata de los beneficios que las prestaciones de los trabajadores contratistas realizan (pese a no ser empleadora), quienes además cumplen sus labores en el local de la empresa usuaria o en su ámbito de actuación[48]. Ergo, es irrelevante, desde esta óptica, tener la investidura de empleador.

Sobre la base de lo señalado hasta ahora, afirmamos que no existe vulneración al artículo 24º de la Constitución., puesto que nunca se ha negado la posición prioritaria que las obligaciones de pago de la remuneración y beneficios sociales deben tener para el empleador. El hecho está en que ambas empresas

---

(46) PUNTRIANO ROSAS, CÉSAR, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 27

(47) HERRERA GONZALES-PRATTO, «Comentarios a la autógrafa de la ley que regula los servicios de tercerización», cit., p. 14.

(48) Para Toyama, en el caso de la tercerización con destaque continuo de personal, «*la carga de la solidaridad se impone a la principal por recibir servicios permanentes en sus instalaciones de la contratista,* por no realizar estas actividades directamente» (las cursivas sin nuestras). Al respecto, vide TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 318.

(principal y tercerizadora) responderán solidariamente por el pago de tales conceptos, aunque bajo distintos títulos: una (la tercerizadora) por su calidad de empleadora y la otra (la principal) por ser quien recibe inmediatamente los beneficios de las prestaciones que realizan los trabajadores de la contratista.

### 3.3.2. La libertad de empresa

Según Sousa Franco[49], la libertad de empresa puede ser entendida como un principio estructural del orden jurídico-económico (en el doble plano organizativo y funcional) o, también, como el derecho de la persona que tiene por objeto o contenido la libre constitución de empresas (u otras unidades productivas equiparables) en sentido objetivo o subjetivo (sujetos empresariales o establecimientos), con o sin carácter lucrativo, y la libertad de los empresarios en su organización, gestión y disposición.

La libertad de empresa permite elegir entre la realización directa de una actividad que forma parte del giro del negocio, contando para ello con personal sujeto a dependencia, o su ejecución a través de otras empresas o trabajadores autónomas[50]. *Ergo*, la descentralización productiva como opción organizativa empresarial, en sí misma, es válida y legítima[51].

Sin embargo, el reconocimiento de esta libertad en nuestra norma constitucional no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos, pues la libertad de empresa no es absoluta[52]; en consecuencia, es posible limitarla a

---

(49) SOUSA FRANCO, Antonio, «El principio de la libertad de empresa en la Constitución portuguesa», en BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 53.

(50) En este punto Arce Ortiz explica que la libertad de opción ha de entenderse dentro del núcleo esencial de la libertad de empresa, consagrado en el artículo 59º de la Constitución, en la medida que reconoce la posibilidad que un empresario que realice su actividad económica en forma directa o mediante la contratación de obras o servicios ejecutados por terceros. ARCE ORTIZ, Elmer, «El *outsourcing* y sus efectos en la relación de trabajo», en *Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano*, SPDTSS, Lima, 2004, p. 430.

(51) SANGUINETI RAYMOND, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», cit., pp. 417 y 418. En esta línea, Arce Ortiz señala: «parece claro que los mecanismos de descentralización productiva son en principio lícitos, por lo que en este esquema no cabe forzar a nadie a la ejecución directa de todo el ciclo productivo y, por ende, a la contratación de trabajadores propios». Vide ARCE ORTIZ, «El *outsourcing* y sus efectos en la relación de trabajo», cit., p. 430.

(52) El mismo artículo 59º de la Constitución afirma que el ejercicio de estas libertades (incluida la libertad de empresa) no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. Con relación a este tema, Navas-Parejo Alonso sostiene que la libertad de empresa, puede entenderse,

fin de hacerla compatible con los demás intereses protegidos en una comunidad[53]. Como afirma Cruz Villalón: «En realidad, para delimitar el ámbito de ejercicio legítimo de la libertad de empresa no basta con atender a su contenido explícito, sino que es preciso ponerla en contacto con el conjunto de bienes, derechos e intereses protegidos igualmente por la norma constitucional, los cuales pueden justificar la imposición de frenos o cargas a las iniciativas descentralizadoras[54]». Naturalmente, entre los intereses susceptibles de ser contemplados, en tanto que son objeto de tutela constitucional expresa, se encuentran los de los trabajadores afectados por dichas decisiones.

Es más, la libertad de empresa no puede ir en contra de intereses que suponen atención prioritaria por parte del Estado: el trabajo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23º del mismo texto constitucional, que, literalmente, señala: «El trabajo en sus diversas modalidades es *objeto de atención prioritaria del Estado* [...]» (las cursivas son nuestras).

---

entre otras cosas, como del derecho de organización y dirección del empresario en el desarrollo de su actividad, lo cual le lleva a tener adjudicadas diversas facultades como son el establecimiento de las reglas de organización, la selección y contratación de trabajadores, la asignación de tareas y condiciones de trabajo en que se efectúan, etc. Sin embargo, la misma autora reconoce que siempre han existido límites a estas facultades. Vide NAVAS-PAREJO ALONSO, Marta, «La relación entre derechos y obligaciones constitucionales: salud laboral, igualdad y libertad de empresa (comentario a la STC 161/2004 del 4 de octubre)», en *Relaciones Laborales*, Nº 21, Año XXI, Madrid, 2005, p. 42. Conviene citar a Rubio Llorente, que de modo tajante, opina: «Afirmaciones tales como la de que ese contenido impide el establecimiento de limitaciones incompatibles con el mercado resultan en buena medida tautológicas, mientras que de otra parte, como no existe ningún sistema en el que el mercado y las empresas funcionen al margen de toda limitación, el esfuerzo por precisar qué limitaciones en concreto resultan vedadas por ir en contra del famoso contenido esencial así entendido conduce con frecuencia a convertir en paradigma jurídico lo que no es sino la idea que el autor se hace de lo que el mercado es o debe ser, esto es, su propia ideología. Al respecto, vide RUBIO LLORENTE, Francisco, «La libertad de empresa en la Constitución», en *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 38.

(53) VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, «Libertad de empresa en la Constitución argentina», en *La reforma del mercado de trabajo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1993, p. 126. Respecto al tema de las limitaciones de los derechos, Rubio Llorente afirma que, cada derecho está protegido también respecto de cada limitación o restricción, por el principio de proporcionalidad, es decir, por el principio según el cual, las limitaciones o restricciones impuestas por la ley al ejercicio de un derecho fundamental solo son legítimas en la medida en la que son estrictamente indispensables para alcanzar la finalidad que la norma se propone. La validez lógica del principio es sin duda incontestable, pues en cuanto que en cuanto exceda el mínimo necesario para conseguir el efecto querido por la norma (que por descontado no puede ser nunca simplemente el de restringir un derecho) toda restricción es arbitraria y por eso constitucionalmente inadmisible. Cfr. RUBIO LLORENTE, «La libertad de empresa en la Constitución», cit., p. 37.

(54) CRUZ VILLALÓN, Jesús, citado por SANGUINETI RAYMOND, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», cit., p. 418.

La responsabilidad solidaria prevista en la ley de tercerización no hace más que cumplir un mandato constitucional (artículo 23º), dando al trabajo la atención que merece dentro del orden jurídico peruano, poniendo un alto a supuestos de desprotección de los trabajadores y casos de fraude que sí constituyen abuso del derecho y un ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa[55].

De lo que se trata es de tender hacia la consecución de un equilibrio entre la flexibilidad que proporcionan este tipo de técnicas y tutela de la posición de los trabajadores asalariados implicados en ellas[56]. No olvidemos que la finalidad tuitiva del Derecho el trabajo consiste precisamente en equilibrar las posiciones de empleador y trabajador. La regulación de la responsabilidad de la empresa principal no hace sino evidenciar la vigencia de la finalidad protectora del Derecho laboral, y que se erige como la esencia misma de esta rama del Derecho.

La normativa que trata el tema de la responsabilidad no afecta la libertad de empresa, y por tanto, no es inconstitucional. Desde nuestro punto de vista, no existe afectación de la libre constitución de empresas, ni se ha vulnerado la facultad de los empresarios de organizar, gestionar y disponer su empresa de la forma que ellos consideren. Lo único que se ha construido son límites (ya que la libertad de empresa no es absoluta) a fin de armonizar dicha libertad con otros intereses sociales, sobre todo, con aquellos que demandan la consideración prioritaria estatal (el trabajo).

### 3.3.3. Mayores gastos administrativos: la verificación del cumplimiento de obligaciones de la tercerizadora y la exigencia de una fianza

Parecería «tirado de los pelos» contratar a una empresa tercerizadora de la que no se sabe cómo opera en el mercado. Evidentemente, para requerir los servicios de una empresa es lógico que antes se tenga alguna referencia de la

---

(55) ARCE ORTIZ, «El *outsourcing* y sus efectos en la relación de trabajo», cit., p. 30.

(56) CRUZ VILLALÓN, citado por SANGUINETI RAYMOND, «La descentralización productiva: ¿una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?», cit., pp. 418 y 419. Sobre los supuestos de fraude, García Piqueras explica: «Sin duda que en esa compleja cadena de producción descentralizada es frecuente que termine apareciendo el empresario insolvente, dada la falta de consistencia y tejido empresarial que en muchos casos caracteriza a esas empresas, y lo que se concibió como una forma moderna de producción desemboque en una situación netamente fraudulenta. Lo que surgió como algo funcional puede terminar siendo un instrumento dislocador de la realidad social a la que pretende servir». GARCÍA PIQUERAS, Manuel, *Régimen jurídico de las responsabilidades empresariales en las contratas y subcontratas*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, p. 14.

forma como esta desempeña sus actividades. En el caso de las tercerizadoras, al momento de contratarlas, se verificaría su trayectoria en el mercado, el grado de especialización que tenga sobre la actividad a tercerizar, etc. Es más, es inaudito imaginar que una «usuaria» contrate los servicios de una empresa a sabiendas de su dudosa solvencia económica y hasta moral. Si el empresario «encarga» determinada actividad de su proceso productivo a un tercero, como «empresario diligente» debe informarse acerca de la persona a quien le encarga parte de dicho proceso.

Somos defensores de que la responsabilidad solidaria contenida en las normas no crea la labor de verificación que tanto se ha criticado, puesto que, esa labor, de informarse de la empresa «tercerizadora» y la diligencia que se tenga en contratar con una empresa seria, existe desde antes de la dación de este cuerpo legislativo. Empero, sí habrá que ser más cautelosos en el cumplimiento que la empresa tercerizadora haga de sus obligaciones laborales y de seguridad social, y, obviamente, ese cumplimiento, solo se puede predicar de aquellas empresas que son serias.

Ahora bien, una vez hecha la verificación de que la empresa con la que se contrata es una reconocida en el mercado y de una adecuada solvencia económica y moral, creemos, al igual que Puntriano Rosas[57], que no habrá necesidad de exigir alguna fianza.

No olvidemos también, la carencia de recursos inspectivos del Ministerio de Trabajo. El número de inspectores existentes a nivel nacional no se corresponde con los niveles de informalidad existentes en nuestro país, por lo que esta labor de verificación es conveniente y útil a efectos de tutelar derechos laborales[58].

### 3.3.4. Responsabilidad solidaria *versus* responsabilidad subsidiaria

Líneas atrás, dejamos establecido que, para algunos autores, la responsabilidad de la empresa principal debe ser subsidiaria[59]. En este sentido, si la empresa tercerizadora no cumple con sus obligaciones legales, el trabajador podrá ir en contra de la «principal», la misma que podrá repetir por lo pagado. Es

---

(57) A la que el autor denomina «empresa seria». Cfr. PUNTRIANO ROSAS, «Tercerización de servicios: análisis de la anterior y actual legislación», cit., p. 27.

(58) Un planteamiento similar puede encontrarse en PUNTRIANO ROSAS, «Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación», cit., p. 29.

(59) DOLORIER TORRES / VARGAS LLAURY, «¿Es inconstitucional la ley que regula los servicios de tercerización?, cit., p. 20.

decir, bajo este tipo de responsabilidad el trabajador verá satisfecha su pretensión pecuniaria sí o sí.

Sin embargo, Toyama Miyagusuku[60] afirma que la «carga de la solidaridad» se impone a la principal en función de la realidad económica: controlar los casos donde el contratista no paga los beneficios sociales de su personal y usualmente es quien está (la principal) en mejores condiciones de asumir el pago de los beneficios sociales.

Aparentemente, ambas responsabilidades cumplirían su objetivo: el pago de las obligaciones legales a los trabajadores. No obstante, los medios para llegar a dicho resultado son distintos. Así, en la responsabilidad subsidiaria, el trabajador no puede requerir el pago a la principal, sin antes procurar por todos los medios posibles, el pago por parte de la empresa tercerizadora. Ello, a nuestro entender, supone un gasto de tiempo y dinero, que muchas veces, el trabajador no puede asumir.

Las cargas familiares y personales que el trabajador puede afrontar conlleva la necesidad de contar con sus beneficios saldados lo antes posible. Así, no parece proteger al trabajador el hecho de iniciar un proceso de pago de beneficios sociales contra la «contratista», y luego, después de obtener un resultado infructuoso, iniciar otro en contra de la «principal», puesto que, significaría incurrir en los gastos que demande ambos procesos (existe el auxilio judicial, pero recordemos que existen otros gastos, como el pago de los honorarios de un abogado) y en una pérdida de tiempo, en perjuicio de solucionar situaciones económicas difíciles que demandan la cancelación de tales conceptos legales de manera expeditiva.

