SPDTSS

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

# VII

# CONGRESO NACIONAL DEL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

*Lima, 26, 27 y 28 de octubre de 2016*

**Escriben:**

Alfredo Villavicencio Ríos
Ana Nelly Calderón Tarrillo
Anna Vilela Espinosa
Boris Sebastiani Araujo
Carlos Alberto Quispe Montesinos
Carlos Guillermo Morales
Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger
César Alfredo Puntriano Rosas
Christian Eduardo Aguirre Cárdenas
Daniel Ulloa Millares
Edgardo Sergio Balbin Torres
Elmer Guillermo Arce Ortiz
Fiorella Peyrone Villacorta
Gabriel Acurio Salazar
Juan Andrés Dueñas Escobar
Gabriela Salas Zuñiga
Guillermo Boza Pró
Gustavo Jorge Rojas
Jaime Zavala Costa
Jorge Luis Mayor Sánchez
Jorge Toyama Miyagusuku
José María Pacori Cari
Josef Antonio Mimbela González
Karla Evelyn Zuta Palacios
Luis Enrique De La Villa Gil
Luis Serrano Díaz
Luz Pacheco Zerga
Martín Fajardo Mori
Mauricio Matos Zegarra
Michael Vidal Salazar
Miguel F. Canessa Montejo
Mónica Pizarro Díaz
Omar Toledo Toribio
Orlando De Las Casas
Roberto Matallana Ruiz
Saulo R. Galicia Vidal
Simon Deakin
Víctor Marín Pérez
William Quispe Lovatón
Willy Monzón Zevallos
Yordan Feler Romero Mendoza
Zaira Grimaldina Ventura Vega

*Lima — 2016*

**VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**
*Primera edición, octubre de 2016*

***© Copyright:***
Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**Cuidado de la Edición:**
Martín Alberto Carrillo Calle

**Impresión y encuadernación:**
Multigrafik SAC
*Octubre, 2016*

**Diagramación:**
Johnny Torres

**Diseño de carátula:**
Martín Pérez Robles

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
N.º 2016-14309

ISBN: .....

Tiraje: 850 ejemplares

*Impreso en el Perú - Printed in Peru*

***Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del titular del Copyright.***

# VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

## Libro Oficial

*Lima, 26, 27 y 28 de octubre de 2016*
Centro de Convenciones del Colegio Médico del Perú

# INFORMACIÓN GENERAL

## Comisión Organizadora

Martín Carrillo Calle (Presidente)
Guillermo Boza Pró
Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger
María Katia García Landaburu
Estela Ospina Salinas

## Jurado calificador Ponencias libres

César Gonzáles Hunt (Presidente)
César Abanto Revilla
Carlos Quispe Montesinos

## Jurado calificador Monografías Universitarias

Daniel Ulloa Millares (Presidente)
César Lengua Apolaya
César Puntriano Rosas
Lidia Vilchez Garcés

## Consejo Directivo 2015-2017

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

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

### *Asociados activos*

Abanto Revilla, César
Acevedo Mercado, Jorge Luis
Alva Hart, Beatriz
Ampuero de Fuertes, Victoria
Aparicio Valdez, Luis (+)
Arbulú Alva, Luis (+)
Arce Ortiz, Elmer
Arévalo Vela, Javier
Balbín Torres, Edgardo
Balta Varillas, José
Barrenechea Calderón, Julio César
Beltrán Quiroga, Jaime
Boza Pró, Guillermo
Butrón Fuentes, José (+)
Canessa Montejo, Miguel
Carrillo Calle, Martín
Castillo Montoya, Nixon
Castro Otero, José Ignacio
Cavalié Cabrera, Paúl
Ciudad Reynaud, Adolfo
Cornejo Vargas, Carlos
Cortés Carcelén, Juan Carlos
Crisanto Castañeda, Ana Cecilia
Cuzquen Carnero, Jaime
De las Casas de la Torre Ugarte, Orlando
De los Heros Pérez Albela, Alfonso
Espinoza Escobar, Javier
Ferro Delgado, Víctor
Franco Pérez, Julio
Gamarra Vilchez, Leopoldo
García Granara, Fernando
García Landaburu, María Katia
Gonzáles Hunt, César
Gonzáles Nieves, Orlando
Guzmán Barrón Leidinger, Cecilia
Herrera Gonzáles-Pratto, Isabel
Herrera Vásquez, Ricardo
Lengua Apolaya, César

Marcenaro Frers, Ricardo
Matallana Ruiz, Roberto
Matos Zegarra, Mauricio
Mayorga Miranda, Víctor
Mejía Madrid, Renato
Mendoza Legoas, Luis
Morales Corrales, Pedro
Morales Gonzáles, Néstor
Morales Morante, Carlos Guillermo
Mortola Flores, Italo
Neves Mujica, Javier
Nuñez Paz, Sandro
Ospina Salinas, Estela
Pacheco Zerga, Luz
Paredes Palacios, Paúl
Pasco Cosmópolis, Mario (+)
Pasco Lizárraga, Mario
Pilotto Carreño, Luigino
Pizarro Díaz, Mónica
Prelle Mayuri, Herbert
Puntriano Rosas, César
Quiñones Infante, Sergio
Quispe Montesinos, Carlos
Ramírez-Gastón Ballón, Germán
Saco Barrios, Raúl
Sanguineti Raymond, Wilfredo
Servat Pereira de Sousa, Roberto
Toledo Toribio, Omar
Toyama Miyagusuku, Jorge
Tsuboyama Shiohama, Liliana
Ugaz Olivares, Mauro
Ulloa Millares, Daniel
Vidal Bermúdez, Alvaro
Vidal Salazar, Michael
Vílchez Garcés, Lidia
Vilela Espinosa, Anna
Villacorta Ramírez, Edmundo
Villavicencio Ríos, Alfredo
Vinatea Recoba, Luis
Zavala Costa, Jaime
Zavaleta Cruzado, Roger

## *Asociados honorarios*

Alonso Olea, Manuel (España) (+)
Barbagelata, Héctor Hugo (Uruguay) (+)
Blancas Bustamante, Carlos (Perú)
Buen, Néstor de (México) (+)
Capriata D´auro, Jorge (Perú)
Elías Mantero, Fernando (Perú)
Ermida Uriarte, Oscar (Uruguay) (+)
González Rosales, Guillermo (Perú) (+)
Javillier, Jean Claude (Francia)
La Hoz Tirado, Ricardo (Perú) (+)
Leguía Gálvez, Joaquín (Perú) (+)
Montoya Melgar, Alfredo (España)
Morgado Valenzuela, Emilio (Chile)
Nugent López Chávez, Ricardo (Perú)
Ojeda Avilés, Antonio (España)
Palomeque López, Carlos (España)
Pla Rodríguez, Américo (Uruguay) (+)
Russomano, Mozart Víctor (Brasil) (+)
Suárez González, Fernando (España)
Vargas Vargas, Javier (Perú) (+)

# Introducción

Del 26 al 28 de octubre de 2016 se llevará a cabo el VII Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho y de la Seguridad Social que abordará, entre otros temas, la negociación colectiva, la interpretación de los jueces al resolver los conflictos laborales y las modificaciones de las condiciones de trabajo por iniciativa del empleador.

Como es tradición en los Congresos Nacionales de la SPDTSS, hemos seleccionado temas de actualidad que sin duda serán de valiosa utilidad para generar debate y discusión entre los participantes.

En esa perspectiva, el presente volumen -que se entregará al inicio del congreso- incluye las conferencias magistrales de los dos profesores extranjeros y de los seis los ponentes oficiales, lo que se constituye en una gran ventaja para los participantes en el congreso pues permite la inmediata revisión y análisis del texto escrito, lo que implica una gran ayuda para la consolidación de los conceptos y planteamientos propuestos por los expositores.

En este congreso contamos con dos expositores extranjeros de primer orden y máximas calificaciones. La conferencia magistral de apertura estará a cargo del Profesor Luis Enrique de la Villa Gil, Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid (España), quien disertará sobre la "Miseria y esplendor del modelo democrático de relaciones de trabajo". En tanto que la conferencia de clausura estará a cargo del profesor Dr. Simon Deakin, Profesor de la Universidad de Cambridge (Inglaterra) quien ofrecerá una conferencia sobre "Derecho Laboral y Desarrollo".

El tema I, "Negociación colectiva: nuevos espacios y contenidos", estará a cargo de los ponentes oficiales Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos. En el tema II, "La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y

sus límites", estará a cargo de Omar Toledo Toribio y de Mónica Pizarro Díaz. En tanto que el tema III, "Las modificaciones de las condiciones de trabajo por iniciativa del empleador" estará a cargo de los colegas Cecilia Guzmán Barrón y Guillermo Boza Pró.

Este libro se constituye así en un nuevo aporte de la SPDTSS dirigido a contribuir al desarrollo del derecho del trabajo peruano, en la perspectiva de avanzar y consolidar un modelo democrático de relaciones de trabajo basado en el diálogo social de trabajadores y empleadores.

Adicionalmente se realizarán seis mesas de debate sobre el teletrabajo, las invenciones laborales, la protección de los datos personales en el ámbito de las relaciones de trabajo, los trabajadores extranjeros, la discapacidad y género e igualdad en el derecho del trabajo. Por su naturaleza la intervención de los panelistas no es incluida en el presente libro, pero estamos seguros que serán profundamente aleccionadoras por la calidad de los panelistas.

Deseo finalmente destacar que la realización de este congreso sólo ha sido posible gracias al denodado esfuerzo de la comisión organizadora que preside Martín Carrillo Calle. A él y a sus integrantes mi más profundo reconocimiento.

Disfrutemos todos de este Congreso y esperemos que sea una herramienta para el fortalecimiento y el progreso de nuestra disciplina.

Adolfo Ciudad Reynaud
*Presidente de la SPDTSS*

# Presentación

Con especial satisfacción, entregamos a la comunidad de abogados laboralistas, magistrados, profesionales que prestan servicios en las autoridades administrativas de trabajo, consultores, académicos, y a todos aquellos interesados en los aspectos legales de las relaciones de trabajo, tanto en el ámbito de la actividad privada como en el servicio civil, el libro oficial que recoge las 42 ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que convoca bienalmente la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS).

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante la Resolución Ministerial N° 149-2016-TR, le ha dado "carácter oficial" a esta séptima versión del Congreso Nacional, convalidando en el plano formal, lo que es un dato en la dimensión real, es decir, el destacado posicionamiento que ha alcanzado -en nuestro mundo académico y profesional- esta iniciativa de la SPDTSS.

El VII Congreso Nacional, a diferencia de sus seis versiones precedentes, no tiene un nombre en particular que lo identifique, pues en esta oportunidad no hemos querido construir un título formado con los principales temas tratados en el mismo, ni recurrir a fórmulas ya utilizadas, como "desafíos y perspectivas", "alcances y eficacia", "retos", "tendencias y perspectivas", todas ellas válidas para describir las circunstancias permanentes a la que se encuentra sometido el derecho del trabajo, desde que se convocó el I Congreso Nacional en el año 2004.

De las 42 ponencias que conforman este libro oficial, 13 lo han sido por invitación a sus respectivos autores. Este es el caso de los 6 ponentes oficiales, de los 5 panelistas y de los 2 profesores extranjeros invitados, para iniciar y concluir -con sus respectivas conferencias magistrales- el programa del VII Congreso Nacional.

Las otras 29 ponencias, a las que se les adjetiva como libres, han sido presentadas en respuesta a la convocatoria oportunamente formulada por la SPDTSS,

las mismas que han sido objeto de evaluación de un jurado calificador, el que ha recomendado su publicación. En tanto las ponencias libren complementan la reflexión aportada por los ponentes oficiales, 14 de ellas han tenido la oportunidad de ser expuestas en sus aspectos sustanciales, por sus respectivos autores, ante el pleno del VII Congreso Nacional. La diversidad de espacios profesionales que ocupan los autores de las ponencias libres, nos advierten del amplio espectro cubierto por la convocatoria efectuada, en tanto contamos con aportes de abogados litigantes, funcionarios públicos de las superintendencias de administración tributarias y de fiscalización laboral, profesores universitarios, asesores y abogados corporativos, profesionales que laboran en agencias internacionales y consultores independientes.

La imagen que identifica al VII Congreso Nacional no es solo una circunstancial elección estética dentro de la plástica peruana. Es un homenaje a su autor y también es una coincidencia con el mensaje que nos ofrece, uno de sus murales más conocidos. Teodoro Núñez Ureta (Arequipa, 1912- Lima, 1988), es un pintor autodidacta que demostró sus condiciones artísticas en diversos géneros pictóricos: acuarela, oleo, tinta, acrílico y, de manera singular, en los murales, que hoy siguen dando testimonio de su talento en ciudades como Arequipa (como en el antiguo Hotel de Turistas o en el Colegio Militar Francisco Bolognesi), Lima (como en Panteón de los Próceres, en la antigua sede del Ministerio de Educación o en la Municipalidad de Miraflores) y Tarma (en el antiguo Hotel de Turistas), los cuales fueron declarados patrimonio cultural de la nación en 1993.

El mural titulado "La construcción del Perú", con unas dimensiones de 6 x 16 metros, fue pintado en el año 1954 por Nuñez Ureta, en el entonces Ministerio de Economía, hoy sede del Ministerio Público-Fiscalía de la Nación, ubicada en la cuadra 5 de la avenida Abancay, en el Cercado de Lima. En el año 1959, Nuñez Ureta ganó el premio Nacional de Fomento a la Cultura en la categoría pintura (Premio Ignacio Merino), por este mural.

"La construcción del Perú", es la imagen presente en toda la línea gráfica del VII Congreso Nacional, por representar la laboriosidad de los peruanos, sean o no asalariados, que saben superar los retos que impone la diversidad geográfica, poniendo inspiración y transpiración, en sus labores cotidianas, como: pescadores, petroleros, albañiles, picapedreros, agricultores, mineros, carpinteros y ganaderos, representados todos ellos en dicho mural. "La construcción del Perú", es y sigue siendo una obra colectiva, donde se requiere de más actores y menos espectadores. "La construcción del Perú", es también, una invitación a reconocer y valorar debidamente, el importante aporte de quienes ofrecen su fuerza de trabajo.

## CONFERENCIAS MAGISTRALES

Luis Enrique de la Villa Gil, Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid (España), está vinculado al mundo académico y profesional peruano, en su condición de Profesor

Visitante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Profesor Honorario de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco. Es además, miembro honorario del Colegios de Abogados de Trujillo.

En su artículo: "Miseria y esplendor del modelo democrático de relaciones laborales", que se inicia con unos versos de Emilio Adolfo Westphalen y concluye con otros de Blanca Varela, lo que advierte su conocimiento de la obra poética de dos de los mayores representantes de la poesía peruana, el profesor De la Villa Gil nos ofrece los requisitos que debe de cumplir un modelo de relaciones laborales, para merecer el adjetivo de democrático, para luego caracterizar las instituciones del derecho del trabajo, que operan en el nacimiento, desarrollo y extinción de la relación laboral, en el ámbito de los derechos individuales, así como de la libertad sindical y sus manifestaciones de negociación y conflicto, en el ámbito de los derechos colectivos, en donde destaca la doble paradoja del convenio colectivo, en tanto hecho singular tanto en lo que respecta al derecho privado como al derecho público. El autor cierra su reflexión, tratando el sistema de protección social y la configuración histórica del Estado de Bienestar, advirtiendo los factores y circunstancias que lo ponen en riesgo en la actualidad.

Por su parte, el doctor Simon Deakin, es profesor de la Facultad de Derecho y Director del Centre for Business Research de la Universidad de Cambridge (Inglaterra). En su trayectoria académica cabe destacar que ha sido investigador asociado y profesor visitante en universidades de Estados Unidos, Francia, Australia, Italia y Japón. En el año 2012, recibió el doctorado honorario de la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica). Sus investigaciones se caracterizan por la interdisciplinariedad, en tanto relaciona el derecho laboral con los estudios socio-económicos y corporativos. Fue relator general del tema "derecho del trabajo y desarrollo", en el XXI Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, realizado el año 2015 en Sudáfrica.

En su artículo "Derecho laboral y desarrollo: nuevos conceptos y evidencias y su aplicación en América Latina", el profesor Deakin sostiene que la legislación laboral contribuye al desarrollo, en tanto que cubre los riesgos inherentes al mercado de trabajo y sienta las bases para un crecimiento caracterizado por ser sostenible e inclusivo. Las normas laborales de sentido protector, tienden a incrementar el empleo formal, disminuyen el desempleo y aumentan el poder de negociación de los trabajadores, lo que en consecuencia, lleva al incremento de la participación de los trabajadores en las cuentas del ingreso nacional.

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA: NUEVOS ESPACIOS Y CONTENIDOS

Las ponencias oficiales en este tema, han estado a cargo de Alfredo Villavicencio Ríos y de Jaime Zavala Costa.

Villavicencio Ríos ofrece los resultados de un estudio en el que se han revisado más de 500 convenios colectivos, lo que le permite caracterizar como hiper descentralizado a nuestro sistema de negociación, en tanto la gran mayoría de convenio

se celebran en unidades infra empresariales. En contenido de estos convenios es bastante tradicional, en tanto regulan principalmente las condiciones de trabajo y las relaciones entre las partes. La relativa novedad es la inclusión, aunque aún de manera marginal, de cláusulas sobre formación profesional y sobre mecanismos de solución de controversias.

Por su parte, Zavala Costa identifica el contrapliego como el instrumento que los empleadores cuentan, para promover una flexibilidad negociada, de acuerdo a las características de la empresa y del mercado en el cual ella opera. Propone también que por vía convencional, se regulen derechos laborales inespecíficos, tales como la intimidad, el honor y la igualdad de género, de los cuales son titulares, tanto el trabajador como el empleador. Zavala Costa concluye su ponencia, con un listado de materias sobre las que no se debería pronunciar un tribunal arbitral, por lo que resultan temas excluidos de todo laudo con el que se busque dar solución a un conflicto colectivo de trabajo.

A las dos ponencias oficiales que acabamos de reseñar, se le suman 14 ponencias libres.

La seguridad y salud en el trabajo es la preocupación central de 3 de estas ponencias: 2 con carácter general, y la tercera con un interés sectorial: construcción civil.

Ana Nelly Calderón Tarrillo ("La negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo"), hace un estudio de los convenios colectivos celebrados entre los años 2012 y 2014, que se encuentran registrados en la Dirección Regional de Trabajo de La Libertad, y que contienen cláusulas sobre prevención de riesgos laborales. La autora propone unas cláusulas tipo en la materia, que empleadores y trabajadores pueden incluir en sus futuros convenios colectivos.

Fiorella Peyrone Villacorta ("Los nuevos espacios de la negociación colectiva y su incidencia en seguridad y salud en el trabajo"), advierte el uso incipiente que hacen las partes del convenio colectivo para regular los riesgos laborales, pese al carácter de norma mínima que tiene la legislación que regula la materia.

Por su parte Christian Eduardo Aguirre Cárdenas ("Apuntes sobre la negociación colectiva dentro del sector de construcción civil: una mirada desde la seguridad y salud en el trabajo"), señala que hay una subutilización del convenio colectivo como fuente de regulación y que cuando se recurre a este, las partes optan por monetarizar riesgos antes que por incluir medidas de prevención.

El convenio colectivo como fuente de la igualdad de género, es abordado por Gabriela Salas Zuñiga ("La negociación colectiva: un catalizador para la igualdad de género. Desafíos y propuestas para aprovechar el potencial transformador de la negociación colectiva en materia de igualdad de género"), quien asigna una potencialidad transformadora a lo que se discuta y acuerde en una negociación colectiva en materia de igualdad. Para el efecto, propone discutir el establecimiento de una cuota de género entre los representes de los trabajadores y que las organizaciones sindicales hagan parte de su política institucional una agenda de trabajo por la igualdad de género.

Otro tema que ha merecido una reflexión, es el ejercicio de la negociación colectiva por parte de los trabajadores bajo el régimen del teletrabajo.

César Alfredo Puntriano Rosas ("La "telenegociación colectiva" como derecho fundamental de los teletrabajadores"), aborda el tema de la unidad de negociación y el de los contenidos del convenio que pueden llegar a celebrar los teletrabajadores.

Por su parte, Luis Serrano Díaz ("La negociación colectiva en el nuevo escenario del teletrabajo"), advierte la parquedad del legislador al regular el ejercicio de los derechos colectivos en general y de la negociación en particular, por parte de los teletrabajadores.

La negociación colectiva en el sector público, es del interés de José María Pacori Cari ("Los principios y fundamentos de la negociación colectiva en el sector público"), quien propone un conjunto de principios en que se debe de inspirar la pendiente nueva ley, que habrá de regular el ejercicio del derecho a negociar condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores estatales.

En el caso de la ponencia de Saulo R. Galicia Vidal ("Categorías desfasadas: dos casos para comprender la insuficiencia de las categorías clásicas del ámbito y nivel negocial en el Perú"), este autor identifica dos ámbitos donde los trabajadores han decidido ejercer su derecho a sindicalizarse, como son el de las contratistas que prestan servicios a una empresa minera y el de las cooperativas agrícolas que exportan banano orgánico, ámbitos que no coincide plenamente con la tipología que sanciona la ley de la materia, para la constitución y existencia de las organizaciones sindicales.

Jorge Luis Mayor Sánchez ("El principio *in dubio pro operario* en materia de negociación colectiva de trabajo y su relación con el contenido del artículo 26° de la Constitución Política del Perú"), aborda el tema de la aplicación del principio *in dubio pro operario* desde lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia, en su III acuerdo plenario en materia laboral, respecto a las cláusulas normativas del convenio colectivo.

Y Víctor Marín Pérez ("Los nuevos contenidos de la negociación colectiva: hoy ya no tan nuevos"), aporta con su ponencia una reflexión sobre la negociación colectiva in peius.

Por último, el tema del arbitraje ha merecido la atención de 4 ponencias libres.

Es el caso de la ponencia de Miguel F. Canessa Montejo ("El arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana: luces y sombras"), quien sostiene que el arbitraje potestativo tiene un impacto marginal en la solución de conflictos colectivos de trabajo.

Daniel Ulloa Millares ("El reducido espacio para el ejercicio de la negociación colectiva en Perú, que puede generarse por una aceptación irreflexiva del arbitraje potestativo incausado"), advierte de los riesgos que puede generar en perjuicio de la autonomía colectiva, la figura del arbitraje potestativo incausado.

Por su parte, Michael Vidal Salazar ("La ratificación de la legalidad del decreto supremo N° 014-2011-TR y sus implicancias en la negociación colectiva"), comen-

ta la sentencia de la Corte Suprema que al denegar la acción popular interpuesta, contra la reforma parcial del reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, convalida el arbitraje potestativo como una de las modalidades habilitada por dicha Ley, para resolver un conflicto de esa naturaleza.

En el caso de Mauricio Matos Zegarra ("Negociación colectiva y extensión del convenio arbitral laboral a partes no signatarias"), la ponencia de su autoría, centra su foco de atención en las normas de aplicación general al arbitraje convencional, y llega a la conclusión que es posible la extensión del convenio arbitral laboral, a partes no signatarias del mismo, en los casos de descentralización productiva, grupo de empresas y existencia de vinculación económica.

## LA INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES AL RESOLVER CONFLICTOS LABORALES Y SUS LÍMITES

Las ponencias oficiales en este tema, han estado a cargo de Mónica Pizarro Díaz y de Omar Toledo Toribio.

Pizarro Díaz identifica como límites a las decisiones judiciales que crean derecho, el respeto a la primacía constitucional, la sujeción a la ley y la adecuada motivación de las resoluciones. Su ponencia analiza en un conjunto de sentencias, temas relevantes como el petitorio implícito, la habilitación para que el petitorio se pueda modificar hasta en la misma audiencia de juzgamiento, la calificación del despido impugnado por parte del trabajador afectado por esa decisión, y la procedencia del pago de la indemnización por despido arbitrario en los casos de jubilación forzosa del trabajador al cumplir 70 años.

Toledo Toribio, por su parte, sostiene que la no presentación de un medio probatorio con la demanda, no puede generar el rechazo del acto postulatorio, en tanto que es necesario cautelar la tutela jurisdiccional efectiva. Igualmente señala que, por la naturaleza de los derechos en controversia en un proceso laboral, el juez cuenta con la facultad de suplencia indirecta de la demanda, y que en el proceso abreviado laboral, se puede discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral, en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, pues se configura un auténtico petitorio implícito, que es un supuesto de flexibilización del principio de congruencia.

A las dos ponencias oficiales sobre el tema de la interpretación judicial, que acabamos de reseñar, se le suman 12 ponencias libres.

La ponencia de Juan Andrés Dueñas Escobar ("Consideraciones en torno a la actividad probatoria en el proceso judicial laboral y en el procedimiento inspectivo laboral"), aporta una reflexión sobre los principios particulares de la actividad probatoria, cuando se trata del proceso judicial y del proceso de fiscalización administrativa, respectivamente.

Martín Fajardo Mori ("La modificación de la demanda en la nueva ley procesal del trabajo"), por su parte, desarrolla en su ponencia la crítica al pleno jurisdiccional laboral del año 2013, que permite la modificación de la demanda.

La ponencia de Gustavo Jorge Rojas ("El postergado debut del precedente vinculante del Poder Judicial y el fortalecimiento de los plenos jurisdiccionales"), identifica como operan los precedentes vinculantes en el ámbito del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, respectivamente, y los supuestos de apartamiento de los mismos, mediante el *distinguishing* y el control de convencionalidad.

Por su parte, Willy Monzón Zevallos ("Interpretando la presunción de laboralidad relativa y la irrenunciabilidad de derechos"), sostiene que la presunción de laboralidad puede ser sustantiva o adjetiva y que cabe la conciliación en sede judicial sobre derechos inciertos, comprendiendo en esta categoría a la compensación por tiempo de servicio y a las vacaciones no gozadas.

La ponencia de Luz Pacheco Zerga ("El respeto a la dignidad humana en la aplicación de las leyes laborales") cuestiona la regulación del trabajo de las prostitutas, en tanto la actividad que desarrollan estas mujeres, es la negación a su dignidad personal, pieza central del ordenamiento laboral.

William Quispe Lovatón ("El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su calificación en la interpretación judicial"), tomando como base la legislación sobre la materia, lo resuelto por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en vía de casación, propone revisar la clasificación al uso de las modalidades del despido.

Por su parte, Yordan Feler Romero Mendoza ("El errado litisconsorcio necesario pasivo en los procesos laborales sobre desnaturalización de la subcontratación empresarial y su consecuente vulneración a la tutela jurisdiccional"), sostiene que las reclamaciones judiciales por la desnaturalización de la tercerización y de la intermediación, tienen como sujetos procesales intervinientes al trabajador como demandante y a la empresa usuaria como demandada.

Boris Sebastiani Araujo ("Retos para una justicia más predecible: nuevas maneras de sentenciar y de impugnar y de emisión de precedentes vinculantes"), propone modificar la estructura que debe de seguir la sentencia de primer grado, los supuestos para presentar el recurso de apelación, la configuración de la sentencia de vista, así como las causales para la casación. Su ponencia aporta un estudio de 3,330 casaciones laborales publicadas en el diario oficial entre julio de 2015 y junio de 2016, de las que el 84% han sido declaradas improcedentes por la Corte Suprema.

En la ponencia de Zaira Grimaldina Ventura Vega ("¿Cuáles son los parámetros interpretativos que limitan la aplicación de las presunciones legales en la Ley N° 29497?"), vamos a encontrar que la predectibilidad del servicio de administración de justicia laboral, pasa por el correcto uso de las presunciones legales, de la prueba indiciaria, de la carga de la prueba, y por tener a la razonabilidad y proporcionalidad como parámetros de la interpretación a cargo de los jueces.

Karla Evelyn Zuta Palacios ("Retos, facultades y limitaciones en la tarea de la interpretación judicial en el proceso laboral"), por su parte, reflexiona sobre los retos, las facultades y las limitaciones de la interpretación judicial, y el singular papel que juegan los principios laborales.

Por último, en esta parte del libro oficial podremos encontrar dos ponencias sobre el daño moral generado por un despido.

La ponencia de Carlos Alberto Quispe Montesinos ("El otorgamiento por parte de los jueces laborales de resarcimientos adicionales a la indemnización por despido prevista legalmente"), distingue entre las indemnizaciones y los resarcimientos, correspondiendo a la primera categoría las compensaciones dispuestas por la ley, mientras que en la segunda categoría quedan comprendidos los pagos que corresponde a otros perjuicios.

Por su parte, Gabriel Acurio Salazar ("Indemización por concepto de daño moral como consecuencia de un despido arbitrario") analiza los argumentos de la Corte Suprema para otorgar o denegar la indemnización por daño moral, generado por un despido arbitrario.

**EL EJERCICIO DEL *IUS VARIANDI***

Las ponencias oficiales en este tema, han estado a cargo de Guillermo Boza Pró y de Cecilia Guzmán Barrón Leidinger.

Boza Pró señala que la identificación de las labores a desarrollar por el trabajador, el lugar en donde las va a realizar, la duración diaria de la actividad debida y la contraprestación económica que percibirá por la misma, constituyen el núcleo básico de las condiciones de trabajo, que fijan por común acuerdo el empleador y el trabajador. Para saber si estamos o no ante una modificación de carácter sustancial, se recomienda evaluar la naturaleza de las condiciones de trabajo que se pretenden modificar, el grado de radicalidad de lo decidido por el empleador y su vigencia en el tiempo, así como las consecuencias perjudiciales en el trabajador. En todo caso, el poder empresarial de alterar las condiciones de trabajo, tiene en los derechos fundamentales del trabajador, un límite infranqueable.

Guzmán Barrón Leidinger, por su parte, analiza varios ejemplos de restricciones al ejercicio del ius variandi, que dimanan de sentencias del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial, así como de resoluciones de la autoridad administrativa de trabajo y de la SUNAFIL. Aboga por una definición de reglas mínimas que garanticen en el caso del trabajador, el respeto a su dignidad y la vigencia de los derechos fundamentales de los que es titular, y en el caso del empleador, dotar de seguridad jurídica a la decisión que adopte, sustentada en una causa objetiva. Esas reglas mínimas deben incluir un procedimiento, que recree el que hoy existe en el caso que el empleador decida modificar el tiempo de trabajo.

A las dos ponencias oficiales sobre el tema del *ius variandi* que acabamos de reseñar, se le suman 3 ponencias libres.

En la ponencia de Roberto Matallana Ruiz ("La movilidad geográfica del trabajador: propuestas para una reformulación legislativa"), se sustenta el poder de dirección del empleador, que le permite organizar la producción y gestionar los servicios que presta, según corresponda, en la libertad de empresa que cuenta con reconocimiento constitucional. La movilidad geográfica, entendida como la alteración del lugar de la prestación debida, está sujeta a la existencia de una causa objetiva justificante y a la razonabilidad de los resuelto en consecuencia.

Josef Antonio Mimbela González ("El tratamiento deficiente al *ius variandi* y a sus límites en la legislación laboral peruana"), por su parte, aborda los actos de hostilidad y las medidas cautelares innovativas, como parámetros en materia procesal, a los que pueden recurrir los trabajadores que se sienten afectados por una decisión de su empleador.

Jorge Toyama Miyagusuku ("Modificación de condiciones de trabajo: una mirada desde la jurisprudencia laboral y una propuesta") reconoce que la razonabilidad, las necesidades del centro de trabajo, el respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores y el no incurrir en actos de hostilidad, constituyen todos ellos límite ordinarios al *ius variandi* que puede ejercer el empleador. La ponencia, además, aporta un estudio jurisprudencial en materia de reducción de la categoría y cambio de funciones, traslados del centro de trabajo y reducción de remuneraciones.

## LA FUNCION INSPECTIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE TRABAJO

En el panel sobre la función inspectiva, se ha contado con las reflexiones que aportan Elmer Guillermo Arce Ortiz ("Luces y sombras de la inspección de trabajo") y Anna Vilela Espinosa ("Problemática actual en el cumplimiento de la función inspectiva").

Arce Ortiz diagnostica que la inspección sufre de limitaciones cuantitativas y cualitativas. Las primeras se expresan en su limitado número de intervenciones, debido a razones de tipo administrativo, como el reducido número de intendencias regionales y de inspectores, las limitadas competencias de los inspectores auxiliares, un enfoque que privilegia la orientación y la atención a las denuncias antes que al trabajo programado. En lo que respecta a las limitaciones cualitativas, que se expresan en un reducido número de multas impuestas a los empleadores infractores, esta situación se presenta como consecuencia de la restricción del ámbito subjetivo y material de la intervención, del esquema procesal que permite al empleador la situación irregular detectada y los erráticos criterios que orientan la revocación de las actas de infracción en el procedimiento sancionador.

En el caso de Vilela Espinoza, ella también promueve la adopción de medidas de gobierno y legislativas, que lleven a la solución de la falta de concordancia de las normas con la realidad; la necesidad de centralizar las funciones de administración y cumplimiento de la legislación laboral por parte de la SUNAFIL; la demora en su implementación en el ámbito regional, así como en la del Tribunal de Fiscalización

Laboral; la escasa dotación de inspectores de trabajo, que representa no más de la quinta parte del cuerpo profesional requerido para atender las dimensiones de nuestro mercado de trabajo; las insuficientes condiciones de trabajo en las que operan; la falta de predictibilidad en sus pronunciamientos y uniformidad de criterios; la falta de recursos presupuestales, que hace que no se pueda contar con un eficiente sistema de inspección.

**EL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO**

En el panel sobre el régimen disciplinario de los trabajadores del sector público, se ha contado con las reflexiones que aportan Edgardo Sergio Balbín Torres ("Apuntes al régimen disciplinario en la ley del servicio civil"), Orlando De las Casas De la Torre Ugarte ("El régimen disciplinario en el marco de la ley del servicio civil") y Carlos Guillermo Morales Morante ("Régimen disciplinario de la nueva ley de servicio civil").

Balbín Torres analiza, entre otros temas, la intensidad con la que se garantiza el principio de igualdad, advirtiendo que la uniformidad legislativa que se intenta alcanzar en la materia, no garantiza de modo pleno la vigencia del indicado principio, además que dicha uniformidad se ha visto rápidamente en cuestión, por la adopción de nuevas excepciones, como es el caso del Estatuto del Servicio Parlamentario.

En el caso de De las Casas De la Torre Ugarte, su reflexión se enfoca sobre los procedimientos declarados nulos por el Tribunal de Servicio Civil, el criterio de proporcionalidad que se relativiza en los casos de sanciones disímiles, el criterio de razonabilidad que queda casi en un enunciado simbólico cuando se acepta la sanción de suspensión sin goce de haber por 12 meses, y la inaplicación de sanciones disciplinarias previstas en nomas reglamentarias y no en normas con rango de ley.

El panel concluye y con él la presente edición del libro oficial del VII Congreso Nacional, con el aporte de Morales Morante, sobre los supuestos de afectación a los principios de debido proceso y la inobservancia de los plazos prescriptorios. Señala que las faltas disciplinarias surgen por el incumplimiento de las obligaciones de trabajo o por la negligencia en el ejercicio de las funciones encomendadas, pero advierte que las tipificaciones genéricas y las disposiciones abiertas, impiden al trabajador del servicio civil, ejercer debidamente su derecho de defensa.

Si como viene dicho, "La construcción del Perú" es la expresión gráfica de una obra colectiva, la organización y desarrollo del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo, también es un testimonio de un trabajo colaborativo y resultado de distintas contribuciones, por lo que cabe agradecer a los colegas de han conformado la comisión organizadora (Guillermo Boza, María Katia García Landaburu, Cecilia Guzmán Barrón y Estela Ospina Salinas) del mismo y al consejo directivo de la SPDTSS, en la persona de su presidente, Adolfo Ciudad Reynaud.

Debemos un reconocimiento singular a la Pontificia Universidad Católica del Perú (este es el sexto Congreso en que brinda su apoyo), a las empresas Repsol y Southern y al estudio Echecopar y al estudio Gonzáles & asociados (que con la presente es su quinta colaboración), a la empresa Yanacocha y al estudio Rubio y al estudio Miranda & Amado (todos ellos han prestado su contribución por cuarta vez), a la empresa editora Gaceta Jurídica (que colabora por tercera vez) y a la Universidad de San Martín de Porres y a la empresa Barrick (las que nos apoyan por segunda oportunidad). Amerita de igual modo a agradecer al estudio Gallo, Barrios, Pickman y al estudio PPULEGAL, por su colaboración por vez primera con el congreso que convoca la SPDTSS, aunque PPULEGAL tiene como antecedente las tres versiones en que nos brindó su apoyo a través del entonces estudio Ferrero.

**Martín Alberto Carrillo Calle**
*Presidente*
*Comisión Organizadora*
*VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Lima, octubre de 2016

# PROGRAMA

*MIERCOLES 26*

16:00 a 17:30 Actividad Pre Congreso

**Conversatorio: ¿Cómo enseñar derecho del trabajo? ¿Cómo estudiar derecho del trabajo?**

Expositores: Fernando Elías Mantero / Carlos Blancas Bustamante.

18:00 a 18:20 **Ceremonia de Inauguración**

- Palabras de Martín Carrillo Calle, Presidente de la Comisión Organizadora del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Palabras de Adolfo Ciudad Reynaud, Presidente del Consejo Directivo de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

18:20 a 18:40 **Premiación del Concurso Universitario de monografías de investigación jurídica laboral**

Autores de las monografías ganadoras:

1. Francisco Herrera Rose, estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
2. Solanch Casia Estrella Revilla, estudiante de la Universidad Nacional Federico Villarreal.
3. Samuel Américo Paz Enríquez, estudiante de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Autores de las monografias con mención honrosa:

1. Roy Alexis Quispe Agipe, estudiante de la Universidad Nacional de Trujillo.
2. Jim Karl Mirenghi Reátegui, estudiante de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

18:40 **Conferencia Magistral:**

**Miseria y esplendor del modelo democrático de relaciones de trabajo.**

Doctor Luis Enrique De la Villa Gil.

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Autónoma de Madrid (España). Of Counsel del Despacho de Abogados Roca Junyent.

Presidenta de sesión: Isabel Herrera Gonzáles Pratto.

19:25 Panel: Luis Vinatea Recoba / Adolfo Ciudad Reynaud.

19:45 Preguntas del público.

20:00 Intervención final del Doctor Luis Enrique De la Villa Gil.

20:15 Coctel de inauguración (Solo para participantes profesionales).

***JUEVES 27***

9:00 **Tema I: Negociación colectiva: nuevos espacios y contenidos.**

Presidente de sesión: César Gonzáles Hunt

9:00 a 10:00 Ponentes oficiales: Jaime Zavala Costa / Alfredo Villavicencio Ríos.

10:00 a 11:00 Exposiciones:

1. Gabriela Salas Zuñiga: La negociación colectiva: un catalizador para la igualdad de género. (Ponencia libre).
2. Víctor Marín Pérez: Los nuevos contenidos de la negociación colectiva: hoy ya no tan nuevos. (Ponencia libre).
3. César Puntriano Rosas: La "telenegociación colectiva" como derecho fundamental de los teletrabajadores. (Ponencia libre).
4. Francisco Herrera Rose: La negociación colectiva en tiempos de Uber: ¿hacia la colectivización del trabajo autónomo? (Monografía universitaria).
5. Roy Alexis Quispe Agipe: La participación sui generis de los trabajadores intermediarios en las negociaciones colectivas efectuadas por el sindicato de la empresa usuaria. (Monografía universitaria).
6. Michael Vidal Salazar: La ratificación de la legalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y sus implicancias en la negociación colectiva. (Ponencia libre).
7. Daniel Ulloa Millares: El reducido espacio para el ejercicio de la negociación colectiva en Perú, que puede generarse por una aceptación irreflexiva del arbitraje potestativo incausado. (Ponencia libre).
8. Miguel Canessa Montejo: El arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana: luces y sombras. (Ponencia libre).

11:00 a 11:20 Intervención final de los ponentes oficiales: Alfredo Villavicencio Ríos / Jaime Zavala Costa.

11:20 a 11:50 Pausa para el café

11:50 a 12:35 **Primer Panel: Balance sobre el cumplimiento de la función inspectiva por parte de las autoridades administrativas de trabajo.**

Presidenta de sesión: Estela Ospina Salinas

Panelistas: Anna Vilela Espinosa / Elmer Arce Ortiz / Ricardo Herrera Vásquez

12:35 a 12:55 Preguntas del público

12:55 a 13:15 Intervención final de los panelistas: Ricardo Herrera Vásquez / Anna Vilela Espinosa / Elmer Arce Ortiz

13:15 a 15:00 Tiempo libre para el almuerzo

15:00 a 16:30 Desarrollo en sesiones paralelas de 3 mesas de debate

**Mesa de debate 1: Tema: El teletrabajo: principales aspectos a tener en cuenta para su implementación.** Lugar: Piso 5.

Presenta: Anabella Cordero

Dirección del debate y comentarios: Raúl Saco Barrios

Debate con los participantes

**Mesa de debate 2: Tema: Invenciones laborales: régimen legal aplicable.** Lugar: Piso 4.

Presenta: Silvia Solis Iparraguirre

Dirección del debate y comentarios: María Katia García Landaburu

Debate con los participantes

**Mesa de debate 3: Tema: La protección de datos personales en el ámbito de las relaciones de trabajo.** Lugar. Auditorio.

Presenta: Diego Zegarra Valdivia

Dirección del debate y comentarios: Sandro Núñez Paz

Debate con los participantes

16:30 a 17:00 Pausa para el café

17:00 a 18:30 Desarrollo en sesiones paralelas de 3 mesas de debate

**Mesa de debate 4: Tema: Trabajadores extranjeros en el Perú. Aspectos Migratorios.** Lugar: Piso 5.

Presenta: Boris Potozen Braco

Dirección del debate y comentarios: Liliana Tsuboyama Shiohama

Debate con los participantes

**Mesa de debate 5: Tema: Discapacidad y relaciones laborales: un enfoque desde los derechos humanos.** Lugar: Piso 4.

Presenta: Renata Bregaglio

Dirección del debate y comentarios: Javier Espinoza Escobar

Debate con los participantes

**Mesa de debate 6: Tema: Género, igualdad y derecho del trabajo.** Lugar. Auditorio.

Presentan: Marlene Molero Suarez y Daniel Ulloa Millares

Dirección del debate y comentarios: Mauricio Matos Zegarra

Debate con los participantes

***VIERNES 28***

9:00 **Tema II: La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites.**

Presidente de sesión: José Balta Varillas.

9:00 a 10:00 Ponentes oficiales: Omar Toledo Toribio / Mónica Pizarro Díaz.

10:00 a 11:00 Exposiciones:

1. Karla Zuta Palacios: Retos, facultades y limitaciones en la tarea de la interpretación judicial en el proceso laboral. (Ponencia libre).
2. Martín Fajardo Mori: La modificación de la demanda en la nueva Ley Procesal del Trabajo. (Ponencia libre).
3. William Quispe Lovatón: El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su calificación en la interpretación judicial. (Ponencia libre).
4. Solanch Casia Estrella Revilla: ¿Igual salario por igual trabajo? Las decisiones judiciales sobre homologación de remuneraciones vistas desde el principio de igualdad. (Monografía universitaria).
5. Boris Sebastiani Araujo: Retos para una justicia más predecible: nuevas maneras de sentenciar y de impugnar y de emisión de precedentes vinculantes. (Ponencia libre).
6. Carlos Quispe Montesinos: El otorgamiento por parte de los jueces laborales de resarcimientos adicionales a la indemnización por despido prevista legalmente. (Ponencia libre).
7. Luz Pacheco Zerga: El respeto a la dignidad humana en la aplicación de las leyes laborales. (Ponencia libre).

11:00 a 11:20 Intervención final de los ponentes oficiales: Mónica Pizarro Díaz / Omar Toledo Toribio.

11:20 a 11:50 Pausa para el café

11:50 a 12:35 **Segundo Panel: El régimen disciplinario de los trabajadores del sector público.**

Presidenta de sesión: Ana Cecilia Crisanto.

Panelistas: Carlos Guillermo Morales Morante / Orlando De las Casas De la Torre Ugarte / Edgardo Balbín Torres.

12:35 a 12:55 Preguntas del público.

12:55 a 13:15 Intervención final de los panelistas: Edgardo Balbín Torres / Orlando De las Casas De la Torre Ugarte / Carlos Guillermo Morales Morante.

13:15 a 15:00 Tiempo libre para el almuerzo.

15:00 **Tema III: Las modificaciones de las condiciones de trabajo por iniciativa del empleador.**

Presidente de sesión: César Puntriano Rosas.

15:00 a 16:00 Ponentes oficiales: Cecilia Guzmán Barrón Leidinger / Guillermo Boza Pró.

16:00 a 16:40 Exposiciones:

1. Josef Antonio Mimbela Gonzalez: El tratamiento deficiente al ius variandi y sus límites en la legislación laboral peruana. (Ponencia libre).
2. Samuel Américo Paz Enríquez: Las excedencias laborales como una forma de mejora la conciliación entre el trabajo y la vida familiar del trabajador. (Monografía universitaria).
3. Jim Karl Mirenghi Reátegui: Los ajustes razonables como fórmula de mejora en las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad. (Monografía universitaria).
4. Roberto Matallana Ruiz: La movilidad geográfica del trabajador. Propuestas para una reformulación legislativa. (Ponencia libre).
5. Jorge Toyama Miyagusuku: Modificación de condiciones de trabajo: una mirada desde la jurisprudencia laboral y una propuesta. (Ponencia libre).

16:40 a 17:00 Intervención final de los ponentes oficiales: Guillermo Boza Pró / Cecilia Guzmán Barrón Leidinger.

17:00 a 17:30 Pausa para el café.

17:30 a 18:10 **Conferencia Magistral: Derecho laboral y desarrollo: Nuevos conceptos y evidencias de su aplicación en América Latina**

Doctor Simon Deakin

Profesor de la Facultad de Derecho y Director del Centre for Business Research de la Universidad de Cambridge (Inglaterra).

Presidente de sesión: Adolfo Ciudad Reynaud.

18:10 Panel: Víctor Ferro Delgado / Orlando Gonzáles Nieves.

18:30 Preguntas del público.

18:45 Intervención final del Doctor Simon Deakin.

19:00 a 19:20 **Ceremonia de Clausura**

Palabras de Adolfo Ciudad Reynaud, Presidente del Consejo Directivo de la SPDTSS.

Clausura a cargo de Alfonso Grados Carraro, Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

# DAN CARÁCTER OFICIAL AL VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, A REALIZARSE EN LA CIUDAD DE LIMA

**RESOLUCIÓN MINISTERIAL**
**Nº 149-2016-TR**

Lima, 26 de julio de 2016

VISTO: La Carta de fecha 20 de junio de 2016, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS; y,

CONSIDERANDO:

Que, el numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley Nº 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece como competencias exclusivas, formular, planear, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en las siguientes materias: socio-laborales, derechos fundamentales en el ámbito laboral, seguridad y salud en el trabajo, difusión de normatividad, entre otras;

Que, la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, asociación civil sin fines de lucro, cuya finalidad principal es la de promover en el Perú el conocimiento, la investigación y el estudio multidisciplinario del derecho del trabajo y de la seguridad social, ha programado realizar el VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a efectuarse en la ciudad de Lima, del 26 al 28 de octubre de 2016;

Que, en el referido evento se tratarán temas vinculados al derecho del trabajo y de la seguridad social, que serán debatidos por expertos nacionales y destacados expositores extranjeros que intervendrán con conferencias magistrales en dichas materias;

Que, en atención a las consideraciones expuestas, corresponde emitir el acto de administración interna que oficialice el evento a que se contrae el segundo considerando de la presente resolución;

Con la visación del Jefe de la Oficina General de Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con las facultades conferidas por el numeral 8) del artículo 25 de la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo; el artículo 11 de la Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y el Decreto Supremo N° 004-2014-TR, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo;

SE RESUELVE:

**Artículo 1.-** Dar carácter Oficial al VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, organizado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, a realizarse en la ciudad de Lima, del 26 al 28 de octubre de 2016.