Creemos, pues, que la responsabilidad solidaria consagrada en la ley es adecuada para la protección de los derechos laborales mencionados, puesto que supone el ahorro de tiempo y dinero que conlleva una responsabilidad subsidiaria. Es más expeditivo y beneficioso para el trabajador ir de frente contra la principal, quien, como ya señaló Toyama, usualmente está en mejores condiciones de asumir el pago de los beneficios sociales, que tener que agotar sus recursos (económicos y temporales) previamente ante la contratista.

## 4. CONCLUSIONES

La intermediación laboral importa una mera cesión o destaque de trabajadores para que estos laboren bajo la dirección y control de la empresa usuaria,

---

(60) TOYAMA MIYAGUSUKU, «La nueva regulación de la tercerización», cit., p. 318.

en tanto, que la *service* o empresa suministradora de mano de obra conserva el poder disciplinario. En cambio, en la tercerización se presta un servicio integral y suficiente y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una distribución de poderes del empleador, sin perjuicio del seguimiento o *follow up* y la medición la *perfomance* del *outsourcer* que puede realizar la empresa usuaria.

Mientras que la intermediación laboral contaba con legislación propia y completa desde hace algunos años, la tercerización solo se contemplaba en forma indirecta en el artículo 4º del Reglamento de la Ley de intermediación y, de manera insuficiente, en el Decreto Supremo Nº 020-2007-TR. La escasa regulación y ausencia de límites trajo consigo la utilización indebida y desmesurada de la tercerización, creando situaciones fraudulentas en desmedro de los trabajadores desplazados a una empresa usuaria. Es en este contexto de mala praxis de la tercerización, donde surgen los cuerpos legislativos objeto de estudio: La ley de tercerización y el decreto legislativo que precisa sus alcances, en un intento del legislador de poner fin al empleo inadecuado de esta institución.

Sin embargo, hoy que contamos con tan aclamada regulación, las expectativas no parecen haberse satisfecho, las críticas evidencian una normativa llena de imperfecciones. Las falencias de esta ley se aprecian en varios de sus artículos; sin embargo, nos hemos centrado en el artículo 9º de la misma, el cual establece la responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la tercerizadora en el pago de los derechos y beneficios laborales y obligaciones de seguridad social de los trabajadores desplazados, disposición que solo es aplicable en los casos en que la contratación de realización de obras o servicios implique desplazamiento de personal de la tercerizadora al local o ámbito de actuación de la principal.

A nuestro parecer, no se ha configurado una violación del artículo 24º de la Constitución., pues no se niega la posición prioritaria que las obligaciones de pago de la remuneración y beneficios sociales deben tener para el empleador. El hecho está en que ambas empresas (principal y tercerizadora) responderán solidariamente por el pago de tales conceptos, aunque bajo distintos títulos: una (la tercerizadora) por su calidad de empleadora y la otra (la principal) por ser quien recibe inmediatamente los beneficios de las prestaciones que realizan los trabajadores de la contratista. En consecuencia, es irrelevante, desde esta óptica, que la empresa principal no sea la empleadora, pues su responsabilidad radica en un título diferente.

La normativa que trata el tema de la responsabilidad no afecta la libertad de empresa consagrada en el artículo 59º de la Constitución. Desde nuestro punto de vista, no existe afectación de la libre constitución de empresas, ni se ha vulnerado la facultad de los empresarios de organizar, gestionar y disponer su empresa de la forma que ellos consideren. Lo único que se ha construido son límites (ya que la libertad de empresa no es absoluta) a fin de armonizar dicha libertad con otros intereses sociales, sobre todo, con aquellos que demandan la consideración prioritaria estatal (el trabajo), de conformidad con el artículo 23º del texto constitucional.

No debe perderse de vista la finalidad tuitiva del Derecho el trabajo, consistente en equilibrar las posiciones de empleador y trabajador. La regulación de la responsabilidad de la empresa principal no hace sino evidenciar la vigencia de la finalidad protectora del Derecho laboral, y que se erige como la esencia misma de esta rama del Derecho.

La verificación de la idoneidad y cualidades de una empresa tercerizadora no es una novedad introducida por la ley. Empero, sí habrá que ser más cautelosos en el cumplimiento que la empresa tercerizadora haga de sus obligaciones laborales y de seguridad social, y, obviamente, ese cumplimiento, solo se puede predicar de aquellas empresas que son serias. Hecha la verificación de que la empresa con la que se contrata es una reconocida en el mercado y de una adecuada solvencia económica y moral, la exigencia de una fianza deviene en innecesaria.

Debe tenerse en cuenta, la carencia de recursos inspectivos del Ministerio de Trabajo. El número de inspectores existentes a nivel nacional no se corresponde con los niveles de informalidad existentes en nuestro país, por lo que esta labor de verificación es conveniente y útil a efectos de tutelar derechos laborales.

La responsabilidad solidaria consagrada en la ley es adecuada para la protección de los derechos laborales mencionados, puesto que supone el ahorro de dinero (gastos de dos procesos) y tiempo (las necesidades económicas del trabajador exigen soluciones rápidas, y por lo tanto, el pago de sus beneficios y demás derechos debe hacerse en el menor tiempo posible) que conlleva una responsabilidad subsidiaria. Es más expeditivo y beneficioso para el trabajador ir de frente contra la principal, quien, generalmente, está en mejores condiciones de asumir el pago de los beneficios sociales, que tener que agotar sus recursos (económicos y temporales) previamente ante la contratista.

Prima facie, la normativa sobre tercerización recientemente vigente contiene imperfecciones que demandarían una modificación o derogación de la misma. Sin embargo, nosotros creemos que esa solución sería bastante simplista y orientada en favor del gremio empresarial. Creemos que la interpretación que se haga de las mismas debe hacerse atendiendo a la finalidad tuitiva de la norma (y del Derecho del Trabajo en general) y a las normas constitucionales en su verdadera dimensión.

# LA AMPLIACIÓN DE LA COBERTURA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES: ¿FUNCIÓN PÚBLICA O PRIVADA?

Joel Gerardo Martínez Medina(*)

> «La seguridad social no se preocupa solo del pago de prestaciones en caso de determinados riesgos. Se ocupa también de impedir la pobreza y de crear una sociedad mas estable y socialmente inclusiva [...], la Seguridad Social se ocupa en su conjunto, de crear un mundo mas estable y socialmente inclusivo».
>
> Dalmer D. HOSKINS

## 1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día la seguridad social representa uno de los puntos más importantes dentro de las agendas de las políticas sociales de los Estados; se discute mucho en los últimos años sobre el modelo a seguir. Actualmente coexisten dos sistemas paralelos que no han podido solucionar el problema de los bajos niveles de cobertura, se pensó en un primer momento que el Sistema Privado de Pensiones (SPP) podría ser la solución al problema y a estas alturas vemos que eso no ha ocurrido. Es por eso que urge la necesidad de implementar reformas, básicamente orientadas por los sistemas multipilares que se vienen implementando en distintos países de la región y el mundo.

---

(*) Estudiante de cuarto año de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Es de importancia analizar el tema en primer lugar desde una perspectiva histórica, para comprender como se ha ido implementando las políticas de seguridad social; en segundo lugar el entendimiento de los factores externos que inciden directamente en los niveles de cobertura, como tercer punto tomamos en cuenta las propuestas, tanto del sector privado como público; por último una propuesta alternativa resaltando el principio de redistribución de la Seguridad Social y el papel preponderante del Estado.

Cabe señalar, asimismo, que el presente trabajo no se enmarca estrictamente en el plano jurídico, puesto que se trata de una política pública y, por ende, se denota los ingredientes sociales, políticos y económicos.

## 2. DESARROLLO Y TENDENCIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Para abordar la problemática de la baja cobertura en materia de pensiones, que es un «patrimonio» de las sociedades subdesarrolladas, como la nuestra, es necesario ampliar el panorama y ahondar en las causas objetivas que se originaron y se siguen dando en el Perú por las que se ha configurado este fenómeno, es decir, los cambios surgidos en determinados contextos –sociales, económicos y políticos– en mayor o menor intensidad. Una de las más drásticas transformaciones a la que asistimos es aquella a partir de la primera mitad del Siglo XX, pues nos encontramos frente a un proceso de profundo cambio estructural; a lo que Matos Mar señaló que era un cambio producido por combinación entre el intenso crecimiento demográfico y la explosión de las expectativas[1]. En este contexto, era patente que en el campo político se diseminaran nuevas propuestas para afrontar este suceso, y para esto ya se contaba con la creación y funcionamiento del primer sistema público conocido de reparto en la Alemania de Otto V. Bismark[2].

Dicho sistema tiene como punto de partida la experiencia del extraordinario crecimiento industrial, lo que aceleró las grandes migraciones del campo a la ciudad y estas se expandieron, donde se empezó a concentrar la incipiente clase obrera y sectores marginales, dando pie al desarrollo de las ideas socialistas en contraposición a las ideas del Estado fuerte. Esto significo que Bismark advirtiera el avance del «fantasma que recorre Europa» –en palabras de Marx y Engels[3]– en alusión al socialismo. Por tanto, era perentorio tomar medidas para hacerle frente, y tenía que dar ciertas concesiones para ganarse la simpatía de las clases trabajadoras. Bismark no creo pues el sistema público de repar-

(1) MATOS MAR, José, *Desborde popular y crisis del Estado*, 7ma. ed., Concytec, Lima, 1988, p. 19.

to por razones sociales, ni mucho menos lo creo por razones políticas, fue por razones ideológicas, cosa que es muy importante. Estas razones ideológicas se reflejaba en su famosa y repetida frase: «con este sistema los socialdemócratas tendrán que dedicarse a tocar la flauta».

Habiendo resumido la génesis del sistema de reparto, pudiendo identificar el fenómeno migratorio inmerso en el nacimiento de este sistema, producto de los factores ya mencionados, en el Perú de forma parecida empezó a gestarse hacia las primeras décadas del Siglo XX, la transformación del campo a la ciudad, tal como lo señala Matos Mar, dado por la fuerte penetración de capitales extranjeros y economías más desarrolladas, trayendo consigo los riesgos laborales propios del capitalismo. Es así que la clase obrera necesitaría una red de protección contra los riesgos que los va a afectar.

En tal sentido, en respuesta a las demandas de los trabajadores se promulga en 1911 la Ley Nº 1378, de «accidentes de trabajo», asumiendo la teoría del riesgo profesional bajo la influencia de la legislación francesa. Pero no era otra cosa que hacer lo que en Europa ya había sido practicado, es decir, en realidad no fue con una clara razón encausada a criterios de una verdadera política social, a lo que el maestro Rendón Vásquez acotaba. En realidad, fue una pobre concesión del grupo económico en el gobierno para tratar de reducir la protesta de los obreros, que ya en esos años se sentía en las ciudades, los asientos mineros y algunas haciendas de la costa[4].

En ese transcurrir de pronunciados cambios en el aparato estatal, los conceptos acerca del trabajo, las bases de la economía; las Constituciones en adelante no podían soslayar dispositivos de protección que a la postre iban a incidir en la creación de los seguros sociales, como es el caso de la Constitución de 1933 que va desarrollar la Ley Nº 1378, pero de una manera muy general.

En 1936 se encontraba en el gobierno Oscar R. Benavides, quien representaba a determinados sectores e intereses. Al puro estilo bismarkiano, se pro-

---

(2) Si bien es cierto que se le atribuye a Bismark la creación de este sistema, Martínez Noval señala que en el año 1793, Condorcet un ilustrado matemático francés, motivado por sus inquietudes sociales, ya había ideado un sistema de reparto, desde el punto de vista de la ciencia actuarial un sistema que garantizaría pensiones para la clase, de la que dice él es *«la clase más numerosa y productiva de la sociedad.* Claro está, los trabajadores franceses. Al respecto, vide MARTÍNEZ NOVAL, Luís, *Los retos de la seguridad social,* MTAS, Madrid, 2004, p. 204).

(3) En referencia a que las fuerzas del poder de la época vieran al comunismo como una amenaza, reconociéndolo como una gran fuerza de tal manera que hicieron esfuerzos conjuntos para enfrentarlo (MARX, Carlos y ENGELS, Federico, *Manifiesto del partido comunista,* Progreso, Madrid, 1972, p. 29).

mulgó la Ley de Creación de Seguro Social Obrero, sentándose las bases y principios de la Seguridad Social, tal como lo precisa el profesor Leopoldo Gamarra, quien además acota que el 12 de agosto de 1936, en un contexto político que recordaba la Alemania de Bismark –impulsor de los seguros sociales en la Europa del siglo XIX–, se creo el Seguro Social Obligatorio, a través de la Ley Nº 8433, que establecía la protección a los trabajadores respecto a enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte[5]. Pero esta norma entró en vigencia cuando se inauguro el Hospital Obrero en 1941. Posteriormente, con los años venideros, se extiende la cobertura de manera vertical incorporando las llamadas prestaciones sociales, además de la creación de distintos regimenes y fondos específicos. Se crea el Seguro Social del Empleado mediante promulgación de la Ley Nº 10807 en 1947, logrando su consolidación al igual que el Seguro Social Obrero, con la inauguración del Hospital del Empleado en 1958.

Después de haber entrado en un corto periodo democrático con la elección de Belaunde Terry, con una nueva orientación hacia un papel mas activo del Estado, que era el común denominador de los países en desarrollo durante las primeras décadas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, se produce una vez más el rompimiento de la democracia con el golpe militar contra Belaunde, llevado a cabo por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas encabezado por el General Juan Velasco Alvarado, durante un fenómeno propio en América Latina (gobiernos militares-nacionalistas). Esto en el Perú tuvo su origen en el CAEM, porque además de la formación académica de los militares, estos adquieren una participación política en el escenario nacional. De este modo, se producen cambios en el aspecto político; en el aspecto económico se le otorgó otro enfoque, de manera que se actuó rápidamente sobre dos temas fundamentales: a) la reforma agraria y el petróleo (IPC). Este último fue nacionalizado inmediatamente. Estas reformas, como la mayoría que se aplicaron, no fueron predeterminadas por ningún programa pensado, pero tenían temas centrales bastantes claros, a decir de John Sheahan, «el comienzo de un imaginativo conjunto de intentos para establecer un nuevo sistema económico, distinto tanto del capitalismo tradicional como del socialismo» pero, además agrega, que las reformas constituyeron un intento para poner en práctica por fin, después de tantos años, las ideas elaboradas por Víctor Raúl Haya de la Torre en los años veinte[6].

---

(4) RENDON VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho de la seguridad social*, Tarpuy, Lima, 1987, p. 58.

(5) GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo y MORENO DE TORO, Carmen, *La jubilación en el Perú y España* Biblioteca Nacional del Perú, Lima, 2006, p. 9.

(6) SHEAHAN, John, «La economía peruana desde 1950, buscando una sociedad mejor», IEP, Lima, 2001, p. 181.

En un contexto donde el aparato estatal crecía con una marcada centralización del capital en Lima, el censo de 1972 arrojaba que los peruanos estábamos en 14 millones; entre los seguros sociales y los regímenes especiales, ambos protegían a 1 376 868 afiliados o asegurados, lo que significaba el 10.13% de la población total del país y el 31.1% de la población económicamente activa. Debemos saber que estábamos ante una importante presencia de regímenes especiales que conllevaban a distintas formas de financiamiento y administración. El «gobierno revolucionario», a través del plan denominado «Inca», emprendió una política destinada a reformar el sistema del Seguro Social, iniciando el proceso de unificación en un solo sistema, además busco ampliar el campo de aplicación con una política propia de la seguridad social, tanto horizontal como verticalmente[7].

Los antecedentes registrados que se dieron en el mundo, tales como el Informe Beverdige en Inglaterra (1941), La Declaración de Filadelfia (1944), el Plan Francés de Seguridad Social (1945), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Norma Mínima de la OIT (1952), de la cual el Perú no es solo miembro, sino uno de los países fundadores; todo esto en su conjunto influenció directamente en las tesis principales de la reforma del seguro social; Rendón Vásquez señalaba que entre los objetivos que se buscaba era lograr una «seguridad social eficiente y generalizada para toda la población» y «extender progresivamente la seguridad social a toda la población, asegurando inicialmente al trabajador y sus familiares». Lo que va a significar la posterior creación del Sistema Nacional de Pensiones Decreto Ley Nº 19990 de 1973.

Con la nueva Constitución de 1979 se eleva a rango constitucional la seguridad social, en atención al sustrato de los «derechos fundamentales de la persona», es así que en la propia Norma Suprema se plasmó el manto protector de la seguridad social, recogiendo la aspiración de la protección universal, además del rol del Estado de garantizarla. Se hace patente pues el modelo creado en Inglaterra, puesto que el plan Beverdige planteaba la protección de todos los habitantes del país, determinando ciertas prestaciones y contingencias. Pero en el umbral de la década de los ochenta hizo su aparición de manera mas profunda el fenómeno migratorio, el 65% de la población se acentuó en zonas urbanas, esto produjo una transformación estructural y cambios en las relaciones económicas. Hecho que trajo consigo el debilitamiento de la producción

---

(7) «A partir de un mismo punto de partida, esta dinámica puede manifestarse sobre un plan horizontal o sobre un plan vertical. La conjunción de estos dos tipos de extensión conducen a una ampliación prácticamente ilimitada del contenido que la interpreta, puede ser de la preferencia de los políticos» (DUPEYROUX, Jean-Jacques, *Droit de la sécurité socialé*, Dalloz, Paris, 1965, p. 7).

en el campo, creándose cinturones marginales en las zonas urbanas, alto índice de desocupación que fue el caldo de cultivo para el crecimiento de la informalidad a gran escala –más adelante volveremos sobre este fenómeno–. Todos estos acontecimientos estuvieron concatenados y resumen en buena cuenta el porqué de la mínima cobertura de la seguridad social, concretamente en el tema de pensiones, que hasta el día de hoy esta pendiente por resolver.

Para la década del ochenta, con la asunción al gobierno de Belaúnde, creado ya el Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) mediante Decreto Ley Nº 23161, se da un giro en el manejo de la economía, aplicando una política liberal, pero solo en cuanto a las reglas del empresariado que tenia la ventaja de contar con fuerza laboral mas barata producto de la inflación. Se acuño de manera generalizada el concepto «indexación» difundido por los economistas, que no era otra cosa que el aumento de los sueldos cada tres meses para recuperar el poder adquisitivo de los peruanos, es decir, era el aumento de sueldo en sus haberes al ritmo del proceso inflacionario, lo que significó también que tuviera un alcance para los jubilados, que de manera análoga se les «indexara» su pensión trimestralmente. Además, circunstancias como la presencia del fenómeno del niño de manera severa acrecentó la crisis y resintió la economía nacional, a tal punto de descontarle a los trabajadores en un 15 % de sus haberes con los llamados «bonos de reconstrucción nacional». Vemos pues que en el gobierno agobiado por un contexto inflacionario –y que luego Alan García tratara de revertir la situación a través de la aplicación de su política económica heterodoxa sin resultados positivos–, no hubo una preocupación seria del Estado por la universalización de la seguridad social. Solo unos pocos, los que podían ahorrar en dólares para conservar su dinero, llegaron a tener cobertura, como algunos ahorristas adinerados lo hacían a través de seguros de vejez o invalidez.

A finales de la década de los ochenta era incontenible el ritmo galopante de la inflación, lo que llevo al detrimento de los fondos de pensiones, se «pulverizaron» los aportes debido a la inacción de la gestión administrativa y, por otro lado, fueron utilizados como «caja chica» por el gobierno de turno[8].

Este debacle económico-financiero y la crisis del Estado de bienestar, coadyuvaron a acentuar las críticas contra del Estado protector, además de los acontecimientos a nivel mundial, como la caída del muro de Berlín, el desmoronamiento del régimen socialista, la mutación de la URSS. Todo ello significó

(8) ABANTO REVILLA, Cesar, «El sistema de pensiones en el Perú: De la reforma y la desafiliación a un sistema único complementario», en *Trabajo y Seguridad Social. Libro homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008, p. 640.

pensar en el fin de la bipolaridad y el encumbramiento de un solo orden mundial: el capitalismo como paradigma de la economía mundial, impulsados por las políticas neo-liberales que se traducen en la implantación del libre mercado, la libre competencia, amplio apoyo a la inversión privada. Todo esto con el fin de insertarse dentro de la economía globalizada. Muchos apologetas del sistema han sido muy optimistas al respecto, uno de los mas conspicuos como Francis Fukuyama señala «Todos los países que se modernizan económicamente han de parecerse cada vez más unos a otros»[9].

Producto del cambio, en la seguridad social del país se va ha producir un cambio en el marco jurídico. Asumiendo el compromiso adoptado en la Carta de Intención con el Fondo Monetario Internacional, se crea el Sistema Privado de Pensiones[10], mediante Decreto Ley Nº 25897, con la intención de que contribuya a aumentar el ahorro total en la economía y la incorporación de nuevos afiliados. Podemos decir que el SPP en el Perú registra uno de los porcentajes mas bajos de afiliados en América Latina, lo que se colige, que no ha cumplido el objetivo de ampliar la cobertura.

## 3. FACTORES QUE INCIDEN EN LOS NIVELES DE COBERTURA

Por incidencia entendemos las dificultades que se presentan para la plasmación de la universalización de la seguridad social en materia de pensiones. El principio de universalidad está presente en todos los sistemas de seguridad social que consiste en la aspiración de otorgar prestaciones a todas las personas por el simple hecho de ser miembros de la sociedad, así lo estableció la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Al respecto Antonio Grzetich anota que esto quiere decir que comprende tanto a los pobres (objetivo de la cobertura inicial), como a los asalariados (los sujetos comprendidos en los Seguros Sociales) y también a los trabajadores autónomos, los empleadores, los desocupados y, en fin, cualquier residente del país[11].

---

(9) FUKUYAMA, Francis, *El fin de la historia y el ultimo hombre*, Doubleday, New York, 2000, p. 10.

(10) De manera anecdótica Aparicio Valdez cuenta que después de escuchar la extensa y amena explicación de José Piñera, creador del Sistema Privado de Pensiones en Chile, sobre le funcionamiento del Sistema Privado en Chile, el Presidente Fujimori le hizo una sola pregunta: ¿quiere decir señor Piñera, que si se aplica el SPP será este el que asuma el pago de las pensiones y no el Estado? Y que luego de escuchar un *si* contundente de José Piñera, el entonces presidente Fujimori, de inmediato procedió a firmar el dispositivo que puso en marcha al Sistema Privado de Pensiones en el Perú. Al respecto, vide «Carta del Director» en *Análisis Laboral*, Nº 369, V. XXXII, 2008.

(11) GRZETICH LONG, Antonio, *Derecho de la seguridad social*, 2ª ed., Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 2005, V. 1. p. 26.

Nos encontramos ante un imperativo deber teleológico de afrontar los riesgos sociales a través de la extensión de la cobertura en materia de pensiones, en la cual se centra el presente articulo. Existen diversos factores que determinan el nivel de cobertura, los cuales están concatenados entre ellos y que, en suma, es óbice para orientar el desarrollo ascendente de la tan ansiada cobertura.

### 3.1. La informalidad

Esta problemática se fue gestando hacia la mitad del siglo pasado con los famosos «huaycos andinos». Fue así que se les denomino a las primeras grandes migraciones internas que se suscitaron en el Perú, lo que posteriormente gran parte de este universo va a engrosar al ejército de los «informales». A este sector también se le conoce como sector no estructurado. Ante esta arremetida el Estado es incapaz de asegurar y garantizar la vigencia universal de su legalidad. Disipada su autoridad y mermado su poder, el aparato del Estado comienza a girar en el vacío. Ausente la autoridad y bloqueados los canales institucionales, las masas generan bolsones semiautónomos de poder, basados en patrones asimétricos de reciprocidad rural adaptados a la situación urbana[12].

Vemos pues que dentro de este contexto el Estado, replegándose, acepta que este sector se desarrolle, ya que los informales avanzaban, pero con ciertas restricciones. En suma, podemos observar que se configuro una constante pugna con la formalidad, a lo que Hernando de Soto agrega que este es un testimonio de como el «Perú profundo» ha comenzado una larga y sostenida batalla por integrarse a la vida formal, tan gradual que sus efectos recién comienzan a vislumbrarse. Se trata, al parecer, de la rebelión más importante contra el statu quo que se haya producido en la historia del Perú republicano[13].

Hay quienes afirman que este fenómeno es meramente cultural, aseveran que es una recreación de las actividades informales que siempre han realizado y conocido los migrantes. Sobre esto podemos decir que no es del todo cierto, ya que el obstáculo de la tara de la regulación gubernamental, fue y sigue siendo impedimento para el proceso de formalización.

Se considera pues a la economía informal como una alternativa para obtener ingresos, especialmente para la población más pobre, dado que, por lo general, su fuerza de trabajo es poco calificada. Esto tiene su correlato en al baja calidad de la educación pública que contribuye a las elevadas y persistentes

---

(12) MATOS MAR, *Desborde popular y crisis del Estado*, cit., p. 106.

(13) HERNANDO DE SOTO, *El otro sendero*, 7ª ed., Oveja Negra, Lima, 1987, p.14.

tasas de pobreza. Si bien es cierto, estas actividades generan la posibilidad de brindar ingresos a los sectores más castigados de la población, a su vez esto lo hacen en bajas condiciones, que resultan sueldos o ingresos reducidos, lo que hace imposible siquiera pensar en que van a aportar a algún sistema previsional. Podemos decir entonces que el problema no es por falta de «cultura provisional»[14]. La economía informal es más una opción de sobrevivencia que de superación de la pobreza[15].

### 3.1.1. Falsos informales

Dentro del denominado sector informal de la economía se encuentran los trabajadores independientes. En un trabajo realizado por la Superintendencia de AFP sobre los independientes que Marcos Rueda recoge, se señala y reconoce que el grupo de trabajadores independientes es heterogéneo y compuesto por subgrupos con características disímiles entre si. En cuanto a los trabajadores los diferencia así:

a. Empleados dependientes que están en planilla.

b. Trabajadores por cuenta propia. Formales.

c. Trabajadores por cuanta propia. Informales.

d. Empleados dependientes que no están en planilla[16].

Del universo de estos trabajadores, se puede identificar que el mayor grupo se encuentra en los empleados dependientes que no están en planilla, pues ha sido latente la vulneración de sus derechos mediante la utilización de modalidades de contrato que encierran y ocultan una verdadera relación laboral –relación de dependencia– bajo contratos civiles y comerciales. Esto no hace sino precarizar el empleo y privar el acceso a la Seguridad Social.

---

(14) «Para las personas que trabajan de forma eventual o intermitente resulta difícil cumplir las condiciones necesarias para acceder a una pensión de jubilación, ya que es necesario satisfacer un largo periodo de trabajo, lo cual implica una estabilidad en el empleo que no está a su alcance. Asimismo es posible que otorguen prioridades a contingencias de carácter más inmediato» (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Pensiones de seguridad social. Desarrollo y reforma*, MTAS, Madrid, 2002, p. 306).