**Artículo 2.-** La presente Resolución Ministerial será publicada en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (www.trabajo.gob.pe), para su puesta en conocimiento a nivel nacional.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

DANIEL YSAU MAURATE ROMERO

Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo

**1409225-1**

# Índice general

INFORMACIÓN GENERAL ..... 7
INTRODUCCIÓN ..... 11
PRESENTACIÓN ..... 13
PROGRAMA DEL CONGRESO ..... 25
RESOLUCION MINISTERIAL 149-2016-TR ..... 31
ÍNDICE GENERAL ..... 33

*Capítulo primero*
CONFERENCIAS MAGISTRALES

Miseria y esplendor del modelo democrático de relaciones laborales ..... 41
**Luis Enrique De La Villa Gil**

Derecho laboral y desarrollo: nuevos conceptos y evidencias
y su aplicación en América Latina ..... 61
**Simon Deakin**

*Capítulo segundo*
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

*Ponencias oficiales*

Negociación Colectiva: Nuevos espacios y contenidos ..... 93
**Alfredo Villavicencio Ríos**

Negociación colectiva: Nuevos espacios y contenidos ..... 133
**Jaime Zavala Costa**

***Ponencias libres***

Apuntes sobre la negociación colectiva dentro del sector de contrucción civil: una mirada desde la seguridad y salud en el trabajo .....171
**Christian Eduardo Aguirre Cárdenas**

La negociacion colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo.....189
**Ana Nelly Calderón Tarrillo**

El arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana: luces y sombras.....209
**Miguel F. Canessa Montejo**

Categorías desfasadas: dos casos para comprender la insuficiencia de las categorías clásicas del ambito y nivel negocial en el Perú .....237
**Saulo R. Galicia Vidal**

Los nuevos contenidos de la negociación colectiva: hoy ya no tan nuevos .....251
**Víctor Marín Pérez**

Negociacion colectiva y extension del convenio arbitral laboral a partes no signatarias.....267
**Mauricio Matos Zegarra**

El principio ***indubio pro operario*** en materia de negociación colectiva de trabajo y su relacion con el contenido del artículo 26 de la Constitucion Politica del Perú.....281
**Jorge Luis Mayor Sánchez**

Los principios y fundamentos de la negociación colectiva en el sector público .....293
**José María Pacori Cari**

Los nuevos espacios de la negociación colectiva y su incidencia en seguridad y salud en el trabajo.....317
**Fiorella Peyrone Villacorta**

La "telenegociación colectiva" como derecho fundamental de los teletrabajadores .....329
**César Alfredo Puntriano Rosas**

La negociación colectiva: un catalizador para la igualdad de género. Desafíos y propuestas para aprovechar el potencial transformador de la negociación colectiva en materia de igualdad de género .....347
**Gabriela Salas Zuñiga**

La negociación colectiva en el nuevo escenario del teletrabajo .....369
**Luis Serrano Díaz**

El reducido espacio para el ejercicio de la negociación colectiva en Perú que puede generarse por una aceptación irreflexiva del arbitraje potestativo incausado .....385
**Daniel Ulloa Millares**

La ratificación de la legalidad del Decreto Supremo .....395
N° 014-2011-TR y sus implicancias en la negociación colectiva .....395
**Michael Vidal Salazar**

*Capítulo Tercero*
LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

*Ponencias oficiales*

La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites .....419
**Mónica Pizarro Díaz**

La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites .....435
**Omar Toledo Toribio**

*Ponencias libres*

Indemnizacion por concepto de daño moral como consecuencia de un despido arbitrario .....469
**Gabriel Acurio Salazar**

Consideraciones en torno a la actividad probatoria en el proceso judicial laboral y en el procedimiento inspectivo laboral .....491
**Juan Andrés Dueñas Escobar**

La modificacion de la demanda en la nueva Ley Procesal del Trabajo .....503
**Martín Fajardo Mori**

El postergado debut del precedente vinculante del poder judicial y el fortalecimiento de los plenos jurisdiccionales.....515
**Gustavo Jorge Rojas**

Interpretando la presunción de laboralidad relativa y la irrenunciabilidad de derechos .....545
**Willy Monzón Zevallos**

El respeto a la dignidad humana en la aplicación de las leyes laborales .....559
**Luz Pacheco Zerga**

El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su calificación en la interpretación judicial.....577
**William Quispe Lovatón**

El otorgamiento por parte de los jueces laborales de resarcimientos adicionales a la indemnización por despido prevista legalmente .....595
**Carlos Alberto Quispe Montesinos**

El errado litisconsorcio necesario pasivo en los procesos laborales sobre desnaturalización de la subcontratación empresarial y su consecuente vulneración a la tutela jurisdiccional.....609
**Yordan Feler Romero Mendoza**

Retos para una justicia más predecible:
Nuevas maneras de sentenciar y de impugnar y de emisión de precedentes vinculantes.....631
**Boris Sebastiani Araujo**

¿Cuáles son los parámetros interpretativos que limitan la aplicación de las presunciones legales en la Ley N° 29497? .....649
**Zaira Grimaldina Ventura Vega**

Retos, facultades y limitaciones en la tarea de la interpretación judicial en el proceso laboral.....671
**Karla Evelyn Zuta Palacios**

***Capítulo Cuarto***
EL EJERCICIO DEL *IUS VARIANDI*

***Ponencias oficiales***

La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al ***ius variandi*** extraordinario.....693
**Guillermo Boza Pró**

Presente y futuro del ejercicio del ***ius variandi*** frente a las vicisitudes de la relación laboral en el Perú.....725
**Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger**

***Ponencias libres***

La movilidad geografica del trabajador: propuestas para una reformulacion legislativa.....755
**Roberto Matallana Ruiz**

El tratamiento deficiente al ius variandi y a sus límites en la legislacion laboral peruana .....773
**Josef Antonio Mimbela González**

Modificación de condiciones de trabajo: una mirada desde la jurisprudencia laboral y una propuesta.....785
**Jorge Toyama Miyagusuku**

*Capítulo quinto*
LA FUNCION INSPECTIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE TRABAJO

Luces y sombras de la inspeccion de trabajo .....807
**Elmer Guillermo Arce Ortiz**

Problemática actual en el cumplimiento de la funcion inspectiva.....819
**Anna Vilela Espinosa**

*Capítulo sexto*
EL REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO

Apuntes al régimen disciplinario en la Ley del Servicio Civil.....837
**Edgardo Sergio Balbin Torres**

El régimen disciplinario en el marco de la Ley del Servicio Civil.....849
**Orlando De Las Casas**

Régimen disciplinario de la nueva Ley de Servicio Civil .....865
**Carlos Guillermo Morales**

*Capítulo primero*

# CONFERENCIAS MAGISTRALES

# Miseria y esplendor del modelo democrático de relaciones laborales

**Luis Enrique De La Villa Gil**

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Abogado. Of Councel del Despacho Roca Junyent

***SUMARIO***

*A) El Estado Social y Democrático de Derecho y los derechos fundamentales de las personas físicas y jurídicas.- B) El modelo democrático de relaciones laborales: a) Los derechos laborales individuales.- b) Los derechos laborales colectivos enracimados alrededor del derecho de libertad sindical.- C) El modelo democrático de protección social como pilar inexcusable del Estado de bienestar.-*

(...) por magia o sabiduría —arcana o burlona— se crearon mundos de esplendor y de miseria (...)
EMILIO ADOLFO WESTPHALEN (Lima, 1911-2001).

Ha vuelto la diosa ambarina, (Tijuana, México, Colección Molinos de Viento), 1988.

## A) EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS

1. El modelo democrático de relaciones laborales resulta, lógicamente, inimaginable en una sociedad sin democracia. No es, por tanto, una simple denominación sino una realidad exigente que, por ello mismo, deja con frecuencia el epígrafe sin contenido. Las sociedades más progresistas constituyen actualmente sus democracias como Estados sociales y democráticos de Derecho, cuyos presupuestos imprescindibles se contiene en el siguiente decálogo:

1º) La soberanía nacional reside en la comunidad o en el pueblo, de los que emana el poder del Estado. A la soberanía popular corresponde la aprobación, la derogación y cualquier modificación de la norma constitucional por la que se rige, así como la participación permanente en la vida pública. Tanto el Estado como los ciudadanos quedan sujetos a la Constitución y a las leyes que la desarrollan.

2º) El poder del Estado se fracciona en legislativo, ejecutivo y judicial, con órganos independientes, unos de otros, para realizar las correlativas funciones legislativa, ejecutiva y judicial.

3º) Los Tribunales de Justicia controlan efectivamente los actos de los poderes públicos y satisfacen las pretensiones de los particulares, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado bajo el principio inspirador de una tutela judicial efectiva. Estos o, en su caso, un Tribunal específico —normalmente denominado Constitucional— obligan a adecuar las leyes y los actos de los poderes públicos a la norma suprema.

4º) Las Administraciones Públicas se sujetan a la Constitución y a las Leyes parlamentarias, pudiendo realizar únicamente las actuaciones conformes con una y otras, que les hayan sido expresamente atribuidas.

5º) Se garantizan los derechos fundamentales o humanos, reconocidos en todas las Declaraciones universales de Derechos y, en su caso, en las de ámbito regional, de manera que puedan todos los ciudadanos disfrutar de ellos y realizar cualesquiera actos y negocios jurídicos que no estén expresamente proscritos por el ordenamiento legal.

6º) Se reconocen todos los partidos políticos, de las diversas ideologías, que respeten la Constitución y las Leyes.

7º) Se reconocen los sindicatos de trabajadores y de sus medios ineluctables de actuación típica —derechos de huelga y de negociación colectiva— para

la defensa de sus propios intereses y de los intereses de los trabajadores afiliados, con respeto a la Constitución y a las Leyes.

8º) Se reconocen las asociaciones empresariales para la defensa de sus propios intereses y de los de las empresas afiliadas, dentro de la Constitución y de las Leyes.

9º) Se diseña un modelo de relaciones laborales con un catálogo mínimo e inexcusable de derechos individuales y colectivos.

10º) Se otorga la prioridad de los objetivos sociales, materializada en el derecho a la protección social e inspiradora de la voluntad de exprimir la riqueza nacional en beneficio de los menos dotados, limitando correlativamente los derechos de los que gozan de superioridad natural, social o económica, una concepción pues del Estado social como Estado de Bienestar Social.

**2.** Por aludir solo al ejemplo nacional menor conocido, en la Constitución Española vigente (CE), de 1978, el Estado social y democrático de Derecho se vincula con los arts. 9.2 y 10.1 de la propia carta magna. Conforme al art. 9.2 (...) «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*». Por su parte, de acuerdo con el art. 10.1 CE (...) «*la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*». De todo ello ha de desprenderse la conclusión de que la cláusula del *Estado Social y Democrático de Derecho* significa un Estado comprometido a buscar las más altas dosis factibles de bienestar social para todos, a través de procedimientos democráticos basados, instrumentalmente, en la representación y participación y, sustancialmente, en la dignidad de la persona y sus derechos inviolables, así como en la pacífica convivencia de la comunidad.

## B) EL MODELO DEMOCRÁTICO DE RELACIONES LABORALES

**3.** Este modelo de relaciones laborales se contrapone con el que puede denominarse "modelo autoritario", no anclado en la soberanía popular sino en la voluntad arbitraria de la persona o personas que detentan el poder. Desde la mentalidad occidental se trata de un modelo viciado en su origen por el sistemático sacrificio de los derechos fundamentales o humanos y, en el área laboral, por el condicionamiento de los derechos de libertad sindical, huelga y negociación colectiva a las conveniencias del poder constituido, derechos que no pocas veces son desplazados por sucedáneos de hechura diversa. A veces los trabajadores individuales obtienen en el seno de estos modelos autoritarios prestaciones laborales y sociales satisfactorias, pero estas ventajas conviven con un paternalismo evasivo de dos velocidades que solo controla quien lo ejerce. Por eso la suplencia de cualquier modelo autoritario por otro democrático se considera un avance cualitativo, cualesquiera sean los

problemas que haya de afrontar éste y la frecuente irresolución de los mismos. En los dos casos que nos resultan más próximos, la transición española de un modelo a otro se produjo con la muerte de Francisco Franco (1892-1975), en tanto que en el Perú, según reciente informe de Carlos Blancas Bustamante[1], tuvo lugar con la caída de Alberto Fujimori (1938) en el año 2000.

**4.** Desde la perspectiva de una valoración cuantitativa, el modelo democrático de relaciones laborales no responde a uniformidad alguna en cuanto a los contenidos, coincidiendo la realidad social comparada con una verdadera escalera cuyos peldaños coinciden con los distintos sistemas nacionales. Es fácil contrastar esta afirmación con una serie de ejemplos positivos, que serviría para comprobar que ni siquiera los modelos más evolucionados son iguales sino que entre ellos se abren disparidades considerables.

Por un lado, las grandes decisiones en estos modelos se adoptan democráticamente, pero la democracia no presupone que todas las ideologías representadas condicionen aquéllas, aunque intervengan dialécticamente en su elaboración, cuando las elecciones generales han otorgado el poder a una única o a determinadas opciones ideológicas.

De otro lado, el consenso entre las distintas fuerzas políticas y sociales es sin duda un ideal, pero no es desde luego ni un presupuesto ni una consecuencia inevitable de los modelos democráticos de relaciones laborales, aunque si lo sea la exigencia del diálogo social.

En tercer lugar, cualquier modelo democrático de relaciones laborales, por muy asentado que se halle, queda siempre afectado por la situación económica del país que lo tenga establecido. Esta ha sido, por cierto, una terrible experiencia a partir del año 2008, cuando la crisis universal, de proporciones olvidadas desde finales de la década de los veinte, ha supuesto grandes recortes y restricciones en los derechos laborales y sociales de un altísimo número de trabajadores y de ciudadanos en todo el mundo.

Y aún habría que anotar una circunstancia que puede ofrecer dos grandes casos reales entre los modelos democráticos de relaciones laborales, uno aquel en el que los presupuestos teóricos coinciden con su desenvolvimiento práctico y otro, en las antípodas, en que esa coincidencia no se observa sino que se rompe con repetidas excepciones, andando por un lado lo que la ley preceptúa y por otro lo que ocurre en la calle.

En resumen, un modelo democrático de relaciones laborales se ofrece en todo su esplendor cuando, en el nivel cuantitativo alcanzado en cada caso, se gobierna con la intervención efectiva de todas o la mayor parte de las fuerzas políticas

---

[1] "Cambios legislativos y jurisprudenciales en materia de Derecho del Trabajo en el periodo 2000-2015", *apud*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, *Anuario 2015. Legislación iberoamericana en el siglo XXI* (Coord. Óscar Hernández Álvarez), 2016, pp. 203-216; consta en la p. 213 la colaboración prestada por Diego Campos Skamperle.

y sociales porque el diálogo conduce a la generalización de soluciones consensuadas. Cuando, hasta en los peores momentos de la coyuntura, los sacrificios imprescindibles se acotan temporalmente y se relativizan distribuyéndolos entre todos los ciudadanos, sin cargar las consecuencias de la crisis en los más débiles y con menores posibilidades de autodefensa. Y, en definitiva, cuando la ley no es la mera transcripción de otras legislaciones tomadas como modelos óptimos, o de los parámetros recomendados por las organizaciones internacionales, sino cuando consiste en mandatos nacidos por y para las necesidades primarias del país, cumpliéndose luego en sus propios términos.

Contrariamente la miseria del modelo democrático de relaciones laborales asoma cuando una determinada fuerza política, obtenido el poder con legitimidad democrática, adopta la denominada política del "rodillo", imponiendo su criterio ideológico a todas las demás, con las nefastas consecuencias que ello suele tener a medio plazo. O cuando la coyuntura adversa se aprovecha para romper el equilibro de las normas laborales, acreciendo el poder de disposición de los empresarios y reduciendo, correlativamente, el poder de control de los órganos de representación de los trabajadores y la cuantía de sus derechos. Y, desde luego, nos instalamos en el terreno de la miseria institucional cuando los mandatos legales no pasan de papel mojado produciéndose un distanciamiento irrecuperable entre la teoría y la práctica, siendo incapaces los órganos estatales administrativos y judiciales de corregir esa patología.

### a) Los derechos laborales individuales

**5.** En la imposibilidad de aludir en una conferencia inaugural a todos los derechos laborales individuales, e incluso ante la imposibilidad de referirse a cualquiera de ellos con la profundidad que requeriría un debate técnico ante auditorio de tan elevada calificación jurídica, voy a referirme exclusivamente a los tres momentos cronológicos básicos de cualquier relación laboral: su nacimiento, su desarrollo y su extinción.

El nacimiento de la relación de trabajo se produce, salvo en supuestos excepcionales, mediante la celebración de un contrato de trabajo. Este contrato puede ser temporal, de duración variable, más o menos larga, o indefinido, sin predeterminación extintiva, extinción que no dependerá del tiempo transcurrido sino de la presencia de causa legal suficiente. El modelo democrático de relaciones laborales es compatible con esa dualidad contractual y la demonización apriorística de la contratación temporal carece de fundamento serio. Lo que no es aceptable en el modelo democrático de relaciones laborales es que el contrato temporal se utilice, encadenadamente, para evitar que el trabajador adquiera estabilidad en su empleo.

**6.** En el desarrollo de la relación laboral son tres los derechos relevantes: la renta de trabajo, el tiempo de trabajo y la modificación de las condiciones de trabajo. El modelo democrático de relaciones laborales exige que la regulación básica, o el suelo, de esos tres derechos se establezca en la ley, dejando un amplio

margen regulatorio a la negociación colectiva, a través de la cual pueden fijarse los techos para la categoría profesional, a su vez alterables *in melius* por el cauce de la contratación individual.

Un modelo democrático de relaciones laborales no puede aceptar que el suelo de la renta de trabajo no sea suficiente para atender a las necesidades de subsistencia de una familia de tamaño medio, pues no parece razonable que el empresario de los trabajadores deba correr con el coste de una familia de tamaño excepcional, cuyas necesidades deben ser atendidas, o al menos aliviadas, por los sistemas de protección social.

El tiempo de trabajo exigible al trabajador, a cambio de la renta de trabajo básica, ha de ser limitado no solo en coherencia con ese importe sino con los requerimientos fisiológicos de un descanso suficiente. En esta materia las normas de la OIT, para los países que las ratifiquen, que suelen ser una mayoría de los miembros de la misma, ya establece una jornada máxima y unos descansos —diario, semanal y anual— mínimos. Se trata de regulaciones imperativas —generalmente coincidentes con los estándares de las leyes internas— no alterables *in peius* por la autonomía de la voluntad, ni colectiva ni individual. Todo lo contrario ocurre cuando la negociación colectiva reduce el máximo legal de la jornada de trabajo o amplía el mínimo de los descansos de referencia.

A su vez, en cualquier modelo democrático de relaciones laborales las leyes han de poner límites a la potestad empresarial de alterar sobrevenidamente las condiciones de trabajo, ya afecte la modificación a las funciones exigibles, al lugar de realización de la actividad laboral o a cualquier otro derecho reconocido al trabajador por ley, convenio colectivo o contrato individual. Pero, a la vez, el cambio de las circunstancias en las que nació la relación laboral, o en las que se fijaron las condiciones de trabajo, obliga a proyectar al ámbito de las relaciones laborales las cláusulas jurídicas *rebus sic stantibus* y de la excesiva onerosidad sobrevenida, puesto que el ordenamiento laboral presenta numerosas e importantes particularidades respecto del ordenamiento jurídico general, pero no constituye un compartimento estanco respecto del mismo. Lo normal es que la ley obligue a seguir unos procedimientos modificatorios, con intervención de los representantes de los trabajadores, concediendo la última palabra a las instancias judiciales si entre el empresario promotor de la modificación y los representantes de los trabajadores no se puede cerrar un acuerdo.

**7.** En la extinción de la relación laboral, el modelo democrático de relaciones laborales ha de tasar las causas por las que el contrato de trabajo puede romperse y cesar en sus efectos. Generalmente esa exigencia se resuelve por medio de listas en las que se incluyen tres grandes tipos de causas extintivas: automáticas, como la muerte del trabajador, dado el carácter personalísimo de la prestación laboral; bilaterales, entendidas como disenso corrector del consenso inicial que dio lugar al nacimiento de la relación laboral, instrumentado por acuerdo entre el empleador y el trabajador afectado; y causas unilaterales, que son desde luego las que originan

mayores problemas, tanto si dependen de la voluntad del trabajador, cuanto si dependen de la voluntad del empresario o empleador.

Un problema común a todas esas causas extintivas es el de sus efectos, en una triple dimensión: i) si dan o no lugar a una indemnización por la ruptura, entendida como una indemnización por daños y perjuicios y en caso positivo, en qué cuantía; ii) si, en el supuesto de las causas unilaterales, la adecuación a derecho de la extinción ha de ser declarada por una instancia judicial; iii) si esa extinción abre el derecho o no a alguna prestación social, fundamentalmente el derecho a una prestación de desempleo.

Puestos a seleccionar una cuestión problemática, seguramente la que plantea aspectos más espinosos es la obligación empresarial de readmitir en la empresa al trabajador indebidamente cesado en la misma, incluso tras la declaración de la ilicitud extintiva por una instancia judicial. El modelo democrático de relaciones laborales es compatible con soluciones distintas, incluida la de la no reposición *in natura*, sustituida por el pago de una indemnización. La vigente legislación española se sitúa en un punto intermedio: si un juez declara ilícito el despido por violación de la ley ordinaria (improcedencia), el empleador dispone de la opción de readmitir o de indemnizar al trabajador; pero si lo que el juez declara es la ilicitud del despido por vulneración de algún derecho fundamental del trabajador (nulidad), el empleador queda obligado a readmitir al trabajador si esa es la preferencia de éste.

### b) Los derechos laborales colectivos enracimados alrededor del derecho de libertad sindical

**8.** En tanto que el régimen de los derechos individuales puede ser relativamente próximo en el modelo autoritario y en el modelo democrático de relaciones laborales, el régimen de los derechos laborales colectivos es manifiestamente distinto en uno y en otro, puesto que la ausencia de democracia lleva invariablemente consigo la lesión de los derechos fundamentales y, muy en particular, del derecho de libertad sindical.

El derecho de libertad sindical es el derecho colectivo nuclear, en torno al cual se articulan todos los demás: el derecho de huelga, el derecho de negociación colectiva, el derecho de planteamiento de conflictos colectivos y el de la discusión y/o solución de los mismos mediante procedimientos pacíficos de composición y, junto a lo anteriores, uno último de naturaleza dispar, como es el derecho de representación de los trabajadores en las empresas. Algunos modelos democráticos de relaciones laborales excluyen del derecho de libertad sindical el derecho de asociación empresarial, reconducido al derecho general de asociación, aunque otros extienden aquel derecho nuclear a ambos tipos de organizaciones profesionales. En todo caso, el derecho de libertad sindical deja escaso margen de configuración legal puesto que es uno de los derechos fundamentales o humanos de mayor realce y, en tal sentido, pluri-regulado en todas las grandes declaraciones universales y regionales de derechos.

Sindicatos y organizaciones empresariales son los principales interlocutores sociales del Estado en materia de relaciones laborales. Con frecuencia consiguen acuerdos a tres bandas, a los que suele denominarse "pactos sociales", caracterizados por materializar un punto de equilibrio entre los intereses defendidos por cada uno de los negociadores, a efectos, por ejemplo, de trazar las grandes líneas de la política social e incluso económica en un periodo de tiempo definido. Otras veces los acuerdos son simplemente bilaterales, Estado-sindicatos, Estado-asociaciones empresariales y Sindicaos-Asociaciones empresariales, llamados estos últimos en España acuerdos interprofesionales, con la misión principal de encauzar la negociación colectiva en las distintas unidades de negociación. Incluso el fracaso de las negociaciones que conducen a la celebración de cualquiera de estos acuerdos es siempre plausible porque implica buscar la concordia a través de las diversas formas del diálogo social.

El derecho de libertad sindical trae como consecuencia inevitable la pluralidad de las organizaciones sindicales. Cualquier dispositivo de los poderes públicos destinado a restringir o unificar esa pluralidad sindical es radicalmente incompatible con el modelo democrático de relaciones laborales. Cosa bien distinta es que los propios sindicatos celebren acuerdos de fusión o de unificación, lo que en la práctica no conduce nunca a la unidad sindical, sustituida cuando más por la unidad funcional, por las estrategias conjuntas para mejor oponerse a la fuerza de las asociaciones empresariales, cuya unidad suele ser mucho menos complicada.

Los modelos democráticos de relaciones laborales suelen destacar a uno o varios sindicatos sobre los demás, a los que se denomina "sindicatos más representativos". Se trata de una condición que se obtiene diferenciadamente según el modelo nacional que se considere, y cuyos efectos consisten en disponer de facultades que no quedan al alcance de los sindicatos con representatividad inferior. En España, por ejemplo, los sindicatos más representativos extienden su representatividad a todos los trabajadores, con independencia de que estén o no afiliados a los mismos.

En cualquier modelo democrático de relaciones laborales el mayor enemigo del sindicato es el propio sindicato; enemigos no pequeños, pero en todo caso menores, son los empresarios y los propios trabajadores, sindicados o no. El sindicato no es ni bueno ni útil por el solo hecho de constituirse —aunque si es imprescindible que pueda constituirse en libertad— sino por sus actos y resultados. La incuria es el mayor vicio que afecta al sindicato cuyos líderes y órganos rectores descuidan sus verdaderas funciones para atender cualesquiera otros intereses distintos de los únicos respetables. Es también una inapropiada conducta la de aquellos sindicatos que se dejan arrastrar por la rutina, una rutina que puede afectar al modo de actuar, a la permanencia acrítica al frente del sindicato y en hacer lo que otras instituciones sociales y políticas permiten con su pasividad, transformando en cosa propia lo que antes era ajeno, o dando palos de ciego a troche moche. Pero por encima de esos riesgos se encuentra el de convertir el sindicato en un partido político, lo que no debe confundirse con la conveniente actuación política del sindicato, sin

cuyo ejercicio cualquier sindicato que se precie quedaría encerrado en su propia ratonera. El sindicato funciona mejor cuanto más independiente es de cualquier partido y la experiencia demuestra que incluso las «hermandades familiares» de partido y sindicato acaban como el rosario de la aurora. En el recto cumplimiento de sus funciones el sindicato no puede descartar a priori oponerse al Gobierno, a los partidos y, naturalmente, a aquellos otros sindicatos que, desde su propio posicionamiento sindical, actúen desviadamente de los objetivos paradigmáticos. Enemigo fiero del sindicato es también el líder narcisista situado a su frente, ese que antepone a cualquier otra actuación sindical la preocupación por salir en todas las fotos y sentarse en todos los sillones, a veces durante décadas seguidas. Porque lo importante para él es ser importante, aunque a nadie importe y para nadie, salvo para él, sirva.

El amarillismo más temido es el empresarial, lo que ocurre siempre que el sindicato termina por ser un zapato a medida de su conveniencia, intervenga o no en su creación, o solo le nutra de recursos[2]. El por qué se le bautice como amarillo o con otro nombre —sindicato *de maiso*n, *di comodo*, *company unions*—, es lo de menos, porque lo único que cuenta es que esas organizaciones son cualquier cosa menos sindicatos. La penetración empresarial utiliza algunas veces métodos diversos, no rehusando la violencia cuando las circunstancias lo permiten, como canta el poeta Leandro Gay Pérez (1939) con excesiva crudeza narrativa (...) (...) *tú adelante con tus métodos, Toni/sin miramientos legalistas contra la morralla sindical/rómpeme todo movimiento de solidaridad/entre sus asociaciones/introduce elementos de disconformidad/envenena a los anarquistas/dispersa a esos miserables que van de colonia en colonia/que aquí tienes un jefe como Dios manda/con las espaldas muy anchas para echar a la mierda/a los abogadetes que me vengan con monsergas/los muy maricones con la consabida cataplasma/sobre el respeto debido a la dignidad de la persona* (...)

**9.** Los medios de acción del sindicato son, principalmente, los de lucha y los de negociación. Los primeros para reivindicar con argumentos, o con la dosis de violencia admitida por el ordenamiento legal, los derechos convenientes para los trabajadores afiliados y, por extensión, para los trabajadores en general. Poca discusión existe acerca de la primogenitura del derecho de huelga como arma defensiva y ofensiva del sindicato, un derecho inseparablemente unido al derecho de libertad sindical. De ahí que pueda afirmarse con rotundidad que el no reconocimiento del derecho de huelga desnaturaliza cualquier modelo democrático de relaciones laborales. Reconocido que sea derecho, no de modo testimonial, se abre una escala de posibilidades uno de cuyos puntos más altos se encuentra en el la Constitución Española de 1978, en la que el derecho de huelga se cataloga como un derecho fundamental de los trabajadores, equiparado por tanto en cuanto a rango y protección

---

[2] Ver Luis Enrique DE LA VILLA GIL y Manual Carlos PALOMEQUE LÓPEZ, *Introducción a la Economía del Trabajo* (Debate), vol. I, 1978, p. 672 y, sobre todo, la *Addenda* (Debate), 1980, p. 98.

con los derechos más solemnes, como el derecho a la integridad física y moral, a la educación, a la libre expresión, a la intimidad, etc. Naturalmente el ejercicio del derecho de huelga ha de cohonestarse con un nivel razonable de normalidad ciudadana, a cuyo efecto los modelos democráticos de relaciones laborales fijan listas de los servicios esenciales que han de garantizarse en todo caso, por medio de la prestación de servicios mínimos.

Algunos ordenamientos reconocen a los empresarios un paralelo derecho al cierre patronal o *lock-out*, aunque prevalecen los modelos democráticos de relaciones laborales en los que el ejercicio de ese derecho sufre fuertes condicionantes, admitiendo el cierre defensivo pero no el ofensivo. La explicación puede hallarse en el dato poco discutible de que el empresariado dispone de otros muchos medios para la defensa de sus intereses.

**10.** Inescindiblemente unido al derecho de huelga se sitúa el derecho de negociación colectiva de las condiciones de trabajo. Las variantes de los modelos democráticos de relaciones laborales en este punto son ciertamente intensas pero en todas ellas prevalecen unas características comunes que bien pueden resumirse en las tres siguientes: i) los convenios colectivos han de respetar las condiciones establecidas con carácter de mínimos por la legislación del Estado, de manera que esas condiciones mínimas pueden mejorarse pero no empeorarse por la autonomía colectiva; ii) las condiciones pactadas en los convenios colectivos se aplican a los trabajadores de las empresas afiliados a los sindicatos que hayan celebrado con ellas los convenios colectivos; en algunos ordenamientos se establecen mecanismos de extensión de esas condiciones de trabajo a todos los trabajadores de la misma categoría profesional e incluso en España los convenios pactados por asociaciones empresariales y sindicatos más representativos afectan a la totalidad de los trabajadores del sector o rama profesional de que se trate; iii) la naturaleza de los convenios colectivos sigue siendo una *vexata quaestio*, aunque mantiene lozanía la vieja construcción de Francesco Carnelutti (1879-1965), atribuyendo al convenio colectivo cuerpo de contrato y alma de ley. Junto a esa brillante construcción dogmática podría arriesgarse también otra montada sobre una doble paradoja: la figura del convenio colectivo es paradójica desde la perspectiva del derecho privado, al tratarse de un contrato que se aplica no solo a los contratantes sino a amplísimas colectivos de personas; pero a la vez es paradójica desde la perspectiva del derecho público, pues se trata de una verdadera norma no emanada de los poderes del Estado sino de los particulares.

Los modelos democráticos de relaciones laborales son compatibles con diversos controles de los poderes públicos sobre la negociación colectiva, uno importante para evitar desviaciones del derecho imperativo y otro de mucha trascendencia en épocas de coyuntura adversa para impedir subidas salariales excesivas que provoquen tensiones inflacionarias.

**11.** Al lado de los conflictos abiertos, con presencia de las medidas de fuerza que el ordenamiento jurídico acepte —una cuestión siempre polémica en su aplicación práctica, por ejemplo en el caso de los piquetes sindicales dedicados

a impedir la entrada al trabajo de aquellos trabajadores que no deseen participar en la huelga— tienen importancia creciente los conflictos pacíficos, sometidos a la decisión de los tribunales, si se trata de conflictos jurídicos o de interpretación, o a la decisión de órganos de composición amistosa, si se trata de conflictos económicos o regulatorios, ejerciendo unas veces funciones de conciliación o de mediación y otras de arbitraje, con posible dictado de laudos vinculantes. En esta materia la disparidad de las regulaciones es tan amplia que resulta fuera de lugar pretender siquiera una caracterización unitaria de los ejemplos comparados más singulares, aunque si puede apuntarse la tendencia de la creciente importancia de los procedimientos de composición autónomos frente a los procedimientos de composición heterónomos.

**12.** Todos los modelos democráticos de relaciones laborales cuentan con dispositivos de interlocución colectiva en la empresa, formados por los propios trabajadores de la misma o por miembros de sindicatos externos. La OIT reconoce el que denomina doble canal de representación en la empresa, lo que se resuelve en la práctica por medio de la elección de uno de esos dos sistemas o por la acumulación de ambos. Las figuras de los Comités o Consejos de Empresa y de Delegados o Secciones Sindicales agotan prácticamente las tipologías al uso. Estos órganos, destinados a defender los intereses de los trabajadores en el lugar de trabajo y/o a adaptar las condiciones laborales legales y convencionales a las peculiaridades de cada empresa, se organizan de modos bien distintos de uno a otro ejemplo positivo, pero presentan la característica común de ejercer funciones de información activas (derecho a informar) y pasivas (derecho a ser informados) respecto de la titularidad de la empresa, suscribiendo frecuentemente con la misma acuerdos colectivos de la máxima utilidad para primar las singularidades de cada empresa a las del conjunto del sector al que pertenece.

### C) EL MODELO DEMOCRÁTICO DE PROTECCIÓN SOCIAL COMO PILAR INEXCUSABLE DEL ESTADO DE BIENESTAR

**13.** Dicen los poetas, hablando de la "necesidad", que (...) *desde Adán, el hombre siempre ha tenido/para iguales dolores igual gemido:/en placeres y penas, por varios modos* (Federico Balart, 1831-1905).

El Hombre antiguo dura poco y el riesgo mayor es la perdida violenta de la vida. No tiene tiempo para pensar más que en salvar el cuerpo de otros animales, incluidos sus congéneres. No es que no se conozcan peligros y daños espantosos, narrados en la *Eneida,* epopeya escrita por Virgilio (70-19 a.C.) para complacer al emperador Augusto (63 a.C-14 d.C.). Al entrar el piadoso Eneas en el Averno, guiado por la Sibila, observa que (...) *en el mismo vestíbulo y en las primeras galerías del infierno/habitan el Dolor y los Remordimientos;/allí moran asimismo las cerosas Enfermedades y la triste Vejez,/el Miedo, el Hambre —mala consejera— y la aterradora Miseria,/imágenes espantosas, y el Sufrimiento y la Muerte/y su hermano el Sopor morboso, y los perversos/Gozos de la mente, y en otro lado la mortífera Guerra,/*

*los férreos lechos de las diosas benefactoras y la alocada Discordia,/ceñida de cintas ensangrentadas el cabello viperino* (...) Sin embargo, no hay verdadero sentimiento de necesidad, confundida con la misma muerte.

El Hombre medieval está atenazado por el miedo a perder el alma. Le atemoriza el infierno —*perded toda esperanza al adentraros*, escribe Dante (1265-1321) en verso lapidario, aún más fuerte que su necesidad insatisfecha, remendada por la caridad intermitente, aunque los más hallan consuelo de los males pasajeros de la tierra en los bienes duraderos de la otra vida (...) *pues se va la vida apriessa/como sueño,/e los deleites d'acá/son, en que nos deleitamos, temporales,/e los tormentos d'allá,/que por ellos esperamos,/eternales* (Jorge Manrique, 1440-1479).

El Hombre moderno localiza en los mapas lugares maravillosos. En la tercera década del XVI, los hermanos Pizarro, Francisco (1478-1541), Hernando (1504-1580), Juan (c.1510-1536) y, sobre todo, Gonzalo (c.1510-1548), persiguen el País de la Canela y se extasían ante el paraje rico y bello de Hatun-Xauxa, en el reino de los Incas. Allá por 1567 compone Pieter Brueghel el Viejo (1525-1569) el famoso cuadro conocido como país de Cucaña o de Jauja, no lejano de aquel en el que existen ríos de leche, lagos de miel, lluvia de vino, en el que vuelan los gansos asados, los lechones cocinados penden de los árboles con un cuchillo clavado para su consumo inmediato y hasta los monjes se solazan sin recato.

El Hombre contemporáneo construye teorías para resguardarse, siempre grises —dirá Goethe (1749-1832) por boca de Mefistófeles—, en contraste (...) *con el verdor del árbol dorado de la vida.* El hombre se siento solitario, aislado, solo y lucha para sentirse libre e igual a los demás en una deseable sociedad solidaria (...) *la asistencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe procurar la subsistencia de los ciudadanos en situación de desgracia, bien procurándoles un trabajo, bien asegurándoles los medios de existencia a aquellos que no estén en situación de trabajar* (Declaración de Derechos Humanos del Hombre y del Ciudadano, 24 de junio de 1793, art. 21). Las cosas marchan lentas y el *Spleen* (1869) de Baudelaire (1821-1867) ironiza sobre los países en los que todo es *hermoso, abundante, tranquilo y, honrado*.

**14.** Sin embargo, transcurren solo catorce años hasta que el canciller Von Bismarck (1815-1898) —pragmático, elitista y ambicioso, nada proclive a la clase obrera—, realiza la inversión característica de los políticos conservadores, un ten con ten con la *allgemeiner deutscher Arbeiterverein* y el *sozialdemokratische Arbeiterpartei*, para crear, en 1883, el primer seguro social conocido por la humanidad —*Krankenversicherung*—, fundiendo inteligentemente los genes de la beneficencia y del seguro privado.

Esa bola fragmentada y burocrática, pero de enorme fortaleza política, rueda y crece hasta que, sesenta años más tarde, tras el cataclismo de la segunda guerra mundial, encuentra unidad y fantasía de la mano del economista —atrabiliario y heteróclito— William Beveridge (1879-1963), inventor de la leyenda de la protección social integral, alejada por hipótesis del logos científico y capaz de poner en un brete a su Gobierno, sin medios para traducir en leyes las visiones de quien sería

llamado el *William de la gente*, cuyo Informe *Social Insurance and Allied Services* (1941) se agotó, visto y no visto, en los quioscos. Afirmaba que (...) *un momento revolucionario en la historia del mundo es un tiempo para revoluciones y no para componendas* (...) y prevenía contra cinco gigantes malignos —la enfermedad, la invalidez, la ignorancia, la pobreza y la ociosidad—, para cuyo empequeñecimiento los antídotos habían de ser la sanidad, la seguridad social, la educación, la vivienda y el pleno empleo. En verdad, tienta lucubrar que bien podría Beveridge haberse inspirado en el siniestro pasaje de la *Eneida* virgiliana anteriormente reproducido. Sin embargo, la frase —compendio deslumbrante de la nueva idea-fuerza— salió del agudísimo Winston Churchill (1874-1965), repetida luego hasta el aburrimiento (...) *hay que proteger al hombre desde la cuna hasta la sepultura* (...)

Vienen luego —tras las Constituciones programáticas de Querétaro (1917), Weimar (1919) y, en lo que toca a España, la republicana de 1931— las que incluyen compromisos vinculantes apegados a los Estados sociales y democráticos de Derecho, para suministrar al ciudadano el calor suficiente. Eran los años en los que Theodore Roethke (1908-1963) ponía en circulación un interrogante pavoroso (...) *¿qué es el infierno sino un corazón helado*? (...)

A partir de ahí, todo ha sido copia en todos los países del mundo, incluidos los más punteros. Primero la adaptación y expansión de los seguros sociales dispersos, luego los programas de unificación de aquéllos bajo la usual denominación de seguridad social y, finalmente, la copia generalizada de las Constituciones sociales en un alto número de naciones. La tardía Constitución española de 1978 —tras cuatro décadas de franquismo— bebe en esas fuentes, manando algunos de sus más importantes preceptos (los artículos 1.1[3] y 9.2[4]) de los arts. 20.1 de la *Grundgesetz* de Bonn (1949) y del artículo 3, párrafo segundo, de la *Costituzione italiana* (1947), respectivamente. Estas Constituciones, y las Declaraciones universales y regionales en las que se inspiran, apuntalan un modelo de protección social para la atención de la enfermedad, la falta de recursos y de cualquier otra necesidad sentida, los grandes bienes elegidos, en 1941, por el compositor y pianista argentino Rodolfo Sciamarella (1902-1973), para poner letra a la célebre canción sobre las tres importantes cosas que hay en la vida —*salud, dinero y amor*— de modo que (...) *el que tenga estas tres cosas que le dé gracias a Dios*. He ahí el soporte técnico del Estado democrático del bienestar, de Cucaña o de Jauja, del que desconfiarán los poetas de inmediato, hablando contrariamente del viaje al País de los Enanos (...) *os arrojarán las sobras del banquete,/los restos del festín, las migajas./Conformes con la ración mezquina, vais/sonriendo muy contentos/con la sonrisa de los neutros/que duermen sin remordimiento porque piensan/que el mundo está bien hecho:/este arriba y aquel abajo(...)/en las cúspides están las cajas fuertes/llenas del sudor de los*

---

[3] ... "*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*" (art. 1.1).

[4] Reproducido *supra*, marginal 2.

*inocentes./Debajo estáis vosotros, casta de enanos,/sosteniendo la injusticia* (Celso Emilio Ferreiro, 1914-1979).

Dejemos en la penumbra si no alcanzaron a comprender, o comprendieron demasiado, las posibilidades a que podía dar lugar un modelo combinado y coordinado de tres bienes óptimos, la protección contra la enfermedad (*salud*), contra la falta o insuficiencia de recursos (*dinero*) y contra toda otra necesidad (*amor*). La primera función protectora suele correr a cargo de los servicios sanitarios, la segunda a cargo de las prestaciones económicas de la seguridad social y la tercera a cargo de dispositivos generalmente concurrentes de asistencia social, la más excelsa de todas por su voluntad de llegar allí donde los otros dos no llegan. Ningún obstáculo de fondo existe para que esas tres funciones de aglutinen en un sistema unitario, pero lo cierto es que las Declaraciones Universales y las Constituciones nacionales prefieren delimitar las tres funciones como exigencias distintas del Estado social y democrático de Derecho, fundamentalmente porque la acotación profesional del ámbito subjetivo de los sistemas de seguridad social no armoniza con la vocación universal de las funciones sanitaria y asistencial. Buenos ejemplos ofrecen nuestras respectivas Constituciones. La peruana de 1993 dedica a la salud los arts. 9 y 11, a la seguridad social los arts. 10, 11 y 12 y a la asistencia social el art. 4, párrafo primero, a salvo de otras inevitables concordancias. Por su lado, la española de 1978 destina a la salud el art. 43, a la seguridad social el art. 41 y a la asistencia social los arts. 39, 47 y 50. La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 ofrece separadamente los derechos a la salud (art. 25), a la seguridad social (art. 22) y a la asistencia social (arts. 16.3 y 25). Una delimitación ésta que se concreta más todavía, dieciocho años después, en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, donde se vuelve a acoger disgregadamente el derecho a la salud (art. 12), el derecho a la seguridad social (art. 9) y el derecho a la asistencia social (art. 10 y 11).

**15.** El modelo democrático de relaciones laborales no contiene el modelo democrático de protección social puesto que sus ámbitos de aplicación no son coextensos. El ordenamiento laboral sigue anclado en una determinada categoría de trabajo, el que se sujeta a los requisitos de la dependencia y de la ajenidad, de manera que quedan fuera de él otras muchas categorías de trabajo, desde luego el que se presta por cuenta propia, pero también, frecuentemente, en el derecho laboral comparado, el trabajo por cuenta ajena de los funcionarios y empleados públicos civiles y militares, de los empleados del hogar, de los ejecutivos de alta dirección, gobierno o consejo, de ciertos artistas, de ciertos deportistas, etc. Esa limitación del ámbito subjetivo del modelo democrático de relaciones laborales queda superada por las funciones universales, destinadas a toda la población, del modelo democrático de protección social. E incluso, el ordenamiento de la seguridad social, tradicionalmente reservado a la población activa, ofrece una cobertura extensiva a muchos más millones de personas que los que alberga el ordenamiento laboral.

Lo que sí han de estar estos dos modelos es debidamente coordinados, puesto que uno y otro confluyen a conseguir el mayor grado posible de bienestar social. Las prestaciones sociales, de salud, dinero y amor, constituyen la plataforma más visible del Estado del bienestar, pero como preceptúa con mucho rigor el art. 22 de la Constitución peruana de 1993, también (...) *el trabajo es base del bienestar social y un medio de realización de la persona*. Pero bienes materiales y prestaciones sociales sin derechos humanos no supera la sociedad paternalista, sujeta a los humores del gran padre blanco; y derechos humanos reconocidos, sin un mínimo de bienes materiales y prestaciones sociales efectivas, no traspasa la línea propositiva. El objetivo último de las sociedades constituidas como Estados sociales y democráticos de Derechos es conseguir el mayor grado de bienestar social, como expresa brillantemente el art. 2.22 de la misma Constitución peruana de 1993 (...) *toda persona tiene derecho (...) a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida* (...)

**16.** Contar con una renta periódica obtenida del trabajo, en cualquiera de sus formas —por cuenta ajena o por cuenta propia, esfera pública o privada, sector primario, secundario o terciario, etc.-permite atender las necesidades elementales de su perceptor. Presupuesto cuantitativo de las sociedades del bienestar es que el suelo de esas rentas sea suficiente para que tales necesidades elementales cumplan un catálogo mínimo indispensable, a saber, el de alimentarse, alojarse, educarse y divertirse con dignidad.

La alimentación debe cumplir las exigencias nutricionales de una dieta equilibrada, en el sentido de que todos los residentes puedan seguirla conforme a las costumbres y cultura del lugar, a lo que se unirá la libertad de cada para dedicar los recursos disponibles a los gustos y preferencias personales. Pero no cabe bienestar social si grandes porcentajes de la población no están dotados para consumir las proteínas, los hidratos de carbono, las grasas, las vitaminas y los minerales indispensables. Y aunque no se viven ya los tiempos en los que los agentes de la autoridad controlaban si las madres amamantaban convenientemente a los futuros soldados del imperio, los poderes públicos no pueden desentenderse del control alimenticio y nutricional de los ciudadanos.

El alojamiento ha de tener las condiciones de superficie mínima por cada persona que habite en él. Debe disponer de las comodidades consideradas normales en los países desarrollados: agua corriente caliente y fría, energía por gas, electricidad o equivalente, sanitarios básicos y ventilación. Al menos un porcentaje no simbólico y creciente de las viviendas debe contar con ascensor o elevador, con los dispositivos destinados a salvar los obstáculos que impiden a los ancianos y a los discapacitados —permanentes o temporales—, el acceso a las mismas.

Tanto en la alimentación como en el alojamiento las sociedades del bienestar han de propiciar la existencia de un amplio abanico de productos, calidades y precios, de modo que incluso las rentas más bajas estén en condiciones de alimentarse y alojarse con decoro. Fallará éste cuando amplios porcentajes de la población no

cuenten con rentas suficientes para una alimentación equilibrada, sufran los rigores del hambre o del frío y no se diga nada si han de enfrentarse a la privación de un techo, lo que, aunque ocurre por desgracias, es incompatible con los avances introducidos en la sociedad contemporánea. A tal fin ha de compatibilizarse el derecho del propietario de la vivienda a recibir la renta fijada por el arrendamiento de la misma, o el derecho del prestamista hipotecario a la devolución periódica de lo prestado, con el desarrollo de servicios sociales que cubran las necesidades perentorias y eviten situaciones de desamparo extremo con la negra estampa del desahucio.

La educación debe operar en dos direcciones. Una referida a la certeza de que los padres cuentan con los recursos mínimos que aseguren que sus hijos reciban una educación básica, sin que se les prive de ella por la urgencia económica de lanzarlos —precipitada, cuando no ilegalmente— al mercado de trabajo, con perjuicio posiblemente irreversible de competir luego en el mismo. Pero también en otra dirección, se refiere al derecho de los padres y de los ciudadanos adultos, de atender permanentemente su formación y su reciclaje profesional. En esas dos direcciones hay que contar, naturalmente, con los dispositivos de igualdad de oportunidades que las sociedades del bienestar no singularizan en cada familia sino que generalizan por medio de los recursos públicos ofrecidos de manera combinada, como ayudas al mérito y a la necesidad de los ciudadanos.