(15) ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, en *Estudios de la Seguridad Social*, Nº 97, AISS, Buenos Aires, 2006, p. 53.

(16) MARCOS RUEDA, Eduardo, «La extensión de la Seguridad Social a los Independientes», en *Asesoría Laboral*, Nº 194, Año XVIII, 2007, p.12.

Un claro ejemplo son los denominados servicios no personales (SNP), que el gobierno a tratado de revertir la situación mediante la emisión del Decreto Legislativo Nº 1057 para el sector público, pero que en la práctica significó más de lo mismo, incluso con el recorte de algunos reconocimientos.

Otra clasificación interesante en virtud a las nuevas definiciones de informalidad que ha precisado la OIT, es evidenciado por Delia Peña, respecto a los falsos independientes distingue:

*a.* *Falsos subcontratistas*: en la práctica son subcontrataciones fraudulentas que ocultan relaciones de dependencia con el objeto de que el verdadero empleador reduzca sus costos laborales.

*b.* *Trabajo a domicilio*: es el caso frecuente del trabajo a domicilio vinculado directamente a la economía de la maquila (calzado, textil, electrónica), que disimula así la relación de dependencia.

*c.* *Falsos cooperativistas de la economía social*: la principal de estas formas, la cooperativa de trabajo, es utilizada a veces para efectuar fraude laboral, haciendo pasar por socios a quienes en la práctica debieran considerarse asalariados.

*d.* *Falsos voluntarios del tercer sector de la economía*: están las ONG que realizan trabajo social comunitario sin fines de lucro y que puede existir fraude laboral, ya que las ONG pueden tener ingresos obtenidos de su asociación con el Estado y tienden a minimizar el costo[17].

En efecto, al existir estas modalidades donde aparentemente no existe relación laboral formal –relación de dependencia–, no están obligados a pertenecer a ningún régimen previsional, dado que la naturaleza de las aportaciones esta circunscrita a la relación de dependencia; salvo que quieran hacerlo de manera independiente. Pero también existen situaciones que tienden a ser voluntarias por parte del trabajador, en la medida que vean aumentadas sus expectativas de ingreso y evitar impuestos sobre el mismo; en este sentido es el *escape al sector informal*, tal como lo ha denominado en su informe el Banco Mundial[18].

### 3.2. Mercado laboral

Este factor es determinante para la configuración de la ampliación de la cobertura, que tiene incidencia directa con el grado de informalidad de la

---

(17) PEÑA LEÓN, Isabel, «Trabajo Informal», en *Actas del VII Congreso de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, UNMSM, Lima, 2007, p. 301.

(18) BANCO MUNDIAL, *Envejecimiento sin crisis*, Banco Mundial, Washington, 1994, p. 140.

economía, y que tiene como punto de partida las políticas económicas y laborales que son los faros orientadores.

Pero estas políticas asumidas por los gobiernos de turno están enmarcadas dentro de un proceso de globalización y que sustancialmente está vinculada al fenómeno de la «flexibilización». Este término ha sido cuestionado y criticado –en una palabra, satanizada– y reacia a los oídos de los trabajadores, pero es posible entender el aspecto positivo si una norma es interpretada o elaborada a favor de los trabajadores. El profesor Russomano nos habla, al respecto, de un segundo nivel, de una flexibilización racional, en el sentido de impedir que las normas laborales, por exceso de rigidez y de minuciosidad, constituyan una traba a la adecuación de las empresas a las nuevas tecnologías industriales, comerciales y rurales. Además, agrega que el error fue llevar la tesis de la flexibilización a límites más profundos, en verdad extremos, proponiéndose la desregulación del Derecho del trabajo[19].

En nuestro país la flexibilización a significado la liberación del mercado de fuerza de trabajo para posibilitar la contratación de un mayor numero de trabajadores con menores remuneraciones y sin estabilidad. Pues bien, el viraje del modelo laboral en el Perú se dio a través de dos dispositivos que significaron los pilares de dicho cambio, que fueron el Decreto Legislativo Nº 728, de 1991 y el Decreto Ley Nº 25593, de 1992. Este ultimo en el ejercicio pleno de la dictadura.

El Decreto Legislativo Nº 728 flexibiliza el empleo y facilita el despido al promover formas de contratación temporal. Es de allí que se gestan las *services* que privan del derecho a las pensiones a miles de trabajadores.

Las fuerzas de libre mercado hicieron eco y orientaron las reformas estructurales hacia la liberación del mercado del trabajo, algunas de esas medidas liberalizadoras, concretamente en el Perú, consisten en lo siguiente:

a. Reducción del salario mínimo vital a su más baja expresión histórica, con tendencia a su congelación y aún a su virtual eliminación.

b. Eliminación de los aumentos generales de sueldos y salarios por vía de decretos.

c. Apertura de una variedad muy grande de modalidades de contratación laboral a término o por plazo determinado y, en general, de las modalidades atípicas de contratación.

---

(19) RUSSOMANO, Mozart Víctor, «Derecho del trabajo y globalización económica», en *Derecho laboral*, T. XLV, Nº 207, Montevideo, 2002, p. 457.

d. Atenuación de los efectos de la estabilidad laboral.

e. Aparición de sistemas privados de Seguridad Social en materia pensionaria[20].

Estamos presenciando nuevos aspectos que nos trae consigo la flexibilización, que no debe traducirse en «precarización laboral», y que nos lleva a repensar sobre el rol del Derecho del trabajo y su incidencia en el Derecho de la seguridad social, dada su condición de complementariedad. El mercado laboral se está homogeneizando «hacia abajo» y los magros sueldos de los trabajadores, bajo el régimen de contratos eventuales, presionan a aquellos que todavía tienen un trabajo estable. En ese sentido, es preciso reafirmar nuestro compromiso sobre la concepción de un derecho del trabajo tuitivo, que es la razón de ser del Derecho del trabajo, orientar a crear condiciones de trabajo que coadyuven a lograr una sociedad basada en el reconocimiento y valoración de sus miembros.

### 3.3. Factor demográfico

Este es el argumento que más ha socavado la solidez del sistema de reparto, es a donde están dirigidas las críticas que formulan los defensores del sistema de capitalización. Señalan que es una variable inexorable y que esta irremediablemente conducirá a una inviabilidad financiera del sistema de reparto de sobrevivir en el futuro. Esto no es del todo cierto, a mi entender el problema fundamental del sistema público no es la demografía, es el problema del mercado laboral: el empleo, es la demanda de la mano de obra. Sin negar que existe una gran influencia de las estructuras demográficas sobre los sistemas de Seguridad Social, la relación es directa porque va determinar el tamaño y la composición de la población, lo que supone la creación o modificación de los programas de protección social, supone un análisis profundo de las características de la población llamadas a beneficiarse de esta protección[21].

Las características de la población están elaboradas en función a la natalidad y mortalidad. Se decía que la tasa de natalidad era mayor en los países en desarrollo. En nuestro caso en las últimas décadas ha ido disminuyendo paulatinamente a una media de tres hijos por mujer hasta el 2005. Esto se debió en gran parte al cambio estructural de la población, puesto que las condiciones de

---

(20) PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *El ajuste económico: perspectiva empresarial*, Centro de Estudios Regionales Andino Bartolomé de las Casas, Cuzco, 1993, p.56.

(21) DUPEYROUX, *Droit de la sécurité socialé*, cit., p. 136.

vida en la ciudad, la falta de espacios habitacionales y las posibilidades de una mayor educación e información; determinan en las familias la necesidad de reducir el número de hijos[22]. Claro está, que el descenso de la fertilidad no va a afectar el número de cotizaciones de inmediato, pero va a incidir cuando estas personas que están naciendo tengan edad laboral.

El fenómeno conocido como «papy-boom», es el crecimiento galopante de los jubilados, debido a la prolongación de la esperanza de vida, y que ha significado un problema para la sostenibilidad de los sistemas de Seguridad Social en los países desarrollados. El problema del envejecimiento empieza a manifestarse notoriamente en el Perú pues basta apreciar el cambio cuantitativo de la esperanza de vida en una sola época, 1995-2005, ha pasado de 65,8 años a 70 años.

El informe realizado por el BBVA resulta más que interesante, pues nos muestra los cambios del entorno demográfico hacia el 2050, en base a proyecciones formuladas en relación a las tasas de fecundidad, mortalidad y migración. Este último con estimaciones y cálculos de crecimiento económico que se espera que desincentive a la población a emigrar, de tal manera que para el 2050 la población peruana será de 43 millones[23]. Esto varía significativamente la composición de la pirámide poblacional donde se acentúa el proceso de envejecimiento. Es más, vamos a tener que hablar de «pilar poblacional» en vez de pirámide, ya que según las gráficas, las dimensiones de la cúpula van a ser parecidas a las de la base.

Esto significa un importante cambio en los esquemas de los sistemas previsionales, pero, insisto, que no es lo más trascendente saber a cuántos mayores hay que mantener, sino tener una visión más global. Así, es necesario abordar al sistema desde una perspectivas de bienes y servicios, es decir, cuántos bienes y servicios es capaz de producir una sociedad y cómo se distribuyen entre la población en esos momentos[24].

## 4. PROPUESTAS DEL SISTEMA PRIVADO

Las propuestas que esgrimen las AFP están circunscritas y dirigidas básicamente hacia un sector específico, los denominados independientes. No puede

---

(22) RENDON VÁSQUEZ, *Derecho a la seguridad social*, cit., p. 114.

(23) BBVA, *Una mirada al Sistema Peruano de Pensiones*, Norma, Lima, 2008, p. 55.

(24) MARTÍNEZ NOVAL, *Los retos de la seguridad social*, cit. p. 209.

ser de otra manera, puesto que estas instituciones persiguen una finalidad lucrativa. Este sector es bastante tentador y rentable para el Sistema Privado de Pensiones (SPP). Además, también pretenden que los miembros de la Policía y Fuerzas Armadas, así como también los miembros de la Caja de Beneficios Sociales del Pescador, pasen a afiliarse al SPP en calidad de independientes[24]. Se pone de manifiesto el *animus lucrandi* de este sistema. Pero, pasaremos a exponer la propuesta realizada por la desaparecida Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SAFP) –por cierto un gran error su eliminación– sobre las bases para ampliar la cobertura del SPP.

El esquema planteado es:

a. Establecimiento del Programa de Aportación para Trabajadores Independientes (PATI).

   - *Esquema de tasas crecientes de aportación al fondo de pensiones*: una aplicación escalonada de tasas de aporte, apuntando a ir incrementado el aporte, según la persona vaya acercándose al beneficio de jubilación, pues esto implica un menor costo de aportación en las etapas iniciales de la vida activa incentivando la afiliación de los más jóvenes al sistema.

   - *Mecanismo para el retiro parcial de fondos*: permite retirar parcialmente los fondos de pensiones, pues esperar hasta la edad de jubilación significa un probable desincentivo, pero se encuentran sujetos a dos criterios: la edad del afiliado y el logro de determinada densidad de cotizaciones al momento de retirar la pensión, se establece en dos momentos 45 y 55 años de edad.

b. Afiliación y recaudación por medio de Organismos No Gubernamentales.

   Una propuesta muy interesante, pero que restringe a las ONG que trabajan con grupos de empresarios de la micro y pequeña empresa, pequeños propietarios y trabajadores independientes. La ONG establecería convenios con una AFP para afiliar personas pertenecientes a su grupo de beneficiarios, actuando como promotor institucional y transfiriendo los aportes hacia las AFP y, a su vez, las AFP le paga una comisión a las ONG; asimismo, el trabajador puede pagar los aportes a través de la ONG o directamente a las AFP[25].

---

24 MORÓN, Eduardo y CARRANZA, Eliana, «Diez años del Sistema Privado de Pensiones», Universidad del Pacífico, Lima, 2003, p. 33.

25 SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE PENSIONES, «Ampliación de la cobertura Previsional en el SPP», Lima, 1999, p. 86.

Las AFP también están pensando en los trabajadores independientes que perciben ingresos mediante recibos por honorarios. Para ello, las empresas contratantes retendrían un porcentaje del pago con fines previsionales, de la misma forma como retienen el impuesto a la renta, con el fin de promover la «cultura previsional», además de proponer facilidades tributarias[26].

Un informe reciente publicado por el BBVA, donde realiza un diagnóstico y una propuesta más que interesante, una vez que identificó la población objetivo, lanza su propuesta para la ampliación de la cobertura. La población objetivo lo determinó en función a la PEA entre los 20 y 64 años, que vienen a ser 12,8 millones, de los cuales 8,2 millones no están comprendidos en ningún sistema, el 40% percibe ingresos por debajo de S/. 500 y el 43% entre S/. 500 y S/. 800.

Propuesta de planes:

**Planes de Pensión por S/. 1 y pensión por S/. 2**

| Tipo de Pensión / Tipo De renta | P1 | P2 | Mínimo años de aportes | 20 años de aporte | Edad mínima |
|---|---|---|---|---|---|
| (-) S/. 500 | S/. 1 diario o S/. 30 al mes | | 15 años | 60% de la pensión mínima | 65 años |
| (+) S/. 500 | | S/. 2 diario o S/. 50 al mes | 15 años | 100% de la pensión mínima | 65 años |

Este cuadro resume la propuesta del BBVA, que a nuestro entender es una propuesta seria que merece ser tomada en cuenta para su posterior aplicación, y que también es aplicable al SNP.

Sin embargo, el SPP debe sortear un problema que lo aqueja desde el punto de vista de los trabajadores del sector independiente, que es a donde se apunta más. En una última investigación del BID, se señala que después de la incapacidad de pago, la otra razón principal para no cotizar es la desconfianza y el desconocimiento hacia el SPP, que está representado con el 25% de los independientes en el Perú, y que es una determinante para el bajo nivel de cobertura del SPP.

26 Publicado en el diario *El Comercio* el 16 de abril de 2002.

## 5. PROPUESTA DEL ESTADO

La propuesta de un sistema previsional para las MYPE es una de las conclusiones del informe final de la Comisión Técnica Tripartita, formada en el 2007 y conformada por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS) y la Oficina de Normalización Previsional (ONP). Esta comisión propuso la creación de un régimen previsional dirigido a los trabajadores y empleadores de las microempresas (MYPE), que es recogido por el Decreto Legislativo Nº 1086[27], Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley de MYPE. Tan larga y extensiva es la denominación como la vulneración de los derechos laborales, dado que esta norma trae más «flexibilización». De esta manera, el Estado puso en marcha la pensión semicontributiva para los trabajadores y titulares de las microempresas, a través de la creación del Sistema de Pensiones Sociales, que establece que los trabajadores beneficiarios no deben estar inscritos en otro régimen previsional; las pensiones sociales son exclusivamente las de jubilación, invalidez y sobrevivencia y la administración y manejo del fondo de pensiones sociales será subastada mediante concurso público a una Administradora de Fondos de Pensiones, Compañía de Seguros o Banco; finalmente, el control y la supervisión estarán a cargo de la SBS.

Es un efecto positivo que los trabajadores de las microempresas tengan seguro social y pensión, pero no debe ser en desmedro de otros con el afán de promover su formalización. El problema no es de reducción de costos laborales sino de reformas tributarias y mayor apoyo crediticio[28]. El gobierno ha usado una reforma positiva y necesaria para darle a los empresarios lo que tanto pedían: la reducción de los llamados «sobrecostos laborales». Hay que quedarse con la parte buena del Decreto Legislativo Nº 1086 y derogar la mala. Hay que separar la paja del grano.

## 6. PROPUESTA ALTERNATIVA: PENSIÓN SOLIDARIA

Hoy más que nunca se necesita de la intervención más activa del Estado en los ámbitos de la economía, ya que se ha puesto en evidencia –para los que no

---

27 El Texto Único Ordenado (TUO), aprobado por el Decreto Supremo Nº 007-2008-TR, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 008-2008-TR, fueron publicados en el diario oficial *El Peruano* el 30 de septiembre de 2008.

28 Tal como señala Carlos Blancas Bustamante en una entrevista publicada en el diario *La República*, edición del 14 de julio de 2008.

querían ver– la incapacidad del mercado de autorregularse. La crisis financiera ha arrastrado a la quiebra y casi desaparición de grandes bancos norteamericanos, donde precisamente las AFP desembolsaron el dinero de los aportantes y que paradójicamente pedían de sobremanera la ampliación de las inversiones fuera del país.

Ante estos embates que resienten la economía mundial y afecta a los sectores más vulnerables, invita a la reflexión y repensar sobre el rol del Estado frente a las consecuencias de las políticas privatizadoras. Es por eso que es perentoria la reforma integral del sistema de pensiones donde el Estado tiene que asumir su papel de líder, haciendo de la seguridad social, una seguridad «desmercantilizada»[29]. La reforma tiene que entender y reconocer que todos los trabajadores forman parte del engranaje del desarrollo del país y, por tanto, merecen ser parte de una política social inclusiva.

En el Perú se han esbozado varias fórmulas hasta la fecha, pero que ha tenido una aparente importancia a partir del informe del Banco Mundial. Entidades y reconocidos especialistas hacen sus mayores esfuerzos para plantear una reforma viable.

Nosotros somos partícipes de la implementación de las pensiones no contributivas – que no es lo mismo que universales– puesto que esta última no está sujeta a comprobación de recursos y tiene su fundamento en el programa de apoyo a la pobreza mas grande en América Latina[30], mediante el otorgamiento de pensiones a quienes nunca aportaron a ningún sistema previsional o estos fueron insuficientes. Esta política no solo se aplica en Chile, los programas de pensiones no contributivas se aplican en Brasil (destina el 1.3% del PBI); Bolivia (0.9% del PBI para un programa universal); Uruguay (0.62% del PBI) y Costa Rica (0.3% del PBI).

El último censo realizado es revelador, de 1'764,000 personas mayores de 65 años (urbano, rurales, ricos y pobres), 1'058,000 personas no tiene pensión; esto representa el 60% de las personas mayores de 65 años. Otro factor en favor de la aplicación de esta política no contributiva, es las elevadas tasas de pobreza producto de la mala distribución del ingreso, donde, según el informe del BBVA el 70% de la población, está conformada por los pobres y los que se

---

29 Se entiende como una manera de proteger a los trabajadores ante la lógica del mercado, otorgando y garantizando una pensión a las personas de avanzada edad sin recursos.

30 Sobre el sistema de pensiones solidarias, Ley Nº 20255, publicado el 17 de marzo de 2008. Ministerio de Trabajo y Previsión Social, Santiago de Chile, Chile.

encuentra en extrema pobreza. El panorama es más revelador en las zonas rurales donde la pobreza alcanza el 69.3% y 31.2% en las zonas urbanas.

Si bien es cierto que el relativo éxito logrado en otros países no significa que suceda de la misma manera en el nuestro, como bien lo señala el Banco Mundial, la combinación acertada de pilares no es la misma en todo tiempo y lugar, sino depende de los objetivos, historia y circunstancia de cada país[31].

En ese sentido, nuestra propuesta de esquema, no difiere de los ya postulados respecto a la implementación de dos pilares, el primero administrado por el Estado garantizando la pensión mínima y, el segundo bajo el sistema de capitalización de manera facultativa u obligatoria, administrado por las AFP e incluso por otras entidades para fomentar la competencia y reducir los costos por comisión. A esto se le suma el aporte solidario de parte del Estado, que incrementa las pensiones más bajas y otorga pensiones a quienes nunca han aportado.

Muchos dirán que el Estado no puede sostener este tipo de esquema, porque no puede desembolsar una cantidad ingente de dinero, o que no estamos en condiciones para hacer lo que se hizo Chile, dado que nuestro PBI inferior y el grado de informalidad superior, entre otras cosas más. Pues bien, entonces comencemos por otorgar pensiones a los ancianos pobres de las zonas rurales. Además, el costo anual en Chile establece una bonificación adicional por cada hijo nacido vivo para las mujeres que cumplan 65 años, lo que no se aplica al caso peruano. En resumen, solo hace falta una fuerte dosis de voluntad política.

Se tiene que focalizar a los beneficiarios de la pensión básica solidaria debiendo reunir requisitos mínimos:

a. Haber cumplido 65 años de edad.

b. Integrar un grupo familiar perteneciente al 60% de la población rural pobre.

c. Tratándose de la población rural, tienen que acreditar su residencia en las zonas rurales con un mínimo de años de permanencia que deberá ser elaborado en función a las demarcaciones territoriales.

Esto es un esquema de partida, y con el pasar de los años debe ir sumando a más población pobre. De manera paralela se debe implementar políticas laborales para fomentar empleos y reducir el margen de informalidad, de manera que disminuya la tasa de pobreza en el Perú.

31 Loc. cit.

Haciendo números el gasto que podría significar la inversión, el economista Pedro Francke afirma que una pensión de 200 soles mensuales para todos los ancianos pobres costaría S/. 120 millones mensuales, el 0.5% del PBI (que el 2007 fue S/. 342,000.000 millones)[29].

Por su parte el economista de la Universidad del Pacífico, Eduardo Morón, señala sobre las pensiones no contributivas, que en el escenario más pesimista, la cobertura en la tercera edad pasaría de 25% a por lo menos 68% en el 2010 y hacia 2025 las proyecciones indican una cobertura no menor de 57% pero podría llegar al 76%[30].

| Costos de las pensiones no contributivas (como porcentaje del PBI) | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Pobres total: Monto | 2010 | 2015 | 2020 | 2025 |
| 400 | 1.98% | 1.78% | 1.59% | 1.39% |
| 300 | 1.49% | 1.33% | 1.19% | 1.04% |
| 183 | 0.91% | 0.81% | 0.73% | 0.64% |
| 100 | 0.50% | 0.44% | 0.40% | 0.35% |

Cada vez más existe un consenso sobre la posibilidad de la pensión solidaria para la tercera edad y, desde nuestra modesta opinión –de repente cargada de platonismo–, es el anhelo de abrazar una sociedad con mayor equidad y justicia social; y definitivamente hay mucho camino por recorrer, resumo lo dicho parafraseando al gran bate de Santiago de Chuco «Hay hermanos muchísimo que hacer».

## 7. CONCLUSIONES

a. Para enfrentar los factores que se presentan como una barrera para mejorar los niveles de cobertura, se requiere de un tratamiento integral, ya que están engarzadas directamente. Esto es a través de políticas laborales, tributarias y del fortalecimiento del aparato productivo.

b. Implementar medidas que tengan por finalidad fiscalizar eficientemente y sancionar las malas prácticas de contrataciones atípicas, desvirtuando y

29 Publicado en *La República*, el 01 de agosto de 2008.

30 MORON, Eduardo, «Resolviendo el problema de cobertura en el Perú», en *El Seminario Internacional de la FIAP*, Mayo, Lima, 2008.

ocultando verdaderas relaciones de dependencia, recortando derechos como el acceso a la Seguridad Social mediante aportes obligatorios.

c. Se tiene claro que los sistemas de pensiones de manera independiente, no alcanzan solucionar por si solos el problema de la ampliación horizontal de la cobertura en pensiones. En ese sentido, es menester la plasmación del sistema de pilares y la pronta unificación del Sistema Peruano de Pensiones.

d. El esquema esbozado de la pensión solidaria, y como está planteado, no parte de una utopía, sino que se recoge de la necesidad de redistribuir los ingresos entre la población menos favorecida, haciéndolos participes del desarrollo macroeconómico que está experimentando el país, de tal manera que podamos estar hablando de una sociedad democrática de derecho, y del papel de la Seguridad Social dentro de este modelo de Estado.

# LICENCIA POR PATERNIDAD: ¿EXIGIR UN DERECHO O ASUMIR UNA RESPONSABILIDAD? COMENTARIOS AL ARTÍCULO 1º DE LA LEY Nº 26644

Karina Díaz Farroñay(*)

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de estas líneas expondremos un trabajo académico elaborado como parte del curso de Derecho laboral especial dictado por el distinguido profesor Fernando García Granara en la Pontificia Universidad Católica del Perú; el cual fue ampliado con el objetivo de ser presentado en esta oportunidad. A pesar de contar con una gama de temas a escoger de cara a la realización del presente trabajo, decidí analizar las licencias parentales(1): permisos por paternidad. Tema que –aunque poco trabajado por autores peruanos– cobra relevancia en el marco de los derechos laborales con los que debe contar todo trabajador, esa importancia ya ha sido acotada en sistemas jurídicos internacionales como el Chileno, por mencionar el más cercano, u otros como el Español.

La preocupación de regular los permisos por paternidad, que en otros países tiene mucho arraigo, no ha sido trasmitida ni adquirida por nuestros legisladores, para los cuales no constituye un tema a considerar; y es que ni

(*) Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad: Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) En el Informe elaborado para la Conferencia Internacional de Trabajo Nº 87, reunión de 1999, se definió el derecho a la licencia parental como aquel permiso a largo plazo que los padres gozarían y destinarían al cuidado del recién nacido o de niños de corta edad, el cual suele considerarse como un medio importante de conciliar la vida profesional y familiar. El texto completo del conforme elaborado puede encontrarse en www.ilo.org

siquiera forma parte del debate público. Sin embargo, somos de la opinión que eso debe cambiar. Consideramos que sí vale la pena –de cara a un mejor sistema de vida laboral y social– concederle un esfuerzo de análisis y un intento de regulación.

Quizá sea muy aventurado de nuestra parte haber dedicado tiempo a su estudio, considerando que se trata de un tema olvidado, pero al mismo tiempo estamos convencidos que esa aventura puede ser el origen de investigaciones más profundas y extensas sobre el tema. Nuestro objetivo es que todo lector, en primer lugar, conozca de la existencia de los permisos parentales en diversos sistemas jurídicos, en segundo lugar que tome conciencia de los beneficios a los que conllevaría su adopción y por último que se internalice la necesidad de una futura –pero no muy lejana– regulación. Ya solo me queda pretender no defraudar las expectativas creadas hasta el momento y que con el presente trabajo se cree un ambiente que amerite la investigación de las licencias parentales.

Atendiendo a que todo permiso por paternidad tiene como antecedente una licencia por maternidad, se ha creído conveniente iniciar el presente trabajo analizando las licencias por maternidad –siendo que son las únicas que cuentan con regulación en nuestro ordenamiento jurídico–. Es que resulta inimaginable vivir en una sociedad en la cual las mujeres que dan a luz tengan la obligación de acudir a trabajar el los días post parto; ello porque no solamente se pone en riesgo la vida del niño y de la madre sino que además no implicaría un trabajo productivo de la madre dadas las condiciones físicas en las que se encuentra.

Como ya mencionamos en párrafos anteriores, estamos ante un tema que ameritaría una amplia investigación; sin embargo, en el marco del presente informe empezaremos abordando un campo general de definiciones, pasando luego a tratar, básicamente, dos aspectos de las licencias por maternidad: su naturaleza jurídica –es decir, la justificación a la que responde–, y el plazo –el tiempo en el cual la trabajadora podrá gozar de la licencia. Conjuntamente desarrollaremos un ámbito más internacional del tema, apelando a la legislación comparada de España (por ser el sistema jurídico más parecido al nuestro), así como a las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)). Como parte final, plantearemos el tema central: los permisos por paternidad en referencia a la limitación que el legislador ha impuesto al goce de los permisos, al ser que solo pueden ser gozadas por la madre excluyendo de forma total al padre del recién nacido, planteando la siguiente interrogante ¿debería ser exigido como un derecho o impuesto como una obligación?