Finalmente, las rentas disponibles deben asegurar el disfrute del ocio, a lo que contribuyen las sociedades del bienestar con las variadas propuestas culturales y recreativas de todo orden, en las que convergen (...) *los caminos de la historia, el arte, la antropología cultural y la filología* (...) *especias, ramos, condimentos,/ingredientes de la esperanza* (Pilar Paz Pasamar, 1933). En la diversión entra, en buena dosis, el deporte de soñar con el portugués José Fontinhas, más conocido por su seudónimo Eugénio de Andrade (1923-2005) (...) *tenían como toda la gente/el milagro de cada día/resbalando por los tejados,/y ojos de oro/en los que ardían/los sueños más extraviados* (...)

**17.** A falta de renta por inexistencia o insuficiencia del trabajo las sociedades del bienestar han actuado dispositivos supletorios sin los cuales queda en entredicho su mismo reconocimiento. La inexistencia del trabajo no solo es la causa de un gravísimo problema económico, sino el origen simultáneo de un todavía más grave problema social, porque a la ausencia de renta se une el tedio irremediable que acompaña al no saber qué hacer, a ese dar vueltas de peonza sobre la nada, más cruel que los trabajos más ingratos por su dureza o por su rutina. De modo que ningún ciudadano puede quedar desprovisto de una renta mínima de subsistencia, a cuyo efecto es indiferente el tipo de prestación que asegure la renta y la fuente que la financie. La prestación más habitual es la prestación de desempleo, total o parcial, siempre de duración limitada, no solo por exigencias de orden financiero sino por la necesidad de que la situación de ausencia involuntaria del trabajo sea lo más breve posible, habida cuenta de que el derecho al trabajo integra el catálogo de los derechos humanos. En cuanto a la fuente la renta suele provenir de los

dispositivos asistenciales del Estado, por lo que deben evitarse los condicionamientos excesivos para el acceso a dicha renta mínima, aunque resulta inviable la eliminación de todos ellos, el principal de los cuales será siempre la comprobación de la falta o de la parquedad de otra renta compatible hasta el nivel establecido. El art. 75 de la Constitución danesa de 1953, presta un ejemplo arquetípico de la combinación de las rentas salariales y de las rentas asistenciales alternativas (...) *con el fin de garantizar el bienestar general, todo ciudadano apto para trabajar debe tener la oportunidad de trabajar en condiciones susceptibles de asegurar su sustento (...) cualquier persona que no esté en condición de asegurar su sustento y el de los suyos, y que no se encuentre a cargo de otras personas, tiene derecho a la asistencia de las autoridades, a condición, sin embargo, de que se someta a las obligaciones prescritas por la ley (...)* Un precepto del que comprueba su estricta observancia todo el que lo quiera observar, *en situ*, por sí mismo.

**18.** En un sistema de economía de mercado es inevitable, y a veces imprevisible, sufrir crisis periódicas, debido a la pluralidad de causas que concurren a desencadenarlas. Pero esas crisis no han sido capaces hasta ahora de eliminar los signos identificadores de las sociedades del bienestar, aunque transitoriamente determinados derechos padecen rebajas y recortes, recuperados eventualmente cuando la fase del ciclo económico resulta más, o muy, favorable. A nadie se le ha ocurrido desandar el camino recorrido renunciando a las consolidadas sociedades del bienestar, y solo se han buscado los mejores modos de adaptar un logro histórico irreversible a las nuevas circunstancias económicas. No faltan quienes defienden que todas las crisis son un arma de dos filos: de un lado, traen consigo sufrimientos de la población pero, de otro, sirven para poner en marcha dispositivos correctores de los problemas y hasta para reforzar derechos sociales, tomando como ejemplo las políticas del presidente Roosevelt (1882-1945) frente a los efectos del crack del veintinueve: ampliación de la protección a los parados, reducción de la jornada, fijación de mínimos salariales y estímulo de la negociación colectiva. Un filósofo de la categoría de Karl Popper (1902-1994) ha resumido admirablemente la situación (...) *nuestro mundo libre ya ha eliminado casi, si es que no lo ha hecho del todo, los grandes males que con anterioridad han maltratado la vida de los hombres* (...)

De manera que la crisis de las sociedades del bienestar, no desbarata la anterior relación entre el Estado y la sociedad, sino que impone la urgencia de adaptarse, por el tiempo que sea preciso, a las nuevas circunstancias. Es cierto que hay predicciones muy pesimistas ante el nuevo imperio de las tecnologías, augurando el fin del trabajo masivo (Jeremy Rifkin, 1943), pero es más realista quedarse con el vaticinio optimista que formula el profesor de sociología de la Universidad de Oxford, Albert Henry Halsey (1923-2014), afirmando que (...) *la microinformática en particular y la tecnología en general podrán permitir a todas las poblaciones del globo vivir en la abundancia, asegurar una producción material que sobrepasará todo lo que se puede soñar, instaurar una democracia de los ocios, eliminar los trabajos penosos y dar al Estado protector recursos masivos que le permitan desempeñar un papel benefactor, ciertamente más complejo* (...)

Situarse en la posición contraria es dudar, en definitiva, de la capacidad del hombre para superar cualquier problema que la vida en sociedad le haya planteado sucesivamente, lo que queda desmentido por la historia. Bien está que los poetas llamen la atención y pongan el dedo en la llaga con su poesía tremendista, con versos tan agudos como estos que señalan (...) *el vacío general de todas las cosas/ La ingravidez de la democracia, la ingravidez/de los parlamentos europeos/(...) La ingravidez del capitalismo: la severa vanidad/de un automóvil, de un edificio, de unos zapatos nuevos/(...) El vacío en las reuniones del G-8, legislando/sobre la nada y sobre los pobres y los enfermos/La ingravidez de los Rollings Stones, una vez acabado/el concierto la gente regresa a pisos escuálidos en transporte/público,/en ordenadas y cívicas ciudades occidentales/El vacío de la riqueza, su funesta materia inorgánica/ La ingravidez de la ONU/El frío de la ancianidad de Margaret Thatcher/La insignificancia de España/(...) El frío de las vísceras de los Reyes y de los Presidentes de todas las Repúblicas/(...) El frío del alcoholismo, última luz del mundo/(...) El vacío de las Navidades/(...) La ingravidez de la Unión Europea/El vacío de todos los salarios del universo/(...) La insignificancia de los libros de Historia/(...) El vacío de la enfermedad/(...) El frío de la disfunción eréctil, el vacío de la sequedad vaginal* (Manuel Vilas, 1962). Compartibles siempre que se conviertan en un estímulo para romper la pereza y la rutina, para proseguir la fascinante y vencedora lucha del hombre contra las adversidades de todo género.

**19.** Como las sociedades del bienestar reconocidas en el mundo occidental, y más raramente en el oriental, son numerosas, es imposible encontrar en todas ellas la misma dosis de bienestar, las mismas ventajas o prestaciones ofrecidas a los ciudadanos. Superado el mínimo económico por bajo del cual el bienestar no se manifiesta —renta de trabajo suficiente para una alimentación, vivienda, educación y ocio dignos, cuidados sanitarios suficientes y protección reforzada de los colectivos más débiles e indefensos— es realista distinguir niveles o grados de bienestar. Porque la uniformidad no se conoció siquiera en los años en los que las sociedades del bienestar se consolidaron merced a la concurrencia de los acontecimientos históricos típicos —sobre todo las dos guerras mundiales, entre 1914 y 1945 y muy significativamente el Plan Marshall—, ni menos todavía puede buscarse ahora una vez que el paso de los años ha introducido plurales elementos de dispersión en unas y en otras, tales como las crisis mejor o peor capeadas, la intensidad de la globalización, la diversidad cultural de los residentes, la pirámide demográfica, las exigencias del medio ambiente (...) Para clasificar las sociedades del bienestar de mejor a peor, o viceversa, no son útiles las tipologías basadas en tipos o en modelos, excesivamente voluntaristas e incompletos. La más añeja de Richard Morris Titmuss (1907-1973), contraponiendo los Estados de bienestar residual, industrial e institucional, artificiosa desde su nacimiento, es manifiestamente anacrónica en la actualidad. La más divulgada del economista belga André Sapir (1950), basándose probablemente en los tres mundos del capitalismo del bienestar de Gøsta Esping-Andersen (1947), ofrece cuatro modelos: el nórdico (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega, Países Bajos y Suecia), el continental

(Alemania, Austria, Bélgica, Francia y Luxemburgo), el anglosajón (Gran Bretaña e Irlanda) y el mediterráneo (España, Italia, Grecia y Portugal). Una mínima profundización en las características que se asignan a cada uno de ellos muestra de inmediato la artificialidad de esa delimitación, aunque puedan encontrarse desde luego afinidades de orden geográfico, histórico e incluso sociológico entre los países así agrupados. De otro lado, la tipología es muy incompleta al dejar fuera a trece Estados de la Unión Europea y a todos los de otros continentes.

La medición del grado de bienestar en el medio centenar de sociedades occidentales que más lo comparten, ha de hacerse necesariamente por grados, resultantes de la comparación de una serie de datos contrastables, por un lado los *positivos* —el PIB, la renta per capita, la competitividad económica, el empleo, el gasto público en protección social, el gasto público en educación, el desarrollo humano o riesgo de la vulnerabilidad personal, la felicidad o satisfacción con la vida, la esperanza de vida al nacer las mujeres, la esperanza de vida al nacer los hombres, la vivienda de renta reducida o gratuita— y por otro los *negativos* —la pobreza y la exclusión social, la desigualdad en la distribución de la renta, la desigualdad de género, la violencia de género, la erosión del medio ambiente por emisiones de dióxido de carbono, las tasas de desempleo, el trabajo parcial por no conseguir el trabajo a tiempo completo, la inactividad juvenil sin estudiar ni trabajar (*ninis*), el abandono escolar, la población reclusa, los homicidios cometidos, los suicidios habidos, los gastos militares y, como no, la suciedad y zafiedad de los comportamientos y de las costumbres— de las que apenas alguna sociedad ha logrado liberarse, bajo el socorrido expediente de pensar, cual Paul Sartre (1905-1980), que (...) *el infierno es el Otro*. El efecto inevitable de la combinación de esa treintena de variables produce el ranking de las sociedades, las clasifica jerárquicamente de superior a inferior bienestar, lo que no justifica la exigencia del nivel más alto para la categorización cualitativa, de la misma manera que no se descalifica a un automóvil por el hecho de no ser un Rolls-Royce, o a un poeta por no alcanzar en sus versos la excelencia mística de los de Juan de Yepes (1542-1591), más conocido como San Juan de la Cruz.

**20.** He aquí un planteamiento moderno de las relaciones laborales y sociales con elementos sobrados para una discusión provechosa y para la obtención, posiblemente, de algunas conclusiones básicas entre las muchas posibles que pudieran alcanzarse. En todos esos elementos navegan factores de esplendor y de miseria, en buena medida coextensos con el altruismo y el egoísmo humanos. El reto está, por consiguiente, en aumentar los primeros y desterrar progresivamente los segundos. Se puede expresar de muchas maneras, por qué no recordando los versos profundos de la limeña Blanca Varela (1926-2009) (...) *hoy me despierta/con su delgado resplandor abstracto la esperanza/la oscuridad del naufragio/se escapa como un gato por la ventana/y alguien vuelve/sí/alguien vuelve desvelado y sin prisa/con un pequeño rectángulo de eternidad entre las/manos* (...)

# Derecho laboral y desarrollo: nuevos conceptos y evidencias y su aplicación en América Latina

**Simon Deakin**

University of Cambridge.
Contacto: s.deakin@cbr.cam.ac.uk

***SUMARIO***

*Resumen.- 1. Introducción.- 2. Haciendo un cambio conceptual en el nexo entre ley laboral y desarrollo.- 3. Nueva evidencia empírica sobre los efectos económicos de la normativa laboral.- 3.1 Aspectos metodológicos de la construcción del conjunto de datos.- 3.2 Estadísticas descriptivas sobre las tendencias de la ley laboral en el Perú y otros países de América Latina.- 3.3 Análisis econométrico.- 3.4 Interpretación de los resultados.- 4. Conclusiones.- Referencias.*

**RESUMEN**

En lugar de ver a la ley laboral como resultado de la industrialización (la visión principal de la economía del desarrollo en los cincuenta y sesenta) o como trabas para el crecimiento, (la más reciente visión consensuada de Washington), deberíamos verlas como una contribución para el desarrollo que puede abordar los riesgos del mercado laboral, ayudar con la coordinación de mercados y sentar las bases para un crecimiento sostenible e inclusivo. El mapeo de sistemas legales, usando técnicas de codificación de datos leximétricos, muestra que las leyes laborales alrededor del mundo han seguido evolucionando en las últimas décadas y que son, particularmente, una respuesta ante el surgimiento de nuevas formas de empleo, al mismo tiempo que siguen brindando protección fundamental a los trabajadores. Desde la década de los noventa, en América Latina ha habido un fortalecimiento de las leyes laborales y de las instituciones relacionadas al mercado laboral, lo cual está ligado al giro en la tendencia hacia la informalización. El análisis econométrico exploratorio respalda la afirmación que, a través de sus efectos dinámicos, las leyes laborales protectoras de los trabajadores tienden a incrementar la participación en el empleo formal, disminuir el desempleo y aumentar el poder de negociación de los trabajadores.

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde hace algún tiempo, está claro que se necesita urgentemente una nueva forma de pensar en cuanto a ley y desarrollo laboral. En líneas generales, dos corrientes de pensamiento han dominado la discusión hasta ahora. La primera, asociada con la economía del desarrollo de mediados del siglo XX, veía emerger las protecciones de las leyes laborales como consecuencia de un crecimiento económico generado por el mercado. Según esta visión, la industrialización desencadena una serie de cambios estructurales en la sociedad, los cuales crean las condiciones para el surgimiento de instituciones y normas protectoras de los trabajadores. Estos cambios incluyen la aparición de la relación laboral como la forma predominante o normal de contratación y el crecimiento del sindicato como una fuerza capaz de presionar por cambios legales necesarios para proteger a los trabajadores en una posición de dependencia salarial o "subordinación" (esto es, leyes laborales ampliamente concebidas para incluir aspectos de seguridad social y una ley fiscal específica para la relación laboral). Esta era la visión de aquellos quienes fundaron la economía del desarrollo, como Arthur Lewis (1954) y Simon Kuznets (1955).

La segunda visión, que ha predominado desde la década de los ochenta, es que las normas de la ley laboral son perjudiciales para el desarrollo y deben reducirse para permitir el desarrollo de mercados laborales flexibles. Este enfoque critica la aplicación de estándares laborales internacionales, desarrollados en el primer mundo, en mercados emergentes. Ve al modelo de contratación laboral con una relevancia limitada en el contexto de mercados laborales informales, al igual que ve las normas laborales como una causa de dualismo y segmentación que impide

la propagación del trabajo formal. Este es el enfoque adoptado por las instituciones financieras internacionales, en particular el Banco Mundial, durante la mayor parte del periodo llamado "Consenso de Washington", el cual puede ser resumido en la idea de que "las leyes creadas para proteger a los trabajadores a menudo los perjudican" (Banco Mundial, 2008).

En este artículo deseo plantear una tercera posibilidad, que es que la ley laboral contribuye al desarrollo, tanto en el sentido económico como social. Las normas de la ley laboral que protegen a los trabajadores en el marco de las relaciones laborales capitalistas son compatibles con el crecimiento económico generado por el mercado, y pueden ayudar a crearlo, pero no son un resultado inevitable de este. Estas normas deben ser instituidas activamente a través del proceso político y legal. Una vez establecidas y sostenidas por estos medios, las normas de la ley laboral, junto con elementos complementarios del estado de bienestar como los sistemas de seguro social, juegan un papel crítico en la economía de un mercado al gestionar y diseminar los riesgos del mercado laboral. De esta manera, las normas tienen el potencial de generar crecimiento sostenible y equitativo. Por estas razones, las reformas de la ley laboral deberían estar al centro de las estrategias de desarrollo en mercados emergentes, incluyendo aquellos países de ingreso medio en América Latina.

Este no es solamente un ejercicio de "cuadratura del círculo" al reconciliar eficiencia y equidad, aunque en parte es eso. Sugeriré que necesitamos nuevas formas de pensar en la ley laboral que no la vean simplemente como una limitación para el crecimiento económico. Pero yendo más allá del replanteo conceptual requerido, presentaré algunas evidencias empíricas que están emergiendo y que respaldan el argumento de que la ley laboral es una contribución para el desarrollo. Para este fin, la sección 2 que viene a continuación brinda una visión general de la posición teórica que deseo defender y la sección 3 describe la evidencia desde el análisis econométrico de un conjunto de datos (*dataset*) creado recientemente, el cual registra tendencias globales en la normativa de la ley laboral. Las conclusiones se encuentran en la sección 4.

## 2. NECESIDAD DE HACER UN CAMBIO CONCEPTUAL EN EL NEXO ENTRE LEY LABORAL Y DESARROLLO

En la década de los cincuenta, la teoría de "ajuste estructural" predijo que el desarrollo, entendido como la transición de una economía de subsistencia a una basada en el trabajo por salario y en relaciones de mercado formales, llevaría a una mayor igualdad basada en la compresión de ingresos y de diferenciales de riqueza. En el modelo de Lewis, las economías en las primeras etapas de industrialización se benefician debido a que tienen acceso a mano de obra de bajo costo, pero a medida que la agricultura le cede el paso a la industria y se forma una clase trabajadora urbana, esta ventaja de costo se ve mermada en parte debido a que "los trabajadores capitalistas se organizan en sindicatos" (Lewis, 1954: 150). Una

interpretación del modelo de Lewis es que, a medida que la economía se acerca al "punto de inflexión de Lewis", es más viable una política que mejore la mano de obra a través de formación y capacitación, además de fomentar a las empresas a que inviertan en tecnologías para mejorar la productividad, que una política basada en la continua dependencia de la ventaja comparativa ofrecida por la mano de obra barata.

De manera similar, Kuznets (1955) predijo que, cuando las economías de bajos ingresos empiezan a industrializarse, la desigualdad aumenta. Esta tendencia se ve revertida cuando el crecimiento económico generado por el mercado queda establecido. La "U invertida" de la curva de Kuznets considera al capitalismo capaz de equilibrarse a sí mismo, en el sentido de que puede alcanzar resultados sociales más equitativos y, por ende, estables en el mediano a largo plazo. Según Kuznets, los factores que tienden a reducir la desigualdad en países industrializados incluían "la interferencia legislativa y decisiones 'políticas'... que apuntan a limitar la acumulación de propiedades directamente a través de impuestos de sucesión y otras recaudaciones de capital explícitas". Dichas intervenciones, que reflejan "la visión de la sociedad sobre la utilidad a largo plazo de las grandes desigualdades de ingreso", constituían "una fuerza vital que operaría en sociedades democráticas" para igualar ingresos y riqueza incluso ante la ausencia de otras influencias compensatorias (Kuznets, 1955: 9).

Kuznets pensaba que una economía de mercado "dinámica" crearía oportunidades para nuevos participantes, lo cual mermaría las ventajas de las élites, pero también analizó el potencial de auto-organización de la clase trabajadora urbana, la cual creía que era un producto derivado del crecimiento económico: "en sociedades democráticas, el creciente poder político de los grupos urbanos de bajos ingresos ha llevado a una variedad de leyes de protección y apoyo, muchas de ellas orientadas a contrarrestar los peores efectos de la rápida industrialización y urbanización, y a respaldar los reclamos de las masas por porciones más adecuadas de los crecientes ingresos del país" (Kuznets, 1955: 17).

De este modo, no deberíamos olvidar que tanto Lewis como Kuznets vieron que la política democrática tiene un rol en la obtención de condiciones para una mayor igualdad. Interpretados apropiadamente, ellos no estaban diciendo que la reducción de ingresos era una característica inevitable de la dinámica capitalista, aunque este aspecto de su argumento parece haber sido minimizado posteriormente.

La visión optimista de mediados del siglo XX sobre la capacidad del crecimiento económico de generar las condiciones para una legislación social progresiva retrocedió con la creciente influencia de modelos neoclásicos del mercado laboral de la década de los ochenta. La teoría neoclásica ve a las normas de la ley laboral como una intervención externa en el mercado y, por ende, como una interferencia. Como tal, la ley laboral limita y distorsiona la operación del mercado laboral.

Además, los enfoques en la economía del derecho inspirados en la teoría neoclásica han sostenido que la toma de decisiones autónoma por parte de agentes económicos (aquí, trabajadores y empleadores) lleva a resultados que benefician

no solo a las partes inmediatas del intercambio, sino a la sociedad en su conjunto. Por el contrario, la normativa es vista como la expresión de intereses sectoriales (Posner 1984). De este modo, las leyes laborales promulgadas con el fin de redistribuir son entendidas como un elemento de compensación entre equidad y eficiencia (ver Okun 1975).

Los países que mantienen una extensa normativa de la ley laboral están eligiendo una opción que implica un menor crecimiento y reducción del desarrollo, pero que está a favor de ciertas metas sociales, como una distribución más igualitaria de los ingresos. En una crítica relacionada al tema se menciona que las normas de la ley laboral tienden a beneficiar a algunos trabajadores por encima de otros, en particular a aquellos con empleos estables y formales a costa de los desempleados y trabajadores informales (Banco Mundial 2008: 19).

La teoría neoclásica no es, de ninguna manera, la última palabra en cuanto a la operación de los mercados laborales y varios modelos "neo-institucionales" han sido desarrollados, los cuales crean un espacio para la normativa laboral debido a las fallas en el mercado. Los modelos neoclásicos están basados en el supuesto que, en general, los mercados tienden a auto-ajustarse. De este modo, ante la ausencia de una normativa en la ley laboral, el mercado laboral está en equilibrio. Esta posición es objetada por las perspectivas neo-institucionalistas, las cuales ven que los mercados laborales sin regular son afectados por imperfecciones de varios tipos, incluyendo costos por transacciones, asimetrías en la información y externalidades. La presencia de estas imperfecciones puede dar lugar a un argumento a favor de la intervención basado en la eficiencia: la toma de decisiones autónoma por parte de agentes económicos *puede* llevar a resultados beneficiosos para la sociedad, *pero solo* bajo ciertas condiciones, y esa normativa puede ser necesaria para producir estos resultados o para ajustarse ante su ausencia (Kaufman, 2009).

Las nuevas perspectivas institucionalistas pueden refutar los argumentos neoclásicos para la desregulación, pero no es honesto usarlas para mostrar, más positivamente, que las normativas de la ley laboral pueden ser justificadas con argumentos de eficiencia. El problema está en saber cómo luciría el hipotético punto de equilibrio en la práctica. Por ejemplo, parece poco probable que las leyes sobre el salario mínimo, las cuales a veces son justificadas usando una lógica neo-institucionalista, puedan replicar con exactitud el salario de equilibrio del mercado (Manning, 2003) o que las leyes de despido injustificado reproduzcan con precisión los términos de contratos de empleo hipotéticamente perfectos, los cuales serían aceptados si no hubiera información asimétrica en la relación laboral (Levine, 1991). En el mejor de los casos, la normativa de la ley laboral solo puede ser considerada como algo que ofrece soluciones aproximadas para los efectos de una falla en el mercado.

Por estas razones, hay argumentos para ir más allá del enfoque neo-institucional y, en su lugar, adoptar una concepción "sistémica" de la ley laboral, la cual ve a este tipo de normativa como algo que evoluciona junto con el surgimiento y estabilización de los mercados laborales y, más generalmente, de las relaciones

laborales capitalistas. Según el enfoque sistémico, las normas de la ley laboral son vistas como soluciones que han evolucionado o surgido para resolver problemas de coordinación en contextos de mercado específicos (ver Hyde 2006; Deakin y Sarkar 2008). Estas soluciones están basadas en compromisos distributivos, los cuales son frecuentemente de naturaleza contingente. Los acuerdos que estos representan no son necesariamente óptimos y puede que no sean particularmente estables (Deakin y Sarkar 2008: 455). Sin embargo, son capaces de contribuir al crecimiento económico y al desarrollo en general en distintas formas.

Lo que la economía neoclásica asume como características naturales del comportamiento del mercado, como "racionalidad" y "equilibrio", de hecho requieren un marco institucional, el cual es de naturaleza legal en su mayoría. Las instituciones jurídicas ayudan al intercambio basado en el mercado al identificar los derechos de propiedad y estabilizar las expectativas contractuales, pero también al proveer soluciones a problemas de coordinación que surgen de la presencia de costos de transacción y externalidades, que de otra manera tenderían a limitar la escala y el alcance de la actividad del mercado (Deakin et al., 2016).

El sistema legal y el económico han coevolucionado, habiéndose desarrollado en paralelo entre sí en contextos nacionales o regionales en particular. De este modo, las instituciones nucleares de la ley laboral – la relación laboral individual, la negociación colectiva y el seguro social – han evolucionado paralelamente al surgimiento de mercados laborales en economías de mercado (Deakin y Wilkinson 2005). Las instituciones relacionadas a la ley laboral tienen ciertos fines funcionales que son propios de las sociedades en donde los mercados laborales son establecidos, es decir, sociedades en las que una parte significativa de la población adulta se dedica a un trabajo remunerado de algún tipo.

Históricamente, las investigaciones han mostrado que el proceso de constitución del mercado laboral en países de industrialización temprana, como los de Europa Occidental, requirió el despliegue activo del brazo fiscal y legal del Estado (Deakin y Wilkinson, 2005). La participación del Estado en la formación de las relaciones de mercado durante este periodo fue coactiva e incluso punitiva en muchos contextos, pero la legislación jugó un rol en la mitigación de riesgos asociados con la transición al mercado desde una etapa temprana y no fue simplemente una respuesta a la industrialización.

Por ejemplo, la Inglaterra del siglo XVI ya contaba con un sistema de ayuda a los pobres a nivel nacional, el cual era administrado localmente, pero regido por un marco legislativo unificado a través del cual los impuestos eran recaudados en los hogares según el valor de la propiedad del terreno y bienes relacionados. En el siglo XVIII, el término "pobre" ya se aplicaba a quienes dependían de remuneraciones ("aquellos que trabajan para vivir y otros como los viejos y decrépitos, incapaces de trabajar, viudas pobres, niños sin padre y arrendatarios que han terminado en la pobreza": Dalton, 1747). Anticipando la lógica del siglo XX sobre el Estado de bienestar, los abogados y juristas que administraban la ley de pobres (*poor law*) preindustriales consideraban a la pobreza como una condición generada "no por

despilfarro, gasto e irresponsabilidad, sino por mala fortuna" (Dalton, 1747; para más información general, ver Deakin y Wilkinson, 2005: cap. 3). El gasto en ayudar a los pobres en Inglaterra durante el periodo de transición industrial fue siete veces la cantidad gastada en otros países de Europa Occidental como Francia, y el doble del porcentaje del PBI en el transcurso del siglo hasta 1800 (Solar, 1995). Aunque la cantidad total de ingresos nacionales gastados en ayudar a los pobres fue baja en comparación a los niveles de gasto contemporáneos en el Estado de bienestar, las tasas de sustitución para los beneficios por desempleo en algunas regiones eran comparables a aquellas que operaban en Gran Bretaña en la década de los ochenta (Snell y Millar, 1987). Así, la evidencia histórica apunta a la conclusión de que "la creación y elaboración y el sistema de la ley de pobres, desde el reinado de Elizabeth en adelante, fue un argumento importante para el desarrollo de un sistema capitalista en Inglaterra, permitiendo un tipo de protección a los necesitados, el cual dio a los individuos un grado de protección contra los peligros de la vida, protección que era brindada por los parientes en las típicas culturas campesinas" (Wrigley, 1988: 120).

El desarrollo de un Estado de bienestar o "social" no fue nada continuo en la mayoría de naciones de industrialización temprana. La desaparición de la "antigua ley de pobres" en Inglaterra, ante las presiones de la industrialización en las últimas décadas del siglo XVIII, dio lugar eventualmente al régimen disciplinario del asilo para pobres (*workhouse*), el cual fue diseñado para humillar tanto como sea posible a aquel que recibiera esta ayuda y para evitar la subvención de remuneraciones. Con la Ley de Enmienda a la Ley de Pobres de 1834 (*1834 Poor Law Amendment Act*), se esperaba que las remuneraciones aumentaran "naturalmente" hasta un nivel de subsistencia, una vez que este estricto régimen fuera implementado.

Cuando esto no sucedió, y cuando las remuneraciones reales empezaron a caer durante la "Gran Depresión" entre 1873 y 1896, la respuesta inicial de los legisladores fue hacer el régimen de asilo para pobres aún más punitivo. El costoso fracaso de los "asilos de prueba para pobres" convenció a los reformistas de fin de siglo de que una alternativa era necesaria. Sidney y Beatrice Webb (1909) y William Beveridge (1909) estaban entre los que argumentaban a favor de una combinación entre seguro social y negociación colectiva para sentar una base para los términos y condiciones de empleo. Fueron estas reformas las que revirtieron la tendencia hacia el trabajo casual (o "informal") con tarifas de pago extremadamente bajas, lo cual se había convertido en la norma en las grandes ciudades y centros industriales de Gran Bretaña a fines del siglo XIX, un patrón que fue repetido en los países industrializados de Europa y Norteamérica en esa época.

El surgimiento de la "relación laboral tradicional" (SER por sus siglas en inglés) como punto focal de la normativa de la ley laboral en las primeras décadas del siglo XX fue, en parte, el resultado de las estrategias de los empleadores, que para aquel entonces favorecían la integración vertical de la producción; pero también fue consecuencia del aumento de la negociación colectiva y de la adopción de la legislación social en las áreas de compensación de trabajadores y seguro de

desempleo (Deakin y Wilkinson, 2005). SER era una transigencia en el cual la "subordinación" en el lugar de trabajo era la condición para acceder a la protección contra los riesgos del mercado laboral (Supiot, 1999: 10).

La asociación de SER con el trabajo a tiempo completo, "permanente" o indeterminado, y con un salario orientado hacia el hombre como el sostén de la familia, ha puesto un signo de interrogación a su futuro, dada la disminución de la producción industrial y el aumento de empleo precario en las economías del primer mundo desde la década de los setenta (Standing, 2011; Stone y Arthurs, 2011). Sin embargo, hay características de SER que implican que, al ser una institución que combina elementos de práctica legal y social, puede tener mayor resistencia de la que algunos estudios recientes han sugerido. El contrato de empleo provee a la empresa de una flexibilidad inherente para dirigir los factores de producción, lo cual está al centro de la dinámica capitalista, como Marx (1847, 1867) lo reconoció. El reciente aumento de formas precarias e inseguras de trabajo en el primer mundo no significa un regreso a las relaciones económicas pre capitalistas; las nuevas tecnologías tampoco están creando las condiciones para el retorno de estructuras del tipo gremial, las cuales confundían los límites entre capital y trabajo antes de la revolución industrial. Por el contrario, estas tendencias significan nuevas formas de subordinación y dependencia para aquellos que "trabajan para vivir". Así, continúa la necesidad de una institución como SER, la cual canaliza los riesgos asociados a la dependencia salarial y califica el ejercicio del poder económico por y a través de la empresa capitalista. Adaptar SER es una mejor opción que abandonarla.

Esta perspectiva de la ley laboral no está limitada a las economías desarrolladas del primer mundo con sus mercados laborales predominantemente formales. Hay una larga tradición de normativa de ley laboral en América Latina que vio el surgimiento de formas maduras de negociación colectiva y seguro social a mediados del siglo XX. Estos acuerdos fueron cuestionados en el periodo de ascendencia de las políticas neoliberales, el cual empezó en la década de los setenta, pero desde los noventa hubo un cambio en las políticas y se volvió a apoyar la negociación colectiva y las formas solidarias de seguridad social, lo cual revirtió la tendencia previa hacia la informalidad (Fraile 2009). Las reformas orientadas a construir instituciones para mitigar los riesgos del mercado laboral son una característica de las economías de rápido crecimiento en los países en vías de desarrollo, en particular en Asia oriental, región que también ha visto el mayor aumento en empleo remunerado y la correspondiente disminución en la mano de obra informal durante los últimos veinte años (OIT, 2015: cap. 1).

La prevalencia de la ley laboral en la economía de mercado claramente sugiere que tiene una relación funcional de algún tipo con el surgimiento del capitalismo, así como con la incorporación de instituciones políticas democráticas, aunque no encajen exactamente. La relevancia de las concepciones occidentales de la ley laboral para los países en vías de desarrollo es a menudo cuestionada con argumentos como el limitado alcance de las normas de la ley laboral en esos países y los problemas relacionados a su aplicación. Ambos están asociados al fenómeno

de la informalidad laboral. Sin embargo, es exagerado argumentar que hay una diferencia fundamental de clase (en lugar de una de grado) entre los contextos de países desarrollados y países en vías de desarrollo. Los problemas del alcance parcial de la ley laboral, así como de los vacíos entre la ley formal y su operación en la práctica, están presentes en muchos contextos, tanto de países desarrollados como de países en vías de desarrollo.

En algunos contextos de países en vías de desarrollo, la persistencia de las formas tradicionales de apoyo a los riesgos sociales, que incluyen estructuras familiares y acceso a la tierra, quiere decir que el problema del alcance de la ley laboral toma a menudo un significado diferente en esos contextos. Puede que los mecanismos de la ley laboral tengan relevancia directa solo para una minoría de la mano de obra en ciertos mercados emergentes, pero esto no reduce su importancia para los trabajadores y hogares sin posibilidad de acceder a la tierra o de hacer arreglos hereditarios para agrupar riesgos.

El sector informal no es simplemente el residuo que queda después de que el desarrollo ha ocurrido en otras partes de la economía y no se puede esperar que desaparezca como resultado de la industrialización (aunque esto puede ser verdad para ciertas partes, como formas más tradicionales de subsistencia basadas en el acceso a la tierra). Sin embargo, el argumento de que los mecanismos de la ley laboral y la ley de seguridad social no alcanza a los trabajadores en la economía informal no está confirmado por la experiencia histórica del primer mundo (Deakin y Wilkinson, 2005) ni por la experiencia de aquellas regiones de los países en vías de desarrollo, incluyendo a América Latina, que han experimentado periodos en los cuales la formalización ha sido la tendencia dominante, en lugar de la informalización (Fraile, 2009).

Debido a su naturaleza, las normas de la ley laboral no pueden lograr relaciones económicas que no estén constituidas sobre la base de una clara división entre capital y trabajo, como ciertas formas de trabajo autónomo y empresas familiares. Las leyes laborales tampoco serán particularmente efectivas en compensar ciertas desigualdades extremas que pueden surgir, por ejemplo, de la migración clandestina y del tráfico de mano de obra. Otros tipos de normativa pueden abordar mejor las condiciones de los trabajadores en estas relaciones. Sin embargo, dadas las funciones de distribución de riesgo y coordinación económica, las cuales son aplicadas por las normas de la ley laboral con referencia específica a la categoría de trabajo remunerado, se podría argumentar que tienen un rol continuo que desempeñar en la constitución de las condiciones en las que las relaciones de empleo formal puedan desplazar a las informales.

## 3. NUEVA EVIDENCIA EMPÍRICA SOBRE LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA NORMATIVA LABORAL

Entonces, ¿cuál es la evidencia de la relación entre normativa laboral, por un lado, y los resultados del desarrollo en el mercado laboral, particularmente aquel-

los relacionados al empleo, al tamaño de la economía formal y a la desigualdad? Hasta hace poco, solo teníamos evidencia incompleta para responder esta pregunta debido a la falta de información histórica sistemática sobre las tendencias a largo plazo en la normativa laboral. Esta brecha ha sido cerrada en parte por el Índice de Normativa Laboral (LRI por sus siglas en inglés) del *Centre for Business Research* (CBR), el cual provee una serie de cambios en la ley laboral para 117 países, desde 1970 hasta la actualidad aproximadamente (Adams et al., 2016a, 2016b).

### 3.1 Aspectos metodológicos de la construcción del conjunto de datos

El conjunto de datos CBR-LRI ha sido construido usando una versión de la metodología "leximétrica", la cual provee una base para el análisis cuantitativo de las normas legales (Lele y Siems, 2007; Adams y Deakin, 2014). El proceso de construcción de conjuntos de datos consiste en los siguientes pasos:

1) identificar un *fenómeno* de interés en general ("ley laboral");
2) desarrollar un *constructo* conceptual ("normativa" desde el punto de vista del empleador o "protección" desde el punto de vista del trabajador);
3) identificar *indicadores* o *variables* que expresen el constructo en términos numéricos, ya sea individualmente o juntas;
4) desarrollar un *algoritmo de codificación* que presente una serie de pasos a seguir para la asignación de valores numéricos al material de la fuente primaria;
5) identificar una *escala de medición* que esté incluida en el algoritmo;
6) asignar *pesos* a las variables o indicadores individuales donde sea necesario o relevante; y
7) *agregar* indicadores individuales a un *índice* que provea una medida del fenómeno de interés para ser usado en el análisis estadístico.

Para construir el conjunto de datos, se desarrolló una plantilla de codificación o algoritmo para que 40 indicadores individuales cubran entre todos cinco áreas de la normativa de la ley laboral (leyes que rigen el uso de distintas formas de empleo, tiempo de trabajo, ley de despido, representación de empleados y acción industrial). El algoritmo define el indicador y presenta instrucciones para la codificación de la ley. Las fuentes primarias fueron recuperadas de textos disponibles en librerías legales o en internet. Los textos fueron consultados en su lenguaje original cuando fue posible. También se consultaron fuentes secundarias, bases de datos de leyes nacionales y la base de datos NATLEX de la OIT. Los puntajes son expresados en una escala de 0 a 1, en donde un resultado más alto indica un mayor grado de protección al trabajador.

El conjunto de datos ha sido publicado y está disponible para el uso de terceros. Un libro de códigos, que acompaña al conjunto de datos, provee una explicación completa de los puntajes atribuidos a leyes individuales, con referencias a las fuentes legales primarias relevantes.

Un recuento más completo de las propiedades del índice y el conjunto de datos ha sido publicado en otro lugar (Adams et al., 2016b), pero sería útil aclarar algunos puntos aquí.

Un primer punto importante es que el índice es una medida de normas protectoras, no de costos ni de conceptos como "rigurosidad" o "rigidez". El índice mide el grado en el que un aspecto dado del empleo, o de las relaciones laborales, es regulado (desde el punto de vista del empleador) o protegido (desde el punto de vista del trabajador). No es posible inferir, de la mera existencia de una regla o norma legal dada, que esta altere el comportamiento o las expectativas al punto de imponer un costo a las empresas. La mayoría de normas de la ley laboral opera como estándares mínimos, los cuales pueden ser mejorados libremente por los empleadores pero sin desviarse de ellos normalmente. Así, es probable que las normas legales establezcan estándares protectores por debajo del nivel que ya se observa en algunas empresas. No se puede saber qué tanto sea este el caso sin tener evidencia empírica detallada relacionada a los términos y condiciones de empleo que son aplicados y observados en la práctica en ciertos países y/o industrias.

Un segundo punto a destacar aquí es que la existencia de una ley no dice nada en sí misma sobre el grado en el que es observada en la práctica. El conjunto de datos solamente registra normas formales o de derecho (*de jure*). Este puede ser un buen representante (*proxy*) del impacto material de una determinada norma en países donde los estándares laborales disfrutan de un alto grado de legitimidad o donde sea aplicada enfáticamente, pero las posibilidades de que este sea el caso pueden variar de un país a otro y no pueden inferirse directamente de los resultados del CBR-LRI.

Una razón adicional para no asumir que la normativa implica un costo para las empresas es que esta puede tener impactos beneficiosos para los empleadores, tanto individual como colectivamente. Estos beneficios pueden tomar la forma de reducciones en los costos de transacción asociados al intercambio y a la provisión de bienes públicos en forma de normas que superen los problemas de acción colectiva, como las indicadas, por ejemplo, por el Banco Mundial en el capítulo sobre Indicadores del Mercado Laboral, en los reportes *Doing Business* del 2015 y 2016 (Banco Mundial, 2014, 2015).

Por razones similares, el índice CBR no pretende medir lo que la OCDE refiere como la "rigurosidad" de las normas protectoras de la ley laboral en el contexto de los Indicadores de Protección del Empleo (OCDE, 2013) o lo que a veces es llamado "rigideces" en la literatura más general. En la construcción del CBR-LRI, no se asume que un mayor grado de protección implique "rigurosidad" o "rigidez" en el sentido de limitar la discreción del empleador o distorsionar los resultados del mercado. Estos pueden ser los efectos de normas particulares, pero de ser así, tales relaciones necesitan ser identificadas a través de un análisis econométrico que explore los efectos económicos de la normativa en variables resultantes como el empleo y la productividad.

De ello se deduce que el uso del CBR-LRI para clasificar a los países no sería un proceso significativo. Solo podría indicar el ritmo en el cual las leyes laborales protectoras fueron adoptadas a través del tiempo en distintos países. No sería, en sí mismo, un indicador de cuán exitosamente estuvieron operando las instituciones del mercado laboral en esos países, ni tampoco indicaría el grado en el cual un determinado régimen legal creó un clima favorable para los negocios o inversiones.

### 3.2 Estadísticas descriptivas sobre las tendencias de la ley laboral en el Perú y otros países de América Latina

Con estas advertencias en mente, procedemos a usar el índice para examinar tendencias en áreas particulares de la ley laboral a través del tiempo y referenciando a grupos de países. El libro de códigos que acompaña la versión en línea del conjunto de datos (http://dx.doi.org/10.17863/CAM.506) presenta las definiciones y algoritmos de codificación para estos dos subíndices que cubren las diferentes formas de empleo y la ley de despido, respectivamente. El subíndice sobre las diferentes formas de empleo mide las normas que rigen la constitución de la relación laboral como trabajo subordinado o independiente, y sienta las bases sobre las que el empleador tiene permitido usar alternativas a los estándares: contratos de empleo indeterminados o abiertos, trabajos de medio tiempo concretamente, empleos de duración determinada y trabajos temporales de agencia. De este modo, podemos usar el conjunto de datos para ver cuán fácil o difícil es, para los empleadores en un país en particular, evitar las normas que protegen a los trabajadores, adoptando formas de trabajo que están fuera de las relaciones laborales estándar de trabajos a tiempo completo de duración indeterminada, como el trabajo autónomo, trabajo de medio tiempo, empleo de duración determinada o trabajo temporal de agencia. También podemos identificar cómo la ley en un país determinado requiere que los trabajadores, en estas distintas formas de empleo, sean tratados de la misma manera que aquellos empleados bajo un contrato "estándar".

El subíndice de la ley de despido ve las normas que rigen el término de un empleo por el empleador. Por lo tanto, esta parte del índice codifica las normas que determinan la necesidad de mostrar un causal previo al despido y la necesidad de observar un debido proceso en la decisión de despido. Asimismo, codifica las normas en los periodos de cualificación y de prueba, periodos mínimos de preaviso, indemnización por desempleo, notificación de despido a terceras partes, y normas en la selección de despido y en la prioridad en la recontratación.

El libro de códigos (http://dx.doi.org/10.17863/CAM.506) contiene la codificación para países individuales, incluyendo Perú. Aquí se exponen las leyes detalladas que fueron usadas para llegar a las codificaciones peruanas y se explica el resultado al que se llegó para la ley en cuestión en cada caso. Hay un límite para la cantidad de detalles que el libro de códigos puede contener, lo cual de ninguna manera debe ser tomado como un recuento descriptivo de las leyes laborales en un país determinado. Su único propósito es darle transparencia al proceso de codifica-

ción. Los investigadores que estén interesados pueden usar el libro de códigos para rastrear las fuentes primarias en las que se base la codificación. Como el conjunto de datos está disponible para ser descargado y usado por terceros, esperamos recibir comentarios de otros investigadores sobre su contenido y estamos abiertos a sugerencias para mejorarlo.

La figura 1 expone de manera gráfica las tendencias en las cinco áreas de la ley laboral codificadas por el índice para el Perú, así como un promedio de los puntajes de cada uno de los subíndices, los cuales pueden ser tomados como una medida de cambios en la normativa laboral en su conjunto. El ver los datos de esta manera aclara las tendencias históricas, pero el condensar una gran cantidad de información en una gráfica podría ser confuso si es que el método en el que se basa el conjunto de datos no es tomado en cuenta. Particularmente, se debe recordar que estamos codificando para los cambios en la ley formal y no para los impactos reales de la ley o para las percepciones de su fortaleza o debilidad.

Las figuras 2 y 3 comparan tendencias en la medida general de la normativa laboral (medida como el promedio de los puntajes en los cinco subíndices) para un número de países de América Latina, poniendo la experiencia peruana bajo cierta perspectiva. Recordando que aquí solo estamos viendo los cambios en la ley formal, los cuales vienen dentro del (ciertamente limitado) alcance del algoritmo de codificación, se puede ver que Perú está ubicado aproximadamente a la mitad del rango de protección al trabajador según los estándares del continente sudamericano en su conjunto.

¿Cómo se compara la experiencia de los países latinoamericanos con la de otras regiones? La figura 4 presenta datos en forma de estimaciones de densidad Kernel, ilustrando las distribuciones por regiones para cierto cantidad de años dentro del periodo total que cubre el conjunto de datos. De esto se puede ver que la normativa en los países latinoamericanos era, en promedio, la más protectora por región al inicio del periodo (1970), pero que el grupo de países de la Unión Europea fue el más protector al final del periodo. La figura 4 muestra que en América Latina, como en otras regiones, hubo una distribución normal de los puntajes en cada uno de los años representados en la gráfica. En otras palabras, para la mayoría de países y años, la normativa laboral estuvo agrupada mayormente en el rango medio de los puntajes, con algunos valores periféricos. De esto podemos concluir que el perfil normativo de los países latinoamericanos no era marcadamente diferente de el de otras regiones.

La figura 5 presenta estimaciones de densidad Kernel haciendo referencia al origen legal de los países. Esto muestra que, durante el periodo cubierto por el conjunto de datos, los países con sistema de derecho continental obtuvieron puntajes más altos en promedio (es decir, una normativa más protectora) que los países con el sistema de derecho anglosajón (*common law*) y que esta diferencia fue más o menos constante durante los 44 años de datos cubiertos en el índice. Esto no quiere decir que el origen legal en el sistema de derecho continental en sí lleve a resultados más protectores. Como he argumentado en otras partes (ver

Deakin, Lele y Siems, 2007), es posible que el origen legal en el sistema de derecho continental esté correlacionado a otro factor explicativo que pueda representar esta diferencia, como la estructura industrial o las instituciones políticas. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de que países como el Perú obtengan, con el tiempo, normas para la ley laboral que sean más protectoras que las de sus contrapartes en el derecho anglosajón, como sugiere Botero (et al. 2004). Este asunto requiere mayor investigación, enfocándose en los "canales" a través de los cuales el origen legal pueda estar influenciando el contenido de las normas legales (ver también Freyens y Verkerke, 2016).

En cada una de las figuras presentadas arriba, se puede observar de diferentes formas que no ha habido una disminución a largo plazo en el nivel de normativa protectora del trabajador en los países latinoamericanos ni en general. Por el contrario, la tendencia secular ha sido una constante mejora de la protección al trabajador en América Latina y otros lugares. Esto parece ir en contra de la creciente popularidad de las políticas de flexibilización del mercado laboral en muchos países y regiones, en particular desde los ochenta.

Aquí se pueden argumentar varias cosas. En primer lugar, si miramos detalladamente la experiencia de ciertos países, podemos ver que la visión general de un incremento gradual en los niveles de protección es engañoso: en la mayoría de países han habido periodos de desregulación, durante los cuales se debilitaron las leyes laborales que protegían a los trabajadores. En América Latina en su conjunto, así como en países individuales, incluyendo a Perú pero más marcadamente en Argentina, Brasil, Chile y Uruguay, la década de los setenta fue un periodo de reducción en la protección al trabajador, lo cual estuvo relacionado a la suspensión de las instituciones democráticas. En contraste, el periodo desde los noventa hacia adelante fue uno de fortalecimiento de las leyes laborales en la mayoría de países sudamericanos (ver figuras 2 y 3, arriba).

En segundo lugar, hay que interpretar los datos con cautela. Estos no muestran que se estuviera incrementado la protección laboral en el lugar o en la práctica; solo reportan cambios en la ley formal. Como veremos (sección 3.3, abajo), en el análisis econométrico es posible controlar los efectos de la subaplicación o de la no implementación al introducir variables adicionales a la ecuación de regresión. Esto nos puede dar una visión más completa de si los cambios en la ley formal fueron traducidos en efectos tangibles en el comportamiento del mercado laboral.