No quisiera iniciar el presente trabajo sin hacer referencia al origen de nuestro interés por abordar este tema. Hace no mucho tiempo –el año pasado– tuvimos la oportunidad de pasar un tiempo en Barcelona (España) y convivir durante meses con una familia en la cual «ella» se encontraba embarazada, viviendo los últimos cuatro meses de gestación en casa descansando y cuidando de su embarazo. Luego que dio a luz a su hijo siguió en casa dedicada exclusivamente al cuidado del bebe, siendo que hasta allí no me causaba impresión alguna puesto que lo mismo acontece en nuestro país. Sin embargo, lo extraño fue saber que «él» también gozó de una licencia –es decir, dejo de trabajar– por un periodo de tres meses. Al preguntarle por dicha situación me comentó que su empleador le daba la posibilidad de gozar de una licencia por paternidad. Ante mi asombró me explicó que por ley tiene la posibilidad de «abandonar» su puesto de trabajo –con la única justificación de haber tenido un hijo– siendo que pasado el lapso se reincorporaría al mismo puesto de trabajo manteniendo las mismas condiciones. Solo viviendo esa experiencia tomamos conciencia de la importancia de la presencia paterna en los primeros días y meses de vida del niño. Un cambio de perspectiva más un poco de entusiasmo me lleva a concluir que en el Perú podemos implementar esa medida, de cara a la búsqueda de un co-desarrollo familiar y laboral.

## 2. DEFINIENDO CONCEPTOS

De forma coloquial cuando deseamos conceptualizar la situación fáctica en la cual la mujer gestante interrumpe la prestación de sus servicios respecto de su empleador lo denominamos «descanso por maternidad». Aunque dicha terminología es representativa y pretende manifestar la situación especial en la que se encuentra la mujer embarazada, la misma no ha sido acogida en el campo jurídico puesto que el término jurídicamente empleado es «licencia por maternidad».

Quizá nuestra ordenamiento ha adoptado por emplear el término «licencia» en el marco de la terminología empleada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tal cual lo expresa la autora Escobedo:

> «Empleamos la palabra licencia ya que este es el término empleado en las versiones castellanas de los documentos de la Organización Internacional del Trabajo, que a nuestro parecer resalta el hecho de que se trata de un concepto que engloba permisos laborales y otros categorías jurídicas».[2]

(2) ESCOBEDO, Ana y NAVARRO, Lara, *Perspectivas de desarrollo y evaluación de las políticas de licencias parentales y por motivos familiares en España y en la Unión Europea*, Universitat Autónoma de Barcelo-

Allí, encontramos una fundamentación razonable al empleo de esa denominación. Como contrapartida a la licencia por maternidad encontramos el «permiso por paternidad» en los países en los cuales dicha figura jurídica existe. Este ha sido concebido como un derecho de los padres de gozar de determinado tiempo libre –de descanso– con la finalidad de destinarlo a la crianza de sus hijos.

Por tanto, las denominadas *licencias parentales*, no se limitan a un tipo de licencia exclusivo de un género; por el contrario, tanto una licencia por maternidad cuanto una por paternidad se «enmarcan en la categoría más amplia de los sistemas de interrupción de carrera»[3]. Entonces, de forma general, una licencia parental puede ser definida como «[...] como un derecho familiar que ha de compartirse entre la madre y el padre, aunque normalmente no pueden obtenerla los dos a la vez [...]»[4].

Ahora que ya contamos con definiciones podemos pasar a analizar ya Ley Nº 26644, específicamente su primer artículo.

## 3. ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY Nº 26644

La ley en referencia fue promulgada en junio de 1996, durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori Fujimori. Dentro de todos los derechos que la ley confiere a una trabajadora gestante, se encuentra el derecho a disfrutar de un periodo de descanso, estableciendo lo siguiente:

> «Artículo 1º.- Precísese que *es derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso posnatal.* El goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el postnatal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto» (las cursivas son nuestras).

Siguiendo la postura adoptada por la OIT –como señalaba en el apartado anterior– nuestra legislación ha preferido caracterizar el descanso conferido

---

na, 2007, en www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/binario/097543.pdf. Es así como se define una licencia parental.

(3) Loc. cit.

(4) Informe elaborado para la Conferencia Internacional de Trabajo Nº 87, reunión de 1999.

como un derecho[5], es decir, como facultad de la cual gozará la trabajadora y la que –al ser determinada por una norma legal– le confiere la potestad de exigir tutela y protección al ordenamiento jurídico.

La situación fáctica que opera como elemento originario del derecho –la misma que funge como única condición impuesta por la norma– es que la trabajadora debe ostentar la condición de gestante[6]. Parece razonable la imposición de esa condición atendiendo a la naturaleza del derecho[7] y los objetivos que se pretenden alcanzar con el otorgamiento de dicho descanso, de otro modo este carecería de relevancia jurídica. De forma lógica se puede deducir que solo una mujer –por el momento– puede ostentar la condición de gestante, por ende, la única que puede gozar del periodo de descanso, no regulando la ley otro tipo de licencia parental.

Para hacerse merecedora de este derecho, la trabajadora como primer paso deberá acreditar su estado de gestación, pero además deberá acreditar que se encuentra en un avanzado estado de gestación. Se ha establecido expresamente una fecha de inicio y una de término del goce del derecho: 45 días anteriores al momento de dar a luz y 45 días posteriores al parto. El lapso establecido varía en cada legislación dependiendo de cada contexto social, cultural, económico y de política de gobierno.

Hasta el momento solo hemos descrito la normativa vigente, específicamente el artículo primero de la Ley Nº 26644 en referencia a las licencias parentales.

A continuación, desarrollaremos –desde una óptica dogmática– la naturaleza jurídica de la licencia por maternidad[8], siendo necesario responder la siguiente interrogante: ¿Qué fundamenta el otorgamiento de una licencia por maternidad? La primera respuesta evidente es: las condiciones físicas de la trabajadora gestante.

---

(5) Entendida como la «facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella». Vide www.rae.es.

(6) Entendida como «dicho de una mujer, o de una hembra de cualquier especie: que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre». Vide www.rae.es.

(7) El derecho al descanso se fundamenta en la necesidad de efectuar un alto a la prestación laboral de la trabajadora tomando en consideración las condiciones físicas en las que se encuentra.

(8) Consideramos necesario señalar que, como toda licencia, la licencia por maternidad supone la suspensión del contrato de trabajo, es decir, el trabajador deja de ejercer su prestación mientras que el empleador sigue obligado a otorgar la remuneración a su trabajador con licencia.

Manteniendo la misma postura, la Oficina Internacional de Trabajo ha señalado lo siguiente:

> «[...] la licencia tiene por finalidad *proteger la salud de la mujer empleada* en virtud de un relación de trabajo y la de su hijo durante el periodo inmediatamente anterior o posterior al nacimiento del niño»[9].

Es decir, tanto en el descanso prenatal como en el postnatal, el fundamento más importante para la concesión de la licencia es la protección de la integridad física de la mujer y del *nasciturus* (sujeto de derecho por nacer) o del recién nacido. Se considera que dicha protección solo es plausible de ser alcanzada en el marco de un descanso físico. Asimismo, se considera trascendental que la mujer, pronta a dar a luz o que acaba de hacerlo, reciba ciertos cuidados especiales como asistencias a centros de salud en constantes oportunidades, la ingesta de medicamentos o vitaminas, el seguimiento de tratamientos médicos especializados, entre otros. Todos esos cuidados no podrían ser atendidos si no es en un ambiente de reposo y de tiempo libre.

Conjuntamente al fundamento de la salud de la trabajadora, encontramos otros fundamentos que sirven de sustento a la licencia por maternidad. Así, por ejemplo, la doctrina española en plena evolución de su normativa ha señalado que las condiciones físicas de la trabajadora gestante no configuran el único fundamento de la licencia, sino que estos han ido ampliándose. Así lo expresa el autor Gorelli Hernández:

> «En un principio esta causa de suspensión estaba prevista ante todo para facilitar la recuperación física de la madre [...] a tenor de su evolución normativa debemos señalar cómo dicho objetivo ha variado; o mejor, a la finalidad inicial se han ido sumando otras»[10].

Como da a entender el autor –en España– la figura de la licencia por maternidad nació teniendo como finalidad alcanzar la recuperación física de la madre. Sin embargo, yendo a la par con los avances doctrinarios y legislativos la finalidad se amplió llegando a considerar la satisfacción de los cuidados del

---

(9) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, Alfaomega, México D. F., 2003, p. 35.

(10) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, «La suspensión del contrato de trabajo por embarazo y maternidad: la nueva regulación española», en *Ius et Veritas*, Nº 21, Lima, 2000, p. 197.

recién nacido. Ese cambio de visión se vio traducido en modificaciones legislativas entre los cuales se encuentra, por ejemplo, ampliaciones al tiempo de goce del derecho. Estos cambios de perspectivas constituirían un buen punto de partida si pretendemos lograr una regulación exhaustiva de las licencias parentales en general.

Consideramos que si bien el derecho al descanso lo ostenta la trabajadora gestante o aquella que recién ha dado a luz, sus efectos y beneficios alcanzan tanto a la propia madre cuando al recién nacido, al padre y hasta al mismo empleador, concretamente, la licencia por maternidad facilita la armonización entre las responsabilidades correspondientes a la vida laboral y la vida familiar.

En referencia al lapso de 45 días prenatal y 45 días postnatal –haciendo un total de 90 días de descanso– establecido por el legislador, como primer punto debemos señalar que constituye una arbitrariedad en tanto no existe razón objetiva alguna que determine la idoneidad del tiempo para alcanzar las finalidades propuestas. ¿Por qué no establecer una licencia de 100, 120 o 140 días? ¿Por qué el legislador optó por conceder solo 90 días de licencia? Pretender responder ambas preguntas implicaría entrar en una guerra de argumentos a favor y en contra de tal o cual lapso de descanso, siendo imposible arribar a una solución satisfactoria para todas las partes. Es por ello que limitaremos este párrafo a dar ciertos datos específico de cómo se ha venido desarrollando el tema de las duraciones de las licencias en un ámbito internacional. Así, la OIT[11] en 1997 publicó datos que revelaban que las licencias por maternidad tenía una duración que oscilaba entre las 12 y las 17 semanas, siendo casos extraños que el periodo sea por debajo del mínimo o superior al máximo establecido. En dicha tabla se puede encontrar, por ejemplo, los siguientes países:

- Colombia, República Dominicana, India, Jamaica, Nicaragua, entre otros cuentan con 12 semanas de duración de la licencia,
- Angola, Camboya, China, Perú, Indonesia, entre otros cuentan con 13 semanas de duración de la licencia,
- Alemania, Argelia, Japón, Irlanda, Suecia, entre otros cuentan con 14 semanas de duración de la licencia,
- Bélgica, Congo, Eslovenia, Finlandia, entre otros cuentan con 17 semanas de duración de la licencia.

---

(11) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, cit., pp. 41 y 42.

De acuerdo a lo establecido por la OIT existe un mínimo de semanas de licencia con los que deben gozar una trabajadora gestante, aún así no existe unanimidad entre las regulaciones internas de cada país. Como lo señalamos líneas arriba toda regulación legislativa responderá a una serie de factores que conjuran a favor de la ampliación del tiempo o a favor de la reducción del mismo. La OIT en la Recomendación Nº 95 emitida en 1952 recomienda que la duración de las licencias sean de 14 semanas distinguidas antes y después del parto, dicho duración también fue acogida por la Unión Europea, de acuerdo a esta recomendación nuestro país esta por debajo del mínimo establecido.

Habiendo hecho referencia a las regulaciones emitidas por la OIT, es necesario comentar el Convenio Nº 156 (sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, dado en 1981) y la Recomendación Nº 165 (Sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares), en tanto, ambas regulaciones –se entiende– reflejan el tratamiento que se considera lo más estable y beneficioso para trabajadoras y trabajadores.

Luego de haber efectuado una revisión de lo emitido por la OIT podemos concluir que ambas presentan y van en busca de una constante: pretenden conciliar la vida laboral con la vida familiar y en virtud de ello conseguir un equilibrio para la persona. Es decir, tienen como objetivo que los Estados miembros de la OIT (y en específico de los Estados firmantes del Convenio) apliquen e introduzcan las recomendaciones en sus políticas nacionales a fin que puedan otorgar las bases y los mecanismos necesarios a cada trabajador, con la intención de que cada uno de ellos cuenten la base normativa que le permita compaginar sus responsabilidades familiares con las laborales.

De la misma forma, ambas normativas presentan como objetivo alcanzar una igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, pretendiendo que el reto sea adoptado por cada Estado. Esa igualdad a la que se aspira se concretizará a través de cada acción ejecutada por el Estado que tenga como meta permitir que todo trabajador con responsabilidades familiares se desempeñe eficientemente dentro de un ámbito laboral sin que ello signifique el descuido de sus responsabilidades de índole personal, básicamente familiares.

Concretamente, en su Recomendación, la OIT ha señalado que el Estado miembro deberá garantizar las condiciones de trabajo –de acuerdo a la situación familiar especial de cada trabajador– debiéndose tomar en cuenta la jornada, los horarios, los turnos de trabajo, vacaciones, días de descanso, etc. Téngase presente que todas estas regulaciones base que establece la OIT, son tanto

para trabajadores a tiempo completo, aplicándose en la medida de lo posible a aquello trabajadores a tiempo parcial.