Aún así, los datos presentados en las figuras 1 a 5 sugieren que la actividad legislativa en el área de ley laboral no ha disminuido con el tiempo y que, en un periodo de supuesta flexibilización del mercado laboral, gran parte de este cambio ha sido en el sentido de hacer la ley laboral más, y no menos, protectora. Esta tendencia puede ser interpretada de distintas formas. Podría sugerir que, mientras la vida laboral se volvía más insegura como resultado de cambios no registrados en este conjunto de datos (incluyendo los efectos de las políticas de privatización y el impacto de la globalización en los flujos de capitales y mano de obra), las legislaturas y cortes respondieron promulgando derechos laborales adicionales

para mitigar estos efectos. Una posibilidad adicional que está relacionada es que las leyes laborales que protegen a los trabajadores fueron promulgadas para compensar la disminución en la membresía a los sindicatos y en el alcance de los acuerdos colectivos por los que varios países estaban pasando en varios puntos del periodo cubierto por el conjunto de datos (Visser, 2006). También es posible que la proliferación de leyes laborales en este periodo sea un reflejo de la tendencia a aumentar la complejidad jurídica con el tiempo ("juridificación"), en parte a través de procesos internos del sistema legal en sí y en parte también como respuesta a la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas y el rango de problemas que enfrentan los legisladores (Simitis, 1987). Todas estas posibilidades pueden ser exploradas en futuros trabajos.

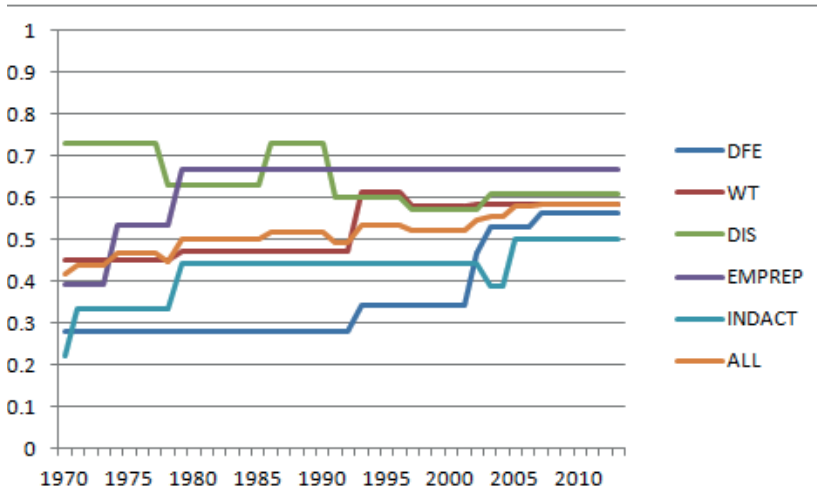



Figura 1. Tendencias en la ley laboral peruana, 1970-2013.
Fuente: Conjunto de datos del CBR-LRI

Nota: Las abreviaciones en inglés de la gráfica se refieren a los 5 subíndices del CBR-LRI, los cuales codifican los diferentes aspectos de las normas de la ley laboral, tal y como se detalla a continuación. DFE: diferentes formas de empleo. WT: Tiempo de trabajo. DIS: despido. EMPREP: representación del empleado. INDACT: acción industrial. ALL: promedio de los 5 subíndices.

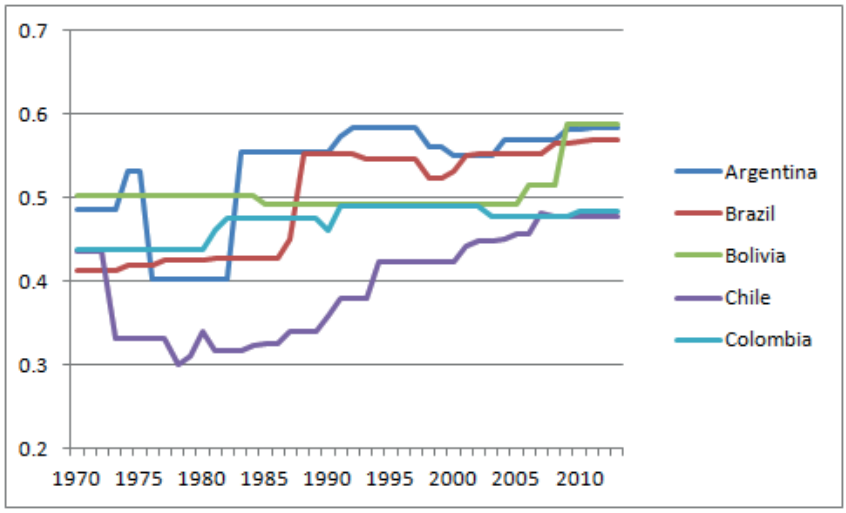



Figura 2. Tendencias en la ley laboral de ciertos países sudamericanos.

Fuente: CBR-LRI. Los datos reportados son los promedios de los 5 subíndices en el LRI. Para mayores detalles, ver Figura 1.

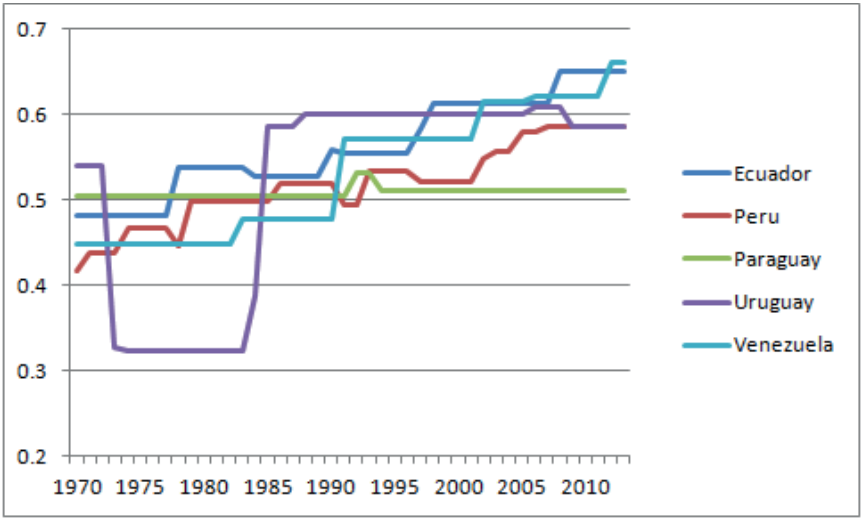



Figura 3. Tendencias en la ley laboral de ciertos países sudamericanos.

Fuente: Conjunto de datos del CBR-LRI. Los datos reportados son los promedios de los 5 subíndices en el LRI. Para mayores detalles, ver Figura 1.

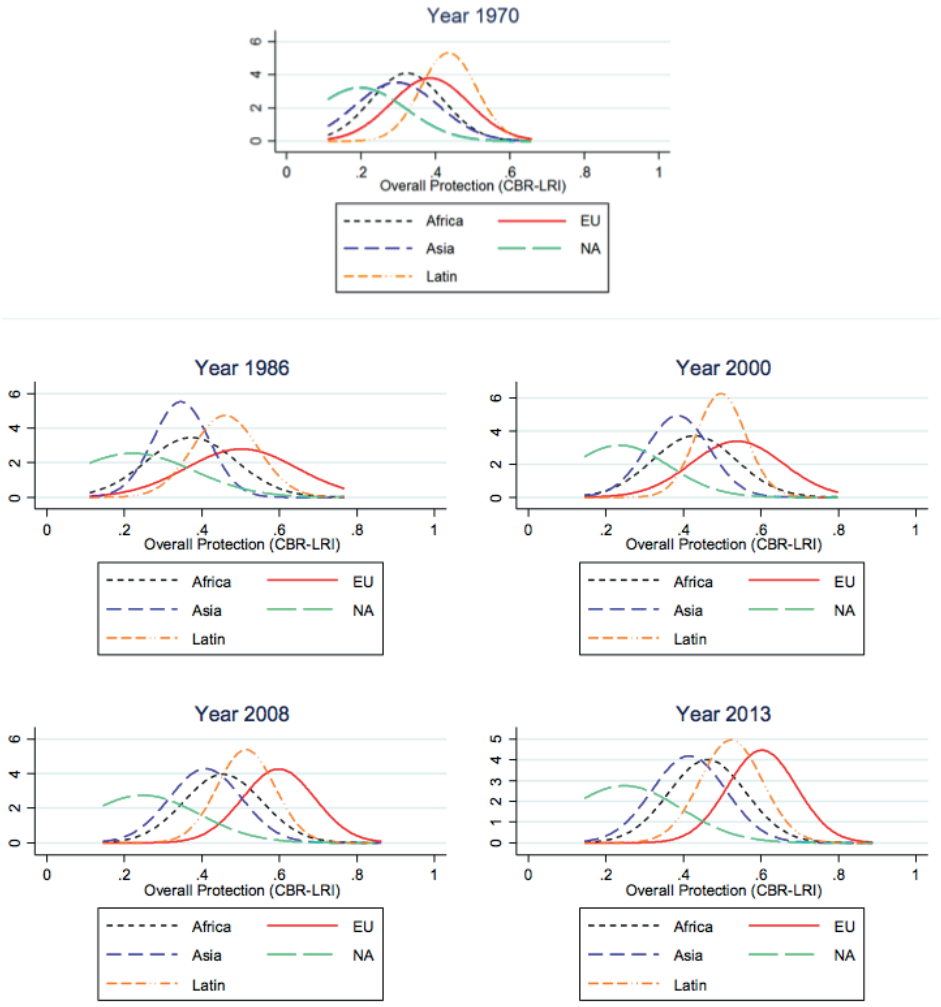



Figura 4. Tendencias en la ley laboral de diferentes regiones, estimación normal, 1970-2013.[1]
Fuente: Conjunto de datos del CBR-LRI.

[1] Nota del traductor: La imagen no permite editar el texto. Las gráficas están divididas por años. El nombre debajo de cada puntaje es Protección General (CBR-LRI). La leyenda de cada gráfica incluye África, Asia, América Latina, Unión Europea y N/A.

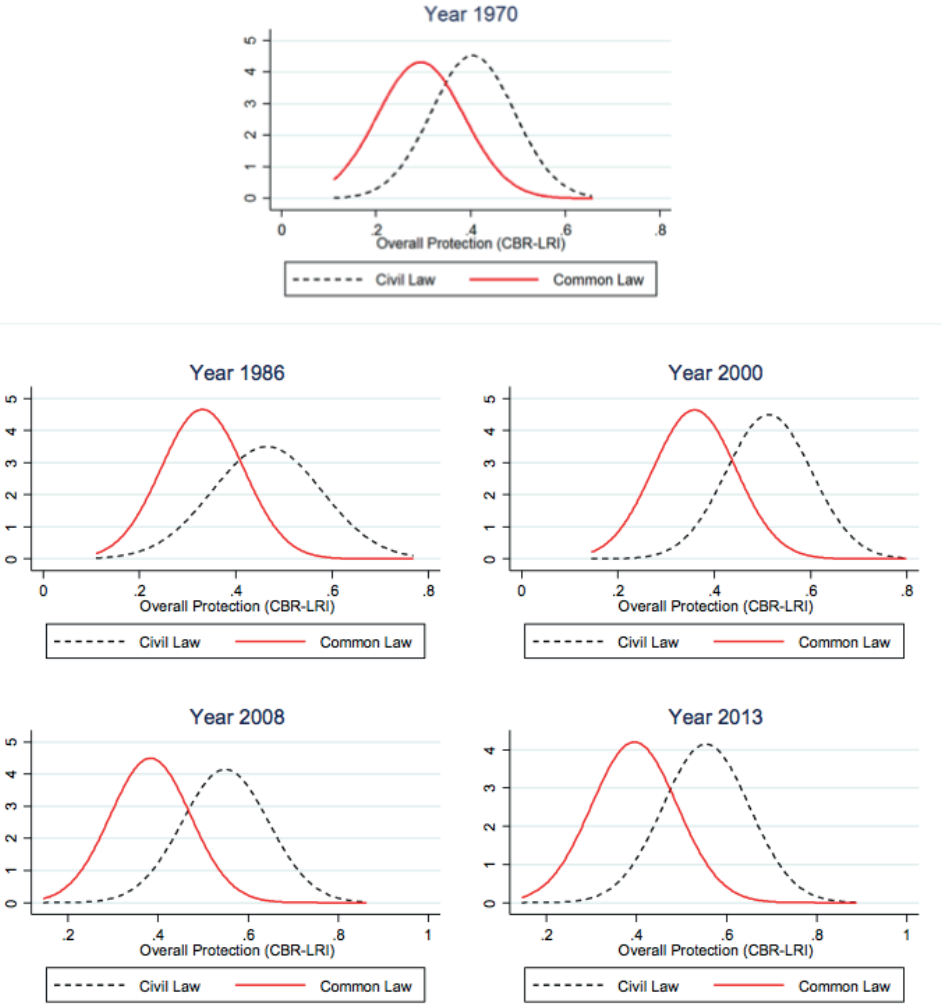



Figura 5. Tendencias en la ley laboral agrupando a los países de acuerdo al origen legal, estimación normal, 1970- 2013.[2]

Fuente: Conjunto de datos del CBR-LRI.

[2] Nota del traductor: La imagen no permite editar el texto. Las gráficas están divididas por años. El nombre debajo de cada puntaje es Protección General (CBR-LRI). La leyenda de cada gráfica incluye Derecho Continental (*Civil Law*) y Derecho Anglosajón (*Common Law*).

### 3.3 Análisis econométrico

Al proveer una base para cuantificar las tendencias en normativa laboral a largo plazo, el conjunto de datos permite emprender un análisis estadístico de la relación entre los cambios en la ley laboral, por un lado, y los efectos sociales y económicos de la ley por el otro. Aunque el conjunto de datos solo codifica la ley formal o la "ley como está escrita", otros conjuntos de datos pueden ser usados en representación de la efectividad del sistema legal en la práctica. Estos incluyen la norma de las medidas legales desarrollada por el Banco Mundial a través de sus índices de gobernabilidad y de comités de expertos (*think tanks*) como Freedom House.

Una categoría de modelos de regresión, asociada a lo que se conoce como análisis dinámico de datos de panel, puede ser usada para aprovechar las dimensiones longitudinales o intertemporales del conjunto de datos. Podemos plantear que las leyes laborales probablemente tengan efectos económicos solo después de un cierto retraso para dar tiempo a que las empresas lo reciban e implementen. Estos retrasos o "demoras" pueden ser introducidos en los modelos relevantes de regresión.

Un problema adicional que aparece en el análisis econométrico de grandes conjuntos de datos de panel es el de diferencias desconocidas o incalculables en los países que constituyen la muestra ("heterogeneidad entre países"). Muchas características de los países no serán captadas por los datos disponibles, incluyendo diferencias en la estructura industrial, así como diferencias en la efectividad de los mecanismos legales. Ciertos datos sobre los mecanismos para la aplicación de la ley, como el número de casos que llega a cortes laborales en un año determinado o la cantidad de dinero gastada en inspectorías laborales, están disponibles en cada país, pero no de manera consistente para todos los años y países incluidos en el conjunto de datos.

La econometría de datos de panel ha desarrollado técnicas para lidiar con heterogeneidades entre países que no son observables, así como con los efectos retardados de los cambios en la ley laboral. Un subconjunto de técnicas de datos de panel busca modelar el impacto del cambio legal, asumiendo que los países varían su respuesta a corto plazo ante un tipo común de reforma legal, pero es probable que converjan con el tiempo en la forma en que asimilan el cambio. Este es el modelo de regresión del grupo promedio (*pooled mean group* – PMG por sus siglas en inglés) (Pesaran, Shin y Smith 1999; para mayor explicación sobre el uso de esta técnica para estimar el impacto de las reformas de la ley laboral, ver Deakin, Malmberg y Sarkar, 2014).

El modelo PMG es particularmente relevante para el contexto que estamos considerando, ya que permite analizar los efectos de los cambios en la ley laboral, tanto a corto como a largo plazo. Esto nos permite poner a prueba la afirmación de que las normas de la ley laboral, que imponen a las empresas un costo a corto plazo, son asimiladas a largo plazo cuando las empresas se ajustan a una "limita-

ción beneficiosa" (Streeck, 1997) impuesta por la ley. Un ejemplo de esto es la posibilidad de que las empresas respondan a normas más estrictas para la protección al empleo con un mayor cuidado en el proceso de contratación o invirtiendo recursos adicionales en capacitación. Leyes laborales más estrictas pueden llevar a incrementos en la productividad en los lugares donde las empresas respondan de esta manera, lo que a su vez tiene el efecto de aumentar el empleo.

También podemos usar el modelo PMG para estudiar los efectos que las reformas en la ley laboral tienen sobre la desigualdad. La pregunta que hay que abordar aquí es: ¿las leyes que fortalecen la protección del empleo llevan a un aumento en el poder de negociación de los trabajadores y, por lo tanto, a un aumento en la porción de recursos nacionales destinados a remuneraciones en lugar de utilidades (la "participación de la mano de obra")?

Adicionalmente, el enfoque PMG puede ser usado para analizar los efectos del fortalecimiento de la protección al trabajador en el tamaño relativo del sector formal e informal, tal como están representados por las tasas de empleo y empleo autónomo, respectivamente. A medida que la ley de despido se fortalece y que las normas que rigen las distintas formas de empleo se ajustan para que la ventaja de costo de los empleadores sea menor con trabajos de medio tiempo, de duración determinada o de agencia, en vez del contrato de empleo «estándar», ¿vemos una caída en el empleo y un aumento en el empleo autónomo debido a los costos adicionales impuestos a las empresas? O, en su lugar, ¿vemos un aumento en el empleo y una caída en el empleo autónomo ya que los trabajadores perciben al sector formal de manera más favorable?

En un análisis de regresión reportado de manera más completa en otro lado (para mayores detalles, ver Adams et al., 2016b), mis colegas y yo usamos dos subíndices del conjunto de datos CBR-LRI: uno fue el subíndice de las diferentes formas de empleo (DFE) y el otro es un índice hecho a la medida que cubre las leyes de protección al empleo (EPL por sus siglas en inglés). Esto consiste en variables del índice CBR-LRI sobre la ley de despido, a las que se agregaron aquellas variables del subíndice DFE, las cuales están relacionadas a las limitaciones en el uso del trabajo de medio tiempo, temporal y de agencia, y por ende tiene relevancia en EPL. Lo mismo pasa con dos indicadores del subíndice de representación de los trabajadores, el cual cubre aspectos de codeterminación (la voz de los trabajadores a través de comités laborales y directorios), afectando la decisión de despido (para mayores detalles, ver Adams et al., 2015).

Hicimos un análisis de panel cubriendo todos los países en el conjunto de datos, así como todos los años. Revertimos los puntajes de nuestros dos subíndices legales (DFE y EPL respectivamente) en un número de variables de resultados económicos: estos cubren, respectivamente, la tasa de participación de la mano de obra; la tasa de empleo (número de personas empleadas por habitante); número de personas con empleos autónomos; la tasa de productividad laboral (representada por el número de personas empleadas dividido entre el PBI); la participación de la mano de obra (participación del ingreso nacional destinado a remuneraciones

en vez de a utilidades); y la tasa de desempleo. Varios conjuntos de datos de la OIT se usaron para estas variables de resultados. Nosotros controlamos el nivel de aplicación legal y legitimidad en la práctica al usar el indicador de "ley" de Freedom House. También controlamos los efectos del ciclo económico al incluir el crecimiento del PBI como una variable de control adicional.

En las tablas 1 y 2 (ver Apéndice de Datos) se presentan los resultados del análisis de regresión PMG. La tabla 1 muestra que el efecto a corto plazo de los incrementos en el puntaje DFE es para reducir el empleo y aumentar el desempleo. Sin embargo, el análisis PMG también muestra que, a largo plazo (un periodo de 3-4 años aquí), el impacto de la adopción de leyes que protegen al trabajador es positivo en cuanto a sus efectos en la participación de la mano de obra y tasas de desempleo, pero negativo en el empleo autónomo. El análisis reporta una pequeña caída en el desempleo, así como en la productividad, aunque esta última no es estadísticamente significativa.

La tabla 2 reporta resultados del mismo tipo de análisis de regresión, usando el EPL como variable independiente. Esto muestra que el fortalecimiento de la protección al empleo lleva a caídas en el empleo y el desempleo crece en el corto plazo, pero hay efectos beneficiosos a largo plazo, al igual que con el análisis DFE. Estos incluyen incrementos en la tasa de participación de la mano de obra y en la tasa de empleo. Hay un incremento en la productividad, pero no es estadísticamente significativo. La tasa de empleo autónomo disminuye al igual que la tasa de desempleo y hay un muy pequeño incremento en la participación de la mano de obra.

La mayoría de los coeficientes reportados son del tipo que sugeriría solo un pequeño impacto de la ley, lo cual implica que las leyes laborales son solo uno de los factores que afectan a estos indicadores macroeconómicos, como es de esperarse. Sin embargo, los resultados de la tasa de empleo sugieren que los efectos de la ley, en esta variable en particular, pueden ser sustanciales: en promedio, un incremento de un punto en el grado de protección al trabajador en relación al DFE induce a un aumento proporcional de un quinto en la tasa de empleo, siendo el efecto mayor en el caso de EPL (un tercio). Un incremento de un punto en EPL lleva a una caída proporcional de un quinto en la tasa de desempleo.

**TABLA 1. ESTIMACIÓN DE UN GRUPO PROMEDIO CON DIFERENTES FORMAS DE EMPLEO**

| | Participación de la mano de obra | Empleo a la población | Trabajo autónomo | Productividad por trabajador | Participación del trabajo | Desempleo |
|---|---|---|---|---|---|---|
| A largo plazo | | | | | | |
| DFE | 0.0120** | 0.2393*** | -0.0471*** | -0.3886 | 0.0274*** | 0.0763*** |
| Crecimiento del PBI | 0.0020*** | 0.0399*** | -0.0025*** | 0.6572*** | -0.0026*** | -0.0208*** |
| Población | -0.0011 | 0.0006** | -0.0008*** | 0.0089*** | -0.0002*** | -0.0059*** |
| Freedom House | -0.0011 | -0.0238** | -0.0037** | -0.0531 | -0.0014 | -0.0177*** |
| A corto plazo | | | | | | |
| Corrección de errores | -0.1417*** | -0.0360*** | -0.2406*** | -0.0116*** | -0.4071*** | -0.0986*** |
| Δ DFE | -0.0008 | -0.0210** | 0.0592 | 0.0162 | -0.0369 | 0.0210** |
| Δ Crecimiento del PBI | -0.0003*** | -0.0006*** | 0.0005** | 0.0003 | -0.0001 | 0.0008*** |
| Δ Población | -0.0439 | -0.0758 | 0.0626 | -0.0649 | -0.4559** | 0.0176 |
| Δ Freedom House | 0.0008 | 0.0016* | 0.0006 | -0.0041* | 0.0004 | -0.0015 |
| Constante | 0.0841*** | 0.0150*** | 0.1136*** | 0.0949*** | 0.2003*** | 0.0321*** |
| Observaciones | 2386 | 2386 | 2386 | 2386 | 1336 | 2386 |

Nota: Los coeficientes son significativos al 1% (***), 5% (**) y 10 (*).

Fuentes: Los datos sobre los cambios legales en las diferentes formas de empleo han sido extraídos del índice CBR-LRI. Todos los otros datos han sido extraídos de la OIT.

**TABLA 2. ESTIMACIÓN DE UN GRUPO PROMEDIO CON LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN AL EMPLEO**

| | Participación de la mano de obra | Empleo a la población | Trabajo autónomo | Producti-vidad por trabajador | Participación del trabajo | Desempleo |
|---|---|---|---|---|---|---|
| A largo plazo | | | | | | |
| DFE | 0.0572*** | 0.3468*** | 0.0349*** | 0.3733 | 0.0374*** | -0.2281*** |
| Crecimiento del PBI | 0.0020*** | 0.0195*** | -0.0020*** | 0.5588*** | -0.0026*** | -0.0239*** |
| Población | 0.0003*** | 0.0076*** | -0.0008*** | 0.0080*** | -0.0002*** | -0.0006*** |
| Freedom House | -0.0019* | 0.0091* | 0.0056** | -0.0517 | -0.0009 | -0.0144*** |
| A corto plazo | | | | | | |
| Corrección de errores | -0.1428*** | -0.0714*** | -0.2354*** | -0.0138*** | -0.3789*** | -0.0864*** |
| Δ EPL | -0.0336 | -0.0815 | 0.0402 | 0.1156 | 0.0032 | 0.0405 |
| Δ Crecimiento del PBI | -0.0002*** | -0.0006*** | 0.0004 | 0.0002 | -0.0002 | 0.0007*** |
| Δ Población | -0.0493 | -0.0495 | 0.1364 | -0.0836 | -0.4575** | -0.0267 |
| Δ Freedom House | 0.0008 | 0.001 | -0.0002 | -0.0036* | 0.0015 | -0.0012 |
| Constante | 0.0812*** | 0.0166*** | 0.0964*** | 0.1068*** | 0.1861*** | 0.0283*** |
| Observaciones | 2386 | 2386 | 2386 | 2386 | 1336 | 2386 |

Nota: Los coeficientes son significativos al 1% (***), 5% (**) y 10 (*).

Fuentes: Ver Figura 3.

### 3.4 Interpretación de los resultados

En los resultados reportados arriba vemos evidencia a favor de la hipótesis que dice que las leyes laborales de protección al trabajador pueden tener un impacto beneficioso neto en los resultados del mercado laboral. Específicamente, estos sugieren que los incrementos en la protección a los trabajadores, respecto a las diferentes formas de empleo (trabajo de medio tiempo, de duración determinada y de agencia) y respecto a la protección del empleo (ley de despido concebida ampliamente para incluir aspectos de las leyes que rigen las formas de empleo y la voz colectiva de los trabajadores en temas de terminación de empleo), están positivamente correlacionadas con la tasa de participación de la mano de obra y con la tasa de empleo. Estas normas de protección al trabajador también tienden a causar que la participación del trabajo aumente y que la tasa de desempleo caiga. No vemos un resultado claro en el tema de la productividad (hay una caída asociada a los cambios en DFE y un aumento en el caso de EPL, pero ningún resultado es estadísticamente significativo).

Los resultados del impacto del DFE en las tasas de empleo y empleo autónomo aclaran el debate sobre la relación entre la ley laboral y la informalidad. Estos pueden ser interpretados como que muestran que al aumentar la protección a los trabajadores en las diferentes formas de empleo, hay una caída en el empleo autónomo y un aumento en el empleo. Esto sugiere que los trabajadores están dispuestos a pasar a formas de empleo más formales, al volverse más seguros y al tener estas categorías de trabajo términos y condiciones de empleo más alineadas a las que se aplican a los trabajadores en una relación de empleo "estándar".

Hay que tener en cuenta varias advertencias. El análisis de regresión cubre todos los países y regiones en la muestra. Esto tiene la ventaja de lograr casi un alcance global: los países en el conjunto de datos representan casi el 100% del PBI mundial. La desventaja es que los resultados no nos permiten decir nada acerca de países individuales ni regiones. Esto puede ser objeto de una futura investigación.

Una segunda advertencia es que muchos de los efectos son pequeños. La interacción de las normas de la ley laboral con otros factores que afectan economías nacionales es algo a lo que podemos regresar en el futuro.

Una restricción adicional es que no está del todo claro cómo las normas de la ley laboral pueden provocar los resultados macroeconómicos que hemos identificado. La ausencia de un resultado claro en el caso de la variable de productividad sugiere que no estamos en posición de atribuir un efecto de "limitación beneficiosa" a las leyes de DFE y EPL. Esto también se puede resolver con trabajo adicional, observando países y regiones en particular y complementando los indicadores macroeconómicos con información a nivel de empresas.

A pesar de estas restricciones, los resultados se pueden resumir en las siguientes proposiciones:

i) las leyes que protegen a los trabajadores en empleos de medio tiempo, de duración determinada y de agencia tienen el efecto de incrementar

la tasa de empleo, reducir el empleo autónomo, reducir el desempleo e incrementar la participación de trabajo en el ingreso nacional; y

ii) las leyes de protección al empleo tienen el efecto de incrementar la tasa de empleo, reducir el desempleo e incrementar la participación de trabajo en el ingreso nacional.

## 4. CONCLUSIONES

Este artículo presenta argumentos a favor de un replanteo conceptual de la relación entre ley laboral y desarrollo. La economía del desarrollo de mediados del siglo XX veía a la ley laboral, y a los aspectos relacionados al estado de bienestar, como resultado de la industrialización, mientras que la teoría económica neoclásica, que tomó protagonismo en las últimas décadas de ese siglo, veía en la protección del empleo un impedimento para el crecimiento. He sugerido que deberíamos rechazar ambas posturas y ver en vez a la ley laboral como una entre varias instituciones que ayudan a constituir el mercado laboral y contribuyen al desarrollo sostenible, entendido ampliamente como crecimiento económico inclusivo y equitativo. La ley laboral respalda a instituciones que juegan un rol crucial en una economía de mercado que gestiona y disipa los riesgos asociados a la inseguridad económica. La ley laboral no es una característica inevitable de un sistema capitalista; las normas de la ley laboral redistribuyen a favor de aquellos sin poder ni recursos, y serán resistidas por intereses establecidos. De este modo, la evolución de la ley laboral es todo menos lineal. Sin embargo, donde veamos enraizarse instituciones duraderas del mercado laboral, el seguro social y la negociación colectiva en particular, es probable que veamos resultados que incluyen no solo cohesión social y una distribución más igualitaria de recursos y oportunidades, sino también una base para el crecimiento dinámico de economías de mercado.

Las fuerzas que obstaculizan la ley laboral son también las fuerzas que entorpecen el desarrollo económico y humano en general. Pero la evidencia empírica muestra que los sistemas de ley laboral se pueden encontrar en casi todos los países del mundo. Además, los sistemas de ley laboral son resistentes y duraderos. En ningún lugar esto es más cierto que en América Latina, que ha visto un resurgimiento de la ley laboral desde los noventa, después de un periodo de declive en la protección a los trabajadores desde principios de los setenta hasta mediados de los ochenta. Al revivir la democracia en Sudamérica desde mediados de los ochenta, hubo también un resurgimiento de las leyes que protegían la seguridad laboral y la voz de los trabajadores, lo cual ayudó a revertir tendencias anteriores hacia la informalización.

Además de sugerir una base para la reformulación conceptual del nexo entre ley laboral y desarrollo, también he presentado nueva evidencia empírica sobre tendencias globales en ley laboral con una nueva base de datos leximétrica: CBR-LRI. El análisis econométrico exploratorio, usando técnicas dinámicas de datos de panel, provee evidencia de que, a largo plazo, los incrementos en la protección

al trabajador están correlacionados a aumentos en la tasa de empleo y caídas en la tasa de desempleo y empleo autónomo. Leyes laborales más fuertes tienden a incrementar la participación del trabajo en el ingreso nacional. Mientras que la tarea de aplicar técnicas leximétricas al estudio de la ley laboral está recién comenzando, estos primeros resultados sugieren que los enfoques empíricos cuantitativos tienen el potencial de darle forma a la investigación sobre las instituciones del mercado laboral en el futuro.

## REFERENCIAS

Adams, Z., y Deakin, S. (2015) 'Quantitative labour law', en A. Ludlow y A. Blackham (eds.) *New Frontiers in Empirical Labour Law Research* (Oxford: Hart).

Adams, Z., Bishop, L., Deakin, S., Fenwick, C., Martinsson, S. y Rusconi, G. (2015) 'Labour regulation over time: new leximetric evidence', artículo presentado en la 4th Conference of the Regulating for Decent Work Network, *Developing and Implementing Policies for a Better Future for Work*, OIT, julio 2015.

Adams, Z., Bishop, L. y Deakin, S. (2016a) 'CBR Labour Regulation Index (Dataset of 117 Countries)', en J. Armour, S. Deakin y M. Siems (eds.) *CBR Leximetric Datasets* http://dx.doi.org/10.17863/CAM.506 (Cambridge: University of Cambridge Data Repository).

Adams, Z., Bastani, P., Bishop, L. y Deakin, S. (2016b) 'The CBR-LRI dataset: methods, properties and potential of leximetric coding of labour laws', serie de artículos de CBR próximo a publicarse, www.cbr.cam.ac.uk.

Beveridge, W. (1909) *Unemployment: A Problem of Industry* (London: Longmans, Green & Co.). Botero, J., Djankov, S., La Porta, R., Lopez-de-Silanes, F. y Shleifer, A. (2004) 'The regulation of labor' *Quarterly Journal of Economics*, 119: 1340-82. Dalton, M. (1747) *The Country Justice: Containing the Practice, Duty and Power of the Justices of the Peace, as Well in as Out of their Sessions* (London: Lintot). Deakin, S., Lele, P. y Siems, M. (2007) 'The evolution of labour law: calibrating and comparing regulatory regimes' *International Labour Review*, 146: 133-162.

Deakin, S., Malmberg, J. y Sarkar, P. (2014a) 'How do labour laws affect unemployment and the labour share of national income? The experience of six OECD countries, 1970–2010' *International Labour Review*, 153: 1-27.

Deakin, S. y Sarkar, P. (2008) 'Assessing the long-run economic impact of labour law systems: a theoretical reappraisal and analysis of new time series data' *Industrial Relations Journal*, 39: 453- 487.

Deakin, S. y Wilkinson, F. (2005) *The Law of the Labour Market: Industrialization, Employment, and Legal Evolution* (Oxford: OUP).

Fraile, L. (2009) 'Lessons from Latin America's neoliberal experiment: an overview of labour and social policies since the 1980s' *International Labour Review*, 148: 215-233.

Freyens, B., y Verkerke, J. (2016) 'Mapping employment dismissal law: a leximetric investigation of EPL stringency and regulatory style', artículo de la OIT.

Hyde, A. (2006) 'What Is labour law?', en G. Davidov y B. Langille (eds.) *Boundaries and Frontiers of Labour Law* (Oxford: Hart Publishing).

Kaufman, B. (2009) 'Labor law and employment regulation: institutional and neoclassical perspectives', en K. Dau-Schmidt, S. Harris y O. Lobel (eds.) *Labor and Employment Law and Economics* (Cheltenham: Edward Elgar).

Kuznets, S. (1955) 'Economic growth and income inequality' *American Economic Review*, 65: 1-28. Levine, D. (1991) 'Just-cause employment policies in the presence of worker adverse selection'

*Journal of Labor Economics*, 9: 294-305. Lewis, A. (1954) 'Economic development with unlimited supplies of labour' *Manchester School* 22: 139–191.

Manning, A (2003) *Monopsony in Motion: Imperfect Competition in Labor Markets* (Princeton: Princeton University Press).

Marx, K. (1847) *Wage Labour and Capital*, Marx Engels Internet Archive, https://www.marxists.org/archive/marx/works/1847/wage-labour/.

Marx, K. [1867] (1973) *Capital. Vol. II* trans. G. Moore y E. Aveling (London: Lawrence and Wishart).

Okun, A. (1975) *Equality and Efficiency: The Big Tradeoff* (Washington, DC: Brookings Institution). Pesaran, H., Shin, H. y Smith, R. (1999) 'Pooled mean group estimation of dynamic heterogeneous panels' *Journal of the American Statistical Association*, 94: 621-34.

Posner, R. (1984) 'Some economics of labor law' *University of Chicago Law Review*, 51: 988-1011.

Simitis, S. (1987) 'The juridification of labour relations', in G. Teubner (ed.) *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (Berlin: De Gruyter).

Snell, K., y Millar, J. (1987) 'Lone parent families and the welfare state: past and present *Continuity and Change*, 2: 387-422.

Solar, P. (1995) 'Poor relief and English economic development before the Industrial Revolution' *Economic History Review (NS)*, 42: 1-22.

Standing, G. (2011) *The Precariat: the New Dangerous Class* (London: Bloomsbury).

Stone, K. y Arthurs, H. (2013) 'The transformation of employment régimes: a worldwide challenge', en K. Stone y H. Arthurs (eds.) *Rethinking Workplace Regulation: Beyond the Standard Contract of Employment* (New York: Russell Sage Foundation).

Streeck, W. (1997) 'Beneficial constraints: on the economic limits of rational voluntarism', en J. Hollingsworth y R. Boyer (eds.) *Social Institutions and Economic Performance: Studies of Industrial Relations in Advanced Capitalist Economies* (Cambridge: Cambridge University Press).

Supiot, A. (1999) 'Introduction', en A. Supiot (ed.) *Au delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe* (Paris: Flammarion) 7-24.

Visser, J. (2006) 'Union membership statistics in 24 countries' *Monthly Labor Review*, 129: 38-49. Webb, S. y Webb, B. (1909) *The Public Organization of the Labour Market: Being Part Two of the Minority Report of the Poor law Commission* (London: Longmans, Green & Co.). World Bank (2008) *Doing Business Around the World* (Washington, DC: International Bank for Reconstruction and Development).

World Bank (2014) *Doing Business 2015: Going Beyond Efficiency* (Washington, DC: International Bank for Reconstruction and Development).

World Bank (2015) *Doing Business: Measuring Regulatory Quality and Efficiency* (Washington, DC: International Bank for Reconstruction and Development).

Wrigley, E.A. (1988) *Continuity, Chance and Change: The Character of the Industrial Revolution in England* (Cambridge: Cambridge University Press).

*Capítulo segundo*

# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

# *Ponencias oficiales*

# Negociación colectiva: Nuevos espacios y contenidos

**Alfredo Villavicencio Ríos**[1]

Doctor en Derecho, Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Miembro de Número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

***SUMARIO***

*Introducción: funciones, espacios y contenidos.- 1. Funciones de la negociación colectiva.- 1.1. La función de intercambio.- 1.2. La función gubernamental.- 1.3. La función organizacional.- 2. Espacios y contenidos vistos desde los modelos de relaciones laborales y el juego de funciones que viene operando.- 2.1. Espacios y contenidos en el modelo industrialista.- 3. Espacios negociales en el perú actual.- 3. Los espacios de la negociación en el Perú.- 3.1. Rasgos esenciales y generales de la estructura negocial.- 3.1.2. Los espacios de negociación en el Perú: rasgos históricos de un modelo cuyo norte es la atomización.- 3.1.3. Los espacios de negociación en el Perú: la imposición legal del elenco de unidades de negociación y de la empresa como predominante.- 3.1.4. Los espacios de negociación en el Perú: la posibilidad legal de una negociación colectiva articulada.- 3.2. La estructura negocial peruana en la realidad.- 3.2.1. Los datos generales.- 3.2.2. La atomización sindical y la anomia como reglas claramente predominantes.- 3.2.3. El arbitraje como nuevo espacio negocial.- 3.2.4. Tutela colectiva débil: mejores remuneraciones para pocos y un impacto inexistente en las cuentas nacionales.- 3.3. El nuevo contexto empresarial y sindical, y la negociación colectiva.- 3.3.3. Negociación colectiva y descentralización productiva: la necesidad de una intervención estatal de garantía y fomento de la tutela colectiva.- 3.3.2. Las organizaciones sindicales supraempresariales y su capacidad de negociar a nivel de empresa.- 3.3.3. Negociación colectiva supraempresarial en el caso de la fusión de empresas y la subcontratación minera.- 4. El contenido de la negociación colectiva en el perú.- 4.1. ¿Qué se pacta colectivamente en el Perú?.- 4.2. ¿Qué no se pacta colectivamente en el Perú?.- Conclusiones.*

[1] Agradezco a Marisol Oliva Castro y al equipo integrado Emilio Minaya Trujillo, Nathalie Alonzo Andrade, Eveling Torres Meza y Brenda Molleda Medina, por su invalorable apoyo en la sistematización de los 515 convenios colectivos de la muestra que se estudia en esta ponencia.

## INTRODUCCIÓN: FUNCIONES, ESPACIOS Y CONTENIDOS

La tutela colectiva[2] —como instituto que reúne inescindiblemente la sindicalización, negociación colectiva y huelga—, es una institución multifuncional con un rol determinante en los procesos de distribución de la riqueza y del poder en una determinada sociedad. Por eso, ha trascendido el ámbito de las relaciones laborales para convertirse en un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho y en un instrumento clave en la consecución de los fines de éste, es decir, de cuotas cada vez mayores de igualdad sustancial.

De allí que en el análisis del Derecho del Trabajo debamos tener siempre presente que las instituciones y normas se han dado para cumplir funciones, tanto a **nivel macro** —inclusión social, igualdad sustancial, democracia material, redistribución de la riqueza—, **como micro** —mayor equilibrio entre trabajadores y empleadores, composición del conflicto de intereses, mejores condiciones de trabajo, paz laboral, entre otras–. Asimismo, no podemos perder de vista que la negociación colectiva resulta mucho más idónea que cualquier otro instrumento para lograr una regulación adecuada a cada unidad productiva y circunstancia (frente a la ley), y más justa, puesto que permite atenuar en gran medida la asimetría de poder que existe en el plano de las relaciones individuales.

Como veremos, la negociación colectiva es, por definición, una institución multifuncional e histórica, que tiene una macro función unitaria y tres funciones genéricas: intercambio, gubernamental y organizacional (con sus respectivas funciones específicas). **Tanto el ejercicio de estas funciones como los contenidos en que se expresan reclaman de un espacio determinado**. Así, mientras que la función organizacional tiene como escenario típico la empresa y la función gubernamental requiere para su ejercicio, necesariamente, un nivel supraempresarial, la función de intercambio puede materializarse en ambos niveles: la empresa o el sector. Asimismo, la negociación de nuevas formas de organización de la producción o la introducción de nuevas tecnologías están condicionadas a que se desarrolle la función organizacional; las reglas sobre articulación negocial o solución de conflictos entre convenios, a que pueda ejercerse la función gubernamental y la ampliación del elenco de derechos regulados convencionalmente, de un ejercicio efectivo de la función de intercambio.

Con esta mirada, adentrémonos en las funciones de la negociación colectiva y su correlato con los espacios de negociación y los contenidos negociales, que se van presentando en los distintos modelos de relaciones laborales[3], para luego analizar con detalle la realidad peruana y ver si se avizoran estos cambios de paradigma

---

[2] Prefiero referirme a tutela colectiva, por resultar una expresión mucho más explícita de su función y finalidad que libertad sindical o autonomía colectiva, que reconozco como sinónimos.

[3] Un tratamiento más profundo del tema puede verse en VILLAVICENCIO, Alfredo. «La redefinición de las funciones y modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI», *Relaciones Laborales*, Montevideo, 2005, pp. 9-24.

o si mantenemos los rasgos tradicionales de la estructura y los contenidos de la negociación colectiva.

## 1. FUNCIONES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva tiene como **función unitaria** el ser *un instrumento para la composición tendencialmente equilibrada del conflicto entre trabajadores y empleadores*. Por tanto, procura encauzar el conflicto industrial para superar la asimetría de poder, a través de la actuación colectiva de los trabajadores, generando paz social, reglas adecuadas a cada unidad productiva y mucho más justas que las que pueden darse en los contratos individuales de trabajo.

Al interior de ella, hay **tres funciones generales:** intercambio, gubernamental y organizacional, que a su vez se desagregan en funciones específicas. Analizaremos brevemente cada una de ellas.

### 1.1. La función de intercambio

Es la más tradicional de las funciones y se expresa en la determinación colectiva y conjunta de las condiciones en que se brindará el trabajo comprometido, no sólo a nivel de cada empresa o sector, sino también en el ámbito general. La negociación colectiva cumple una función económica central, ya que es la protagonista principal de la conformación de las rentas del trabajo o los costos salariales, es decir, de la distribución del ingreso entre capital y trabajo.

En el campo de las funciones específicas involucradas en este campo genérico, la función inicial, o primaria, de la negociación colectiva es la de operar como mecanismo de «compensación» o «contrapeso» de la desigualdad «originaria» que caracteriza a la relación individual de trabajo. Es lo que puede denominarse función ***equilibradora o compensadora*** de la negociación colectiva. Este papel puede jugarse en cualquier nivel negocial y, lo que es más importante para efectos de este estudio, abre las puertas para que cualquier materia pueda ser objeto de pacto, salvo aquello que se refiere al interés público (autonomía máxima y heteronomía mínima, por las condiciones de equilibrio).

La segunda función específica vinculada con el campo de la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, es la denominada ***función compositiva o pacificadora***. Dado que la relación laboral es intrínsecamente conflictiva, la negociación colectiva es el principal instrumento de canalización y funcionalización del conflicto. Se trata de que las propias partes involucradas, en condiciones de cierto equilibrio, intercambien propuestas y ventajas, hasta lograr un acuerdo que viene a ser una especie de «pacto de paz», que da lugar a un período de tranquilidad laboral hasta el vencimiento del plazo de vigencia del convenio colectivo.

Denominaremos ***función normativa*** a la tercera función específica; a través de ella, la negociación colectiva es una fuente de derecho que uniformiza o estandariza las condiciones de trabajo de los distintos colectivos laborales en una empresa

o sector. Esta función, como veremos, viene sufriendo los mayores embates en Europa, dado su modelo centralizado y las necesidades de acercar el objeto de regulación a la realidad empresarial.

Una cuarta función específica es la denominada ***función adaptativa***, que podemos definir como aquella que permite a los sujetos colectivos pactantes regular las condiciones de trabajo más adecuadas a cada unidad o sector productivo. Su cercanía al objeto de regulación y su conocimiento del mismo llevan a que el convenio colectivo goce de condiciones de versatilidad o adaptabilidad inigualables en el campo normativo.

### 1.2. La función gubernamental

La segunda función genérica es la función gubernamental. Esta función sale del campo de la determinación de las condiciones de trabajo para ingresar al terreno totalmente distinto del gobierno del sistema de relaciones laborales, lo que se expresa en la producción de acuerdos y normas que contienen las líneas matrices de configuración y desarrollo de las relaciones laborales en un determinado lugar y momento.

Veamos la función gubernamental, concretamente, en el ámbito del autogobierno de la autonomía colectiva, que se expresa en los llamados Acuerdos Marco, a través de los cuales se crea una permanente y dinámica red de órganos y relaciones entre las partes, dirigida a producir, aplicar, interpretar, adaptar e integrar los convenios, debido a que se trata de contenidos de una gran carga procedimental.

Ya no hablamos de regular las condiciones en que los trabajadores individuales prestarán sus servicios: estamos ante un quehacer paritario continuo, en el que la conclusión de determinados asuntos da paso inmediato a la administración del acuerdo, por un lado, y a la discusión de aquellos sobre los que todavía no fue posible el consenso, por otro. Se dinamiza la negociación colectiva y se comienza a superar al modelo estático, en el que la negociación se reducía al momento de renovar un convenio colectivo por vencerse.

En el terreno de los espacios y contenidos, debemos señalar que para el ejercicio de esta función se requiere de la coexistencia de, por lo menos, dos niveles negociales que concurren en la determinación del estatus jurídico de un grupo de trabajadores —supraempresarial y empresarial, como regla general—, y que deben articularse tanto para que la concurrencia de convenios sea no conflictiva, como para establecer reglas de solución de conflictos entre convenios, de ser el caso (contenidos mayormente procedimentales, como ya se viera).

La primera ***función específica*** es la de ***organización del poder normativo colectivo***, que se expresa en las reglas, procedimientos e institutos que pactan sindicatos y asociaciones de empleadores para regular el ejercicio de la negociación colectiva. Ya no es la ley la que se ocupa de este tema, sino que son los propios actores sociales los que definen quiénes son los sujetos titulares de la negociación colectiva; cuáles son los niveles en que se puede iniciar tratativas con miras a suscribir un

convenio colectivo; cuáles son las materias a regular en cada uno de ellos y qué funciones debe cumplir cada unidad negocial.

A su lado está ***la función específica administrativa***, que lleva a que el proceso negocial no concluya con la suscripción del convenio colectivo sino que continúe a lo largo del período de aplicación de lo pactado. La administración del convenio trae consigo una dinamización de la negociación colectiva que la lleva a continuar más allá de la suscripción del convenio colectivo e ingresar en una labor paritaria permanente, en la que se determinan los alcances de lo acordado y se aborda aquello colateral, limítrofe o consecuencial que continúa sobre la mesa de negociación.

Finalmente, y muy vinculada a la función administrativa, está ***la función específica jurisdiccional***, que deja en manos de los actores sociales la solución de todos los conflictos derivados de la aplicación o interpretación de los convenios colectivos. Se extrae, en gran medida, de la jurisdicción estatal los conflictos colectivos de esta índole para entregarlos a Comisiones Paritarias u organismos similares. Como la norma ha sido creada por las partes sociales, nadie mejor que ellas mismas para resolver las diferencias generadas a su alrededor, a través de la red de órganos y procedimientos creados para tal fin.

### 1.3. La función organizacional

La tercera función genérica es la organizacional, que se ocupa de la actuación de la empresa como sujeto económico, no desde el punto de vista estricto de las relaciones laborales, sino de la actividad de la empresa como organización económica para la producción y el intercambio de mercancías. Entramos en el terreno de las opciones productivas, la política de inversiones, reconversiones, reestructuraciones, participación de los trabajadores en la gestión de la empresa, entre otras.

Esta función actúa sobre el núcleo duro de los poderes empresariales y les imprime un cierto grado de procedimentalización, a la vez que regula la organización y el desarrollo del trabajo en la empresa aportando reglas uniformes que facilitan la gestión de los recursos humanos en los casos de introducción de nuevas tecnologías o nuevas formas de organizar el trabajo, ceses colectivos, etcétera. Para materializarla, se requiere de un poder negocial significativo, puesto que de otro modo los empleadores no aceptarían compartir el centro de sus poderes con las organizaciones de trabajadores.

## 2. ESPACIOS Y CONTENIDOS VISTOS DESDE LOS MODELOS DE RELACIONES LABORALES Y EL JUEGO DE FUNCIONES QUE VIENE OPERANDO

Si ingresamos al campo de los modelos de negociación colectiva, se debe señalar que no siempre la negociación colectiva ha cumplido todas estas funciones ni lo ha hecho del mismo modo; así, pueden distinguirse diferentes etapas en el desarrollo de los sistemas de negociación colectiva, dentro de las cuales estos se

han organizado de diferente manera a partir de una preponderancia o combinación determinada de las funciones descritas.

Si se echa un vistazo histórico a las situaciones europea y latinoamericana, se puede distinguir, *grosso modo,* tres grandes modelos de negociación colectiva: *inicial, industrialista y posindustrial*[4], en los que los países se han ido acomodando de diversa manera. Veamos a continuación, y de manera general, lo que viene aconteciendo en Europa y América Latina en los dos últimos modelos, a partir de los espacios de negociación y de los contenidos de la misma. Esto nos servirá como marco de referencia para desarrollar luego lo que sucede en nuestro país en los mismos campos.

### 2.1. Espacios y contenidos en el modelo industrialista

Los rasgos principales del modelo industrialista, que se sustenta en el paradigma *fordista* de organización de la producción, aparecen promediando el siglo XX. Se cuenta ya con un reconocimiento constitucional (promocional) de los derechos laborales, individuales y colectivos, que operarán como marco en el que se ejercerá la libertad de empresa. Por tanto, se ordena al Estado garantizar el surgimiento y la actuación eficaz de los sujetos colectivos, a través de su actuación legislativa, administrativa y judicial.

Con excepción de los países que se adscriben al modelo de *abstention of law (*Uruguay, Italia o Reino Unido), uno de los signos distintivos de esta etapa será la regulación legal de los derechos colectivos, que determina los sujetos, el procedimiento negocial, el contenido del convenio, y la eficacia normativa de los convenios, de modo que se apliquen automática e imperativamente a todas las relaciones que caen en su ámbito, en garantía plena de la función equilibradora de la negociación colectiva.

En el modelo regulado, sin embargo, hay dos corrientes: una europea, que apuesta por el fomento del fenómeno sindical, y otra latinoamericana, que establece una regulación detallada y restrictiva, que arrincona lo colectivo y busca reducirlo a su mínima expresión.

En el caso europeo, se adopta un modelo centralizado, de alta afiliación, alta cobertura y el consecuente significativo poder negocial; de esta manera la negociación colectiva no sólo cumple ampliamente la función de intercambio—con un numerosísimo elenco de condiciones de trabajo fijadas colectivamente—, sino que comienza a desplazar al Estado del campo estructural o procedimental, dando vida a la función gubernamental a través de regulaciones e instituciones muy sofisticadas, que han permitido articular la negociación colectiva. Asimismo, se empieza a

[4] Un tratamiento más profundo del tema, puede verse en SANGUINETI, Wilfredo, «Los sistemas de negociación colectiva y sus transformaciones», en SANGUINETI, Wilfredo, *Derecho del Trabajo: tendencias contemporáneas*, Grijley, Lima, 2013, pp. 257-280.

abrir paso la función organizacional dando inicio a una «intervención» colectiva del ejercicio del poder de dirección de los empleadores.

Se asiste, así, a la presencia de acuerdos o disposiciones marco que buscan superar los defectos de una negociación sectorial poco dúctil a una realidad empresarial que viene diversificándose, vertebrando ambos niveles para potenciar sus virtudes y reducir sus defectos. En tal dirección se cuenta con una negociación sectorial que permite una mayor cobertura y un poder de negociación acrecentado y se la combina con acuerdos de empresa que buscan tener en cuenta las condiciones de cada unidad productiva.

En el caso latinoamericano, con la excepción de Uruguay, el modelo intervencionista-restrictivo ha producido regulaciones y conductas estatales limitativas y muy detalladas en materia negocial, que han conducido a una atrofia de la autonomía colectiva, que se ha materializado en muy pocos espacios y escasas materias. La ley ha sido la estrella normativa por cuyo cauce han pasado la regulación estricta de los titulares del derecho de negociación; los niveles en que se puede negociar, con un clara opción descentralizadora (salvo en Argentina, Brasil y Uruguay); la aplicación de diversas barreras para constituir sindicatos, afiliarse o dirigirlos (numéricas, exclusión de categorías laborales, registro sindical discrecional, etc.), así como diversos obstáculos para negociar colectivamente: imposición de, por lo menos, la mayoría absoluta de trabajadores para iniciar una negociación, engorrosos procedimientos negociales, ausencia de información económica de la empresa, se recorta a mínimos el recurso a la huelga, etc.

Todo ello ha impedido el surgimiento de actores fuertes y procesos vitales. Y ni qué decir que ha obstaculizado efectivamente de un lado, el desarrollo de la función gubernamental que no opera en un modelo descentralizado de relaciones laborales, al no tener más que negociaciones de empresa, y de otro, la organizacional, dado el magro poder sindical, que no le ha permitido ingresar en el núcleo de los poderes empresariales. Nos quedamos, entonces, con una negociación únicamente de condiciones de trabajo, y ni siquiera de un número significativo de ellas.

En Europa, y de conformidad con la organización económica *fordista* de la producción y los espacios principalmente sectoriales de la negociación colectiva, la tendencia general lleva a uniformar las condiciones de trabajo; esto se expresa particularmente en el establecimiento de condiciones salariales homogéneas, con independencia de las circunstancias específicas de las empresas, una ordenación del tiempo de trabajo única e inflexible y una clasificación profesional bastante rígida. En América Latina, los espacios principalmente empresariales han conducido a una anomia total en la negociación colectiva, con numerosos convenios de empresa y poca cobertura negocial, y con salarios, jornadas y clasificaciones profesionales diferentes y libradas al peso de cada actor en cada negociación.

Finalmente, el otorgamiento legal de fuerza normativa, que coloca a los convenios colectivos en una posición jurídica superior a los contratos de trabajo, permite la consolidación de las funciones equilibradora y normativa.

### 2.2. Espacios y contenidos en el modelo posindustrial

El modelo industrialista de negociación colectiva está siendo afectado por las importantes trasformaciones en las formas de desarrollo de la actividad económica y de organización de la producción, formas que están conduciendo a una redefinición de buena parte de sus modos tradicionales de organización y a una nueva distribución del protagonismo entre sus distintas funciones. Para tener una idea amplia y clara de lo que viene sucediendo, **debemos ver esta evolución poniendo la vista sobre todo en Europa**, dado nuestro *fordismo* periférico (y ahora posindustrial, también periférico).

Para empezar, y como señala Sanguineti «el hecho de que actualmente nos encontremos ante una realidad económica y productiva más diversas, complejas y cambiantes, está conduciendo a sus protagonistas a priorizar el rol adaptativo de los convenios colectivos en desmedro de sus tradicionales funciones normativa y equilibradora. Los convenios dejan, de tal modo, de responder prioritaria o exclusivamente a un propósito uniformador o equilibrador, pasando a convertirse en herramientas dirigidas a favorecer la adaptación de las condiciones de trabajo las necesidades empresariales[5]».

Veamos, a continuación, y siguiendo a Sanguineti en apretado resumen, los rasgos centrales del modelo «posindustrial». Comencemos señalando que en éste ganan espacio las funciones gubernamental y organizacional, en detrimento de la homogenización en las condiciones de trabajo, surgiendo formas pactadas (aunque sea parcialmente) de organización más flexible de la autonomía colectiva (articulación) y del trabajo. El contenido de los convenios avanza, así, a convertirse, paralelamente, en instrumento de gestión flexible de la fuerza de trabajo y no sólo de fijación de las condiciones de trabajo. Se va así gestando un paradigma «posindustrial» de desarrollo de la negociación colectiva, dentro del cual sus aspectos adaptativos y organizativos ganan terreno sobre sus facetas normativa y equilibradora.

A la par, se produce un proceso de descentralización negocial a partir de los acuerdos de empresa, que comienzan como posibilidad y terminan teniendo prioridad sobre los sectoriales. Ya no cumplen una función simplemente de mejora sino que o agregan materias nuevas (función integradora, que se expresa en los acuerdos defectivos españoles) o se despegan de la regulación sectorial para establecer pactos de apertura (Alemania) o de descuelgue, en España.

De forma paralela a lo anterior, sin embargo, emergen nuevas unidades de negociación supraempresarial, generadas por nuevos tipos de relaciones interempresariales propios del posfordismo. Este es el caso de la negociación colectiva de grupo de empresas, cada vez más presente en Europa, y también de algunas experiencias de negociación colectiva en el seno de las redes de empresas, unidas

[5] Ídem, pp. 272— 279.

por vínculos de colaboración estable (por distintas condiciones o redes de subcontratación).

En lo que al contenido de los convenios colectivos las exigencias de adaptabilidad y flexibilidad conducen a un cambio en la forma de regular los contenidos «tradicionales» de los convenios colectivos. Así, en **materia salarial** surgen cláusulas que vinculan su crecimiento a la marcha de la empresa, a la vez que proliferan los elementos variables del salario, por lo general vinculados a la productividad o el rendimiento. En **materia de tiempo de trabajo**, aparecen cláusulas dirigidas a facilitar la adaptación de su distribución a las necesidades del ciclo productivo, en tanto que, **en el ámbito de la clasificación profesional**, se favorece cada vez más una mayor integración e intercambiabilidad de funciones. Es más, en muchos casos, estas cláusulas son aceptadas por los representantes de los trabajadores **a cambio de que les sean concedidos núcleos de participación o de control sobre su aplicación,** lo cual supone una extensión de las formas de participación en el ejercicio de los poderes empresariales, que refuerza la función organizacional en su formulación participativa de la negociación colectiva a nivel «micro».

El paso a formas de organización del trabajo menos estandarizadas y más grupales y participativas, propicia también el crecimiento de función organizacional con la presencia de cláusulas vinculadas con la organización del trabajo y la gestión del personal en los convenios colectivos: cláusulas que regulan las modalidades de contratación y establecen compromisos de empleo; prevén sistemas de organización; regulan planes de formación; disciplinan las modificaciones de funciones o de condiciones de trabajo o las suspensiones de los contratos de trabajo y los despidos, en muchos casos articuladas con formas de participación individual de los trabajadores en la organización del trabajo, o de participación colectiva de sus representantes en la adopción de las decisiones correspondientes.

Todo esto no supone que la función equilibradora de la negociación colectiva desaparezca, pero sí que cada vez se torna más dependiente de su papel adaptativo y organizacional.

El elemento clave para ello está constituido por el establecimiento de una relación más fluida entre las partes normativa y obligacional del convenio colectivo, que lleva a que se conceda un protagonismo cada vez mayor a las instancias creadas por las partes en la aplicación o gestión de lo pactado, permitiéndoles adoptar decisiones que condicionen la actividad de las partes. Todo esto supone, nuevamente, potenciar los valores adaptativos del convenio colectivo, aunque en esta ocasión desde una perspectiva procedimental, que fortalece, una vez más, la función gubernamental concedida a los agentes sociales.

Para concluir todo lo dicho hasta aquí nos muestra un instituto (la negociación colectiva) vivo y siguiendo muy de cerca los cambios en el sistema productivo, que si bien reclama cada vez más adaptabilidad en un sistema centralizado como el europeo, sigue vigente en el plano de la tutela efectiva de los intereses de los trabajadores. En todo caso, y considerando que está mencionada en primer lugar en la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT

de 1998, confiamos en que siga aportando las cuotas de igualdad requeridas para superar la exclusión y el carácter formal de nuestras democracias.

En la América Latina más cercana, es decir, la del modelo descentralizado de relaciones laborales, enfrentamos una realidad con otras demandas y otras posibilidades. Partimos de un modelo de relaciones laborales que gira alrededor de la empresa y que, por lo tanto, tiene muy poca afiliación, tiene una elevada tasa de informalidad y subcontratación, así como de trabajadores precarios. En el Perú, por ejemplo, sólo dos de cada diez trabajadores podrían ejercer su derecho de sindicalización porque prestan servicios en unidades con 20 o más trabajadores. Contamos, además, con normativas nacionales que dificultan el surgimiento y la consolidación de sindicatos, imponiendo requisitos adicionales, excluyendo categorías diferentes a las que permite el Convenio 87, registros formales discrecionales, etcétera. A ello debemos sumar las dificultades en la negociación colectiva, entre las que destacan la imposición de una estructura negocial descentralizada, que cierra el paso legislativamente a la negociación sectorial, tipo de negociación que corresponde a un subcontinente en el que la micro y la pequeña empresa son la característica fundamental de su sistema productivo.

En tal sentido, en el año 2006, la Confederación de Sindicatos de las Américas (CSA), con el apoyo directo de ACTR-OIT, creó el Grupo de Autoreforma Sindical en las Américas, que buscó identificar los problemas de la tutela colectiva en nuestra región y encontrar las soluciones que nos permitan salir de la «maldición del 10%».

Este Grupo implementó el programa FSAL/ACTRAV-OIT de Autoreforma Sindical que, luego de una primera etapa exploratoria, definió sus objetivos a partir de los principales problemas del modelo latinoamericano de relaciones laborales; entre ellos, podemos resaltar los siguientes[6]:

- Promover la creación de estructuras sectoriales/territoriales, como pilares de un modelo organizado y capaz de incluir y representar a todos/as los/as trabajadores/as sin excepciones.
- Promover la participación en los procesos de toma de decisiones para fortalecer la democracia interna.
- Mejorar la gestión en base a la planificación estratégica y la innovación permanente.
- Elaborar propuestas y estrategias de afiliación sindical, principalmente de colectivos no sindicalizados y de las mujeres y los jóvenes.
- Elaborar propuestas y estrategias para la extensión de la negociación colectiva y de otras negociaciones con enfoque de género, a la mayoría de trabajadores/as posible.

---

[6] Sobre el particular, véase AA.VV. *Procesos de Autoreforma Sindical en las Américas. Avances del Grupo de Trabajo sobre Autoreforma Sindical (GTAS) en 2010-2011*. Publicado por el Proyecto FSAL-AS/ACTRAV/OIT, Sao Paulo, Brasil, 2012.

- Reforzar la unidad de acción programática y orgánica, principalmente entre las afiliadas a las CSA.

En estos objetivos resaltan las necesidades de impulsar la centralización de la negociación colectiva —yendo hacia un modelo de negociación por rama (con enfoque de género)—; fortalecer la democracia interna; mejorar la gestión; desarrollar estrategias de fomento de la afiliación, con especial énfasis en jóvenes y mujeres; y, finalmente, fortalecer los procesos de unidad de acción.

Como colofón de esta materia, tomemos la propia opinión de Víctor Baez, Presidente de la CSA, cuando señala que «la CSA no quiere ser la representante de un archipiélago de pequeñas islas sindicales. La filosofía de la autoreforma es **más trabajadores/as organizados en menos organizaciones sindicales**»[7].

## 3. ESPACIOS NEGOCIALES EN EL PERÚ ACTUAL

Vistos los modelos de relaciones laborales europeo y latinoamericano, concretemos nuestra atención en lo que viene sucediendo en nuestro país, tanto en los ámbitos en que se desarrolla la negociación colectiva, como en el de los contenidos.

### 3. Los espacios de la negociación en el Perú

#### *3.1. Rasgos esenciales y generales de la estructura negocial*

Así como es importante observar los modelos de la negociación colectiva, resulta relevante desarrollar los rasgos principales de la estructura negocial para luego presentar lo que viene sucediendo en concreto en nuestro país[8].

En primer lugar, en América Latina hay tres países con una estructura negocial centralizada —Argentina, Brasil y Uruguay—, mientras que el resto se adscribe de manera notoria en el modelo descentralizado de negociación colectiva, al asentar en la empresa el nivel preponderante de ejercicio de este derecho. Y este dato no es irrelevante: dada la estructura productiva de la región, donde predominan la micro y la pequeña empresa, solamente en los tres países citados se puede encontrar un desarrollo significativo de este derecho; los demás tienen que lidiar con *la maldición del 10%* en la medida en que no pueden representar colectivamente a un colectivo laboral que supere ese porcentaje de sus trabajadores.

En segundo lugar, debemos señalar que la estrechísima relación entre los tres componentes de la tutela colectiva (sindicación, negociación colectiva y huelga) conduce a que la presencia de la voluntad (e intereses) del empleador en la negociación colectiva tenga un impacto muy significativo en la sindicación y

---

7 Ídem, p. 6.

8 Un mayor desarrollo de este tema puede encontrarse en VILLAVICENCIO, Alfredo, «La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes», Derecho PUCP, N° 75, Lima, 2015, pp. 333-353.

en la huelga. En otras palabras, si, por ejemplo, para fijar el nivel de negociación se requiere inexorablemente el acuerdo con los empleadores, como sucede en el Perú y en otros países de la región, la negativa radical a negociar en la rama de actividad conducirá a que, en la práctica, no existan tales organizaciones, aunque legalmente se consagre la posibilidad de constituir sindicatos sectoriales.

En tercer lugar, debemos dejar en claro que el rol del Estado es muy relevante para la vigencia efectiva de la tutela colectiva. Y, más allá de que en diversos países se imponga constitucionalmente al Estado una intervención garantista y promocional de la tutela colectiva, que le permita cumplir su papel con la mayor eficacia posible (artículos 51.III, 39.5 y 39, 28 y 55 de las constituciones de Bolivia, Ecuador, Perú y Colombia, respectivamente), la imposición de una estructura sindical y negocial descentralizada significa asumir exactamente lo contrario: el escenario más adverso para el desarrollo de dicha tutela.

En cuarto lugar, se debe concordar en que la determinación de la estructura de la negociación colectiva, para centrar el asunto en el campo más neurálgico del tema que nos convoca, no es indiferente para ninguno de los actores de las relaciones laborales. Y ello es así por diversas razones pero, particularmente, porque los niveles más utilizados —empresa y sector o rama de actividad— tienen un impacto directo en la cobertura negocial, en la consiguiente fortaleza sindical y en el rol político del sindicato (la posibilidad de ingresar a temas vinculados a políticas sectoriales e intersectoriales); materias todas de vital trascendencia para sindicatos, patronales y Estado[9]. De allí que el sindicalismo busque la representación sectorial y los empleadores se sientan mucho mejor con el ámbito empresarial. El Estado en América Latina ha tenido, por lo general, una opción por el modelo descentralizado (mostrando su cercanía con los intereses empresariales); son excepciones a esto el Uruguay —donde un Estado abstencionista dejó en manos del juego de fuerzas la determinación de la estructura sindical y negocial, y los trabajadores consiguieron hacer valer el nivel sectorial—, y Argentina y Brasil, donde el Estado, gran actor en este campo, se jugó de manera abierta por la rama de actividad.[10]

---

[9] Resulta pertinente recordar que la ventaja de la negociación a nivel de empresa gira alrededor de una mayor cercanía al objeto de regulación, en tanto que las desventajas apuntan a su menor cobertura, mayor beligerancia y al hecho de que sólo se negocian condiciones de trabajo. Mientras que, en el caso de la negociación por rama, se señala como desventaja la mayor lejanía al objeto de regulación, y como ventajas que tiene una mayor cobertura y un consiguiente mayor poder negocial, una menor beligerancia y permite el tratamiento de otras materias vinculadas con el sector. Por cierto, hay que señalar también que, mientras la desventaja de la negociación por rama puede ser superada por diversos mecanismos (franjas, negociación articulada, etc.), los problemas de la negociación por empresa no tienen solución, mucho menos en países donde el predominio de la micro y pequeña empresa vuelve inexistente el derecho para la gran mayoría de trabajadores cuando se lo focaliza a tal nivel.

[10] En Brasil, la opción no se quedó en el nivel sectorial, sino que se impuso la unicidad sindical; es decir, un solo sindicato por categoría en la misma base territorial, conforme al artículo 8.II

En quinto lugar, el modelo descentralizado de relaciones laborales ha agudizado su crisis desde que se ha impuesto el nuevo paradigma productivo basado en la descentralización productiva, que ha subdividido funciones y empresas de manera que el colectivo laboral carece ahora de dimensión suficiente y de comunidad de intereses básicos para el desarrollo de la tutela colectiva dentro de las empresas. Se requiere, pues, que los actores de las relaciones laborales (*motu propio* o de manera claramente inducida) orienten su actuación hacia un escenario en el que se facilite las distintas posibilidades de actuación supraempresarial, con el fin de preservar los equilibrios básicos del Estado constitucional y democrático que hemos adoptado, lo que evita que la voz de los trabajadores se pierda y el coro democrático se convierta en un solo (y *a capella*) empresarial, que agudice los problemas económicos, sociales y políticos que entraña vivir en la región más desigual del mundo.

En sexto lugar, lo dicho no nos lleva a afirmar que el Estado es el único elemento que interviene en la determinación de la estructura negocial. Hay factores derivados de la estructura empresarial (micro, pequeña, mediana, grande); la estructura económica (configuración y relaciones entre los sectores sector primario, industrial, servicios); la composición de mano de obra (nivel de cualificación, sexo, etcétera); la existencia de organizaciones de empleadores y trabajadores a los niveles respectivos y su actitud frente al tema negocial. Sin embargo, en América Latina el rol estatal ha sido, y sigue siendo, central. Sirva como ejemplo lo ocurrido en nuestro propio país, donde el Decreto Ley 25530, que hoy llamamos por economía lingüística Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, jugó el rol protagónico en la desaparición de las negociaciones colectivas sectoriales, cuando, después de establecer, en su artículo 45, que cualquier cambio de unidad de negociación debería hacerse por consenso, ordenó en su Tercera Disposición Final y Transitoria que en los convenios de rama las partes tenían 30 días para ratificar el nivel y que si no lo hacían, éste desaparecía y se volvía a la negociación por empresa, lo que efectivamente sucedió en todos los casos[11].

Por esta razón, y teniendo en cuenta las obligaciones constitucionales impuestas al Estado; la comprobación de que el modelo descentralizado excluye a la gran mayoría de trabajadores de la tutela colectiva, así como que la descentralización productiva rompió por el eje a los sindicatos de empresa, es imprescindible que el Estado revise su orientación en este terreno y diseñe políticas promotoras de la tutela colectiva. Entre ellas no puede dejar de estar el favorecimiento de una organización y negociación efectivas a nivel supraempresarial, no sólo sectorial, sino también a nivel de grupo de empresas, de empresas en red y de cualquier otra

---

de la Constitución brasileña, lo que ha conducido a que este país no ratifique el Convenio 87 de la OIT.

[11] Recuperada la democracia, y por mandato del Tribunal Constitucional, se reestableció el nivel de rama en la industria de la construcción y luego en la estiba portuaria.

forma que sea reclamada por los cambios que siguen empujando hacia una más intensa multiformidad empresarial.

Finalmente, es importante señalar que el monopolio estatal en este importante terreno[12] muestra un claro sesgo controlador del Estado sobre el sistema de relaciones laborales, lo que refleja la menor articulación democrática del sistema y lo condena a la pobreza y al subdesarrollo. Difícilmente las partes sociales pueden madurar y asumir el rol institucional que les corresponde en cualquier democracia madura, si no se les permite ni siquiera definir el funcionamiento de sus propias relaciones. Por todo ello, es imprescindible que el Estado, a la par que genere las bases para el mayor desarrollo autónomo de la tutela colectiva, abandone la fijación legal y taxativa de «unidades apropiadas de negociación», y vaya dejando el espacio necesario para que los propios actores sociales, sin interferencia pública, se hagan cargo del tema estructural.

### *3.1.2. Los espacios de negociación en el Perú: rasgos históricos de un modelo cuyo norte es la atomización*

Si miramos con detalle los espacios de negociación en el Perú, podremos comprobar que los rasgos del modelo latinoamericano dominante (sindicatos de empresa con muy escasa cobertura y débil poder negocial, en un contexto legal intervencionista y restrictivo) se presentan con nitidez[13]; así queda claro que el peso de la autonomía colectiva resultante es y será muy poco significativo.

El terreno de los espacios de la negociación colectiva es uno de los mejores termómetros para medir el grado de autonomía colectiva (específicamente, autonomía externa)[14], por lo que la comprobación de la existencia de una minuciosa regulación estatal sobre el particular nos deja pocas dudas sobre la fortísima dependencia externa de nuestro sistema negocial respecto del Estado. Esta constatación comienza por evidenciar el significativo desequilibrio de poderes existente en las relaciones laborales peruanas y pone en relieve el papel definitivo que juega el factor jurídico en la configuración de la estructura negocial; esto significa que el margen de discrecionalidad que dejan los factores económicos ha sido procesado exclusivamente por el Estado y su visión de los intereses representados en su acción político-laboral (debilitamiento del actor sindical, descentralización máxima, control del conflicto industrial, microconflictividad, etcétera). Por todo ello, el

---

12 Que deja en evidencia la nula autonomía externa que tienen las relaciones laborales en el terreno estructural.

13 ERMIDA URIARTE, Oscar, «La reglamentación sindical peruana en el marco de la legislación latinoamericana», VV.AA., *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo comentada*, Consultores Jurídicos Asociados S.A., Lima, 1994, p. 6.

14 Frente al Estado, en tanto que la autonomía interna se da en relación con otros niveles de negociación, razón por la cual sólo se ve afectada cuando se plantea una estructura negocial articulada.

estudio de la estructura negocial peruana obligará a prestar una atención significativa a las normas legales que regulan sus diferentes componentes, dado que de su rigidez o flexibilidad dependerá que se puedan o no gestar nuevos escenarios.

### *3.1.3. Los espacios de negociación en el Perú: la imposición legal del elenco de unidades de negociación y de la empresa como predominante*

En concordancia con lo previsto en materia de estructura sindical, el artículo 44 LRCT establece que los ámbitos de la negociación colectiva serán la empresa, la rama de actividad y la profesión, oficio o especialidad. Nos movemos, pues, dentro de un cuestionable sistema de «unidades apropiadas de negociación»[15] diseñadas por el legislador, habiéndose precisado reglamentariamente que en el nivel empresarial están involucradas organizaciones y negociaciones de ámbito menor: sección, categoría o establecimiento.

A lo dicho habría que agregar que, en el caso de la negociación colectiva por rama, se han impuesto requisitos tan exigentes que son de imposible cumplimiento: representar a la mayoría absoluta de trabajadores y empleadores involucrados, convocar a todos (directa o indirectamente) y recabar la conformidad de la patronal respectiva sobre las negociaciones a tal nivel. Esta regulación no sólo es excesiva sino inviable e inadecuada, ya que los sindicatos no representan empresas; además, no es posible medir la representación de los sindicatos ni existe forma de notificar a todas las empresas del país cuando existen centenares de miles de microempresas. Por ello, ni siquiera se han constituido sindicatos de rama en el Perú y sólo contamos con dos negociaciones sectoriales en la construcción y la estiba portuaria, recuperadas por mandato judicial o arbitral, respectivamente.

En el plano específico de la selección de un determinado nivel negocial, la legislación prevé dos situaciones: cuando se va a fijar el primer ámbito de negociación o cuando se busca cambiar o complementar una sede negocial. En el primer caso, se ha previsto 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 en el nivel de empresa» (artículo 45 LRCT).

Al respecto, nos parece importante señalar que así como compartimos la necesidad de consenso en primera instancia para fijar un determinado ámbito negocial (como corresponde a un derecho bilateral), nos parece totalmente cuestionable la imposición legal del nivel menos favorable para la existencia, difusión y eficacia

[15] Dado que significa una restricción al principio de libertad de elección de la unidad negocial incompatible con el principio de autonomía colectiva, al dejar fuera sedes tan relevantes como el grupo de empresas, la empresa en red, un conjunto de ramas afines o la interprofesional.

de la tutela colectiva, pues contraviene abiertamente el mandato de fomento de la misma que establece nuestra Constitución.[16]

Respecto del segundo supuesto, referido al cambio de unidad negocial, se establece que «de existir convención en algún nivel, para entablar otra en nivel distinto, con carácter sustitutorio o complementario, es requisito indispensable el acuerdo de partes, no pudiendo establecerse por acto administrativo ni por laudo arbitral» (artículo 45 LRCT).

Se reitera en esta norma la necesidad de un acuerdo expreso sobre el particular, por lo que remitimos a las reflexiones anteriormente hechas sobre esta materia, puntualizando sólo lo que ya en esta norma se está abriendo la posibilidad de una negociación colectiva articulada, puesto que se hace referencia expresa a la posibilidad de que se prevean niveles complementarios. De otro lado, consideramos que la restricción referida a la imposibilidad de que el cambio de nivel o la articulación –por acto administrativo o arbitral– pueda establecerse por terceros, carece de razón, puesto que se trata de congelar una estructura negocial hiperdescentralizada cuando las exigencias de vigencia real de la tutela colectiva pueden conducir a que el Estado, o un tercero independiente, se ocupe del tema. Así sucedió en el caso de estibadores portuarios, donde el propio Tribunal Constitucional ordenó que sea un arbitraje quien fije el nivel, y éste dispuso que sea el de rama.

### *3.1.4. Los espacios de negociación en el Perú: la posibilidad legal de una negociación colectiva articulada*

Como acabamos de ver, la posibilidad de una negociación colectiva articulada ha sido considerada por el legislador peruano, que ha establecido expresamente que «las convenciones de distinto nivel acordadas por las partes deberán articularse para definir las materias que serán tratadas en cada una [(...)]. Podrán negociar*se a nivel de empresa, las materias no tratadas en una convención de nivel superior, que la reglamenten que se refieran a condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa»* (artículo 45 LRCT).

Con esta normase sientan las bases de lo que podría ser la aplicación vertebrada de dos o más convenios colectivos con amplia libertad para establecer los criterios competenciales de coordinación. Excepción a esta norma son los convenios de empresa, cuya competencia está restringida legalmente a los campos no tratados en un nivel superior (para evitar la negociación en cascada) y a los que reglamenten la convención superior (complementándola o suplementándola); asimismo, sólo se les da plena autonomía en lo que hace a las condiciones de trabajo propias y exclusivas de la empresa.

---

[16] Si agregamos a esta clara impronta descentralizadora el número de 20 afiliados para constituir un sindicato de empresa, nos encontramos con que se está restringiendo al máximo la posibilidad de constituir sindicatos en un país en el que el 75% de sus trabajadores labora en unidades empresariales cuyas dimensiones no les permiten contar con 20 afiliados.

Se está, entonces, en el ámbito de convenios colectivos con competencia para regular aspectos estructurales (exclusiva o conjuntamente con el establecimiento de condiciones de trabajo: convenios marco propios, en el primer caso, y acuerdos marco impropios, en el segundo) y con posibilidades amplias en materia de fijación de criterios de articulación –salvo en el terreno de las precisiones hechas a la competencia de los convenios empresariales–); de esta manera cuando se presente un supuesto de negociación vertebrada, los convenios de mayores ámbitos gozarán de una mayor intensidad normativa que aquellos de menores dimensiones ubicados en sus confines; por tanto, así se puede modular las dimensiones de su autonomía colectiva. En lo que aquí interesa, esta regulación carece de materialización hasta la fecha, porque en un modelo tan atomizado no se da el supuesto básico para la articulación negocial: que concurran dos convenios colectivos de diverso ámbito.

### 3.2. La estructura negocial peruana en la realidad

Visto el paradigma legal en materia estructural, se analizará a continuación cómo viene funcionando, en los hechos, la red negocial en el Perú.

#### *3.2.1. Los datos generales*

La primera información relevante gira alrededor de la tasa de afiliación, de un lado, y de la cobertura negocial, de otro; la primera de ellas está, actualmente (2015), en el 6.2%, y la segunda, en el 5.3%. Debe señalarse que ambas tasas están referidas a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada[17] y que evidencian una reducción drástica de ambos conceptos, que a mediados de los años ochenta fluctuaban por encima del 40%. En el cuadro que presentamos a continuación, se observa que los trabajadores sindicalizados no representan ni la décima parte de los trabajadores no sindicalizados, y lo mismo sucede con los trabajadores sujetos a negociación colectiva, respecto de los no sujetos a ella. Con ello queda claro que, en el Perú, tras el proceso de desregulación legal vivido en los años 90 y tras la caída en picada de la tutela colectiva, la gran mayoría de trabajadores tiene fijadas sus condiciones de trabajo, fundamentalmente, vía contrato de trabajo, con los mínimos legales supérstites.

[17] No hay estadísticas que incluyan, en ambas tasas, a los trabajadores públicos, que duplicarían tales rubros si tomamos en cuenta que el Sindicato Unitario de Trabajadores en la Educación (SUTEP), supera los 100 000 afiliados.

**TABLA 1**

PERÚ: PROMEDIO ANUAL DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PRIVADO POR MESES, SEGÚN SINDICALIZACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2015

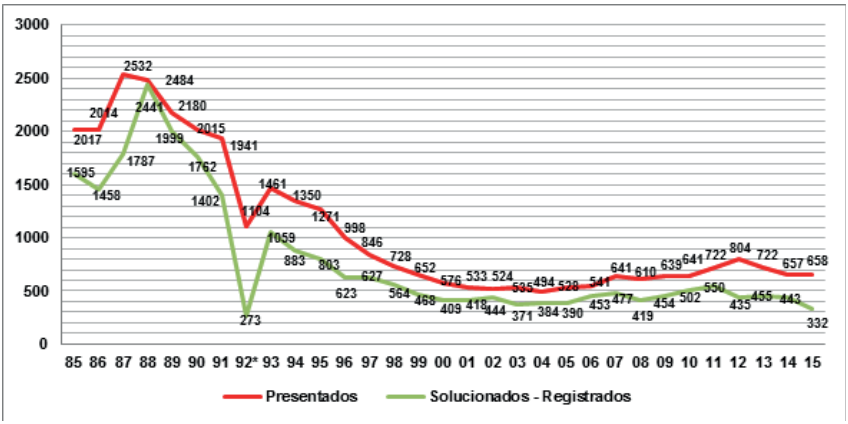
| Ítem | Indicador | Promedio anual |
|---|---|---|
| Sindicalizados | NO | 3,062,809 |
| | SÍ | 194,391 |
| Negociación colectiva | NO | 3,090,453 |
| | SÍ | 166,747 |
| Total | | 3,130,355 |

FUENTE: MTPE/OGETIC/OFICINA DE ESTADÍSTICA. ELABORACIÓN PROPIA.

En segundo lugar, debemos echar una mirada a la forma en que ha venido evolucionando la negociación colectiva en el Perú; el gráfico siguiente es bastante elocuente.

GRÁFICO 1

NIVEL NACIONAL: PLIEGOS DE RECLAMOS PRESENTADOS Y CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR AÑOS (1985-2015)




FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPREO.
DIRECCIONES REGIONALES/ ZONAS DE TRABAJO.
(*) Los datos del año 1992 corresponden solo a Lima.

Respecto de esta información debemos comenzar señalando que la diferencia entre pliegos presentados y convenios registrados muestra los casos en que el conflicto quedó abierto, ya sea porque no se llegó a suscribir el convenio colectivo en negociación directa, conciliación o extra-proceso, o no se emitió el

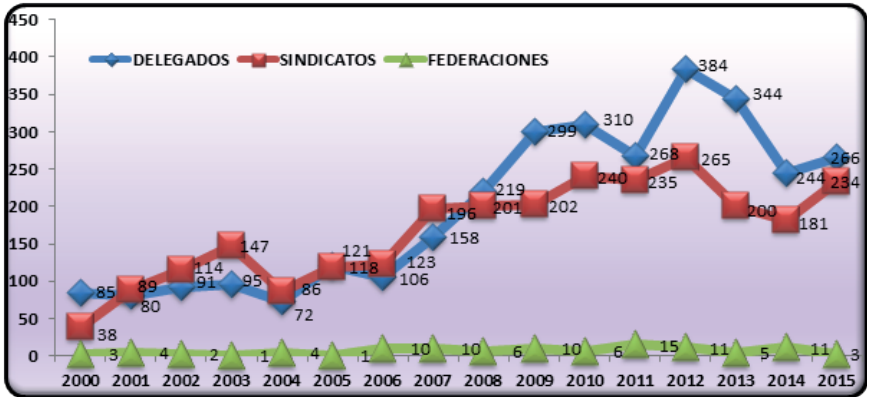
laudo que hubiere correspondido. Esta situación se ha venido agravando desde el 2011, cuando la diferencia entre pliegos presentados y convenios registrados fue de 172, pasando a 369 en el 2012; a 267 en el 2013; a 214 en el 2014 y a 326 en el 2015. Esto quiere decir que, a pesar del ingreso del arbitraje potestativo causal en setiembre del 2011, y del incausado a partir de febrero del 2014, la situación de los conflictos abiertos se ha agudizado, generando ruido adicional al sistema de relaciones laborales. Hay que indicar, en este contexto, que la aguda caída observada ha tenido su máxima expresión en el año 2015, con 332 convenios, y ha llevado a que estos representen tan sólo el 13,6% de los 2 441 suscritos en 1988.

### *3.2.2. La atomización sindical y la anomia como reglas claramente predominantes*

El tejido sindical peruano está constituido por la representación no institucionalizada (delegados de personal, que se eligen en centros de trabajo con menos de 20 trabajadores) y por organizaciones institucionalizadas (sindicatos, federaciones y confederaciones). Los datos alrededor de la estructura sindical son los siguientes:

**GRÁFICO 2**

**PERÚ: REGISTROS SINDICALES 2000 – 2015**




FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO/OGETIC/OFICINA DE ESTADÍSTICA

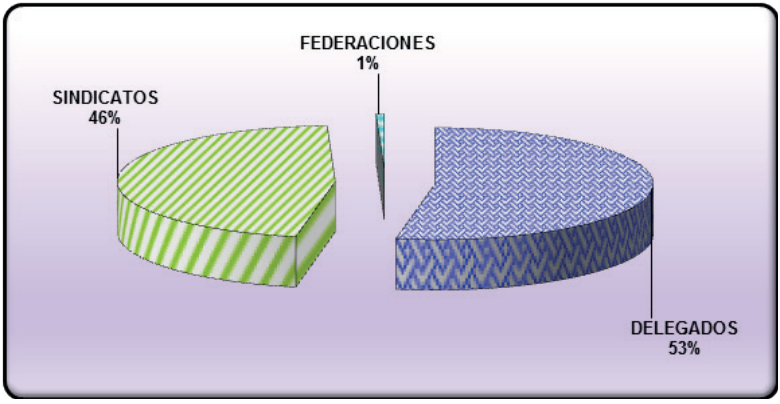
El cuadro anterior muestra, con claridad, que el peso estructural recae sobre organizaciones que, como máximo, tienen un ámbito empresarial; y si a ello sumamos el crecimiento y preponderancia actual de los delegados de personal, la conclusión que cae por su propio peso está referida al excesivo grado de descentralización del sindicalismo peruano. Más aún: la presencia cada vez mayor de la representación no institucional a nivel empresarial e infraempresarial viene fortaleciéndose de manera consistente, por lo que no sólo estamos hablando de un nivel de descentralización muy agudo sino de que en nuestro sistema de relaciones

laborales se comienza a confirmar la tendencia a una representación informal o protosindical; esto se debe a que los delegados de personal están superando en número a los sindicatos, lo que no trae consigo buenas noticias para el procesamiento más racional y eficiente del conflicto laboral.

El siguiente gráfico de lo acontecido en 2015 confirma claramente lo aquí dicho.

GRÁFICO 3

REGISTROS SINDICALES DURANTE 2015 (PERÚ)

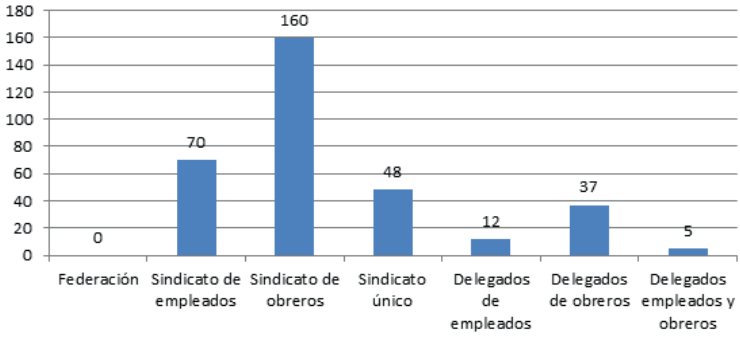



FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

Podemos tener una imagen más perfilada todavía del tema estructural cuando agregamos a la información anterior lo que viene sucediendo, no sólo en el campo organizativo, sino en el propiamente negocial. El reparto de convenios colectivos, según nivel o ámbito, aparece en el siguiente gráfico.

GRÁFICO 4

PERÚ: CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR ORGANIZACIÓN SINDICAL
AÑO 2015




FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

Los datos vuelven a ser muy elocuentes: el nivel fundamental de la estructura negocial peruana ni siquiera es el de empresa, sino que es el infraempresarial; y decimos ello porque tan solo tienen ámbito empresarial 53 convenios, los 48 suscritos por sindicatos únicos y los 5 celebrados por delegados de obreros y empleados. El resto, es decir, 279 convenios, son en realidad acuerdos infraempresariales, de obreros o de empleados, celebrados con los sindicatos o delegados correspondientes. Estadísticamente, entonces, en el nivel empresarial solamente se suscribe el 16% de convenios, en tanto que el 84% se refiere a un nivel infraempresarial (en el 2008 esta cifra fue 80%). Asimismo, tal como puede observarse, en el 2015, no hubo convenios suscritos por federaciones.

No está demás resaltar que, en este contexto, no hay posibilidad alguna de prever formas más desarrolladas de la autonomía colectiva–como los acuerdos marco que determinan la estructura negocial–, que racionalicen el sistema a partir de un reparto de funciones, materias o competencias; esto supondría la coexistencia de, por lomenos dos niveles negociales,situación que sólo se presenta en los casos de construcción civil o de estibadores portuarios, ya que la constante movilidad del personal hace no razonable esta articulación.

### *3.2.3. El arbitraje como nuevo espacio negocial*

Con la aparición del arbitraje potestativo causal ha comenzado una intensa discusión sobre las relaciones entre negociación colectiva y este tipo de arbitraje, que desde el 2014 ha ganado, además, la modalidad de incausado. Definida su plena validez por el Tribunal Constitucional (incausado) y la Corte Suprema (causal), desde una perspectiva de espacios negociales, resulta de interés conocer sus dimensiones, expresión y funciones.

Los gráficos 5 y 6 nos dejan ver la poca importancia del arbitraje frente a las formas autocompositivas, pero, además, la lectura conjunta de la información estadística siguiente y un conocimiento vivencial del tema nos permiten sacar las siguientes conclusiones: i) su dimensión desde 1994 es pequeña, aunque desde el 2011, con la implantación del potestativo causal, ha crecido; ii) su casi insignificancia demuestra claramente que no ha sustituido a la negociación y convenio colectivo subsecuente; iii) la propia Ley de Relaciones Colectivas estableció un arbitraje potestativo incausado, por eso los años 1993 y 1994 hubo 67 y 85 arbitrajes[18]; iv) el arbitraje potestativo causal ha detectado numerosas conductas de

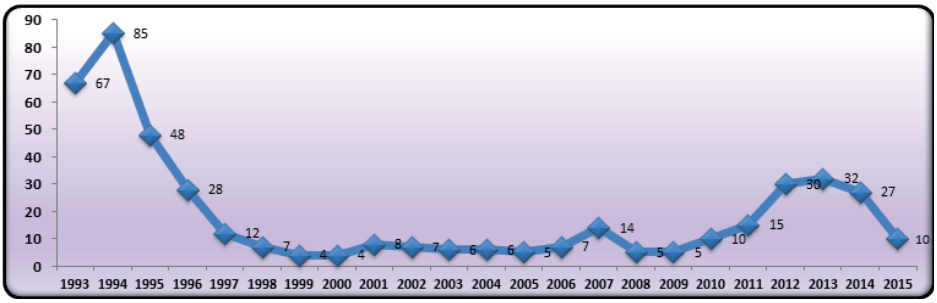
[18] La caída en picada del número de arbitrajes desde 1994 se debe a que los empleadores cuestionaron la capacidad del Ministerio de Trabajo de nombrar árbitros cuando ellos no lo hacían, dado que tal regla procedimental no estaba prevista, y la Autoridad Administrativa de Trabajo, en vez de llenar el vacío, optó por lo contrario: dejó de nombrar árbitros en sustitución, con lo que desapareció la modalidad potestativa y sólo sobrevivieron los arbitrajes colectivos voluntarios.

mala fe empresarial y ha ayudado efectivamente a su remoción[19]; y, v) desde el 2014 predomina el arbitraje potestativo incausado y sin embargo su utilización es muy reducida, puesto que la diferencia entre negociaciones abiertas (pliegos presentados) y cerradas (con convenio o laudo) no sólo es muy grande sino que ha logrado su mayor expresión en el 2015 con 326 negociaciones iniciadas que no han llegado a concluir, frente a 332 negociaciones cerradas, a pesar de tener expedito el recurso a esta modalidad incausada de heterocomposión.

GRÁFICO 5
PERÚ: CONVENIOS COLECTIVOS REGISTRADOS POR ETAPAS DE SOLUCIÓN (2015)

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA

GRÁFICO 6
PERÚ: LAUDOS ARBITRALES REGISTRADOS POR AÑOS, SEGÚN DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS




FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA

[19] En un estudio inédito de Julio Gamero y Luis Mendoza, analizando 100 laudos emitidos entre el 2011 y el 2014, se señala que, de los 38 laudos con los que concluyeron los arbitrajes potestativos causales, solo un 5.3% fue declarado improcedente.

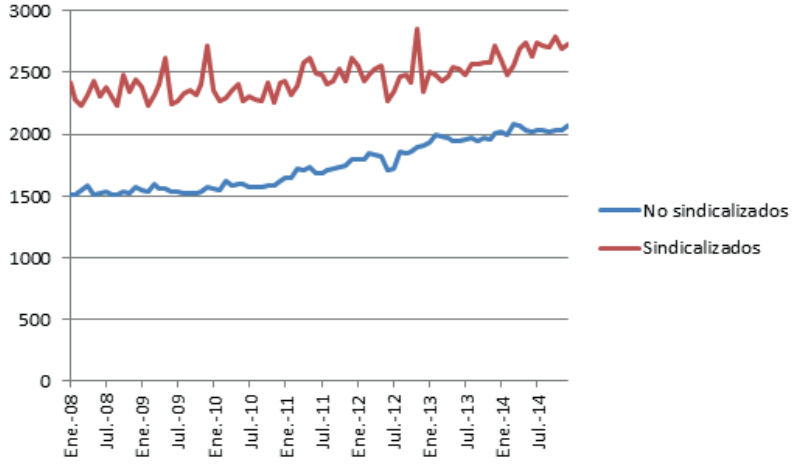
### *3.2.4. Tutela colectiva débil: mejores remuneraciones para pocos y un impacto inexistente en las cuentas nacionales*

Como reza la regulación más conocida y generalizada, los trabajadores se organizan para defender y promover sus derechos[20], lo que pasa necesariamente por la búsqueda de mejores remuneraciones; pero no se agota en este campo, en la medida en que hay muchos ámbitos (a nivel empresarial, sectorial y nacional) en los que se definen temas vinculados a tales intereses.

Si nos acercamos al tema salarial, nos encontramos con datos elocuentes respecto de la mejor situación en que se hallan los trabajadores que fijan sus condiciones de trabajo vía convenio colectivo que la de los que no lo hacen. El gráfico siguiente nos ilustra sobre este tema en el caso del sector privado.