## 4. AMPLIANDO DE PERSPECTIVAS: LICENCIAS PARENTALES

Habiendo analizado lo referente a legislación peruana existente –haciendo breves comparaciones con legislación comparada– ahora nos corresponde plantear la propuesta del presente trabajo: ampliar las regulaciones legislativas de las licencias parentales, concederle permiso a los padres en el marco de una licencia por paternidad. Somos consciente que a primera vista la propuesta parece aventurada y hasta cierto punto riesgosa económicamente, sin embargo, estimamos que luego de una rigurosa investigación en la materia y discusiones entre las partes involucradas nos llevaría a buen puerto, vislumbrando las primeras soluciones a este situación, la misma que debe cubrir todos los requerimientos establecidos por la OIT, de la misma forma que debe satisfacer los intereses de todos.

Con ello damos por sentado que el presente trabajo no abarca ni la milésima parte de los temas involucrados, vayamos simplemente a un tema: el fundamento de las licencias por paternidad, al ser que por razones obvias tiene como sustento el estado físico de la trabajadora –la gestación– no operaría para el padre. ¿Serviría como fundamento los cuidados que merece el recién nacido? ¿O quizá el fundamento sería el compartir las responsabilidades familiares en referencia a la crianza de un hijo?

Resulta evidente que el padre no sufre ningún cambio en su apariencia física, no sufre cambios hormonales ni lleva dentro de su ser un bebe y por ello es que no podemos pretender justificar el otorgamiento de una licencia en razones de índole biológico o en la recuperación de la salud –como lo había señalado anteriormente–.

Pero, ¿qué debería entenderse por una licencia parental? En términos del autor Luis Flaquier:

> «[...] las licencias parentales son una medida mixta de política familiar y laboral que consiste en regular la ausencia del lugar del trabajo o interrupción de las prestaciones laborales habituales, [...] para atender el nacimiento y la crianza de los hijos[12].

---

[12] FALQUER, Luis, «Las políticas familiares en la Unión Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Nº 50, Madrid, p. 210, en www.mtas.es/publica/revista/numeros/50/Recen06.pdfir.

En la misma línea, la autora española Ana Escobedo señala:

> «Las licencias parentales [...] son formas reguladas de ausencia del lugar de trabajo, o de interrupción de las prestaciones laborales habituales, asociadas a prestaciones económicas [...] para atender el nacimiento y crianza de los hijos [...]»[13].

Ambos autores coinciden que ante una licencia parental hay una ausencia del lugar de trabajo, es decir, que el trabajador no tendrá que asistir a su centro de labores y por ende no prestará sus servicios –elemento típico de toda licencia–. También coinciden que el único objetivo de la ausencia del lugar de trabajo es que dicho tiempo sea destinado al momento del nacimiento o crianza de sus hijos.

Así, mientras en la licencia por maternidad era necesario el estado biológico de gestación de la trabajadora, en el caso de la licencia por paternidad es necesario la ocurrencia de otro hecho fáctico: ser padre[14].

Entonces, debemos sostener que el otorgamiento una licencia parental –más que responder a un tema biológico– responde a brindar una serie de oportunidades, como las siguientes:

- Al niño se le concede el derecho de desarrollarse en un ambiente en el cual su padre se encuentra presente. Así lo ha establecido la OIT cuando señaló que «el bienestar del niño es la razón de ser de cualquier sistema de licencias parentales»[15].
- Al padre de participar activamente en los primeros días, semanas, meses de vida de su hijo.
- A la madre –más que una oportunidad– se le conceden los medios necesarios a fin que cuente con la ayuda del padre del recién nacido, contribuyendo a un mejor cuidado del infante y de la propia madre.

---

(13) ESCOBEDO CAPARRÓS, Anna, *Políticas de licencias parentales y de atención infantil para los menores de tres años y sus familias: el caso español en el contexto internacional*, en www.ief.es/Investigacion/Temas/Genero/AEscobedo.pdf.

(14) No haremos la diferencia entre paternidad biológica y por adopción puesto que para el objetivo del presente trabajo no resulta de mayor importancia. Sin embargo, debo mencionar que en legislación comparada ambos supuestos configuran el supuesto de hecho ante el cual es posible se de una licencia por paternidad.

(15) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, cit., p. 112.

- Igualmente a la madre se le concede la oportunidad de reincorporarse al mundo laboral.

Considerando lo expuesto anteriormente, debo reiterar que una licencia por paternidad concede derechos, facilidades, potestades y oportunidades a las tres partes de una relación paterno/materno - filial, es decir, beneficia a la madre, al padre y al recién nacido.

Analizando el tema de los beneficios que concede –desde un sentido bilateral–, la autora Sarasúa cuando señala que «muchos *hombres* ven en esto la oportunidad de compartir los primeros momentos de vida de sus hijos, mientras para las *mujeres* puede suponer la posibilidad de no desvincularse de sus trabajo por demasiado tiempo»[16].

Habiendo delimitado el concepto de las licencias por paternidad, y precisado su fundamentación, es momento de plantearnos la siguiente interrogante: ante una posible regulación, ¿debería ser empleado como un mecanismo para establecer una igualdad de género? ¿Constituiría un derecho del trabajador? ¿Constituiría la imposición de una obligación a los padres de familia?

Respecto a la primera pregunta, debemos señalar que si consideramos la necesidad de establecer un criterio de igualdad es porque estamos entendiendo que preexiste una situación de desigualdad entre trabajadores y trabajadoras. Según la doctrina, efectivamente, existe desigualdad cuando es la mujer quien –además de trabajar fuera de casa– tiene que realizar los quehaceres del hogar incluyendo el cuidado de los hijos. A esa situación es lo que se le ha denominado «doble jornada», definido por la autora Sarasúa:

> «Cuando las mujeres trabajamos fuera de casa, las obligaciones domesticas siguen estando ahí, y es a nosotras a quienes injustamente corresponde seguir haciéndolas. [...] es lo que se conoce como *doble jornada*»[17] (las cursivas son nuestras).

Desde tiempos remotos, la mujer era la única persona quien tenía a su cargo el cuidado de los hijos, la preparación de los alimentos, el cuidado de la casa y todo lo que ello conlleva –asumiendo en la práctica todas las responsabilidades familiares– como contrapartida, el hombre era el encargado de llevar el sustento económico –lo que significaba salir de casa para conseguir dinero–

---

(16) SARASÚA, Paloma, *Trabaja, mujer, trabaja*, Acento Editorial, Madrid, 1995, p. 84.

(17) Ibídem, p. 73.

no desarrollando ninguna labor que culturalmente era asignada a la mujer. Con el devenir de los tiempos, se estimó necesario configurar una legislación positiva a fin de contrarrestar lo que la costumbre, la cultura y la sociedad había prefijado. Es así que surgen normas que permitieron –por ejemplo– el ingreso de la mujer al mundo laboral.

Sin embargo, el hecho de abrir el mercado laboral a la mujer[18] no trajo como consecuencia una reducción de las labores del hogar; por el contrario, supone un aumento de las mismas, siendo justamente ese el escenario donde opera la figura de la *doble jornada*. Ante la constante desigualdad social y laboral que perjudica a la sociedad es que surge la necesidad de una intervención por parte del Estado. Dicha intervención debe estar orientada a la gestión y ejecución de medidas alternativas que confieran soluciones prácticas para aquellas madres que –a pesar de haber tenido recientemente a su hijo– desean trabaja. Tales medidas podrían ir desde la creación de guarderías estatales hasta el establecimiento de las licencias por paternidad.

Por lo tanto, según la doctrina, las licencias por paternidad ayudan a «[...] favorecer el avance hacia la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito doméstico, y en el trabajo»[19]. Esa igualdad que se pretende instaurar empieza a ser alcanzada luego de la distribución equitativa de las responsabilidades familiares, es decir, se busca que tanto mujer y hombre cuenten con las mismas responsabilidades dentro del hogar, teniendo ambos la oportunidad de desarrollarse óptimamente en su centro de trabajo.

En la misma línea argumentativa, Gorelli señala:

> «[...] estimamos que la promoción legal del disfrute paterno tiene como *finalidad lograr un mejor reparto de las responsabilidades familiares*, que no son exclusivas, ni mucho menos, de la madre. Tradicionalmente las responsabilidades familiares han recaído sobre la mujer, esta es una realidad social absolutamente incuestionable»[20] (las cursivas son nuestras).

---

(18) La doctrina española lo ha denominado «modelo de participación laboral dual» (en el que los dos miembros de la pareja que nuclean dicho hogar o familia trabajan o están en disposición de trabajar) que ha pasado a ser el mas frecuente. Así lo han expresado en «Conciliación de trabajo y vida familiar: licencias parentales. Panorama sociolaboral de la mujer en España», en *Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, Nº 38, Madrid, 2004.

(19) Loc. cit.

(20) GORELLI HERNÁNDEZ, «La suspensión del contrato de trabajo por embarazo y maternidad: la nueva regulación española», cit., p. 197.

Por lo tanto, una legislación que ampare y regule las licencias por paternidad en nuestro país debería tener como fundamento la inclusión del padre en el reparto de responsabilidades familiares del hogar, reparto que originará una participación más activa. Sin embargo, no debemos olvidarnos del infante, del recién nacido, quien tiene el derecho a contar con el ambiente más óptimo para crecer y desarrollarse.

Lo expresado anteriormente encuentra asidero en los constantes cambios sociales que experimentamos, y que hoy por hoy no resulta nada extraño encontrar un padre que sepa como cambiar un pañal al bebe, que sepa como darle de comer, que sepa todo lo concerniente a sus cuidados. En la misma línea la autora Sarasúa, ha expresado:

> «[...] y sin embargo, a pesar de las afirmaciones como esta, una mirada a nuestro alrededor nos permite observar que algo esta cambiando: en los parques *hay cada vez más padres jugando con los niños, en las calles vemos con mayor frecuencia a los hombres empujando cochecitos o llevando a los niños al colegio*»[21] (las cursivas son nuestras).

A estas alturas ya no es posible pensar –siquiera– que es sola la mujer la que debe afrontar con el trabajo del hogar, sino todo lo contrario, se piensa que tanto madre como padre pueden y deben intervenir activamente en el acontecer de los primeros días y meses de vida de sus hijos.

Finalmente, ¿cómo hacer para que la figure opere en el caso peruano? La imposición normativa de las licencias por paternidad no debe ni puede sustentarse solamente en cambios sociales o en la importancia de la intervención del padre en el crecimiento de su hijo (sin restarle importancia a dichos aspectos); sino que resulta indispensable la realización de una serie de estudios que determinen lo siguiente:

- Requisitos que debe cumplir el padre para poder gozar del derecho.
- Los límites temporales del descanso.
- Garantías respecto del mantenimiento de la misma situación laboral.
- Plazos de preaviso al empleador[22].

---

(21) SARASÚA, *Trabaja, mujer, trabaja*, cit., p. 82.

(22) ESCOBEDO Ana y NAVARRO Lara, cit. Las autoras establecen una serie de criterios para los cuales se deben encontrar una respuesta ya que solo así se podrá alcanzar una óptima regulación.

- Las repercusiones en otros ámbitos jurídicos como en el aspecto económico o social.
- La normativa con la que debería ir acorde, es decir, evitar la presencia de contradicciones con otras legislaciones.
- Posibles beneficios [23] para los involucrados.
- La repercusión que pueda tener.

En segundo lugar, será necesario establecer si la licencia por paternidad opera como un derecho o como una obligación. Parecería que –al igual que las licencias por maternidad– son analizadas y consideradas como un derecho que concede el Estado a los trabajadores que se convierten en padres de familia, a fin que estos compartan responsabilidades familiares derivadas del nacimiento del niño, de la misma forma que busca alcanzar un ambiente óptimo para el desarrollo del infante.

La calificación de la licencia por paternidad como derecho es lo predominante en la doctrina. Así lo ha señalado la OIT:

> «El derecho a la licencia parental (permiso [...] para que los padres puedan cuidar a un recién nacido o a niños de corta edad) suele considerarse como un medio importante de conciliar la vida profesional y familiar. Por supuesto, los niños son los primeros beneficiados, pero también lo son los trabajadores, los empleadores y la sociedad en su conjunto»[24].

Un derecho, el cual le confiere al trabajador la facultad de exigir tutela y protección al ordenamiento jurídico para el respeto y cumplimiento del mismo por parte de particulares y por parte de las entidades estatales. Consideramos que sería erróneo considerarlo como una obligación, puesto que ello supondría más bien que el Estado use los medios coactivos que tiene a disposición para que el trabajador haga efectivo la licencia por paternidad, lo cual resultaría ilógico e ineficaz.

---

[23] Se puede sostener que el empleador se verá beneficiado, en tanto el trabajador producirá más si cuenta con un equilibrio emocional, el mismo que implica una mayor motivación y menos tensión al momento de ejercer su prestación laboral.

[24] OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, cit., p. 112.

## 5. CONCLUSIONES

Los tiempos van cambiando, la sociedad va cambiando, las personas vamos cambiando, los ideales y las concepciones de las cosas corren la misma suerte; atendiendo a esa constante resulta necesario e indispensable que el Derecho intente ir a la par de dicha evolución. ¿Qué supone que el Derecho evolucione? Supone que su normativa esté diseñada de acuerdo a los intereses y necesidades que todo ciudadano pretenda satisfacer, es decir, ante un conflicto de intereses el Derecho debe responder concediendo una solución eficiente pero que al mismo tiempo sea acorde con los avances sociales. Así, a lo largo del presente trabajo hemos pretendido establecer las nuevas necesidades de las personas en el ámbito laboral, básicamente aquellas necesidades de los trabajadores gestantes de contar con un apoyo ya sea en los momentos previos al parto o en los posteriores.

Como manifestamos desde un principio, el objetivo del presente trabajo es que los lectores tomen conciencia que existen descansos otorgados a los trabajadores por el mero hecho de haberse convertido en padres e familia, que si bien están concebidos en otras realidades jurídicas, las mismas no distan mucho de la nuestra. Cito para ello el ejemplo de Chile, país en el cual una modificación legislativa en el año 2005 introdujo el goce de licencias por paternidad. Una buena regulación debe ser el resultado de constantes estudios sobre la materia, de investigaciones que den cuenta de sus beneficios como de sus posibles perjuicios, de una participación activa de las partes involucradas, como por ejemplo, escuchar la opinión del sector empresarial en representación de los empleadores, quienes serán –quizá– los que más se opongan a esta medida.

Como advertimos desde un inicio, la propuesta parecería ser aventurada; no obstante, también advertí que una buena regulación sobre las licencias parentales conllevarían a beneficios de gran envergadura como sería la armonía entre responsabilidades familiares y laborales de los trabajadores, la práctica y la experiencia han demostrado lo necesario que es alcanzar ese equilibrio.

Las pautas ya están dadas, solo resta que este menaje llegue a nuestros legisladores y al público en general para que así podamos dar el primer paso teniendo como único objetivo alcanzar esa armonía soñada por nosotros pero vivida y experimentada por muchos otros.

# AMISTAD, RECIPROCIDAD... Y DERECHO LABORAL

Discurso del Profesor Javier Neves Mujica
con ocasión de celebrarse sus 25 años de docencia universitaria
en la Pontificia Universidad Católica del Perú(*)

Ustedes se preguntarán: ¿qué ha ocurrido con unos destacados laboralistas, que parecían tan sensatos, y rinden un homenaje a una persona que no tiene ni la antigüedad académica ni la obra científica que la respalden? Y peor aún, se interrogarán: ¿qué ha llevado a esta persona, que ya daba signos de insensatez, es verdad, a aceptar tal tributo? No hay otra explicación que la amistad, «sentimiento solidario» –le llama Ribeyro–, porque «exige la reciprocidad». La compañía de ustedes en este acto tiene el mismo significado.

Esa amistad es para mí el resultado más importante de los veinticinco años en la docencia, que afectuosamente mis exalumnos recuerdan esta noche. Amistad con algunos casi tan vieja como mi ingreso a la docencia, que es como los libros clásicos, que se releen constantemente, se les conoce a fondo pero siempre se encuentran aspectos nuevos. Con otros, amistad reciente, que se explora con fascinación y se aborda como un libro nuevo, donde mucho está por descubrir. Unos y otros fundamentales, porque lo que importa es la intensidad y no la extensión. Ya lo decía Tu Fu: «Para que una amistad sea profunda no es necesario que sea larga». De esa cálida relación dan cabal testimonio las seis Promociones que cometieron conmigo el «generoso error» –la expresión es de Borges– de elegirme Padrino. Imborrable recuerdo.

Amistad originada en las aulas pero proyectada fuera de ellas. Cuántas veces hemos visto juntos películas estremecedoras como «Grupo de familia», «Nos habíamos amado tanto» o «Adiós a los niños»; cuántas hemos asistido a un

(*) Disertada el día martes 16 de junio de 2009, Auditorio del Centro Cultural de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En este acto fue presentado el Libro Homenaje *Estudios de Derecho del trabajo y de la seguridad social. Libro homenaje a Javier Neves Mujica.*

concierto o escuchado en mi casa y cantado con ellos innumerables canciones de Ana Belén, Nacha Guevara o Chico Buarque; cuántas hemos leído en grupo, con común emoción, a Walt Withman, Constantinos Cavafis o Luisito Hernández; cuántas hemos viajado dentro o fuera del país, compartiendo aventuras académicas y turísticas; cuántas conversaciones, casi nunca jurídicas ni patrimoniales y, por tanto, memorables. Todo ello se ha apoyado, debemos reconocerlo sin hipocresía, sobre toneles de vino, consumidos –como quería Li Tai Po– «para ahogar la tristeza de diez mil generaciones». Hemos ejercido plenamente la filosofía de Savater: «no se debe beber demasiado: solo lo justo para emborracharse».

Por eso ahora tratamos de no ser abogados a tiempo completo y dedicación exclusiva. Tenemos muy clara la advertencia de «El Principito»: aquel «que nunca ha olido una flor, ni ha mirado una estrella, y que jamás ha querido a nadie [...] no es un hombre, ¡es un hongo!».

Quizá sea esto lo que mis exalumnos sienten que deben agradecer, pero los sentimientos que han sido capaces de suscitar en mí ¿merecen gratitud? Entonces, los que yo he provocado en ellos, también. Al creer recíprocamente que debemos gratitud y no nos la deben, practicamos el consejo que un viejo profesor chino le dio al entrañable poeta y traductor Guillermo Dañino: «Cuando hagas favores, no los recuerdes; cuando recibas favores, no los olvides». Finalmente, mi cuenta sentimental con ustedes está tan en rojo como la bancaria y como mis convicciones políticas.

Mi vocación docente se la debo a los jesuitas, a los del Colegio de La Inmaculada y a los de la Universidad Católica. Ellos me contagiaron la pasión por la enseñanza. Paulo Freire decía que la educación es diálogo, comunicación, afecto; que todos somos a la vez educadores y educandos; que nadie se educa solo. Con esos ideales empecé mi actividad pedagógica en la Universidad Católica, primero como asesor del Taller de Derecho, entre 1978 y 1982, y luego como profesor contratado en 1983.

Había ingresado a la Facultad como alumno, en 1973, gracias a Marcial Rubio. Sentía carecer de las cualidades de aplomo y oratoria que debía poseer un abogado. Tenía pánico de llevar el curso requisito que dictaba en «estudios generales» un profesor brillante pero inquisitivo y mordaz hasta la agresión. En el cuarto semestre no tuve más remedio que inscribirme, pero decidí no ir a clases, aunque perdiera el curso y con ello la opción por el Derecho. Un día unos compañeros me preguntaron por qué no asistía y cuando les di mis razones me informaron que ese profesor había sido reemplazado por un jovencito, medio gordito y muy bonachón: Malulo. No falté más, me encantó el curso y

aprobé el requisito. Pero aprendí también, con el ejemplo adelante, que había otra manera de ser abogado: sencillo, discreto, progresista, que era la que yo quería para mí.

Luego Marcial Rubio presidió los jurados que me otorgaron los grados académicos de bachiller y magíster en Derecho y el título profesional de abogado.

También gracias a Marcial Rubio ingresé a la docencia. El me sugirió para dictar el curso de «Metodología de la investigación jurídica». Nuevamente entré en pánico. Me sentía como el Salieri de Milos Forman: con la vocación pero sin la habilidad. Pese a que literalmente me encerré a preparar el curso, cuando comenzaron las clases me percibía –en palabras de Antonio Cisneros– «como un gato en una estaca rodeado por las aguas». Mi discurso rápido y tembloroso, mi cuerpo sudoroso. Solo pudo salvarme la acogida comprensiva y hasta tierna que me brindó la primera promoción a la que dicté. En ella, Alfredo Villavicencio, que ya trabajaba conmigo en Desco, ejercía un importante liderazgo, que influyó sobre sus compañeros para que me toleraran. Me salvó también mi afecto por el oficio de profesor. Como el Beethoven de la carta-testamento: cuando estaba por abandonar, atormentado por su sordera, el amor a la música lo sostuvo.

Padecí la extrema inestabilidad laboral propia de un joven contratado: me pasearon por todos los cursos del área laboral: Derecho laboral, Derecho colectivo del trabajo, temas de Derecho laboral 1 al 3, seguridad social, etc. El recorrido me fue muy útil para adquirir, aunque fuera a la fuerza, una visión panorámica de toda el área.

No obstante, hice una carrera acelerada: llegué a principal apenas once años después de ingresar a la enseñanza, fui Coordinador del Área, Jefe del Departamento y Decano de la Facultad.

El desarrollo intelectual que facilita la docencia es extraordinario: nadie prepara mejor una materia que cuando asume con responsabilidad la misión de enseñarla. El reto es mucho mayor que en el ejercicio profesional, porque en la formación que impartimos está en juego el progreso del Derecho y del país. Pero el desarrollo afectivo, materializado en la relación que se entabla con los alumnos, es más grande todavía. Quizá el primero favorece, más bien fuera de la Universidad que dentro, la percepción de mejores salarios directos; pero el segundo garantiza los indirectos, que nos permiten ser más y no tener más. Sobre todo para un viejo solitario, que podría decir como Joan Manuel Serrat en su canción: «que por una sonrisa doy todo lo que soy, porque estoy solo y tengo miedo».

«Un buen ciudadano ha de limitarse a aportar a su país –recomendaba Zola– el trabajo que realiza con menos torpeza». El trabajo que se moriría si se

le privara de hacer, que siente que debe hacer, y en torno al cual construye su vida, recomendaba Rilke. Tal es para mí la docencia.

Hoy me percibo como un profesor de Derecho y no como un abogado que enseña. Por eso cuando lleno formularios, en el casillero sobre profesión, escribo profesor y no abogado También porque según las encuestas de opinión sobre credibilidad de las ocupaciones, a los profesores nos creen 82% de las personas y a los abogados apenas 21%

El año en que fui Ministro de Trabajo no dejé la docencia, pero tuve que reducir mi carga. Para compensar la tristeza de verme sustancialmente sustraído de la Universidad Católica, me rodeé de exalumnos en los puestos clave: Viceministro de Trabajo, Jefe de Gabinete de Asesores y todos sus miembros, Director Nacional y Regional de Trabajo, Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, etc. Así me hacía la ilusión de que llegaba cada día a la Universidad Católica y me aseguraba, además, un equipo de excelente calidad y de absoluta confianza. Mis clases eran los sábados. Dictaba «Seminario de integración». Y las sesiones eran tan horizontales que un alumno me dijo una vez: «Lo peor de Toledo son sus colaboradores». Se hizo un silencio sepulcral, hasta que yo solté una carcajada. Parece que recién entonces se dio cuenta de sus palabras y quiso aclarar: «No, me refiero a su familia, a su partido, no a sus ministros». Pero ya era tarde, la risa era general.

La contribución que puedo haber tenido consistiría en haber abierto espacios en la docencia para jóvenes calificados y motivados, haber facilitado la existencia de vínculos profesionales y personales entre ellos, pese a pertenecer a diferentes generaciones y tener posiciones distintas y hasta antagónicas y haber fomentado intereses diversos al Derecho. Todo ello ha favorecido que nos sintamos parte de un colectivo. Sí, quizá soy el principal fabricante de abogados laboralistas propatronales en el Perú. Pero cada alumno debe elegir su opción de modo consciente y libre; el profesor no debe intentar imponerla. Por practicar la pluralidad somos una auténtica Universidad y no una escuela de adoctrinamiento como algunos quisieran convertirla.

El aporte de ese grupo a la renovación del Derecho del trabajo en el Perú es enorme. Dentro y fuera de la Universidad. Dentro, nuestra área laboral es hoy una de las más sólidas. Ha reformado su plan de estudios, definido nuevos contenidos y métodos y creado un Diploma y una Maestría de excelente nivel. Fuera, ha producido la mejor doctrina. Tenemos un alto número de profesores con doctorados y maestrías obtenidos en el extranjero y en el Perú, con las más altas calificaciones. No es posible concebir una revista jurídica o un seminario

sobre temas laborales, en el que no figuren miembros de ese colectivo. El libro que han preparado para mí es una óptima expresión de la calidad alcanzada.

No lo canso más. Termino expresándoles mi mayor gratitud, infinita –y contrariando a Vinicius de Moraes– también eterna, a mis profesores, a mis alumnos y exalumnos, especialmente a mis ahijados, a mis asistentes y ex asistentes de docencia.

Gracias al comité organizador de este libro homenaje, por la ardua tarea emprendida con tanto cariño.

Gracias a cada uno de los autores, especialmente a quienes escriben con menos frecuencia y han hecho este esfuerzo por mí.

Gracias a la Editorial Grijley, por la estupenda presentación de la obra.

Gracias al Estudio Miranda & Amado, que ha corrido con toda la parte logística de esta ceremonia.

Gracias a Jorge Toyama y Alfredo Villavicencio por sus afectuosas palabras sobre la obra y mi trayectoria.

Gracias a Kike Arias, por las horas invertidas en la revisión de los numerosos trabajos reunidos en el libro y por su apoyo como conductor de esta reunión.

Gracias, otra vez, a todos ustedes, por su compañía esta noche y, sobre todo, por su amistad. «Les adeudo –como dice Alberto Cortéz– la paciencia de tolerarme las espinas más agudas, los arrebatos del humor, la negligencia, las vanidades, los temores y las dudas».

En reciprocidad, o quizá en represalia, a la salida les van a entregar un librito que reúne mis palabras en las ceremonias de graduación de las promociones de las que fui Padrino y unos relatos sobre la vida de un estudiante en una revista de Derecho. Unos y otros me expresan plenamente. Recordando de nuevo al amigo de Guillermo Dañino: «El don es ligero, lo que pesa es el afecto».

Laborem 9

Revista de la Sociedad Peruana de Derecho
del Trabajo y la Seguridad Social, se
terminó de imprimir en la ciudad de
Lima en febrero de 2010.