GRÁFICO 7

PERÚ: REMUNERACIONES REALES MENSUALES PROMEDIO EN EL SECTOR PRIVADO FORMAL SEGÚN SINDICALIZACIÓN




FUENTE: OFICINA DE ESTADÍSTICA MTPE. ELABORACIÓN PROPIA.

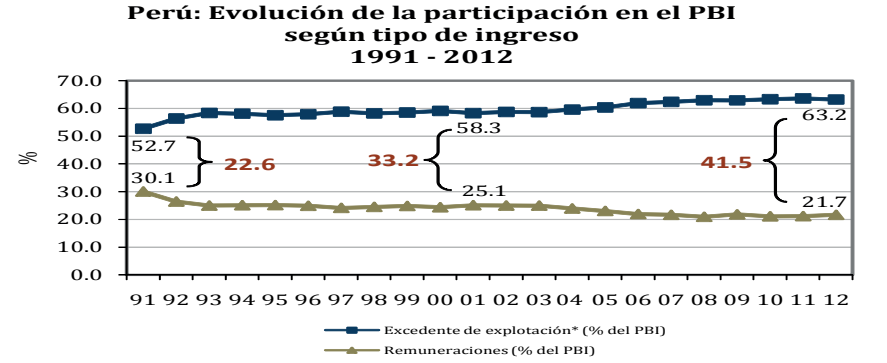
Los datos hablan por sí solos y no hacen más que confirmar la teoría: los trabajadores sindicalizados tienen salarios considerablemente mejores que los que no lo está. Sin embargo, con una tasa de sindicalización tan baja, que está alrededor del 6%, el impacto global de la negociación colectiva en cuentas globales es muy pequeño. En efecto, si se observa lo que viene sucediendo con la participación de los excedentes y los salarios en el PBI, se presenta la tantas veces referida *boca de*

[20] Véase el artículo 10° del Convenio N° 87 de la OIT.

*cocodrilo* (ver gráfico siguiente); en ella se evidencia la caída de las remuneraciones, en 10 puntos, en favor del crecimiento simétrico del excedente de explotación, lo que casi duplica la diferencia entre ambos ingresos en el PBI, que era de 22,6 puntos en 1991 y el 2012 ya se encontraba en 41,5 puntos.

GRÁFICO 8

PERÚ: EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PBI SEGÚN TIPO DE INGRESO 1991-2012




* Incluye utilidades empresariales (90% aprox.) e ingresos de independientes (10% aprox.).
Fuente: INEI.
Elaboración: Fernando Cuadros Luque.

FUENTE: INEI. ELABORACIÓN: FERNANDO CUADROS LUQUE.

Y, ¿cómo puede explicarse esta situación en los dorados años del crecimiento económico? Sin duda alguna, por la debilidad del principal mecanismo institucional que se puede utilizar actualmente para conseguir mejoras en las remuneraciones: la negociación colectiva. Si en la actualidad, sólo los trabajadores sindicalizados (182 429) obtienen los beneficios de la tutela colectiva, los restantes 3 millones 174 mil 254 de asalariados tienen que fijar sus salarios por contrato individual, donde el predominio de la posición y de los intereses del empleador es otro tema clásico de cualquier teoría que intente explicar razonablemente el funcionamiento de las relaciones laborales en cualquier país. En este contexto, resulta totalmente comprensible el decrecimiento de las remuneraciones en las cuentas nacionales, así como el consiguiente incremento del excedente de explotación.

### 3.3. El nuevo contexto empresarial y sindical, y la negociación colectiva

Frente a la situación de atomización absoluta y anomia de nuestro sistema de relaciones laborales, en la realidad han empezado a forjarse nuevas estructuras sindicales y negociales que se estructuran alrededor de los nuevos fenómenos empresariales surgidos de la descentralización productiva. Veamos las principales expresiones de esta nueva situación.

### *3.3.3. Negociación colectiva y descentralización productiva: la necesidad de una intervención estatal de garantía y fomento de la tutela colectiva*

La ruptura del paradigma *fordista* de empresa unitaria y su paulatina sustitución por la red de empresas impacta negativamente todos los ámbitos de la tutela colectiva, más aún en un modelo híperdescentralizado de relaciones laborales. La externalización de diversas etapas del proceso productivo, a través de las diversas formas de subcontratación, ha fragmentado el colectivo laboral a la par que ha incrementado el número de empleadores, de modo que el poder negocial de los trabajadores ha sufrido una clara disminución y las relaciones colectivas se han enturbiado. Es más difícil constituir un sindicato, su radio de acción es mucho más reducido, hay dificultades de identificación y legitimación negocial y las posibilidades de un ejercicio efectivo de la huelga son muy pocas[21].

Esta situación está poniendo en jaque la existencia de los derechos colectivos, hecho que afecta el equilibrio de poderes en las relaciones laborales, previsto por el Estado Constitucional. En razón de ello, y del mandato de garantía y fomento que nuestra Constitución y el Convenio 98 imponen, es imprescindible que el Estado cambie su histórica orientación restrictiva y se involucre activa y completamente en la defensa y fomento de estos derechos. Por eso resulta pertinente traer a colación lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia recaída en el caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, cuando afirma que:

> «166. La segunda obligación de los Estados Partes es la de «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos» ((...)..).
>
> 167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no sea agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía de libre y pleno ejercicio de los derechos humanos».

Así, queda prístinamente esclarecido que el Estado no puede mantener una posición de abstencionismo sino que debe actuar, a través de todos sus órganos, con políticas públicas dirigidas a garantizar el ejercicio efectivo de los derechos colectivos en todos los supuestos de subcontratación.

---

[21] Sobre el particular, véase la tesis de GUERRA, Luciana. *El impacto de la tercerización en las relaciones colectivas de trabajo y en los equilibrios constitucionales. Análisis y propuestas*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

### *3.3.2. Las organizaciones sindicales supraempresariales y su capacidad de negociar a nivel de empresa*

Respecto de esto, hay algunos casos emblemáticos, a nivel de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que merece la pena resaltar, puesto que deberían marcar una línea clara de proceder conforme al mandato constitucional de garantía y fomento. En el caso *Sitentel*, se rechazó el pliego de reclamos presentado por el Sindicato de Trabajadores de las Empresas de Telefónica en el Perú y el de las del Sector Telecomunicaciones a las empresas contratistas Cobra Perú S.A., Consorcio Antonio Lari Mantto (Lari), Emerson del Perú S.A.C., e Instalaciones y Tendidos Telefónicos del Perú S.A. (Itete), argumentando que el sindicato no posee capacidad y legitimidad, dado que las contratistas no pertenecen al rubro de telecomunicaciones. De manera similar, en el caso *Tecsur*, la empresa rechazó el pliego que le presentó el Sindicato Unitario de Trabajadores de Electrolima, Empresas Concesionarias Eléctricas y Afines (SUTEECEA), aduciendo que no se trataba de una empresa propia del sector eléctrico. Sobre este asunto, diversas resoluciones directorales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)[22] han establecido que «la rama de actividad de una empresa no está determinada por las formalidades del registro civil y comercial, sino por los hechos constatados en las visitas a las empresas, y se sustenta en el principio de la primacía de la realidad»[23]. Por lo tanto, los pliegos de reclamos debieron ser recibidos por las empresas mencionadas.

Por otro lado, también se han generado discrepancias respecto de la *representación y la legitimación de las organizaciones sindicales*, y se ha llegado a afirmar que los sindicatos de rama de actividad no pueden negociar a nivel de empresa. Este es un viejo problema que mereció incluso la dación de una Directiva Nacional N° 005-2009-MTPE/2/11.1, en la que se aceptaba la legitimación de las organizaciones supraempresariales en la negociación de empresa; a pesar de ello, el asunto sigue dando vueltas como un zombi que se niega a desaparecer.

Un ejemplo de este problema se presenta en el caso *Procom Agua*, en el cual el Consorcio Procom Agua rechazó el pliego de reclamos presentado por el Sindicato Único de Trabajadores del área comercial *services* del agua potable y alcantarillado de Lima y Callao. La justificación del consorcio fue que, al indicar el artículo citado «el sindicato respectivo», hace referencia al sindicato de empresa. No obstante, sobre el caso específico, la Dirección General del Trabajo del MTPE[24] se pronunció: habiendo realizado una interpretación sistemática de las normas nacionales e internacionales, llegó a la conclusión de que la interpretación literal de la norma

---

22 Dentro de ellas, se encuentran las Resoluciones Directorales Generales N° 021-2011-MTPE/2/14 y N° 024-2011-MTPE/2/14.

23 CANESSA, Miguel. *La negociación colectiva en el contexto de la descentralización productiva peruana,* Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento de Derecho PUCP, Lima, 2013, p. 32-33.

24 MTPE. *Resolución Directoral General N° 007-2012/MTPE/02/14*.

no era la adecuada, dado que el término «sindicato respectivo» puede hacer referencia a cualquier organización sindical que se encuentre legitimada para negociar a nivel de empresa[25].

Es importante aclarar que los sindicatos de rama tienen legitimación para negociar a nivel empresa y, además, no debe ser ni la legislación ni la autoridad administrativa de trabajo quienes definan el nivel de negociación colectiva, sino los propios actores sociales. Esto es consecuencia lógica de la autonomía sindical que se expresa en que «el derecho de los sindicatos a autogobernarse, a darse sus propias normas y estructura, a fijar libremente su programa de acción, a vincularse libremente con otras organizaciones nacionales e internacionales, [está] unánimemente aceptada como elemento esencial de la libertad sindical»[26]. A ello se agrega que «cabe que una organización sectorial o una de grupo de empresas pueda negociar en ámbitos empresariales y nunca lo contrario, puesto que se estaría afectando el principio de congruencia: si un sindicato de empresa tiene autorrestringido su ámbito representativo a tal lindero, no podrá extralimitarlo»[27].

La prueba más clara de lo dicho lo da la propia legislación, cuando establece que los sindicatos de rama, que son por definición supraempresariales, aglutinan a sus afiliadas en las empresas a través de las Secciones Sindicales, pero estos organismos sólo tienen capacidad de negociar colectivamente si es que el sindicato no les ha delegado esta titularidad en sus estatutos (artículo 9 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo 011-92-TR). Por tanto, si no hay tal habilitación estatutaria, será el sindicato supraempresarial quien detente la titularidad del derecho de negociación colectiva en las empresas en que cuenta con afilados, y está en posibilidad legal de hacerlo. No debe quedar duda, entonces, acerca de que un sindicato de rama de actividad puede negociar a nivel de empresa, sin que para ello sea necesario conformar secciones sindicales.

Sobre este último punto, el Comité de Libertad Sindical afirma que esa exigencia «constituye una injerencia inadmisible en la organización y estructura interna de los sindicatos, contraria al principio de autonomía y libre funcionamiento de las organizaciones sindicales, consagrado en el artículo 2 del Convenio núm. 87»[28]. Asimismo, el Comité explica que «para que un sindicato de rama de actividad pueda negociar un convenio colectivo de empresa debería bastar la prueba de que dicho sindicato cuenta con suficiente representatividad a nivel de empresa»[29].

---

25 Ídem, p. 38.

26 ERMIDA, Oscar. *Sindicatos en libertad sindical,* Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1985, p. 39.

27 VILLAVICENCIO, Alfredo. «La autonomía sindical como fundamento de la legitimación negocial de una federación a nivel de empresa», *Soluciones Laborales,* 2009, p. 28.

28 COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL. *Informe provisional – Informe núm. 302, Marzo 1996*, párrafo 516.

29 OIT. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Quinta edición (revisada)*, 2006, párrafo 957.

### *3.3.3. Negociación colectiva supraempresarial en el caso de la fusión de empresas y la subcontratación minera*

Los cambios en el sujeto empleador tienen claras implicancias en el terreno del ejercicio de los derechos colectivos, cuando nos encontramos en un modelo negocial asentado en la empresa. Nuestro ordenamiento jurídico no ha previsto estas situaciones ni tampoco los casos de negociaciones en supuestos de subcontratación, como los que suceden en la minería peruana; de modo que ha sido la actuación de los propios sindicatos y trabajadores la que ha tenido que dar respuesta a estas transformaciones o supuestos de empleador plural. Valgan como referencia los casos de la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. y los de las contratas de Uchuchacua, que brindan servicios a minera Buenaventura.

En el primer caso, Canessa[30] relata cómo frente al proceso de fusión de las distintas cerveceras llevado a cabo por Backus (que luego pasaría a ser adquirida por SAB Miller), el sindicato de Backus siguió el mismo derrotero, redefinió su ámbito como nacional y absorbió a los sindicatos de trabajadores de las empresas Cervecería del Norte (Motupe), Cervecería del Sur (Arequipa y Cusco) y Maltería Lima (Ñaña). De modo que, finalmente, se amplía el radio de la tutela colectiva a la nueva configuración empresarial, con la suscripción (4 de febrero del 2012) del convenio colectivo que tiene como ámbito de aplicación «todas las áreas de Manufactura Cervecera, Almacén de Materiales y Almacén de Productos Terminados de las plantas cerveceras de Ate, Motupe, Cusco, Arequipa y Maltería».

El segundo caso se da en el sector minero, en las negociaciones colectivas seguidas por las contratas que prestan servicios a grandes mineras; allí se ha conseguido tener una negociación supraempresarial, aunque no un convenio correlativo, puesto que si bien se negocia con una comisión que representa a todas las contratas, el convenio colectivo se firma individualizadamente con cada empresa. No cabe duda de que en los fenómenos de subcontratación de servicios, la presencia de la empresa principal tiene un rol protagónico –como en el caso de Minera Buenaventura y las contratas de Uchuchacua–, puesto que finalmente será ella quien asuma los nuevos costos que le representen los trabajadores a las empresas contratistas. Este caso sirve de ejemplo para poner sobre el tapete la necesidad del involucramiento directo de la empresa principal en la negociación colectiva, puesto que, como resalta Guerra Rodríguez[31], i) es la beneficiaria final de la prestación de los trabajadores de la contratista; ii) es la que mantiene el control global del proceso de producción, lo que le permite ostentar el poder de decisión final sobre las circunstancias bajo las cuales se desarrollará el mismo; y, iii) es la que se encuentra en posición de solucionar la mayoría de conflictos de intereses que se suscitan en el ámbito de las relaciones laborales de los trabajadores involucrados en todo el proceso productivo.

---

30 COMITÉ DE LIBERTAD SINDICAL. Ibídem.

31 CANESSA, Miguel. Ob.cit., p. 208.

## 4. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ

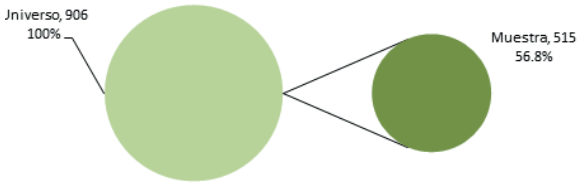
### 4.1. ¿Qué se pacta colectivamente en el Perú?

Visto con carácter general, el contenido de la negociación colectiva en el Perú, podemos concluir con alguna facilidad que, dadas la estructura negocial descentralizada y la baja tasa de afiliación sindical, la tutela colectiva está muy lejos de cumplir sus tres funciones generales, y se queda principalmente en la función de intercambio, en la que tiene todavía muchas limitaciones: casi uno de cada cuatro convenios no se ocupa de materia salarial, como se verá más adelante. Al tener únicamente dos negociaciones colectivas sectoriales, las posibilidades reales de ejercer la función gubernamental son escasísimas y la debilidad afiliativa es un obstáculo serio para intentar siquiera acercarse a la regulación de materias propiamente organizacionales.

En concreto, y hasta la fecha, el estudio del contenido de la negociación colectiva peruana tiene un mínimo desarrollo; podemos citar como único esfuerzo recopilatorio el libro de Toyama, Ugaz y Vinatea, *Los convenios colectivos en el Perú*[32], que dedica algunas reflexiones al análisis del contenido de 205 convenios colectivos registrados en el año 2007. Por esta razón, nos hemos visto en la necesidad de construir una muestra significativa y actualizada que nos permitiera extraer algunas conclusiones sobre lo que se viene pactando en la región de Lima y a nivel suprarregional; hemos considerado que lo que resulte de este análisis puede ser de utilidad, dado que Lima y los convenios suprarregionales representan el 73,7% del total de los convenios en el cómputo nacional relativo al periodo 2013-2015.

Como se ve en el gráfico 9, hemos recopilado 515 de un total de 906 convenios colectivos, lo que representa el 56,8% de los registrados en los ámbitos antes mencionados y nuestro estudio no sólo dará cuenta de los temas ya consolidados en la negociación colectiva, sino de los incipientes, que de alguna manera comienzan a marcar tendencia y de los ausentes.

**Gráfico 9**
**Convenios colectivos registrados en Lima y supraregionales (2013-2015)**



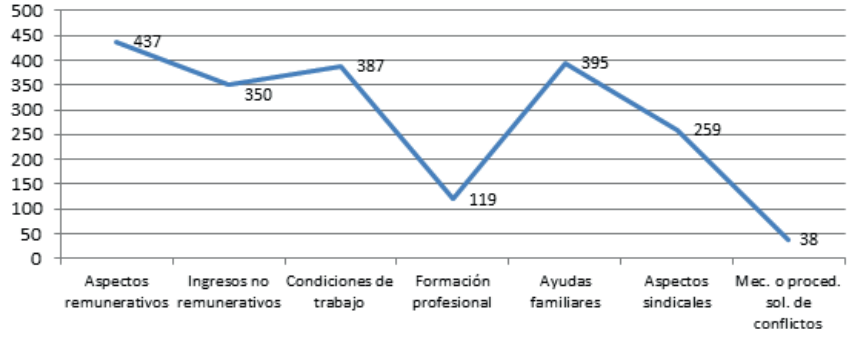

FUENTE: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

[32] TOYAMA, Jorge, UGAZ Mauro y VINATEA Luis. *Los convenios colectivos en el Perú: ¿Cómo están negociando hoy las empresas y sindicatos?*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, pp. 24-31.

Entrando al contenido, se puede comenzar indicando que, entre la gran variedad de materias existentes, las más significativas pueden agruparse en los seis siguiente rubros: ingresos remunerativos, ingresos no remunerativos, condiciones de trabajo, formación profesional, ayudas familiares, aspectos sindicales y mecanismos de solución de conflictos.

Del total de 515 convenios que han sido analizados, se puede apreciar con carácter general que, en materia de ingresos (véase el gráfico 10), 437 convenios tienen cláusulas de contenido remunerativo y 350 no remunerativo, mientras que 38 convenios carecen totalmente de regulaciones vinculadas a los ingresos de los trabajadores (salariales o no salariales). Hay 387 convenios con estipulaciones sobre condiciones de trabajo; 119 abordan aspectos de la formación profesional de sus trabajadores; 395 contienen cláusulas sobre ayudas familiares (como asignación familiar, por ejemplo); 259 regulan aspectos sindicales, y 38 establecen mecanismos o procedimientos de solución de conflictos.

**GRÁFICO 10**
**CONTENIDO DE CONVENIOS COLECTIVOS: LIMA Y SUPRAREGIONALES***
**2013-2015**



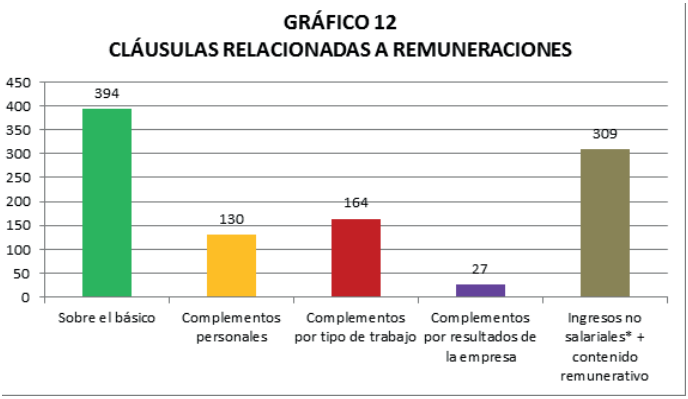

FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

(*) Si bien los convenios procesados son 515, téngase en cuenta que la mayoría de ellos regulan más de un concepto.

Si nos aproximamos con mayor detalle al contenido económico regulado por los convenios colectivos (véase el gráfico 11) apreciaremos que si bien sólo el 7,4% carecen completamente de éste, hay también un 8% que sólo tiene contenido no remunerativo, de modo que 79 convenios colectivos, más del 15%, están dejando de lado una materia central de la negociación colectiva. Pero allí no queda el tema: si analizamos el desagregado de las materias salariales (véase el gráfico 12), veremos que 394 convenios tienen incremento sobre el básico, con lo que podemos concluir que, respecto de nuestro universo (515 convenios), hay casi una cuarta parte (23,5%) que no cuentan con regulaciones que permitan una actualización

de los salarios en función de la inflación[33]. A la par, habría que señalar que un 60% de los convenios (309) tienen regulaciones salariales y no salariales, con lo que su contenido económico está reforzado.

FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.



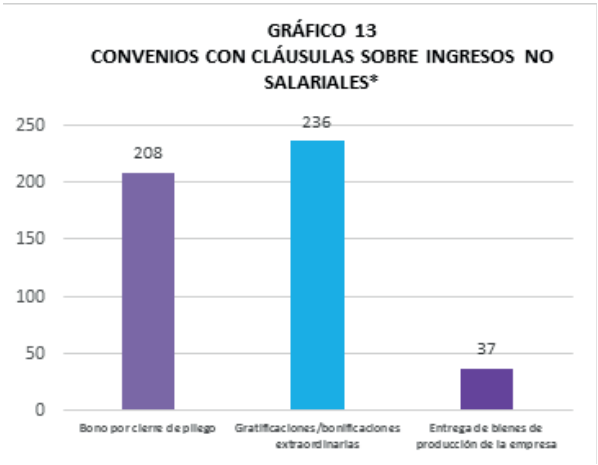

FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

*Total de convenios con cláusulas relacionadas a remuneraciones: 437. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.*

(*) Dentro de los ingresos no salariales se encontraron los siguientes: bono por cierre de pliego, entrega de productos de producción de la empresa, gratificaciones extraordinarias.

[33] Con el fin de evitar confusiones, debemos señalar que si bien en el gráfico10 se habla de 350 convenios con contenido no salarial y en el gráfico 11 se menciona sólo a 41, la diferencia se explica en que los primeros combinan cláusulas salariales con no salariales y los últimos carecen de regulación salarial. Dicho de otro modo, de los 350 convenios con contenido no salarial, 309 tienen además alguna regulación de carácter salarial, en tanto que 41 carecen completamente de ella.

En lo que se refiere a cláusulas de contenido no salarial, debemos señalar que entre el bono por cierre y las gratificaciones extraordinarias se encuentra casi la totalidad de lo pactado, ya estemos en el caso combinado (contenido salarial como no salarial) o único (no salarial), como puede apreciarse en los gráficos 13 y 14.




FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

Total de convenios con cláusulas sobre ingresos no salariales: 350. Incluyen a aquellos con contenido salarial y a los que no lo tienen. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.

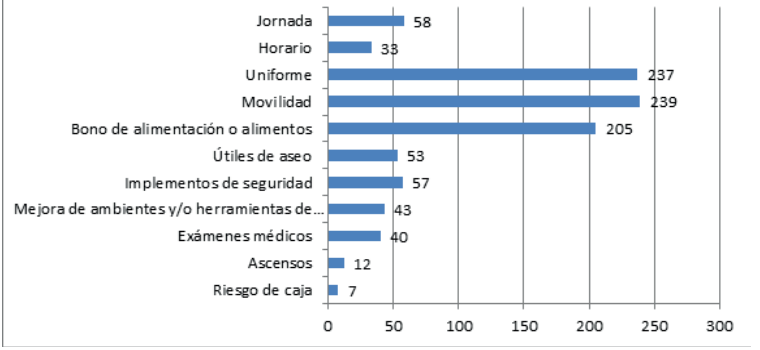
FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

Total de convenios que solo regulan ingresos no salariales: 41. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.

En lo que se refiere a condiciones de trabajo, resaltan con más de 200 acuerdos las regulaciones convencionales en materia de uniformes, movilidad y alimentación (véase el gráfico 15). Estos tres campos no se agotan en lo que abarca el concepto tradicional de condiciones de trabajo sino que, en la mayor parte de los casos, implican un ahorro o un ingreso de los trabajadores, puesto que son bienes o sumas de dinero que se otorgan y que redundan directamente en la economía del trabajador. Al respecto, sería bueno recordar que antes de que se declare la inconstitucionalidad de las restricciones presupuestales a negociar y convenir materias de trascendencia remunerativa, en muchos laudos de entidades públicas se otorgaban sumas significativas como movilidad y refrigerio (sumando más de 30 soles por ambos conceptos), que buscaban mejorar los ingresos de los trabajadores sin afectar sus remuneraciones.

Un segundo bloque de condiciones de trabajo pasa por temas como jornada, implementos de seguridad, útiles de aseo, mejora de ambientes o exámenes médicos, que tienen naturaleza única de condiciones de trabajo; debe resaltarse que llama la atención el hecho de que una materia tan tradicional como la jornada de trabajo tenga tan poco arraigo convencional, lo que podría deberse a la predominancia de la negociación empresarial y a la regulación legal del tema en módulos diario-semanal. En el primer caso, porque los ámbitos más propicios para la regulación de la jornada son las ramas de actividad o las categorías profesionales, en la medida en que —como son regulaciones generales para todo un sector o profesión— se elimina el impacto que tiene la reducción en la competencia entre empresas; en el segundo caso, porque es el módulo anua el que facilita el tratamiento convencional de la jornada, ya que no sólo se ocupa de su posible reducción sino, sobre todo, de su modulación a lo largo del año. De manera casi inapreciable se presenta un tema tan relevante como ascensos (12), que muestra el imperceptible desarrollo de la función organizacional.

**GRÁFICO 15**
**CLÁUSULAS SOBRE CONDICIONES DE TRABAJO**

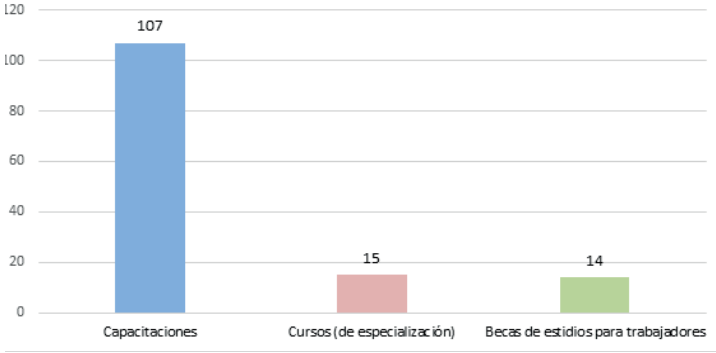



FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

Total de convenios con cláusulas sobre condiciones de trabajo: 387. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.

Un territorio negocial que viene creciendo sostenidamente es el de la formación profesional. En un estudio precedente, se verificó que entre los años 1997 y 2002, sólo hubo 34 convenios que traían regulaciones en esta materia, no superando el 3% anual ; en tanto que en entre el 2013 y el 2015, en nuestra muestra (véase el gráfico 16), encontramos 119 convenios que se ocupan de ella, con lo que en cada año ya superamos el total de 6 años (1997-2002). Sin embargo, consideramos que esta positiva constatación cuantitativa debe matizarse con la simpleza de las actividades formativas, que en su gran mayoría son breves (97). También debemos resaltar que los 15 cursos y las 14 becas, para estudiar en Senati u otros institutos técnicos, tienen una dimensión y un impacto en las capacidades del trabajador que pueden considerarse como importantes. Hay, pues, todavía una amplia vía por recorrer en este importante campo de las relaciones laborales en el que ambas partes tienen intereses comunes.

**GRÁFICO 16**
**CLÁUSULAS SOBRE FORMACIÓN PROFESIONAL**



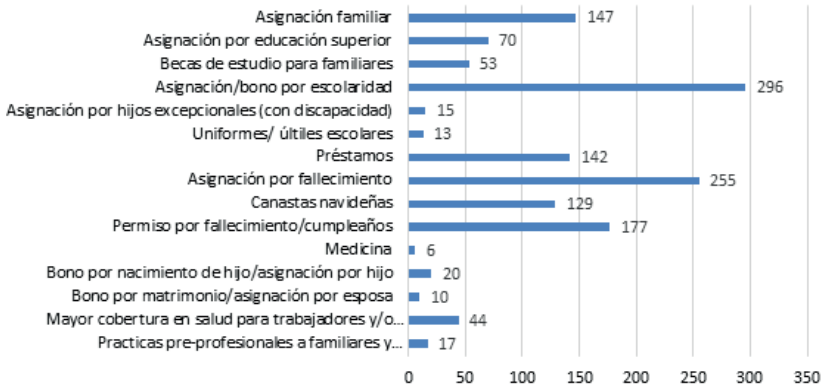

FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

Total de convenios con cláusulas sobre condiciones de trabajo: 119. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.

Un tema bastante recurrente en los convenios colectivos tiene que ver con las ayudas familiares que, en diversos supuestos, se brindan a los trabajadores. En el gráfico 17, podemos ver que la asignación por escolaridad tiene 296 regulaciones y la de fallecimiento 255; los permisos por cumpleaños o fallecimiento de familiar están regulados en 177 convenios, en tanto que la asignación familiar en 147, los préstamos en 142 y las canastas navideñas en 129, para mencionar las más recurrentes. Este variado elenco da cuenta de las diversas necesidades laborales y no laborales de los trabajadores, y deja evidencia de la estrecha vinculación entre trabajo y familia; esto se expresa en diversos supuestos pero, sobre todo, en el bono por escolaridad, la asignación familiar y la asignación por fallecimiento, que buscan reforzar los ingresos del trabajador en circunstancias en las que debe incurrir en gastos mayores. Mientras tanto, los permisos por fallecimiento o cumpleaños y la

canasta navideña tienen un entronque más claro con la vida en familia. En todo caso, ambas categorías pueden englobarse en el terreno de la conciliación de las obligaciones familiares y laborales del trabajador, que así surgió y tiene un fuerte desarrollo legislativo en Europa.

**GRÁFICO 17**
**CLÁUSULAS SOBRE AYUDAS FAMILIARES**

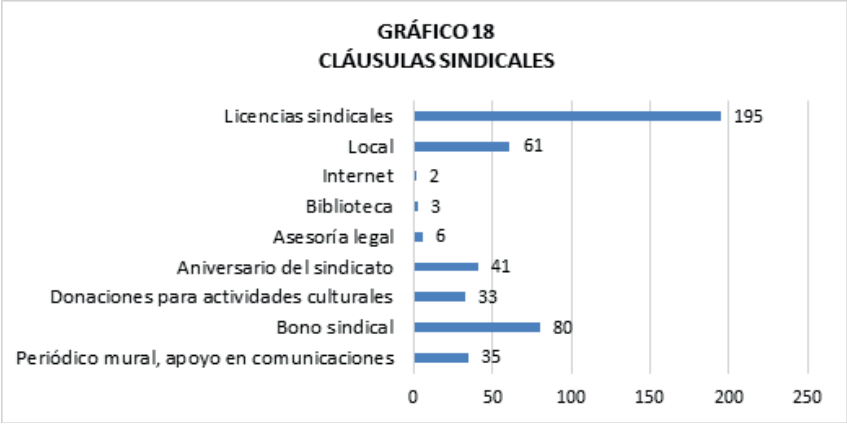



FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

Total de convenios con cláusulas sobre ayudas familiares: 395. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.

Una materia que debería ser tradicional en la negociación colectiva es la que gira alrededor de diversos aspectos sindicales (véase el gráfico 18). Y ello no sólo porque en la esencia misma del convenio está que se traten derechos y obligaciones de los suscriptores —el llamado contenido obligacional de los convenios colectivos—, sino también porque nuestra regulación es absolutamente lacónica al respecto y remite tenazmente a las partes la superación de las reglas mínimas que establece. Sin embargo, ello no sucede como debería, dado el contexto de gran debilidad sindical (lo que quizás también explica la remisión legal a sabiendas de los magros resultados que se puede lograr).

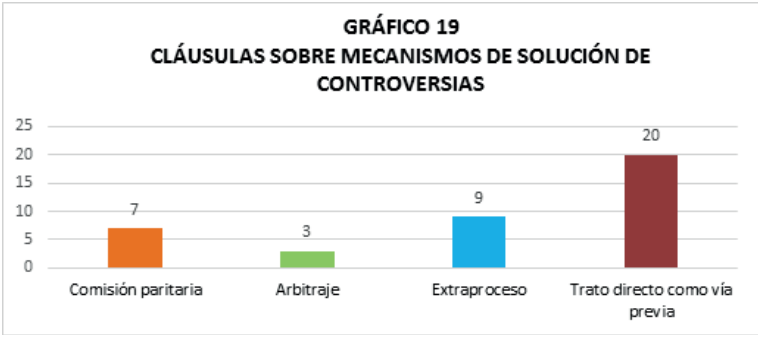
En tal contexto, resaltan las regulaciones en materia de licencias sindicales: 195 cláusulas, es decir sólo en uno de cada tres convenios; bono sindical, uno de cada 6,5 convenios; local, uno de cada 8 convenios; bono por aniversario, uno de cada 12,5 convenios; y periódico mural, uno de cada 14,5 convenios. Realmente, los frutos son magros en este terreno, donde en tiempos de la sociedad de la tecnología sólo dos de 515 convenios colectivos traen una cláusula sobre el uso de internet. Magros resultados en todos los campos: los tradicionales y los más novedosos, con lo que podemos concluir que por la vía de la tutela colectiva no se ha podido superar las lagunas de la legislación en el campo de la garantía y fomento de la libertad sindical.




FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

Total de convenios con cláusulas sobre aspectos sindicales: 259. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.

Finalmente, en un 7,4% de los convenios estudiados hay cláusulas que establecen la necesidad de recurrir a un medio extrajudicial de solución de conflictos interpretativos o aplicativos del propio convenio. A pesar de que éste es aún un porcentaje pequeño, la materia es muy relevante, puesto que sale del campo de la función de intercambio y nos coloca en la gubernamental, en la función específica jurisdiccional, la que se ejerce mayoritariamente por las partes, ya que sólo tres conducen a arbitraje. Este es un terreno muy propicio para la negociación colectiva, al punto de que en países como España forma parte del contenido mínimo que obligatoriamente deben tener los convenios colectivos, dado que nadie mejor que las partes para interpretar o conocer los alcances de lo que pactaron, en todas sus dimensiones. Esto garantiza, sin duda alguna, una solución de calidad muy superior a la que se pueda lograr en el terreno judicial.




FUENTE: MINISTERO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. ELABORACIÓN PROPIA.

Total de convenios con cláusulas sobre mecanismos de solución de controversias: 38. Téngase en cuenta que un convenio puede regular más de un criterio.

### 4.2. ¿Qué no se pacta colectivamente en el Perú?

Vistas las materias que se vienen pactando colectivamente, aunque sea en términos muy pequeños, hay una serie de materias que pueden ser objeto de discusión y acuerdo colectivos, que brillan por su ausencia. Entre estas materias destacan: ordenación del tiempo de trabajo, tratamiento de género y no discriminación así como políticas de igualdad efectiva entre hombres y mejores, conciliación de la vida laboral, familiar y personal, acoso sexual y moral, clasificación profesional, tutela de los derechos fundamentales, particularmente de los inespecíficos, empleo y nuevas formas de organización empresarial, movilidad funcional, modificación de las condiciones sustanciales de trabajo, poder disciplinario empresarial, disposición de las tecnologías de la información y la comunicación y, finalmente, protección social complementaria.

## CONCLUSIONES

1. La negociación colectiva es una institución multifuncional que tiene un rol determinante en los procesos de distribución de la riqueza y del poder en una determinada sociedad, y ha trascendido el ámbito de las relaciones laborales para convertirse en un componente esencial del Estado Constitucional de Derecho. Su función unitaria de composición tendencialmente equilibrado del conflicto laboral, la cumple a través de tres funciones específicas: intercambio, gubernamental y organizacional.
2. Resulta mucho más idónea que cualquier otro instrumento para lograr una regulación adecuada a cada unidad productiva y circunstancia (frente a la ley), y más justa frente al contrato de trabajo, puesto que permite atenuar, en gran medida, la asimetría de poder que existe en el plano de las relaciones individuales.
3. Los cambios en el sistema productivo ponen a prueba su versatilidad, por lo que debe adecuar sus expresiones a los nuevos espacios y contenidos. Así, mientras que en el modelo industrial la función específica homogenizadora es preponderante, en el posindustrial la función específica adaptativa gana espacio, dada la diversificación y complejidad de los procesos productivos. Esta situación está llevando a que en los sistemas centralizados de negociación colectiva los espacios empresariales comiencen a tener un reconocimiento y hasta una preponderancia, en tanto no se establezcan reglas de articulación que permitan la convivencia de ambos niveles negociales con un reparto adecuado de materias.
4. En América Latina, el sistema descentralizado de negociación colectiva viene reclamando más bien un proceso inverso de centralización que, sin desconocer las virtudes de la regulación a nivel empresarial, agregue mayor cobertura y poder negocial. Asimismo, se requiere de una legislación de soporte, o apoyo, al ejercicio de los derechos colectivos en un contexto

de descentralización productiva. De otro modo, no se podrá dejar de ser la región que tiene la mayor desigualdad de ingresos del planeta.

5. Como respuesta a los cambios en el sistema productivo, en Europa y América Latina la actividad negocial ha comenzado en los grupos de empresas y las empresas en red, y ha ocurrido que en nuestra región, donde la ley juega un papel determinante, las dificultades para la materialización de estos nuevos espacios son mucho mayores. En el Perú hay experiencias novedosas, sobre todo alrededor de las empresas vinculadas a procesos de subcontratación.
6. En el 2015, el número de convenios colectivos suscritos en el Perú es tan sólo el 13,6% (332) de los correspondientes a 1988 (2 441), con lo que la tutela colectiva alcanza sólo al 5,3% de los trabajadores. Los espacios negociales, además, son principalmente infraempresariales (84%), por lo que tenemos un sistema hiperdescentralizado y disfuncional que no permite que la negociación colectiva juegue un papel determinante en la distribución de la riqueza nacional.
7. El arbitraje colectivo laboral ha crecido, producto de la introducción de las modalidades de arbitraje potestativo causal e incausado, pero aunque su dimensión es todavía pequeña, ha permitido eliminar muchas malas prácticas negociales para evitarlo. En tal sentido, ni con la modalidad incausada se puede concluir que su espacio es determinante.
8. Dado que en nuestro país la negociación colectiva sólo cumple la función de intercambio, el contenido negocial es bastante tradicional: condiciones de trabajo y relaciones entre las partes. No existen expresiones concretas de regulaciones de autogobierno del sistema de relaciones laborales (organización del poder normativo, acuerdos de solución de conflictos o de administración de los convenios, etc), ni que regulen la actividad de la empresa como sujeto económico (opciones productivas, política de inversiones, reconversiones, reestructuraciones, etc).
9. Entre los contenidos tradicionales debemos resaltar que uno de cada cuatro convenios no trae ninguna mejora salarial, los conceptos de movilidad y refrigerio tienen una presencia significativa, así como algunas asignaciones por escolaridad, fallecimiento, cumpleaños. Han crecido los convenios que se ocupan de la formación profesional, pero insuficientemente, en tanto que han hecho su aparición las regulaciones sobre mecanismos de solución de controversias, abriendo una pequeña ventana a la función gubernamental.
10. Brillan por su ausencia materias tan clásicas como la ordenación del tiempo de trabajo, tratamiento de género y no discriminación así como políticas de igualdad efectiva entre hombres y mejores, conciliación de la vida laboral, familiar y personal, acoso sexual y moral, clasificación profesional, tutela de los derechos fundamentales, particularmente de

los inespecíficos, empleo y nuevas formas de organización empresarial, movilidad funcional, modificación de las condiciones sustanciales de trabajo, etc. En mucho, la razón de estas ausencias se explica por tener constreñida a la negociación colectiva el espacio de la empresa, lo que le ir más allá del precio del trabajo y sus temas adyacentes.

# Negociación colectiva: Nuevos espacios y contenidos

**Jaime Zavala Costa**[1]

Socio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, Ex Ministro de Trabajo, Experto en temas Sindicales y Negociación Colectiva.

***SUMARIO***

*1. Introducción. 2. La evolución de la negociación colectiva y sus funciones. 3. Primer nuevo espacio de la negociación colectiva: La flexibilidad laboral negociada. 4. Segundo nuevo espacio de la negociación colectiva: El contrapliego empresarial. 5. Tercer nuevo espacio de la negociación colectiva: La regulación convencional de los derechos fundamentales inespecíficos. 6. A la otra orilla: El papel del arbitraje frente a la negociación colectiva – facultades y (necesarias) limitaciones. 7. Colofón. 8. Bibliografía.*

[1] El autor desea agradecer el invalorable apoyo de Lidia Vilchez Garcés, Luis Mendoza Legoas, Katy Noriega Góngora y Claudia Cermeño Durand en la elaboración del presente trabajo.

> "*El Derecho del Trabajo ha convivido siempre, por cierto, con los incómodos requerimientos de la economía, cuyas relaciones disciplinares —construidas sobre el alcance del factor económico en la configuración institucional del marco regulador del mercado de trabajo— han formado parte, en todo momento y por derecho propio, de la relación de las grandes cuestiones teóricas de nuestra disciplina: crisis económica y ordenamiento laboral, adaptación y flexibilización del sistema normativo laboral a la realidad económica cambiante, etc.*"
>
> P*alomeque López,* Manuel Carlos
> Laborem N° 17/2016, SPDTSS, Lima pag. 18

## I. INTRODUCCIÓN

En el III Congreso Nacional de nuestra Sociedad, realizado en Chiclayo en octubre del 2008, en la ponencia que presenté sobre "Los Desafíos de los Derechos Colectivos en el Siglo XXI", decía que el derecho del trabajo no es ni podría ser un estatuto estático, sino que se encuentra en un desarrollo incesante, resultado de la dinámica de las mutaciones que se producen en la vida política, económica y social. Esta evolución aplica, qué duda cabe, al derecho colectivo o derecho sindical, como lo denominan algunos autores, que es parte inescindible del derecho del trabajo.

Gallart Folch, en una obra editada hace más de ochenta y cuatro años, formulaba interesantes comentarios, concluyendo que *"si la convención patronal se ha limitado hasta ahora a las condiciones de trabajo o a materias enlazadas directa o indirectamente con la misma, no puede afirmarse que siempre se mantenga en esos límites. Por el contrario, el dinamismo de esta institución hace esperar nuevos desenvolvimientos"* (Gallart Folch, 1932, pág. 4). En la misma línea, al padre del Derecho Laboral Americano, el mexicano Mario de la Cueva, remarcaba que *"la estaticidad será no sólo incompatible con el devenir histórico, sino que entraría en oposición con la esencia y finalidades de la justicia social, que, si mira al presente, también contempla el mañana, a efectos de lograr la elevación constante de las condiciones y niveles de existencia* de los *hombres"* (De la Cueva, 2000, págs. 445-447).

La realidad actual, donde la globalización ha configurado una nueva escenografía mundial, presenta un panorama muy diferente al que se conoció en el pasado, donde el paradigma es el cambio constante. El sistema tradicional de relaciones laborales viene sufriendo cuestionamientos de distinta fuente y origen. El teatro de los cambios operados en este nuevo espacio es la empresa, por lo que, *"a fin* de *adecuarse a esas exigencias, la organización de la producción y la estructura de la empresa se modifican, transformando el propio concepto de empresa. Se impone el modelo de la "empresa integral y flexible". Una característica a señalar, es que se trata de un nuevo contexto en el que la empresa se ha fortalecido, al grado de presentarse como centro neurálgico de las relaciones laborales"* (Zapirain, La descentralización y su repercusión en el derecho colectivo, 2000, pág. 445).

De cara el futuro, que ya es presente, los trabajadores y las empresas deben lograr una metamorfosis cultural y ser capaces de dar prontas respuestas a las exigentes y aceleradas innovaciones en el mundo del trabajo. Una vía es a través de la

negociación, como ejercicio de la autonomía colectiva de ambas partes, que debe renovarse en nuevos espacios y contenidos, cuestión que precisamente es materia de esta ponencia; complementando a los ámbitos tradicionalmente abordados, como es el de la regulación salarial. Por qué no, por ejemplo, poner en la mesa el análisis de la regulación convencional de los derechos fundamentales inespecíficos en las relaciones de trabajo, tal como la igualdad de género o el derecho al honor y a la buena reputación del empleador.

También la negociación colectiva, por su naturaleza dinámica, debería ser el instrumento idóneo para promover la "flexibilidad de adaptación", como valor de adecuación constante a las nuevas circunstancias. Menor rigidez laboral, pero asociada al respeto de los derechos fundamentales, conduce a la mejora de las condiciones de trabajo y protección social. Flexibilidad y seguridad no son ideas contrapuestas en el marco de las relaciones colectivas de trabajo, que requieren de un sindicalismo renovado y fortalecido para afirmar y consolidar su presencia en la empresa, que es el campo prioritario de la actividad sindical. La autonomía colectiva, que expresa el poder de autorregulación de los sujetos colectivos, se presenta como un instrumento válido para gobernar estos cambios, sin desproteger al trabajador. Aquí radica un principio esencial que empleadores y trabajadores están obligados a procesar.

Una cuestión que urge afrontar es la posibilidad de contar con una ley general de arbitraje laboral, que no es ésta la oportunidad para debatir, pero sí tratar al menos un aspecto específico referido a las facultades de los árbitros para determinar, en el laudo arbitral, el contenido de un convenio colectivo. ¿Es dable – nos preguntamos a título de ejemplo – que un tribunal se pronuncie sobre nivelaciones salariales o categorizaciones del personal o sobre modificaciones al reglamento interno de trabajo? Eso examinaremos en esta breve exposición.

De otro lado, y en la misma línea de adecuar las condiciones laborales de la fuerza de trabajo a los nuevos requerimientos organizacionales y procesos productivos, cobra especial interés reflexionar sobre el pliego de reclamos de la empresa como una variable dentro de la negociación clásica. Sostenemos que el contenido de un pacto colectivo debe recoger no sólo lo planteado por las organizaciones sindicales, sino también propuestas de las empresas. Planteamos la renovación y no la tradición. Hablamos concretamente del llamado "contrapliego empresarial" y la flexibilidad negociada. Le dedicaremos, pues, a este asunto, una mirada singular, recordando que esta figura está contemplada en nuestra Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aunque su uso es casi inexistente.

Esta es la temática que vamos a abordar en algunos aspectos puntuales, y lo haremos con sentido práctico más que académico o doctrinario, sin pretensiones y de forma sencilla, buscando observar fielmente la regla del ilustre colega romano Cicerón *"para que se tenga una idea clara de la materia sobre la que se va a hablar"* (Ciceron).

## II. LA EVOLUCIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SUS FUNCIONES

No es posible comenzar a estudiar los nuevos espacios y contenidos abordados en el ejercicio de la negociación colectiva, sin antes referirnos al concepto que manejamos sobre esta institución y sus funciones tradicionales. Solo de este modo será posible identificar las nuevas tendencias, explorando los factores económicos y sociales que las provocan y las respuestas que, desde el derecho, se vienen otorgando.

### 2.1. La negociación colectiva y sus funciones tradicionales

Esta institución se encuentra reconocida en el artículo 28 de la Constitución peruana, en el que se indica —entre otros— que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales. En un plano legal, el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en lo sucesivo, el TUO de la LRCT), define en su artículo 41 a la convención colectiva como el "*acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (...).*"

Conforme se expone, la convención o convenio colectivo de trabajo es el producto de la negociación colectiva, de modo que, al referirnos a los nuevos espacios y contenidos de la negociación colectiva, en estricto, estaríamos aludiendo a las nuevas orientaciones en lo que concierne a materias de negociación, plasmados en las cláusulas de los convenios colectivos.

Al respecto y, como se podrá observar, los temas que pueden negociarse en nuestro ordenamiento son de lo más amplios. En efecto, el artículo citado no limita el contenido del convenio a las remuneraciones o las condiciones de trabajo y productividad, sino que refiere que pueden ser objeto de negociación las "*demás concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores*".

Oportunamente, corresponde destacar el valor de los cambios surgidos en la función de la ley, en relación a la figura de la negociación colectiva (y, consecuentemente, el convenio colectivo), en los términos que acertadamente detalla Valdés Dal-Ré:

> "*En razón de ello, y, en segundo lugar, la ley está perdiendo su anterior función de ser el instrumento por excelencia de las acciones promocionales de la negociación colectiva, función que ahora es compartida con la propia autonomía negocial. Finalmente, y como derivación lógica de estas mudanzas, se altera el propio contenido de las acciones dirigidas a incentivar la negociación colectiva. Estas ya no pretenden, de manera directa o indirecta, fortalecer el poder sindical negocial, mejorando suposición en el proceso contractual. El objetivo perseguido es apoyar la propia negociación colectiva como institución, procurando dotarla de una mayor transparencia y eficacia, colocándola al servicio de la consecuencia de unos intereses que, de manera creciente, son percibidos e identificados como intereses comunes.*" (2012, pág. 129)

Sobre el particular, Rosembaum Rimolo, al analizar la negociación colectiva en los países que componen el cono sur de América, señala que, en todos ellos, rige el principio general de una libertad amplia de los que celebran un convenio colectivo, en lo que respecta a la recepción de contenidos (2001, pág. 101). De este modo, el autor deja en manifiesto el amplio margen que existe para el contenido de la negociación pero también resalta la extensión gradual de dicho contenido como respuesta a los nuevos desafíos que se presentan al derecho del trabajo:

> *"**Es posible afirmar que <u>todas las materias</u> están disponibles en el ámbito de la autonomía colectiva de las partes**, pudiéndose negociar la regulación de condiciones de trabajo y de empleo (contenidos normativos) y de relaciones entre organizaciones profesionales de trabajadores y el empleador o sus organizaciones (contenidos obligacionales) (...) Los núcleos de materias objeto de negociación **son tradicionalmente muy vastos, pero se constata que gradualmente <u>aquellos se han ido ampliando</u> debido a la necesidad de dar respuesta a los nuevos desafíos que plantea el mundo del trabajo**, tales como reestructuras, introducción de tecnología, capacitación y formación profesional, estabilidad, potestades disciplinarias, participación en la gestión, etc."* (Rosembaum Rimolo, 2001, págs. 101-102).
>
> (El énfasis es añadido).

Lo señalado guarda absoluta coherencia con lo dispuesto por la Organización Internacional de Trabajo (en lo sucesivo, OIT) en el Convenio N° 154 sobre la negociación colectiva. Si bien este Convenio no se encuentra ratificado por nuestro país y tampoco forma parte de los ocho convenios fundamentales, aquél se constituye como un parámetro de orientación y validez, en lo que respecta a dicho asunto. Así, conviene citar el artículo 2° del C 154:

> *"Artículo 2. A los efectos del presente Convenio, la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de:*
>
> *(a) Fijar las condiciones de trabajo y empleo, o*
>
> *(b) Regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o*
>
> *(c) **Regular las relaciones** entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, **o lograr todos estos fines a la vez**".*
>
> (El énfasis es añadido).

Repárese en la amplitud de los componentes que, de acuerdo con el Convenio 154, pueden contemplarse en un convenio colectivo, los cuales coinciden con lo regulado en la legislación nacional y lo sostenido por la doctrina tanto nacional como extranjera.

Esta amplitud, sin embargo, es de larga data. En otras palabras, no es reciente la gran variedad de aspectos que pueden abordarse en el marco de una negocia-

ción. No obstante ello, se ha venido reportando una extensión de los espacios que son explorados por los agentes colectivos – estimamos – sustentada en los nuevos desafíos y retos que el derecho del trabajo viene experimentando.

Citando a Moreno Vida, desde una concepción clásica, *"el convenio colectivo compone los intereses contrapuestos entre las partes contratantes, cumpliendo su originaria finalidad principal e inmediata de regulación de las relaciones individuales de trabajo. Pero, además, a través del convenio colectivo se limita el desequilibrio de poder existente en el marco de la autonomía individual, situándose la negociación colectiva en la lógica de promoción y defensa del interés de la colectividad de los trabajadores"* (2011, pág. 316). Sin embargo, las transformaciones que se vienen sucediendo en las relaciones de trabajo y en las cuestiones sociales, exigen que tanto la negociación colectiva como sus productos se tengan que adaptar a los nuevos cambios (Moreno Vida, 2011, pág. 315).

De este modo, se trata de una constante redefinición de las funciones que la negociación colectiva cumple en el marco de las relaciones laborales. Sin embargo, antes de examinar cómo tales funciones han ido variando con el devenir del tiempo, es necesario aludir brevemente a los sucesos que vienen retando el tradicional derecho del trabajo y, por ende, la negociación colectiva.

### 2.2. Breve aproximación a los retos y desafíos al derecho del trabajo

En este punto, debemos partir por aceptar que el derecho del trabajo que estudiamos en nuestra vida universitaria, no es el mismo. El cambio es parte inherente de esta disciplina, que se encuentra en un proceso constante e instantáneo de integración, producto de la apertura comercial, el desarrollo de nuevas tecnologías de información y comunicación, las nuevas formas de estructurar el trabajo, entre otros sucesos[2].

De ahí que el profesor Manuel Palomeque, viene advirtiendo que *"el nuevo escenario institucional no deja de ofrecer, así pues, un panorama complejo de profundas transformaciones en las relaciones de producción (...) sobre las que descansa el sistema normativo laboral (...)"* (2014, pág. 297). En esta línea, el propio Palomeque resume en cinco puntos las expresiones más visibles y relevantes que componen el nuevo panorama (2014, págs. 297-299), las que compartimos y, en esa medida, a continuación pasaremos a detallarlas.

***Nueva tecnología y medios de comunicación***

En primera medida, encontramos a los *cambios internos correspondientes al propio proceso de producción de bienes y servicios, producto de los cambios tecnológicos*. Ciertamente, frente al modelo tradicional, las novedades in-

[2] Para mayor detalle, puede revisarse: ZAVALA COSTA, Jaime (2008). "Los desafíos de los derechos colectivos en el siglo XXI". En *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos. III Congreso Nacional de la SPDTSS*. Lima: SPDTSS.

troducidas por la informática vienen ampliando y variando la prestación de trabajo requerida por las empresas.

***La globalización del derecho del trabajo***

En segundo lugar, tenemos a los *cambios en la actividad económica, producto de la mundialización de la economía*. En este nuevo esquema global, pierden valor los modelos netamente nacionales de producción, y exigen instaurar nuevas formas de competitividad internacional entre las empresas, organización de los trabajadores (pues necesariamente se redefinen los sujetos colectivos) y respuesta a sus demandas.

***Organización del trabajo***

Si bien ligado en cierta medida a la globalización, también podemos encontrar a los *cambios que se producen en la estrategia empresarial, a efectos de conseguir una mayor eficiencia en la organización del trabajo*. En esta manifestación se encuentran los procesos de concentración empresarial, tales como las fusiones y adquisiciones, así como los de descentralización productiva y la conformación de grupos de empresa. La elección de una u otra forma, dependerá de la estrategia a emprender, en determinado contexto y situación.

De aquellas, creemos que cobran especial relevancia en materia de negociación colectiva y sindicación en general, los procesos de descentralización productiva y los fenómenos de grupos de empresas. En lo que atañe a la descentralización productiva, recogida en nuestra legislación nacional como tercerización e intermediación, se explica que aquella:

> *"(...) ha impactado severamente en la estructura ocupacional o composición de la mano de obra, de modo que donde había un colectivo de empleadores muy homogéneo, subordinados jurídicamente, con contratos indefinidos y condiciones de trabajo similares, tenemos ahora* ***un complejo haz de relaciones que involucran a diferentes empleadores****, con contratistas y subcontratistas, con un núcleo de trabajadores muy cualificados y* ***un gran componente de trabajo precario, subcontratado, parasubordinado o autónomo*** *(...)"* (Villavicencio Ríos, 2008, pág. 553).
>
> (El énfasis es añadido).

Esa complejidad de relaciones sin lugar a dudas dificulta la formación de organizaciones sindicales y los procesos de negociación colectiva, pues donde antes coincidía la persona de empleador con la del titular de los medios de producción, en la actualidad puede diferir. De otro lado, la conformación de grupos de empresa es también un fenómeno que viene introduciendo interesantes retos a los derechos colectivos. Sin ánimo de dejar de lado al universo de cuestiones que en materia laboral pueden reportarse, creemos que uno de los problemas principales gira en torno a dilucidar si *"(...) el grupo empresarial puede constituirse en sí mismo como un empleador, o si dicha calidad alcanza únicamente a cada empresa que lo compone"* (Vidal Salazar, 2008, pág. 529) o, en todo caso, admitir

al "*grupo de empresas*" como ámbito para la formación del sindicato y la negociación de un convenio colectivo.

***Variación en la estructura de la clase trabajadora***

Otro factor en constante redefinición radica en las transformaciones en la estructura y composición de las clase trabajadora, como sucede por ejemplo, con el incremento de la mano de obra femenina, de los jóvenes en el mercado de trabajo o de trabajadores con discapacidad. Ciertamente, las medidas de acceso al mercado de trabajo, de permanencia y de conclusión del vínculo, deberán adaptarse en función de la composición del mercado laboral y sus necesidades y problemáticas en particular.

***Cambios en el comportamiento de las organizaciones sindicales***

Con relación a este factor, Carlos Manuel Palomeque sostiene que *"De un sindicalismo de masas dedicada a la contestación de los fundamentos de la sociedad capitalista, se ha pasado por momentos en la realidad (...) a un sindicalismo cada vez más implicado en el funcionamiento del aparato institucional del Estado"* (2014, pág. 299). Si bien en nuestro país este cambio no ha tenido tanto asidero como los anteriores, sin lugar a dudas, se trata de una tendencia mundial, que viene acrecentándose con el paso del tiempo y que no tardará en cobrar mayor presencia en nuestro medio.

Los cambios y retos al derecho del trabajo son diversos y de lo más extensos. Sin embargo, lo importante de aquellos es que se encuentran en constante replanteo y actualización, exigiendo en esa medida a nuestra disciplina acomodarse a los nuevos escenarios que se van generando. Solo de esa manera el derecho del trabajo podrá continuar cumpliendo su función de cohesión social, que le es inherente y, en esa medida, su evolución ha justificado una serie de modificaciones y reformas institucionales, que, en muchos ordenamientos, incluso, ya se encuentran normados (Palomeque López, 2014, pág. 299).

Al ser la negociación colectiva una institución del derecho del trabajo, toda evolución que experimente esta disciplina incidirá en ella. De ahí que la negociación colectiva, en tanto proceso y en lo que respecta a su contenido, ha sufrido mutaciones, consecuencia de su necesidad de brindar respuesta a los problemas y situaciones antes detalladas. Como señala Moreno Vida, producto de dicho desarrollo se ha ido *"(...) incrementando el número de obligaciones recíprocas asumidas por los sujetos negociadores en relación a la administración o gestión de diversas instituciones que se crean en el ámbito del convenio colectivo para satisfacer distintos intereses laborales o sociales y que no se proyectan sobre los contratos de trabajo"* (2011, pág. 312).

Por lo expuesto, y conforme detallemos en el siguiente apartado, estamos frente a un realidad en la que se aprecia cómo lentamente se viene enriqueciendo el contenido de los convenios colectivos, no solo en lo que respecta al tipo o clase de condiciones de trabajo que se acuerdan, sino además, *"(...) a las cláusulas que deleguen en los firmantes la capacidad de complementación o administración del con-*

*venio o de algunos de sus contenidos normativo, haciendo el proceso negociador más dinámico"* (Moreno Vida, 2011, págs. 312-213).

### 2.3. Panorama actual de las funciones de la negociación colectiva

Existe consenso en que, respecto del contenido de la negociación colectiva, ha de tenerse en cuenta que ésta surgió históricamente para regular condiciones de trabajo, en particular, remuneraciones y jornada de trabajo; aspectos que, con el transcurso de los años, se fueron extendiendo hasta incluir a todo el elenco restante de condiciones laborales (Caamaño Rojo & Ugarte Cataldo, 2010, pág. 51). No obstante ello, producto de los desafíos y retos antes señalados, aquella ha venido atravesando por diversos cambios y transformaciones, que inciden en cómo se manifiestan sus funciones.

Es innegable que los cambios en la organización industrial, en la composición de clases trabajadoras y en la propia cultura de las relaciones laborales, han provocado que las funciones tradicionales de la negociación colectiva evolucionen. Bajo esta premisa, en los siguientes apartados abordaremos brevemente las funciones que cumple la negociación colectiva, para destacar los principales innovaciones que vienen ocurriendo a cada una de ellas.

#### *a) Función protectora o estatutaria*

Tradicionalmente, la negociación colectiva ha sido entendida como el instrumento dirigido a fijar de manera concertada las condiciones de trabajo, con el propósito de sustituir el establecimiento de aquellas por parte del empleador y de forma unilateral. Precisamente, en el traslado de la fijación de las condiciones laborales al plano colectivo, es en donde radica el equilibrio de esta institución (Sanguineti Raymond, 2013, págs. 260-261).

En ese marco, y como ya veníamos apuntando, los contenidos clásicos de la convención colectiva estaban referidos a la jornada de trabajo y remuneraciones. Sin embargo, *"(...) la realidad actual pone de manifiesto que la empresa no es solo una realidad económica, sino una auténtica estructura de gobierno de una pluralidad de intereses"* (Moreno Vida, 2011, pág. 327). En efecto, dentro del centro de labores, el trabajador no pierde su condición de persona y ser humano, embestido de las garantías y derechos que la Constitución y los Tratados le reconocen ya no solo como trabajador, sino además, como persona.

De ahí que, además de los contenidos clásicos de esta función, en la actualidad también se pone énfasis en la negociación *"(...) para promover nuevas garantías para los derechos del trabajador como persona y como ciudadano, que ha enriquecido los contenidos de los convenios colectivos"* (Moreno Vida, 2011, pág. 328). En esta línea, es posible visualizar una amplia gama de nuevos contenidos de la negociación colectiva, ya no referidos únicamente a las tradicionales condiciones de trabajo.

Así, entre los nuevos contenidos de la negociación colectiva, es posible visualizar —entre otros— los siguientes:

- La protección de los derechos fundamentales.- La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, hace exigible y realizable dentro del centro de trabajo, a los derechos que los trabajadores tienen en tanto personas, que han recibido por parte de la doctrina la denominación de "derechos laborales inespecíficos", precisamente, por no formar parte del elenco de garantías laborales que se tienen, por ser trabajador.

  La dificultad de su eficacia radica en que su ejercicio al interior del centro de labores colisiona la generalidad de las veces, con los derechos fundamentales que se le reconocen al empleador. Vista dicha problemática, el convenio colectivo aparece como una plataforma idónea para que las partes convengan los criterios y requisitos para articular el ejercicio de tales derechos, dentro del centro de trabajo, en atención a las necesidades que le sean propias, y de acuerdo a las particularidades que les corresponda.
- La Productividad.- Dijimos en otro Congreso que "No olvidemos que la actual Ley de Productividad y Competitividad Laboral vincula la negociación colectiva con el tema de la productividad, al punto que trae su reconocimiento expreso como materia de regulación convencional, norma que si bien acoge una permanente preocupación empresarial todavía no ha tenido correspondencia de los trabajadores. Entre los desafíos de mediano y corto plazo, en un artículo sobre desafíos de la política de empleo, Chacaltana enfatiza que en la productividad del trabajo está la clave del problema, pues es la fuente básica de las mejoras en los salarios reales y de los niveles de vida de los trabajadores. A nivel de empresa, el tema de la productividad pasa a ser un elemento pasible de negociación colectiva, cuya función protagónica en el trabajo debe ser redimensionada y revalorizada, conducente a encimar los actuales desafíos". (Zavala Costa, 2008, pág. 382).
- Seguridad y salud en el trabajo.- Como indica Rosembaum Rímolo "(...) como consecuencia de (...) una creciente toma de conciencia frente a factores ambientales y vinculados con la salud y el resguardo de la vida de las personas, los actores sociales introducen con mayor frecuencia y extensión nuevos contenidos referidos a la seguridad e higiene en el trabajo" (2001, pág. 125).

  En nuestro país, la normativa que regula la seguridad y salud ocupacional es relativamente nueva. Así, la Ley N° 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, data de julio del año 2011; mientras que su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2012-TR, es de abril del año 2012. Desde ese entonces y hasta la actualidad, se han venido publicando diversos dispositivos en esta materia, no obstante lo cual aún persisten ciertas imprecisiones y ambigüedades en su aplicación.

Frente a un panorama incierto, incorporar en un convenio colectivo determinados aspectos referidos a los niveles de protección en estas materias, no solo permite a las organizaciones sindicales tener participación en la organización de los sistemas de seguridad en la empresa, sino que, además, refuerza y legitima los estándares implementados.

- Formación profesional.- Sobre el particular, se sostiene que esta materia recién viene adquiriendo cierta presencia en la negociación colectiva *"(...) debido al rol que se le asigna a la misma con relación al empleo frente a las cambiantes necesidades de capacitación y recalificación de los conocimientos, habilidades y oficios de los trabajadores en una era que enfrenta una revolución tecnológica continua"* (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 125).

  En la experiencia nacional, es posible observar un incremento en el otorgamiento de asignaciones por educación, becas y préstamos para formación profesional a los trabajadores (y o sus hijos), a través de su concertación en negociación colectiva.

- Eliminación de toda forma de discriminación.- La negociación colectiva parece ser también un medio idóneo para abordar una lucha conjunta en la organización sindical y la empresa, a efectos de erradicar cualquier forma de discriminación en la empresa y adoptar acciones positivas que permitan la igualdad de competencia al interior de la empresa.

  En nuestro medio, estos aspectos aún son novedosos, y no es lo usual encontrar en los convenios colectivos cláusulas orientadas a combatir la discriminación por razón de sexo, condición de salud, credo, entre otros. Sin embargo, creemos que esta tendencia puede revertirse. En estos últimos años se ha venido implementando las obligaciones en materia laboral respecto de la persona con discapacidad, reguladas en la Ley N° 29973.

  Entre las obligaciones contempladas en dicho dispositivo, se encuentra la de incorporar ajustes razonables a los puestos de trabajo, a efectos de que el trabajador con discapacidad pueda laborar en igualdad de condiciones que el resto de sus compañeros. Tales ajustes comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad, todos aspectos que perfectamente podrían materializarse a través de la concertación entre los titulares del conflicto.

**b) Función de mercado (función económica de producción) de la negociación colectiva**

También llamada función de compraventa, ésta se refiere a la negociación colectiva como el instrumento para fijar las condiciones dentro de las cuales se desarrolla la compraventa de la fuerza de trabajo (Sanguineti Raymond, 2013, pág. 262).

Al respecto, Moreno Vida subraya que conciliar la función protectora antes abordada y ésta, no ha sido nunca tarea fácil. Así, vistas las nuevas tendencias del derecho del trabajo *"(...) hoy se trata de conciliar ambas funciones bajo el predominio inequívoca de la función económica, dirigida ahora a adaptar la regulación jurídica de las relaciones laborales a las exigencias de flexibilidad necesarias para la competitividad de las empresas"* (2011, pág. 344).

En este sentido, la negociación colectiva se instaura como un instrumento de la gestión de la empresa flexible y participativa. Los temas que se suelen abordar son salarios, jornada de trabajo, estructura profesional y organización del trabajo, entre otros. Por ejemplo, en materia salarial, el reconocimiento de esta necesidad de flexibilidad, ha llevado a incorporar en los convenios colectivos *"(...) incentivos por rendimiento y desempeño, ahorro de materiales, aprovechamiento de materia prima, captación de clientes y estímulos por eficiencia y calidad"* (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 116).

**c) Función política de la negociación colectiva**

Trasladar la fijación de las condiciones de trabajo al ámbito de las relaciones colectivas, permite que la negociación colectiva opere de manera simultánea como un mecanismo de autogobierno de las relaciones de trabajo (Sanguineti Raymond, 2013, pág. 261). En la misma línea opina Moreno Vida, quien señala que *"la autonomía colectiva ha cumplido históricamente una función esencialmente política en sentido amplio, ya que la negociación entre los grupos socio económicos se encamina al gobierno de las relaciones laborales en combinación con el Estado democrático y pluralista, y a la mejora de la posición de la clase trabajadora, a través del reconocimiento de los nuevos derechos sociales*" (2011, pág. 349).

Sin embargo, en la actualidad se ha potenciado sustancialmente la función de gobierno colectivo de la empresa. En esta línea, resulta cada vez más usual que los convenios colectivos se enrumben a regular la política de empresa, *"(...) teniendo por objeto la predeterminación negocial de ciertas decisiones empresariales, o el establecimiento de mecanismos de procedimentalización, o de decisión conjunta en la toma de determinadas decisiones relativas al funcionamiento de la empresa y, muye señaladamente, a la gestión de los recursos humanos en la organización productiva"* (Moreno Vida, 2011, págs. 349-350)[3].

Al respecto, Valdés Dal-Ré, con suma lucidez, afirma lo siguiente:

---

[3] Manifestaciones de lo señalado serían: (i) la contemplación en el convenio colectivo de los procedimientos y canales que el empleador deberá observar para ejercer las facultades que la legislación le reconoce (disciplinarias, modificación de jornadas, turnos y horarios de trabajo, entre otros); (ii) intensificación de derechos de información, consulta y participación; entre otros aspectos. Si bien en el contexto peruano aún no se aprecian estás evidencias, creemos que se trata de un importante espacio, aún pendiente por explorar y aprovechar.

> *"En lo que ahora interesa reparar es que, en los nuevos escenarios (...) se ha venido a adicionar una tercera: la función de gestión. Tal función trae causa en el "descubrimiento" por parte de los empresarios de la aptitud de la negociación colectiva para actuar como instrumento de gestión flexible tanto del trabajado como, sobre todo, de la organización del trabajo. Lo que late en la aparición y consolidación de esta nueva función es la noción de empresa flexible, sujeta a constantes movimientos de adaptación frente a los cambiantes requerimientos del mercado."* (2012, pág. 148)

Cabe notar que, precisamente por el incremento de las cláusulas de cogobierno en el centro de labores, es que se sostiene que las prácticas contemporáneas se vienen inclinando por el abandono de la función normativa (destinada a la regulación de condiciones de trabajo del personal), con el objeto de *"(...) asumir un papel extra o paranormativo que lo convierte en instrumento de co-gobierno de las relaciones industriales y la gestión de la empresa"* (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 115).

### c) Función pacificadora

Tradicionalmente el convenio colectivo ha permitido reconducir el conflicto inherente a las relaciones laborales, sustentado en la desigual posición de las partes que lo componen. Sin embargo, en la actualidad se viene observando en experiencias comparadas que *"(...) a esa función tradicional de pacificación del conflicto se une el intento de establecer sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo y fórmulas elusivas de la huelga, en un intento de superar el esquema de manifestación del conflicto como conflicto permanente"* (Moreno Vida, 2011, pág. 350).

Nuevamente, creemos que se trata de alternativas interesantes aún pendientes por investigar en nuestra realidad, que permitirían lograr mecanismos para preservar la armonía y paz laboral, con la legitimidad que le da el hecho de haber sido negociados por los propios titulares del conflicto económico, de intereses o de revisión.

## III. PRIMER NUEVO ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA FLEXIBILIDAD LABORAL NEGOCIADA

Terreno no explorado en el Perú, es el de la flexibilidad acordada o pactada por negociación y reconocidas por la legislación laboral favoreciendo de paso al desarrollo de la sindicalización. Como hemos venido señalando, los nuevos paradigmas de la negociación colectiva exigen que el acuerdo colectivo se convierta en un instrumento de auto-organización flexible de la empresa. Esto permitirá adaptarla rápidamente a las variaciones económicas, sociales y/o coyunturales del mercado, propias de la globalización dentro de la cual se enmarcan las nuevas relaciones de trabajo. Solo de esta manera, se dotará a la empresa de una posición competitiva dentro del mercado contemporáneo.

La Comisión de las Comunidades Europeas, al tratar sobre los requerimientos para el crecimiento y el empleo destaca la necesidad de promover la flexibilidad y la seguridad en el empleo, a la par de reducir la segmentación del mercado de trabajo (2006, pág. 4). Así, se resalta el papel fundamental que el diálogo social juega en las relaciones de trabajo, desde que: (i) de un lado, busca crear soluciones colectivas que permitan a los trabajadores integrarse al centro de trabajo, en las distintas situaciones laborales; y (ii) del otro, brinda a las empresas la posibilidad de "*(...) responder de forma más flexible a las necesidades de la economía basada en la innovación y a los cambios en materia de competitividad por las reconversiones*" (2006, pág. 4).

Como anota mi distinguido amigo el profesor Morgado Valenzuela, la flexibilidad no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar ciertos objetivos, como lo es la adaptación que le permitirá acomodarse a nuevas necesidades que nazcan de los cambios que afectan al derecho del trabajo. Así, dice, es "*(...) un medio que no sólo debe considerar los cambios ya ocurridos, estimándoles como definitivos, sino que debe prever el cambio de los cambios en una dinámica de permanecer evolución. No debe fundamentarse en una concepción estática*" (Morgado Valenzuela, 2000, pág. 7).

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la reorganización de la empresa flexible puede realizarse incrementando la inclusión y participación de los agentes sociales en la dinámica de funcionamiento de la organización productiva y en las decisiones sobre la organización del centro productivo. Dentro de este marco, la naturaleza de instrumento flexible de la negociación colectiva, la convierte en un "*(...) cauce adecuado para proceder a normalizar los ajustes precisos, minimizando los conflictos sociales, y reduciendo los efectos negativos tanto desde el punto de vista social como en el estrictamente económico*" (Moreno Vida, 2011, pág. 304).

Dicho ello, conviene precisar que para alcanzar un régimen flexible se requiere de una doble técnica que, por un lado, implica desregular a través de la supresión de las tradicionales normas de orden público; pero que, de otro lado, demandan recurrir al mecanismo del reenvío, en virtud del cual, se le asigne a la negociación colectiva, la tarea de fuente reguladora autónoma (Moreno Vida, 2011, pág. 324).

Sin embargo, en sistemas como el nuestro, creemos que a lo señalado debería agregarse que, en defecto de la negociación colectiva, el Estado imponga garantías y derechos mínimos, que sean de aplicación a falta de la existencia de una convención colectiva. Precisamente, en este punto coincidimos con Morgado Valenzuela cuando acota que "*la tarea flexibilizadora (...) es una adaptación de la protección y no la supresión de ella. Su desafío es compatibilizar las demandas propias de la protección y las de los cambios. En esa perspectiva, el derecho del Trabajo es la regulación de la protección flexible. No es el derecho de la derogación ni de la supresión o derogación de la protección*" (2000, pág. 8).

Es, a este nivel, donde se encuentran las principales dificultades de nuestro ordenamiento jurídico pues, pocas son las delegaciones que la legislación nacional realiza a la negociación colectiva, en lo que compete a la regulación de condiciones de trabajo u otros aspectos referidos a las relaciones laborales. Así, en la legisla-

ción peruana suelen encontrarse únicamente ámbitos en los cuales no existe regla alguna y, en consecuencia, el convenio colectivo tiene libertad plena o espacios en los cuales, la ley nacional lo norma en su integridad, sin remisión ni cabida de una solución distinta (ya sea favorable o desfavorable) mediante convenio colectivo.

En segundo lugar, lograr la flexibilidad a través de la negociación colectiva, supone contar con organizaciones sindicales debidamente informadas. Como remarca Rosembaum Rimolo, con especial precisión, *"la mayor democratización de las relaciones laborales y la difusión del convenio colectivo como vía alternativa frente al fenómeno de los cambios y la flexibilidad, comienza a estimular (...) la necesidad de compartir la información, participar a los trabajadores y sus organizaciones a través de la consulta, generar ámbitos para la prevención y solución de contiendas y administrar recursos y beneficios escasos"* (Rosembaum Rimolo, 2001, pág. 125).

En suma, la convención colectiva es el medio idóneo para dotar de flexibilidad a la organización empresarial. Pero para ello, se requiere contar con un ordenamiento jurídico apropiado, que delegue la función reguladora en el convenio colectivo, pero asegurando al mismo tiempo, un mínimo de derechos y garantías. Por último, de manera conjunta, deben reforzarse los mecanismos de información y consulta de los trabajadores, pues solo de esa manera, será posible que participen en igualdad de condiciones en la negociación con el empleador.

Repárese en que las materias que pueden negociarse como parte de la flexibilización laboral en el centro de labores son de lo más amplias. Recordemos que, al referirnos a la flexibilidad, ésta puede ser tanto respecto de la entrada (acceso al empleo), ejecución del contrato de trabajo (mientras la relación se encuentra vigente) y al término de la relación de trabajo (causales de extinción del contrato de trabajo). Los acuerdos de flexibilidad negociada pueden hallarse en cualquiera de tales instancias.

## IV. SEGUNDO NUEVO ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL CONTRAPLIEGO EMPRESARIAL

En el contexto de lo que se viene detallando, cobra especial importancia la figura del contra pliego empresarial, el cual consiste es la facultad con la que cuenta el empleador para proponer cláusulas nuevas, modificatorias, derogatorias o sustitutorias de convenios colectivos anteriores (facultad que se encuentra normativamente reconocida en el artículo 57 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo). De esta manera, mediante esta potestad, el empleador puede introducir nuevos temas de negociación, así como, denunciar aquellas convenciones colectivas obsoletas, mediante la propuesta de cláusulas que reformen previsiones anteriores.

Se trata, sin ninguna duda, de una valiosa herramienta que dinamiza y repotencia el empleo de la negociación colectiva para que el empleador y los trabajadores puedan prevenir y componer sus conflictos a través de ella; y a su vez, permite dotar a las relaciones laborales de la flexibilización necesaria para adecuar

los requerimientos del empleador y de los trabajadores a los nuevos sistemas productivos.

Sin embargo, nuestra experiencia demuestra que la introducción de estas contrapropuestas durante la negociación colectiva suscita rechazo de parte de las organizaciones sindicales, al no estar habituadas a ellas y considerar que existe un monopolio propositivo. Ello, como es previsible, genera una tensión inicial que puede ser superada no solamente con el recurso a la norma legal vigente, sino mediante mecanismos de concertación.

### 4.1. Contenido del contrapliego empresarial y su efectividad

El contenido del contra pliego empresarial puede referirse, entre otros, a los mismos aspectos que el convenio colectivo puede abarcar. Al respecto, el artículo 41° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo indica que "*la convención colectiva es el acuerdo destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores (...)*".

Con relación al contenido del convenio colectivo, aceptando la óptica amplia respecto del contenido del convenio colectivo, resulta razonable también aceptar que el contrapliego de reclamos del empleador puede recaer en cualquiera de las materias antes indicadas o cualquier otra de su interés, aun cuando no hubieran sido incluidas en el pliego petitorio.

Precisamente, la amplitud de las materias sobre las que puede recaer, lo convierte en un valioso instrumento capaz de dotar a la negociación colectiva de la flexibilidad necesaria para adecuar las necesidades empresariales y de los trabajadores, a los nuevos paradigmas productivos que se vienen gestando.

La presentación del contrapliego obliga al sindicato a aceptar su discusión y negociar todos los puntos propuestos. En el mismo sentido opina el Magistrado Supremo Javier Arévalo, al señalar que el artículo 57° del TUO de la LRCT "*permite que la parte patronal proponga cláusulas nuevas o sustitutorias de las convenciones anteriores, debiendo la representación sindical aceptar su discusión, pudiendo incluso llegar a ser materia de pronunciamiento arbitral*" (2005, pág. 141).

Sostener lo contrario, implicaría restar completa eficacia al derecho del empleador de presentar sus contrapropuestas, así como una contravención a su reconocimiento normativo. De ahí que, así como el empleador no puede negarse a recibir el pliego de reclamos, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable[4], la organización sindical tampoco podría hacerlo, a menos que aquél incurra en las mismas excepciones (causa legal o convencional). Es decir, una vez

[4] Al respecto, el artículo 54° de la LRCT, señala que "Es obligatoria la recepción del pliego, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable".

presentado el contrapliego, las partes están obligadas a negociar ambas propuestas, sin ser posible – para ninguna de las partes – negarse a ello.

### 4.2. Especial importancia del contrapliego

Conforme venimos explicando, la negociación colectiva es un valioso instrumento para dotar a las relaciones laborales de la flexibilidad necesaria para adecuarse a los nuevos sistemas productivos, en la medida que, a través de ella, se pueden introducir contenidos amplios que no se limiten únicamente a salarios, remuneraciones y condiciones de trabajo.

En este contexto, el contra pliego empresarial juega un importante papel como instrumento que permite introducir en la mesa de debate y negociación, aspectos que permitan al empleador la gestión del personal, en concordancia con sus necesidades de producción o comerciales. Evidentemente, introducir estos temas a la negociación no supone que, en todos los casos, aquéllos serán parte del convenio colectivo final (pues podrían ser rechazados por la organización sindical), pero de serlo, no sólo se obtendrán valiosos instrumentos de autorregulación laboral, sino que al tener por fuente el convenio colectivo, la decisión adoptada contará con el respaldo y aprobación sindical necesarios para su ejecución.

Así pues, la presentación de un contra pliego empresarial puede tener los siguientes objetivos:

- Plantear nuevas cláusulas de índole normativa, obligacional y/o delimitadora, referidas a temas de interés prioritario para el empleador, como aquellas relacionadas a capacitación, formación y productividad, seguridad y salud en el trabajo.
- Sustituir cláusulas existentes, que podrían encontrarse ya desactualizadas o no beneficiar a un número representativo de trabajadores.
- Modificar cláusulas vigentes.
- Servir como estrategia de negociación y contrapeso frente a las pretensiones sindicales.
- Formar parte de la base de la propuesta final que debe presentarse en forma de proyecto de convención colectiva, en caso de un proceso arbitral.

## V. TERCER NUEVO ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: LA REGULACIÓN CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS

En este apartado, procuraremos atender al novedoso contenido de los convenios colectivos que enfocan su interés en los derechos fundamentales relevantes para la relación laboral, pero cuya titularidad corresponde a los trabajadores en tanto ciudadanos. No obstante, el enfoque no solo se limitará a los derechos reconocidos a esta parte de la relación laboral; sino que, también, a los derechos

fundamentales que se reconocen por el lado empresarial y que, como no, también pueden ser objeto de regulación convencional[5].

Ya en un foro distinto señalamos que a nuestro parecer el escaso espacio que doctrinariamente se ha cedido al desarrollo de los derechos fundamentales en el trabajo que atañen a la persona del empresario. Dentro del abanico de derechos que les asiste, el empresario puede inclusive ser lesionado en sus derechos al honor, imagen o buena reputación, puesto que los empresarios (personas jurídicas) son, qué duda cabe, también ciudadanos con derechos (Zavala Costa, 2015). Por ello la regulación convencional puede perfectamente prevenir esas situaciones y ayudar a la mejora de la gestión empresarial a la vez.

Desde luego, esta es una propuesta innovadora y que plantea una línea de desarrollo del fomento de la negociación colectiva que ofrece ventajas para ambas partes. Tradicionalmente, solemos prestar atención al mayor desarrollo de otros sistemas de relaciones colectivas de trabajo en función de criterios como la tasa de afiliados, la cantidad de pliegos resueltos por vía autónoma, entre otros factores de análisis. Sin embargo, hoy el contenido de los convenios colectivos también puede ser un indicador del nivel de evolución de un sistema democrático de relaciones laborales, como ya ocurre en ordenamientos que tienen a la negociación colectiva como fuente central de la regulación laboral.

Así, en otras latitudes se ha destacado que la negociación colectiva ha dejado de ser solamente el instrumento de reivindicación de mayores cotas de beneficios para desplazarse hacia un procedimiento de fijación de posiciones dirigidas a la consecución de intereses contrapuestos, para ir asumiendo cada vez mayor protagonismo como una verdadera *negociación colectiva de gestión* (Escribano Gutiérrez, 2005, pág. 28).

Con ello, el fomento de la negociación colectiva, entendida en esta línea de pensamiento, puede bien llevarse a cabo mediante una técnica perfectamente compatible con la legislación tutelar: una *negociación colectiva inducida* (Pasco Cosmópolis, 2005, pág. 12), que a diferencia de la espontánea (que surge a instancia de los sujetos colectivos de trabajo), pueda remitir al empleador y al sindicato la regulación específicamente aplicada a la realidad empresarial, que casi siempre escapa a la vista del legislador.

---

[5] El tema es relevante pues tiene que ver con la eficacia de los derechos de las partes dentro de la empresa y ha sido destacado por el profesor (Blancas Bustamante, 2011) cuando afirma que, al igual que los trabajadores, "[...] también el empleador es titular de derechos fundamentales y que, en particular, al ejercer su poder de dirección, está actualizando su derecho a la libertad de empresa, amén de otros derechos concurrentes, tales como el derecho de propiedad y a la libertad de contratación". En la misma línea, el citado autor (SAGARDOY BENGOECHEA, 2005, P. 12), enseña que los derechos fundamentales inespecíficos reconocidos a los trabajadores "[...] son igualmente predicables de la otra parte o sujeto del contrato de trabajo: el empleador [...]".

En el caso de España (Sempere Navarro, 2011, págs. 30-31), por ejemplo, la doctrina ha identificado cuatro tipos de cláusulas para la regulación de los derechos inespecíficos por la vía de la negociación colectiva:

- *Cláusulas programáticas:* son aquellas que únicamente se limitan a recogen expresamente la necesidad de respetar cierto derecho fundamental inespecífico.

  Entendemos que el valor de estas, radica en hacer patente el cumplimiento de determinado estándar de conducta que mutuamente los actores sociales desean destacar, lo que ocurriría por ejemplo en los casos donde se establezca que la selección del personal a ser capacitado por mandato de una cláusula normativa arreglada se realizará "*sin incurrir en una discriminación*". En rigor, no se realiza una regulación de desarrollo del mandato de discriminación, aunque se expresa como una señal de cumplimiento mutuamente declarado que la determinación de los beneficiarios de la capacitación se hará sobre bases objetivas y sin la ocurrencia de alguna postergación por algún motivo prohibido por la Constitución.
- *Cláusulas* restrictivas*:* son aquellas que limitan el alcance de la protección de ciertos derechos inespecíficos, bajo la premisa de que se legitiman en beneficiar a otro derecho fundamental igualmente reconocido por la Constitución. En pocas palabras, suponen un ejercicio de ponderación de derechos fundamentales.

  Ejemplos de este tipo de cláusulas los encontramos en aquellas por las que se autoriza a la implantación de determinados mecanismos de supervisión especial para determinados procesos o áreas (piénsese en los controles toxicológicos para el acceso a zonas de producción), los que ciertamente pueden suponer una interferencia al derecho de intimidad de los trabajadores, en beneficio de las facultades fiscalizadoras que se desprenden de la libertad de organización y la libertad de empresa y siempre dentro de los parámetros de lo razonable.
- *Cláusulas extensivas:* son aquellas que amplían la cobertura de los derechos fundamentales inespecíficos, mejorando el estándar previsto en las normas estatales. Así, el ejemplo sería el del acuerdo colectivo de una cuota de personas con discapacidad equivalente al 5% en la empresa, lo que elevaría en 2 puntos porcentuales a lo exigido por la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley 29973).
- *Cláusulas de concreción o modalización:* son aquellas que aclaran condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales por los trabajadores, siendo adaptadas al ámbito laboral en concreto. Es decir, se trata de normas que, en el sentido más exacto del término, tienen una relación de complementariedad con las heterónomas que se aplican en forma general. Este tipo de cláusulas son las que, dentro del planteamiento que proponemos aquí, pueden tener un nivel de detalle reglamentario que

actualmente estaría siendo sustituido por un caudal legislativo abundante que, en los hechos, resta espacio al contenido de posibles convenios colectivos de trabajo.

Este enfoque, que busca situar a los derechos fundamentales inespecíficos dentro del objeto de la negociación colectiva, apuesta por cambiar el excesivo patrimonialismo existente dentro de la práctica de las relaciones sindicales. Así, sin negar la centralidad de las reivindicaciones salariales, busca llamar la atención sobre contenidos importantísimos que la actual negociación colectiva en el Perú no viene atendiendo, por una responsabilidad compartida entre el Estado (excesivamente reglamentarista) y los sujetos colectivos (quienes lejos de buscar arribar a regulaciones adecuadas sobre aspectos relevantes de las relaciones de trabajo, muchas veces aguardan que el Estado determine todas las condiciones normativas sobre aspectos que bien podrían ser abordados desde la autonomía colectiva).

En este contexto, nuestra intención es subrayar que existen ciertas materias que, al ser abordadas con carácter general por el legislador, vienen resultando inadecuadas para la realidad de muchas empresas. En este contexto, quién mejor que los propios sujetos colectivos para establecer regulaciones más precisas sobre aspectos tan específicos como —por ejemplo—los implementos mínimos con los que debe contar un servicio de lactario, qué puestos de trabajo son susceptibles de ser ocupados por personas con discapacidad u otros aspectos que hacen ver que la intervención sobre relaciones laborales, planificada desde un estándar general estatal, pasa por alto las diferencias existentes en los diversos contextos productivos del mercado laboral.

Veamos los ejemplos citados. La Ley 29896, "*Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna*" estableció nuevas obligaciones para los empleadores. Con el loable fin de permitir que las madres trabajadoras (uno de los sujetos especialmente protegidos por la Constitución peruana) cuenten con medios de hecho que les permitan conciliar sus responsabilidades laborales con las maternas, obliga a que las empresas que, en un centro de trabajo, reúnan a veinte o más trabajadoras entre 15 y 49 años de edad ("edad fértil") dispongan de un servicio para la extracción y conservación de la leche materna.

Adviértase que, por la naturaleza de esta obligación, surge en un ámbito subjetivo en el que el número de personal femenino bastaría para cumplir con el mínimo legal para conformar un sindicato. No obstante, tanto la Ley como su Reglamento (aprobado por el Decreto Supremo 1-2016-MIMP) prescinden de la autonomía colectiva como una posible fuente para la regulación de este beneficio material, situándose por encima de las diferencias atendibles entre las empresas para regular no solamente el equipamiento mínimo y el plazo máximo para la implementación de los lactarios, sino también otros detalles que más bien corresponden a una determinación específica, que considere adecuadamente cada realidad en particular.

Como todo producto humano, el Reglamento de la Ley de Lactarios es perfectible. El problema es que su modificación requeriría un despliegue administrativo

y político que debería procurar hacer más razonable su contenido para los distintos espacios de trabajo. Mientras tanto, las empresas que logran adecuarse a esta obligación vienen comunicando la implementación de sus respectivos servicios de lactario, en tanto que muchas otras, temerosas de la aplicación inflexible de las normas, a pesar de contar con tal área totalmente equipada y en uso, se ven desalentadas de informarlo a la autoridad por temor a una sanción administrativa, que puede imponerse ya sea por no contar con un lactario así como por tenerlo perfectamente implementado, pero no contar—por ejemplo— con el metraje mínimo impuesto reglamentariamente.

Problemas similares tienen las normas sobre implementación de la cuota de personas con discapacidad en las empresas. Se trata de una acción afirmativa que, a su vez, será desarrollada en una de las mesas de debate en sesión paralela de este Congreso Nacional, motivo por el cual no nos explayaremos sobre su contenido. Sin embargo, llama la atención que el legislador haya establecido una cuota de 3% general para empresas con un promedio de trabajadores anual superior al de 50 colaboradores. Esta cuota del sector privado, sumada a la del sector público (5%), aritméticamente suponen un imposible fáctico, ya que el número de trabajadores que existe dentro de ese grupo poblacional (personal con discapacidad) es insuficiente para que las normas de cuotas se vean satisfechas.

Se entiende, entonces, que las empresas están obligadas a realizar las acciones conducentes a contratar a las personas con discapacidad, cuando se cumplen una serie de condiciones, entre ellas, que la condición física o intelectual que determine la discapacidad no afecte la posibilidad de que el trabajador cumpla con las funciones del contrato de trabajo. Muy curiosamente, esta "excepción" ha sido regulada como un argumento que los empleadores pueden esgrimir en el procedimiento administrativo sancionador que se activa *por incumplir la cuota de personas con discapacidad en la empresa*, para así "justificar" su situación de incumplimiento en la persistencia de riesgos ocupacionales, a pesar de las medidas de prevención y ajustes razonables que pudieran adoptarse.

Lo anterior refuerza nuestro planteamiento: la invasión de lo específico por las normas generales no puede darse de forma sorda, sin atender a la posibilidad de que, mediante la autonomía colectiva, se regulen aspectos tan sensibles como los descritos. ¿Por qué, por ejemplo, no se previó que, mediante convenios colectivos, en el caso de las empresas que cuenten con sindicatos, se fije la cuota adecuada a cada empresa? Lo cierto es que se ha regulado esta obligación como si el Estado contase con un aparato inspectivo que esté en condiciones materiales de indagar en todos los rincones del país el cumplimiento de la referida cuota (cuando en realidad lo que puede que ocurra es que, como sucede siempre, la fiscalización se concentre en unas pocas empresas).

Nuevamente se ha perdido la ocasión de impulsar que, en la negociación colectiva, se aborden temas de interés para el sindicato y la empresa: ambos sujetos colectivos tienen una responsabilidad ante la inclusión de personas con discapacidad y la fijación de la cuota por parte de ellos mismos podría haber establecido

un marco normativo más coherente que el actual, en el que la aplicación estándar del 3% como obligación uniforme, resulta de difícil concreción por la realidad de los diversos sectores económicos.

La consecuencia de lo indicado, es que tenemos, al día de hoy, un mercado de trabajo en el que una empresa del ámbito de la minería (en la que los trabajadores requieren validaciones médicas para el ingreso a mina, por estar expuestos a muchos riegos ocupacionales) y una universidad privada podrían —formalmente— verse igualmente obligadas a cumplir exactamente la misma cuota de trabajadores con discapacidad. La gran diferencia radicará en que, mientras que la segunda de las empresas probablemente supere largamente el porcentaje exigido, la empresa minera se desgaste en justificar, permanentemente y ante fiscalizaciones sucesivas, que cada puesto de trabajo a ser convocado puede estar expuesto a riesgos ocupacionales.

Estos son claros ejemplos en los que el reglamentarismo estatal, atendiendo a fines constitucionalmente válidos (como la protección de la salud en la maternidad y el derecho al trabajo de las personas con discapacidad) termina por excluir la posible regulación que la autonomía colectiva puede efectuar para asegurar su cumplimiento en condiciones adecuadas a cada sector productivo o empresa. Ese resultado es, desde nuestro punto de vista, de dudosa constitucionalidad a la luz del deber de fomento a la negociación colectiva.

Lo cierto es que nada impide que por convenio colectivo se desarrollen aspectos complementarios o que se mejoren las condiciones en que estas obligaciones laborales están formuladas; sin embargo, consideramos que el legislador ha perdido una valiosa oportunidad de cumplir con el fomento de la negociación colectiva, sea en el nivel de empresa (allí donde existiera un sindicato conformado en el ámbito de empresa) o en niveles superiores, a fin de desarrollar condiciones generales que atiendan a características de las empresas de un sector productivo (lo que hubiera podido ameritar el desarrollo de condiciones específicas en la negociación colectiva del ámbito de la *rama de actividad*).

A continuación, nos interesa explorar la dinámica de tres derechos inespecíficos laborales en la negociación colectiva, entendiéndola ya como proceso de formación de normas privadas, a fin de determinar los horizontes de los contenidos novedosos para las relaciones colectivas peruanas.

La elección de estos tres derechos fundamentales, como casos de análisis, no ha sido casual. Se trata de derechos que, por diversos motivos, han cobrado relevancia en los últimos años, si no por pronunciamientos constitucionales o judiciales, por normativa heterónoma emitida o bien por encontrarse en el centro de discusiones actuales.

### a) La protección de la intimidad de los trabajadores

Se trata de un derecho basal para el desarrollo de la personalidad en el contexto de las relaciones sociales y, en el caso particular de las relaciones de trabajo, se

acrecienta su importancia, dado que el empleador tiene el acceso a información sensible de sus trabajadores dentro de la propia dinámica laboral.

En la Constitución peruana podemos encontrar la consagración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (artículo 2.7 de la Constitución). Se trata de un derecho que se vincula a la dignidad humana al configurarse en la vida privada que la relación laboral debe respetar y no rebajar o desconocer (artículo 23 de la Constitución).

El Tribunal Constitucional ha conceptuado a este derecho como un "*espacio de libertad*" ajeno al conocimiento de terceros y del Estado —en el que puede ubicase por antonomasia el respeto al secreto de las comunicaciones privadas— que puede ser titularizado por las personas naturales y las personas jurídicas.[6]

Por su parte, la misma jurisprudencia constitucional ha definido al derecho al secreto a la inviolabilidad de las comunicaciones de la siguiente manera: "toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley".[7]

En algún pronunciamiento —conocido como el caso *Serpost*—[8] el TC ha manifestado que la única forma de determinar el uso irregular del correo electrónico laboral es a través de una investigación autorizada previamente por el Juez. Luego, se ha reforzado la necesidad de intervenir sobre estos mecanismos si y solo si se tiene previamente la autorización judicial correspondiente, reconociéndose sobre el contenido de las comunicaciones efectuadas a través del correo electrónico la protección al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones.[9]

A partir de ese pronunciamiento, el TC ha reiterado en varias sentencias que la facultad de fiscalización que el empleador tiene solo puede ejercerse, respecto del correcto uso del correo electrónico, mediante una investigación de tipo judicial.[10]

Pese a que en años recientes se ha intentado legislar el ejercicio de las facultades fiscalizadoras sobre los correos electrónicos proporcionados por el empleador, esta intención no ha prosperado, quedando este importante tema en una esfera decisoria ajena a la de la relación de trabajo. En efecto, la autorización del Juez se entiende aún como obligatoria, a pesar de no estar claramente definida ni en términos de la vía procedimental aplicable ni en términos del plazo a ser aplicado.

---

6 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en los expedientes acumulados 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC.

7 Sentencia del Tribunal Constitucion 01058-2004-AA/TC.

8 Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente 1058-2004-AA/TC, citado antes.

9 *Vid*. Sentencia recaída en los expedientes 03599-2010-PA/TC y 00114-2011-PA/TC.

10 Ver por todas: Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 04224-2009-PA/TC.

Esto, como resulta evidente, condena al ejercicio del poder de dirección impracticable, ya que la vía judicial es, de facto, inadecuada para determinar la posible existencia de un incumplimiento dentro de la relación laboral. Sin dudas, este es un punto problemático para la buena salud de las relaciones laborales, pues hoy en día todos los ámbitos de la economía utilizan al correo electrónico como herramienta clave para las comunicaciones internas y externas. Siendo este instrumento uno de carácter decisivo, su uso por parte del trabajador y el control empresarial puede estar sujeto a controversias, dada la tensión entre la privacidad y las facultades empleadoras ante la desregulación existente.

Luego, salta a la vista la posibilidad de introducir este debate en la dimensión de las relaciones colectivas de trabajo. En la *Casación Laboral Nº 3939-2011*-Tacna, la Corte Suprema resolvió indicando que las políticas internas de un empleador no podían proscribir el uso sindical del correo electrónico institucional, pues ello suponía una afectación irrazonable del derecho de libertad sindical. En aquel caso se siguió un criterio expuesto por el Tribunal Constitucional español, en el que se hizo valer el *derecho a la comunicación sindical*, entendiéndose que el uso del correo electrónico para fines gremiales no debe afectar, en ninguna medida, el cumplimiento de sus fines empresariales (Blancas Bustamante, 2011).

De lo revisado, queda claro que las facultades de control del empleador respecto del uso que sus *trabajadores* hacen al correo electrónico asignado, se enfrenta a problemas significativos para la gestión: no existe ponderación posible entre el derecho a utilizar su poder de dirección para fiscalizar, pues dicho interés desaparece ante la premisa de que en todos los casos este control puede afectar el derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones.

Frente a este resultado —que, como se ha dicho, descarta la muy deseable ponderación de derechos en juego— los sujetos colectivos pueden efectuar una regulación absolutamente pertinente para los intereses de ambas partes. A pesar de que la anomia existente parezca favorecer la posición de los trabajadores, lo cierto es que las normas heterónomas en este tema podrían apostar —en vez de reglamentar excesivamente las condiciones, excepciones y demás detalles correspondientes— por fomentar la negociación en este contenido.

Así, en este caso, los sujetos colectivos pueden bien emplear *cláusulas restrictivas* que faciliten la fiscalización del uso del correo electrónico bajo ciertas condiciones que garanticen al derecho de intimidad mediante procedimientos de comprobación selectiva, auditoría de los equipos informáticos y otros procedimientos que, por ejemplo, podrían admitir la participación del interesado. Asimismo, la necesidad de canalizar la acción sindical por correos electrónicos podría estar mejor desarrollada en una *cláusula de concreción*, que faculte a ello bajo requisitos razonables, tales como guardar cierto manual de estilo comunicacional o regular el número de comunicaciones por periodo, a fin de evitar la saturación del correo electrónico de trabajo.

**b) El honor y la buena reputación del empleador**

El citado artículo 2.7 de la Constitución enuncia el derecho que toda persona tiene al honor y la buena reputación, derechos civiles que están sujetos a una situación de riesgo dentro de las relaciones laborales por el conflicto inmanente; peligro que se hace inminente dentro del ámbito de las relaciones colectivas. Es que, sobre todo dentro de la negociación colectiva y la huelga, los reclamos de una y otra parte del conflicto suelen atizarse y pueden alcanzar niveles de agresión que suelen atribuirse a la exaltación propia del contexto en que se llevan a cabo las tratativas.

La doctrina identifica a los daños al honor bajo dos criterios: el contenido de las imputaciones y su gravedad, teniendo en cuenta la forma en que se realizan y la finalidad perseguida (Aguilera Izquierdo, 1997, págs. 191-192, citada por Pacheco Zerga, 2007, pág. 165). En la jurisprudencia constitucional peruana se conoce un caso en el que el TC validó el despido contra un dirigente sindical que había declarado (ante un medio de comunicación), dando a conocer la supuesta comisión de irregularidades de una empresa.[11] Debe destacarse que del contenido de la sentencia se advierte que el sindicalista despedido alegaba que en todo momento había procedido en ejercicio de su derecho de libertad de expresión y con el fin de preservar los intereses de los afiliados a la organización de trabajadores, lo que nos lleva a considerar al derecho a la buena reputación y al honor de las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales.

Actualmente no existe discusión en torno a aceptar que todo empleador tiene derecho a la buena imagen y reputación, y a que esto trae como consecuencia, que los trabajadores vean restringido su derecho a la libertad de expresión, como se advierte en el análisis de algunos pronunciamientos constitucionales y judiciales. Ciertamente, al constituirse la buena reputación, la fama u honra que terceros tienen de una persona, en un rasgo de prestigio, en el caso de una empresa o empresario este derecho adquiere especial importancia, pues el renombre tiene incidencia directa —en mayor o menor grado— en sus operaciones y relaciones comerciales.

En este contexto, las opiniones o declaraciones que se emiten a través de medios de comunicación como la radio, el periódico y la televisión, pueden calificar como injuria o "*faltamiento*" (sic.) de palabra cuando sean manifestaciones falsas, calumniosas o repercutan gravemente en la imagen de la empresa. Habría que incluir como parte de tales medios de comunicación, a la prensa, radio o televisión que se trasmite por internet. Sin embargo, hoy en día los medios de comunicación e información no se limitan a los indicados. En cambio, la proliferación de las redes sociales, como Facebook, Twitter o Instagram (que son en la actualidad —tal vez— las más empleadas), amplían el universo de vías de comunicación por las cuales puede afectarse el derecho a la buena reputación de los empleadores. El problema

[11] Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente 03884-2010-PA/TC.

de las redes sociales es que son al mismo tiempo portales de expresión personal pero que constituyen, también, expresiones de alcance público.

¿Esa exposición podría justificar que se considere a determinado comentario de un trabajador, publicado por Facebook o Twitter, como un acto de injuria o falta de palabra contra el empleador? ¿La configuración de la falta dependería del público al que se encuentra expuesto el autor de las declaraciones? ¿Puede un comentario manifestado por estas vías, realmente afectar la buena reputación de una empresa? Las preguntas formuladas no son irrelevantes. Hoy en día los medios aludidos y las publicaciones realizadas en ellos, han adquirido fuerza en la formación de la opinión pública, al punto que es difícil prever el impacto y los alcances que las publicaciones de sus titulares puedan llegar a tener.

La intensidad y el contenido de tales publicaciones sin duda pueden llegar a mellar la imagen de la empresa dentro del entorno del trabajador que la hubiese publicado. No obstante ello, consideramos que la única respuesta no puede ser considerar dicha conducta como una falta, pues dependerá de diversos factores: la forma en que el empleador tomó conocimiento de las publicaciones, su contenido, entre otras. Sin duda, se trata de un supuesto a ponderar en cada caso concreto, pues el conflicto que subyace no solo involucra el derecho a la buena reputación y a la libertad de expresión del trabajador, sino que también entra en juego el derecho a la intimidad de éste último.

En cualquier caso, y como hemos advertido ya en otra ocasión, las nuevas tecnologías y, dentro de ellas, las redes sociales, se constituyen en un nuevo medio que posibilita la afectación del derecho a la buena reputación. Siendo necesario el control de esas posibles trasgresiones, se hace patente la necesidad de establecer límites razonables, lo que incluso podría ser objeto de protección a través del ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (Zavala Costa, 2015).

La problemática antes presentada, nos permite vislumbrar al ejercicio de la libertad de expresión y la preservación de los derechos de honor y buen nombre como objetos de la regulación convencional. Así, mediante cláusulas declarativas, podría recordarse la vigencia de este importante derecho fundamental inespecífico en la empresa. Alternativamente, podrían desarrollarse cláusulas de tipo restrictivo respecto de la libertad de expresión en casos calificados e informados como de carácter reservado y, con una mayor finura reguladora, incluso podría hacerse uso de cláusulas de concreción para idear un procedimiento interno para que se canalicen malestares o denuncias a fin de que estas sean investigadas y atendidas oportunamente.

Por otro lado, es durante la negociación colectiva (al exteriorizarse el conflicto) cuando el honor, el buen nombre o la reputación pueden verse afectados. ¿Está legitimado un sindicato a difundir ante la opinión pública un audio captado dentro de las tratativas que tuvieron lugar entre las contrapartes en el que se oye decir al empleador afirmaciones que, de ninguna manera, se emitirían ante los medios de comunicación? ¿Puede el empleador basar un procedimiento disciplinario contra un miembro de la junta negociadora sindical por las afirmaciones hechas en las

redes sociales que, desde su punto de vista, atentan contra el honor de la compañía? Son estas situaciones cuya ocurrencia en el trascurso de la negociación colectiva no es infrecuente y que podrían tener una respuesta adecuada desde la regulación autónoma más que desde la revisión lejana y ajena de un órgano jurisdiccional.

Hoy en día la respuesta a preguntas como las planteadas podría darse desde la anomia regulatoria, que da paso a que un tercero aplique la técnica de la ponderación de los derechos en juego[12], lo que implica un tiempo considerable para la resolución del conflicto. Sin embargo, también podría preverse una respuesta adecuada desde la regulación por los propios sujetos interesados. Esta segunda opción permitiría que empleador y sindicato acuerden ciertas reglas mínimas de convivencia negociadora, una suerte de mínimo irreductible o código de conducta dentro de la negociación que ambos sujetos colectivos confeccionan y se obligan a respetar. Desde ese punto de vista, la posibilidad de ruptura de negociaciones en curso por este tipo de situaciones imprevistas se limitaría considerablemente, pudiendo preverse mecanismos adecuados para tratar cualquier posible infracción a la conducta respetuosa al honor, reputación y buen nombre de ambas partes en negociación.

### c) La igualdad de género: un tema de impostergable reconocimiento en los pliegos y contrapliegos de negociación colectiva

La igualdad de género (un tema coyunturalmente presente en la sociedad civil) es, desde luego, un tema que debiera abarcar la preocupación de los sujetos colectivos, no solamente desde una genuina apertura a la regulación de mecanismos que aseguren la igualdad de trato para las personas que trabajan sin distinción de su género; sino también desde una perspectiva pragmática que da cuenta de situaciones de profunda discriminación que se encuentran muy asentadas en el mercado laboral peruano y que afectan a las mujeres que trabajan e inclusive a las mujeres en su reconocimiento en las dirigencias sindicales (universo eminentemente masculino).

De hecho, recientemente el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo —a través del economista George Gray— ha llamado la atención sobre el hecho de que en el Perú la brecha en la participación laboral de las mujeres respecto de los hombres es menor en 18 puntos porcentuales, lo que tendría una repercusión macroeconómica negativa (Desigualdad Peligrosa, 2016, pág. 20). Esto se agrava por el hecho de que la participación laboral femenina no se concentra necesariamente en los puestos de mayor retribución y que, dentro de nuestra sociedad, son las mujeres quienes asumen mayores responsabilidades familiares.

---

12 Recientemente, la Sentencia de Casación Nº 1003-2014-Lima, dictada por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha reiterado el énfasis en la protección de la voz (entre otros aspectos de la personalidad) que pudieran ser difundidos sin autorización a través de fotografías, videos o filmaciones.

Las empresas pueden adoptar, sin duda, medidas unilaterales tendentes a cerrar o reducir la brecha en materia de género. Existe una práctica responsable que viene registrándose en nuestro país, por la cual se están efectuando prácticas que vienen siendo reconocidas inclusive por certificadoras internacionales[13]. Sin embargo, son las organizaciones sindicales —las mismas que, mayoritariamente, están representadas por hombres— las llamadas a integrar dentro de sus respectivos pliegos y (por qué no) dentro de sus respectivas directivas, en forma representativa y adecuada, a las mujeres trabajadoras y a sus exigencias particulares en materias diversas.

Lo cierto es que el avance hacia la igualdad de género en las relaciones de trabajo sería muy lenta si fuera relegada a intervenciones tímidas estatales y a cláusulas declarativas en los convenios colectivos de trabajo. Un nivel de compromiso mayor de los sujetos colectivos respecto de este tema es esperable, si no por convicción propia, por el impulso de la corriente de nuevo empoderamiento femenino que es transversal a las relaciones sociales (incluyendo a las de trabajo).

Sin embargo, no únicamente las mujeres pueden ser beneficiarias de la recepción del derecho fundamental de igualdad y no discriminación en los convenios colectivos. Inclusive es posible que aspectos como la licencia por paternidad y demás cuestiones que involucran la responsabilidad familiar puedan recibir un tratamiento especial en casos particulares (por ejemplo, la jurisprudencia internacional ha reconocido la igualdad de trato en la extensión del permiso parental de un trabajador que era el único responsable del cuidado de sus hijos, por ausencia de la madre).

## VI A LA OTRA ORILLA: EL PAPEL DEL ARBITRAJE FRENTE A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA – FACULTADES Y (NECESARIAS) LIMITACIONES

Más allá de la importancia de reconocer el universo aún no explotado de aspectos que deberían ser abordados mediante la negociación colectiva, un contenido que no debe soslayarse está referido al arbitraje laboral, en la medida que es una de las formas previstas en la legislación, para poner fin al conflicto colectivo de trabajo.

En este sentido, si bien las partes, en el marco de su autonomía colectiva, están facultadas para proponer y contraproponer (en el pliego y contrapliego, respectivamente), aquellas materias que desean regular de manera directa, esta facultad no puede ni debe extender en todos los casos cuando el conflicto es remitido a un tercero hetero componedor. Dicho de otro modo, las partes son libres para pactar

---

13 En ese sentido, debe tomarse nota que recientemente varias empresas peruanas han sido reconocidas dentro del *Ranking de Equidad de Género en las Organizaciones 2016*, el mismo que es promovido por Aequales y la Organización Internacional de Mujeres en Negocios (OWIT, por sus siglas en inglés). Sobre el particular, véase en: "*Marriot, Banco Falabella y PWC lideran en equidad de género*", en Diario Gestión, edición del día 24 de junio de 2016, página 13.

(es decir, ponerse de acuerdo y consensuar) todas aquellas materias que estimen convenientes, siempre que ellas se enmarquen en la legalidad, dentro de sus esferas de competencia, y no contravengan el orden público. Así, "*puede decirse que ha predominado una tendencia a admitir la mayor amplitud en relación al contenido posible de los convenios colectivo y que, en todo caso, el problema podría plantearse en torno a la existencia de límites en cuanto a los contenidos admisibles. A este respecto, Barbagelata ha sintetizado los posibles límites (...) (por ej.: materias consideradas de competencia privativa de los empleadores, materias ajenas al interés legítimo de las partes, materias de incumbencia exclusiva del sector laboral, etc.)* (Garmendia Arigón, 2011, pág. 435)"

En cambio, cuando el conflicto no puede ser resuelto de manera directa y es remitido a la resolución por parte de un tribunal arbitral, la capacidad resolutiva debería limitarse al contenido económico del conflicto (remuneraciones, beneficios, asignaciones, bonos por cierre de pliego, entre otros) o, en su defecto, a aquellas materias que ambas partes han convenido introducir en sus propuestas finales, si bien con divergencias en cuanto a montos o alguna otra particularidad. Es decir, que las dos partes aceptan incorporar a la controversia, si bien no existe acuerdo total en cuanto a los términos que se aplicarán.

Así, si bien el laudo arbitral es, para todo efecto, equiparable a un convenio colectivo (según lo previsto en el artículo 73 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo), por lo cual – en principio – debería poder regular las mismas materias que las partes pueden convenir de manera directa, la propia concepción y estructura del arbitraje laboral, determinan que sea necesario analizar qué materias no deberían ser dilucidadas en un laudo arbitral.

### 6.1. Proceso sumario y ausencia de estación probatoria

Toda vez que la finalidad del arbitraje es poner fin a un conflicto colectivo que no ha podido ser dilucidado de manera directa, ha sido concebido como un proceso sumarísimo, que debe culminarse dentro de los treinta (30) días calendario, siguientes a la fecha de instalación.

Es decir, el tribunal arbitral debe llevar adelante todas las actuaciones procedimentales siguientes:

- Instalar el tribunal, fijar las reglas que regirán el procedimiento y recibir las propuestas finales de cada parte.
- Requerir de las partes toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, privados o públicos, entre otros.
- Requerir de terceros (organismos e instituciones) toda información que pueda resultar conveniente.
- Convocar a las partes para que, juntas o por separado, aclaren o precisen sus propuestas (etapa dentro de la cual se encuentra la realización de la audiencia de sustentación de propuestas finales).

Conforme se aprecia, es un número amplio de actividades concretas, tanto del propio tribunal, como de las partes y terceros, que debe culminar en tan solo treinta (30) días calendario o aproximadamente veintidós (22) días hábiles. Considerando que parte importante de estos días, son empleados en la presentación de las propuestas finales y la emisión de observaciones que la contraparte estime pertinentes (que, de conformidad con la norma, debe hacerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes), ya se estarían tomando aproximadamente siete (7) días calendario. Es decir, en la sola recepción de las posiciones de ambas partes tanto de la propuesta propia como la de la contraria, empleó casi un 25% del tiempo disponible para la tramitación.

En el breve tiempo restante, cada parte deberá sustentar su posición, tanto por escrito como a través de una sustentación oral. Luego de ello, la parte contraria, podrá formular las alegaciones o comentarios finales respecto de la sustentación de su contraparte. En este proceso, la práctica demuestra que se toman aproximadamente unos diez (10) días calendario más, en adición a los ya transcurridos.

De manera simultánea a las actuaciones procedimentales antes descritas, el Tribunal Arbitral debe solicitar al Ministerio de Trabajo, la entrega del expediente administrativo de la negociación colectiva, incluyendo la valorización del pliego de peticiones y el informe de la situación económica financiera de la Empresa, si los hubiera. La entrega de esta documentación, puede tomar numerosos días e inclusive semanas. Por ser la valorización y el informe, elementos de ponderación necesaria, los árbitros están obligados a revisarlos, siempre que ellos existan. Si efectivamente existen y la Autoridad de Trabajo dilata su entrega, ello determinará: (i) que sea recibida con mínimo margen de revisión o; (ii) que sea recibida luego de los treinta (30) días naturales previstos normativamente, con lo cual no podrían ser tomados en cuenta.

En atención a lo anterior, una conclusión relevante a la que se llega es que, dado lo sumario del proceso, tras recibida toda la información mínima necesaria para poder valorar las posiciones finales, el tribunal arbitral aún cuenta con información limitada que le permita conocer cabalmente las particularidades de la empresa y sus trabajadores.

### 6.2 Instancia única

En adición a la restricción introducida normativamente respecto de la duración que debe tener el procedimiento arbitral, también por mandato legal, se tiene que el laudo es inapelable y tiene carácter imperativo (salvo que se incurra en causal de nulidad expresamente prevista). Es decir, ninguna de las partes cuenta con la opción de acudir a una segunda instancia que, en cambio, sí se prevé como una de las garantías del debido proceso en la función jurisdiccional contemplada en la Constitución (artículo 139 inciso 6).

Así, sea cual fuere el resultado obtenido y, a pesar de la limitación en el acceso a la información que esta vía sumaria importa para los árbitros, como regla general, el laudo arbitral no podrá ser impugnado.

### 6.3 Necesarios límites al alcance de un laudo arbitral

En vista de la restricción temporal e instancia única establecidas por ley, opuestas a la flexibilidad en los plazos con que cuentan los jueces y a la garantía de la doble instancia, es comprensible que, en un plazo tan acotado como los treinta (30) días naturales, el Tribunal Arbitral no pueda tener información cabal o profunda sobre la situación de la empresa, el sector, el contexto económico, la estructura profesional interna, entre otros aspectos determinantes para la emisión de un laudo que pueda regular en su integridad, todas las materias vinculadas a la relación laboral.

Ello determina que, en aras de la razonabilidad, si bien sí tiene jurisdicción plena conferida por la Constitución, el Tribunal debería acotar sus pronunciamientos, únicamente a aquellas materias dentro de las cuales se circunscribe el conflicto colectivo de trabajo. Es decir, en la medida que la negociación colectiva es el proceso que tiene por finalidad dar solución a un *conflicto económico, de intereses o de regulación* (y no a un conflicto jurídico, reservado a la jurisdicción ordinaria), el pronunciamiento arbitral debe acotar su fallo exactamente a los mismos parámetros, sin introducir variables o cláusulas que excedan el ámbito mismo del conflicto, máxime cuando su laudo supone adoptar una propuesta final en desmedro de la otra posible propuesta (entiéndase, sin que medie acuerdo).

Adicionalmente, únicamente debería pronunciarse respecto de las cuales tenga plena información y respecto de las cuales conozca los riesgos asociados a su pronunciamiento. Esto es, que haya podido analizar el impacto que su laudo podría tener, por ejemplo, en la estructura funcional o salarial de toda una empresa. Del mismo modo, considerando la reducida etapa probatoria y el hecho que las partes hayan convenido en confiarles la resolución de la controversia, no se debería poder introducir, vía laudo arbitral, condiciones que supongan una limitación injustificada a las facultades de organización empresarial previstas para el empleador.

Así, existen materias que de ninguna manera deberían ser resueltas mediante laudo arbitral, como son las siguientes, por los motivos seguidamente se indican. Nótese que la relación siguiente en modo alguno pretende ser una lista cerrada o inmutable, sino que constituye un primer acercamiento a una materia poco explorada que, sin duda, tiene muchas más aristas que pueden seguir siendo ponderadas.

a) Reposición en el puesto de trabajo y temas relacionados a la facultad disciplinaria del empleador

   El ejercicio de la facultad disciplinaria tiene su origen en lo dispuesto en el artículo 9 del D. S. 003-97-TR; es decir, tiene su origen en una norma legal. En ese contexto, si el empleador estima que un trabajador ha incurrido en contravenciones a sus obligaciones de trabajo y, por tanto, ha incurrido en faltas que ameriten una sanción disciplinaria, se encontrará legitimado para hacerlo, ciertamente dentro de los parámetros del respeto al debido proceso, principio de razonabilidad y proporcionalidad.

En caso el trabajador se considerase afectado por la medida, la vía que corresponderá adoptar será la del proceso laboral ordinario, de conformidad con lo establecido en la Nueva Ley Procesal de Trabajo. Así, en el marco de un proceso con estación probatoria suficiente, se podrá determinar si la falta existió o no, si la sanción aplicada fue proporcional o no, y si corresponde alguna reparación por el daño causado.

El proceso arbitral instaurado para poner fin a un conflicto económico o de intereses, no puede – pues – ser el camino para dilucidar si una sanción disciplinaria se puede tener por no puesta, no solo por carecer el proceso de una etapa probatoria adecuada, sino por carecer de especialidad el propio proceso arbitral, lesionando gravemente los derechos al debido proceso del empleador, pues ninguna persona (natural ni jurídica) "*puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley*", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú.

b) Nivelación, regulación de estructuras salariales y homologación

La determinación de la estructura remunerativa de una empresa, compete exclusivamente al empleador, en la medida que para crearla se tienen en cuenta numerosos factores, tales como profesionalización, especialización, antigüedad en el puesto, niveles de responsabilidad entre otros.

El establecimiento de reglas sobre la nivelación u homologación salarial por parte de un tribunal arbitral (por ejemplo, disponiendo que el íntegro de trabajadores de determinada escala profesional reciba exactamente la misma remuneración), supone que aquél resuelva potencialmente alterando en su integridad toda una estructura fijada por el empleador, en atención a su facultad de organizar las actividades, prevista en la ley.

c) Bandas, categorías o estructuras profesionales

En línea con lo anterior y, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es el empleador quien organiza y reglamenta las labores. Ello implica, ciertamente, la facultad de elaborar organigramas, manuales de funciones, determinación de distintas categorías profesionales, crear bandas, entre otros. El uso de esta facultad, demanda un profundo conocimiento de la empresa y su estructura, y el necesario manejo del equilibrio al interior de la relación laboral.

d) Reducción de la jornada de trabajo, modificación de horarios o turnos o eliminación o cambio de jornadas atípicas o acumulativas

La determinación inicial de la jornada, horarios y turnos, así como jornadas atípicas, corresponde exclusivamente al empleador. Por su parte, la modificación de alguna de tales condiciones esenciales es dispuesta por el empleador, tras la consulta con los trabajadores comprendidos en la medida. En tal medida, un Tribunal Arbitral no debería recoger una propuesta final que implique una reducción de la jornada o una modifica-

ción de turnos o jornadas atípicas en los que no hayan podido intervenir ambas partes de la relación laboral.

e) Determinación o modificación del lugar de trabajo

Al igual que la jornada, la determinación del lugar de trabajo es una atribución que recae privativamente en el empleador. Así, en atención al *ius variandi* inherente a su condición, es a aquél a quien le corresponde la facultad de establecer o modificar, dentro de los parámetros de lo razonable y necesario, el lugar de trabajo. Un Tribunal Arbitral no debería acoger una propuesta que incluya el traslado de determinados trabajadores a un centro de trabajo distinto o que deje sin efecto modificaciones ya introducidas por el empleador[14].

f) Cláusulas que restringen facultades del empleador previstas en la ley

Algunos pliegos de reclamos persiguen restringir la capacidad del empleador de acudir a medidas de despido por falta grave o de cese colectivo, incorporando una etapa previa de consulta obligatoria con la organización sindical (adicional a la prevista en el procedimiento legal, en el último caso). En tal medida, si pedidos análogos fueran incluidos en una propuesta final ante un Tribunal Arbitral, es incuestionable que aquél no debería aceptarlos, pues implicaría imponer – contra la voluntad del empleador, quien no lo aceptó durante el trato directo – una restricción a prerrogativas derivadas expresamente de la ley y ante situaciones concretas que el empleador deberá acreditar en el marco de un procedimiento administrativo completo ante la Autoridad de Trabajo o, de ser el caso, ante un juez.

g) Otorgamiento de licencia sindical permanente

La norma sobre relaciones colectivas prevé que, a falta de acuerdo mediante un convenio colectivo, el Sindicato tendrá derecho a treinta (30) días de licencia sindical para actos de concurrencia obligatoria para los cuatro dirigentes principales. Es decir, entiende que dicho número de días es lo mínimo razonable que un Sindicato debe recibir del empleador por concepto de licencia.

Por su parte, la licencia sindical permanente para uno o más miembros de la junta directiva, determina que se materialice una suspensión imperfecta del vínculo laboral, en virtud de la cual el trabajador no está obligado a

[14] Nótese que la discusión normativa sobre si ello es o no posible, queda zanjada cuando el Legislador regula como un acto de hostilidad equiparable al despido, el traslado de un trabajador con el propósito de ocasionarle perjuicio (artículo 30 inciso c) del TUO de la LPCL). Entendiendo este dispositivo en sentido contrario, si el traslado no constituye una medida arbitraria u orientada a causar perjuicio, es legítima y constituye una prerrogativa unilateral del empleador.

laborar, mientras que el empleador sí está obligado a continuar abonando la remuneración con regularidad.

Si bien nada impide que, si las partes están de acuerdo, ello sea pactado en un convenio, no es razonable que, siendo una materia que no pudo convenirse, por no estar de acuerdo el empleador en trato directo, le sea impuesta vía laudo arbitral. Ello no sería adecuado, toda vez que quien asume toda la carga de una cláusula como aquélla, es el empleador, al tener que incurrir contra su voluntad en un doble costo: (i) el costo del salario y beneficios de un trabajador que no se encuentra laborando y; (ii) el costo de contratar a un nuevo trabajador que realice la labor que el dirigente dejará de realizar. Por tanto, en nuestra opinión este es un tema que debe estar limitado a un acuerdo de partes plasmado en un convenio colectivo.

Por diversos motivos expuestos sucintamente en cada caso, los temas indicados anteriormente, deberían ser definidos bien por el empleador o conjuntamente con los trabajadores durante la negociación colectiva, solo en su defecto, por el Poder Judicial, pero nunca por un tribunal arbitral.

## VII. COLOFÓN

En palabras de Valdés Dal-Re, "*la contratación colectiva puede ser entendida como un complejo y delicado proceso político-social cuyo input es el conflicto y cuyo output son las normas contratadas. O en términos funcionales, la negociación colectiva es un mecanismo de resolución de conflictos (conflic resolving) así como de creación de normas (rulemaking). Es el principal procedimiento ideado en las sociedades democráticas para asegurar el mantenimiento del conflicto entre el capital y el trabajo dentro de límites socialmente aceptables*" (2012, pág. 18).

En esa línea, el resumen y la conclusión de esta ponencia que presento es no a la tradición y si a las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva en nuestro sistema negocial. Las ideas esbozadas apuntan a dar respuesta a los nuevos contextos y realidades empresariales, que se sustentan en la necesidad de adaptarse a los cambios económicos, políticos y sociales.

La flexibilidad laboral pactada, la regulación convencional de los derechos fundamentales inespecíficos y las limitaciones a las facultades de los árbitros en el contenido de un laudo arbitral, constituyen temas no explorados que conviene examinar para "aggiornar" y modernizar la negociación colectiva, en un panorama que exige replantear paradigmas.

Se trata de privilegiar la voluntad libre y la autonomía de los sujetos colectivos. No olvidemos que, según la doctrina científica, la negociación colectiva como conflicto económico, de revisión o de interes es, en suma, un instrumento de renovación constante y de paz social. Esa es su naturaleza.

## VIII BIBLIOGRAFÍA


Aguilera Izquierdo, Raquel. *Las causas del despido disciplinario y su valoración por la jurisprudencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1997

Arévalo Vela, J. (2005). *Derecho Colectivo del Trabajo*. Lima: Grijley.

Autores Varios (2010). Derechos Fundamentales Inespecíficos y Negociación Colectiva. Pamplona: Thomson Reuters.

Blancas Bustamante, C. (2011). *La cláusula de Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Boza Pró, G. (2011). *Lecciones del Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Caamaño Rojo, E., & Ugarte Cataldo, J. (2010). *Negociación colectiva y libertad sindical: un enfoque crítico*. Santiago: Legal Publishing.

Chacartegui Javega, C. (2013). *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Albacete: Editorial Bomarzo.

Ciceron. (s.f.). Los Oficios.

Comisión de las Comunidades Europeas, (2006). *Libro Verde: Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*. Bruselas: COM.

Cortes Carcelen, J. C. (2016). *Los derechos inespecíficos laborales: análisis de algunas sentencias del Tribunal Constitucional*. Obtenido de Academia de la Magistratura: http://www.sistemas.amag.edu.pe

De la Cueva, M. (2000). El nuevo derecho mexicano del trabajo. Mexico D.F.: Editorial Porrúa.

Desigualdad Peligrosa. (2016). *El Comercio*, pág. 20.

Gallart Folch, A. (1932). *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Barcelona: Bosh.

Mendoza Legoas, L. (2012). Uso del correo electrónico institucional para fines sindicales. *Dialogo con la Jurisprudencia*, 316-317.

Moreno Vida, M. (2011). Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos. En J. Monereo Pérez, *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada* (págs. 303-357). Granada: Comares.

Morgado Valenzuela, E. (2000). Las perspectivas del derecho del trabajo en un mundo globalizado. En R. Alburquerque, & N. De Buen, *El derecho del trabajo ante el nuevo milenio* (págs. 3-12). México: Editorial Porrúa.

Palomeque López, C. M. (2014). Las transformaciones del derecho del trabajo. *Laborem, número 17* (págs 17-27). Lima: SPDTSS.

Palomeque López, C. M. (2016). La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante a través de treinta y una proposiciones. *Laborem Número 19* (págs 13-21). Lima: SPDTSS.

Rosembaum Rimolo, J. (2001). *Tendencias y contenidos de la negociación colectiva en el cono sur de América*. Lima: Organización Internacional del Trabajo.

Sanguineti Raymond, W. (2013). *Derecho del Trabajo: Tendencias contemporáneas*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Sempere Navarro, A. (2011). *Derechos fundamentales inespecíficos y negociación colectiva*. Navarra: Editorial Aranzadi.

Toyama Miyagusuku, J. (2010). El contenido del convenio colectivo de trabajo. En V. autores, *Compendio de derecho colectivo del trabajo* (págs. 395-414). Lima: Jurista, Ius Et Veritas.

Valdés Dal-Ré, F. (2012). *La Negociación Colectiva, entre tradición y renovación*. Granada: Comares.

Vidal Salazar, M. (2008). Los derechos laborales colectivos en el siglo XXI. En S. P. Social, *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos* (págs. 527-539). Lima: SPDTSS.

Villavicencio Ríos, A. (2008). Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI. En S. P. Social, *Alcances y eficia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos* (págs. 549-566). Lima: SPDTSS.

Zapirain, H. (2000). La descentralización y su repercusión en el derecho colectivo. En "Cuarenta y dos estudios sobre la Descentralización empresarial y el derecho del trabajo". Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2000, (págs. 439-467).

Zavala Costa, J. (2008). En III Congreso Nacional sobre Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos (págs. 369-399). Lima: SPDTSS.

Zavala Costa, J. (2015). Los derechos fundamentales en el trabajo del empleador o empresario. Conferencia dictada en el acto de incorporación con Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho. Revista Análisis Laboral N° 458, agosto.

# *Ponencias libres*

# Apuntes sobre la negociación colectiva dentro del sector de contrucción civil: una mirada desde la seguridad y salud en el trabajo

**Christian Eduardo Aguirre Cárdenas**

Estudio Tsuboyama, Cuzquen & Nicolini Abogados.
Contacto: *christian.aguirre@tcnabogados.com*

***SUMARIO***

*I. Introducción II. Régimen Especial Laboral de Construcción Civil 1. Características del Régimen Especial Laboral 2. La negociación colectiva como instrumento esencial III. La Seguridad y Salud en el Trabajo: Normas Mínimas 1. Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo 2. Normativa de SST aplicable al Sector de Construcción 3. Normas mínimas: la relación de suplementariedad IV. Negociación Colectiva en Construcción Civil: Clausulas de SST V. Análisis de la realidad de la Negociación Colectiva en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo VI. Hacia un nuevo enfoque de la Negociación Colectiva en materia de SST dentro del Sector de Construcción VI. A modo de conclusiones. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años hemos sido testigos del gran crecimiento que ha experimentado el sector de la construcción en el país, lo cual ha ido aparejado de un gran número de proyectos de construcción y, a su vez, ha generado un gran número de empleos para trabajadores sujetos al régimen laboral especial de este sector. Del mismo modo, en los últimos años venimos siendo testigos de la consolidación, aunque lenta, de la seguridad y salud en el trabajo, tanto como derecho fundamental, así como rama de estudio, claro está que esto se debe a un esfuerzo conjunto de diversos actores sociales.

Ahora bien, el presente artículo tiene como objetivo establecer una aproximación a la seguridad y salud en el trabajo dentro del sector de construcción, haciendo especial énfasis en la negociación colectiva como fuente normativa por excelencia del derecho del trabajo y que sirve como instrumento esencial de los trabajadores y sus representantes para mejorar sus condiciones laborales.

Sobre el particular, si bien resulta imposible agotar todas las incidencias que se puedan presentar en la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo dentro del sector de construcción, ello no impide realizar una aproximación general sobre si la negociación colectiva viene cumpliendo un rol positivo en la consolidación de la seguridad y salud en el trabajo dentro de este sector o si es que puede a futuro cumplir un rol activo en esta materia.

Debemos precisar que, desde nuestro punto de vista, el análisis parte por reconocer dos circunstancias relevantes: las particulares características del régimen especial laboral de construcción civil y la imposibilidad de la normativa para prever todo peligro o riesgo posible dentro de este sector económico; circunstancias a partir de las cuales toma especial relevancia la negociación colectiva como instrumento esencial para la negociación y mejora de las normas mínimas que establecen condiciones de trabajo y, específicamente, en materia de seguridad y salud en el trabajo, toda vez que las actividades en el sector de la construcción son especialmente riesgosas.

Finalmente, la intención del presente artículo es realizar un análisis crítico sobre la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo dentro del sector de construcción civil, a fin de plantear un nuevo enfoque que permita lograr los objetivos ideales de la negociación colectiva, específicamente en el campo de la prevención.

## II. EL REGÍMEN ESPECIAL LABORAL DE CONSTRUCCIÓN CIVIL

En el Perú, por regla general, las relaciones laborales dentro de la actividad privada se encuentran dentro del ámbito de aplicación del T.U.O. del D.L. No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, configurándose así un régimen laboral general. Sin embargo, coexisten de manera paralela una serie de regímenes laborales especiales cuyo origen se encuentra: (i) en las políticas de promoción de

determinados sectores económicos en particular, como podrían ser las MYPES; o, (ii) en la necesidad de adecuar el régimen laboral general a situaciones particulares, tal y como sucede con los futbolistas profesionales.

Ahora bien, lo señalado anteriormente encuentra fundamento en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú, el cual establece la posibilidad de expedir leyes especiales siempre y cuando lo exijan la naturaleza de las cosas, pero no en razón de las diferencias de las personas; esto quiere decir que la justificación para su establecimiento se encontraría, en principio, en la atipicidad de las labores en determinado sector económico específico o situación particular[1]. Cabe mencionar que el establecimiento de un régimen laboral especial no excluye la posibilidad de que la normativa general sea aplicable al supuesto correspondiente, ya que existirá una relación de supletoriedad, por la cual el régimen general suplirá al régimen especial.

En el presente caso, el régimen laboral especial respecto del cual gira nuestro análisis es el de construcción civil, régimen especial establecido en virtud de la necesidad de adecuar el régimen laboral general a la situación particular de estos trabajadores, su actividad, organización de trabajo, especialización y condiciones; y, además, en virtud a la política de promoción de este sector económico.

Al respecto, a efectos de determinar el ámbito de aplicación de este régimen especial es necesario recurrir a la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (CIIU), conforme lo establecido por el Decreto Legislativo No. 727, Ley de Fomento de la Inversión Privada en la Construcción"; sin embargo, resulta importante mencionar que las remuneraciones y beneficios económicos que se perciben en dicho régimen se encuentran establecidos dentro de los Convenios Colectivos que anualmente suscriben la Federación de Trabajadores en Construcción Civil del Perú (FTCCP) y la Cámara Peruana de Construcción (CAPECO), por ser estas las instituciones más representativas a nivel nacional.

### II.1. Características del Régimen Especial Laboral

Tal y como hemos mencionado anteriormente, el sector de construcción civil presenta características o condiciones especiales que lo hacen atípico, lo cual ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia emitida el 06 de marzo de 2003, en el Exp. No. 0261-2003-AA/TC, en la cual ha destacado dos características principales muy singulares:

**Eventualidad**, ya que la relación laboral en este sector económico es temporal pues dura solamente mientras se ejecuta la labor para la cual se ha contratado

---

[1] BALBIN TORRES, Edgardo. "Regímenes especiales en la legislación laboral peruana". EN: Retos del Derecho del Trabajo Peruano. Nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo". IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2010. Páginas 623-626.

al trabajador (por ejemplo, una partida o frente específico) o mientras dure la ejecución de la obra.

**a) Ubicación relativa**, ya que, debido a la temporalidad de la actividad, no existe un lugar fijo y permanente donde establecerse, siendo que varía de acuerdo al lugar donde se va a ejecutar las labores de construcción o la obra.

b) Adicionalmente, y como característica propia de este régimen, habría que mencionar que el tipo de contrato de trabajo de estos trabajadores es colectivo, toda vez que las condiciones de contratación son reguladas a través de los Convenios Colectivos anteriormente mencionados.

### II.2. La negociación colectiva como instrumento esencial dentro del régimen especial laboral de construcción civil

Lo señalado en el numeral anterior nos permite afirmar, categóricamente, que la negociación colectiva es un instrumento esencial dentro del régimen laboral especial de construcción civil, toda vez que regula las condiciones de contratación de los trabajadores sujetos a dicho régimen y, ante la ausencia de una regulación de origen estatal que consolide el régimen, permite la dinámica constante necesaria para este sector económico.

A ello, habría que agregar que el propio Tribunal Constitucional en su sentencia emitida el 06 de marzo de 2003 en el Exp. No. 0261-2003-AA/TC, ha reconocido la importancia de la negociación colectiva por rama de actividad en virtud de las particulares características de este sector económico, señalando lo siguiente:

> "(...) En consecuencia, durante el desarrollo de su actividad laboral, el trabajador de construcción civil presta servicios para una multiplicidad de empleadores, tornando difusa la posibilidad de que pueda contar con una organización sindical a nivel de empresa, y resultando prácticamente inviable el que pueda negociar varias veces al año. Por ello, dada la situación peculiar del sector de construcción civil y con el fin de que la negociación colectiva no se torne en inoperante, es razonable y justificado que el Estado intervenga, estableciendo medidas que favorezcan una efectiva negociación. En ese sentido, deberán expulsarse de nuestro ordenamiento jurídico aquellas normas que resulten incompatibles con un eficaz fomento de la negociación colectiva en el sector de construcción civil, y de ser el caso, expedirse normas que sin desconocer que el nivel de negociación debe fijarse por acuerdo mutuo, establezcan como nivel de negociación el de rama de actividad cuando no pueda arribarse a dicho acuerdo. (...)"

#### *a) Marco Jurídico*

Una vez determinada la relevancia de la negociación colectiva para este régimen, resulta importante establecer el marco jurídico que configura la consagración

jurídica del derecho a la negociación colectiva, ya que este es el primer paso para su vigencia real.

En primer lugar, tenemos el bloque de constitucionalidad, mediante el cual se reconoce el derecho fundamental a la negociación colectiva; así tenemos el numeral 2 del artículo 28° de la Constitución Política del Perú que establece la obligación del Estado respecto al fomento de la negociación colectiva. Cabe agregar que este derecho también se encuentra consagrado en el Convenio No. 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ratificado por el Perú, y que establece la obligación del Estado de adoptar las medidas adecuadas conforme las condiciones nacionales con la finalidad de fomentar el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con el objeto de reglamentar sus condiciones de trabajo por medio de contratos colectivos.

De otro lado, el derecho a la negociación colectiva también se encuentra desarrollado a nivel infraconstitucional, específicamente en el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo No. 010-2003-TR y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo No. 011-92-TR. Ahora bien, consideramos de especial relevancia a efectos de nuestro análisis, lo establecido por el artículo 41° de la Ley, el cual define al convenio colectivo como aquel acuerdo que tiene por objeto regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y demás, concernientes a las relaciones laborales de las partes. Asimismo, el artículo 42° de la Ley señala que el convenio colectivo, tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron, por lo que obliga a quienes lo suscriban, a quienes en cuyo nombre se celebró, a aquellos que consideren su aplicación y a aquellos que se incorporen posteriormente a su ámbito de aplicación.

### *b) Dinámica de la negociación colectiva en el sector de construcción civil*

Al respecto, a partir de lo expuesto en el literal anterior, resulta claro que la negociación colectiva forma parte esencial de la autonomía colectiva, a través de la cual se da una solución armónica a los conflictos laborales, estableciendo con fuerza vinculante entre las partes, determinados beneficios, derechos, prestaciones y condiciones de trabajo (como, por ejemplo, condiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo).

Así las cosas, cabría resaltar lo que señala Boza Pró[2] respecto a la naturaleza del convenio colectivo:

> "(...) el convenio colectivo es producto de la facultad normativa reconocida a los sujetos laborales, lo que nos lleva, necesariamente, a destacar la naturaleza dual del convenio colectivo, pues se trata, en definitiva, de un negocio jurídico (naturaleza contractual) con eficacia jurídica preponderantemente normativa (naturaleza normativa), o para decirlo en los términos de la tantas

[2] BOZA PRÓ, Guillermo. "Lecciones de derecho del trabajo". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011. Páginas 116-117.

veces repetida expresión de Carnelutti, estamos ante un híbrido, con alma de ley y cuerpo de contrato (...)"

En el mismo sentido, Neves Mujica[3] indica enfáticamente que el convenio colectivo es la fuente por excelencia del derecho laboral, otorgándole especial relevancia a las cláusulas normativas pues estas son las que se incorporan de manera automática al contrato de trabajo.

Ahora bien, como hemos mencionado las clausulas normativas del convenio colectivo son de especial importancia dentro de los contratos colectivos de trabajo propios de este régimen especial, por lo que resulta trascendental la vigencia real de este derecho y la garantía de una dinámica adecuada de la negociación colectiva por rama en este sector; con dicho fin es que el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida el 06 de marzo de 2003 en el Exp. No. 0261-2003-AA/TC se pronunció sobre la consagración del derecho y la necesidad de adecuar las normas a fin de garantizar la autonomía colectiva y, específicamente, promover la negociación colectiva que tan relevante es en este caso.

De esta manera, observamos que para este sector económico si habría una dinámica consolidada que permite que anualmente se negocien y pacten las clausulas normativa que contienen condiciones de trabajo que se incorporan de manera automática a la relación laboral de los trabajadores sujetos a este régimen, sin embargo, que exista, no implica necesariamente que sea idónea, adecuada o eficiente, valoración que se hará posteriormente respecto de las condiciones laborales en materia de seguridad y salud en el trabajo.

## III. LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO: NORMAS MINIMAS

### III.1. Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo

Como es de conocimiento general, la dignidad humana es el fundamento base sobre el cual se sostiene el reconocimiento de los derechos fundamentales en la Constitución. Ahora bien, la dignidad toma un especial matiz en el ámbito laboral conforme lo establece el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; con lo cual consideramos se reconoce el respeto a la salud física, moral y psíquica del trabajador, así como el respeto a la vida e integridad, todo ello en el marco de las relaciones laborales.

Al respecto, resulta importante resaltar la eficacia de los derechos fundamentales, que no sólo se limita a la vertical (Estado – ciudadanos) sino que además debe gozar de eficacia horizontal, esto es el respeto de los derechos fundamentales entre los privados y, más aún, cuando existe una relación laboral, en la cual el

[3] NEVES MUJICA, Javier. "Introducción al derecho del Trabajo". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009. Páginas 86-87.

empleador debe actuar como garante toda vez que ostenta el poder de dirección sobre la fuerza de trabajo.

Sin perjuicio de ello, debemos señalar que no sólo tenemos el artículo contenido en la Constitución para sostener que la seguridad y salud en el trabajo es un derecho fundamental, sino que además tenemos tratados internacionales ratificados por el Perú que forman parte del bloque de constitucionalidad; entre estos tratados tenemos la Declaración Universal de los Derechos Humano, en su artículo 3°, 22° y 23°, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 7°.

Por otro lado, no se puede perder de vista que el objetivo de la seguridad y salud en el trabajo es la PREVENCIÓN de los accidentes y daños para la integridad y la salud relacionados con el trabajo, esto se logra a través de la reducción al mínimo razonablemente factible de los riesgos inherentes al trabajo. Cabe indicar que el deber de prevención adquiere un papel protagónico en esta materia pues a través de este deber se busca garantizar la protección de la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores.

A lo expuesto en el párrafo anterior, habría que agregar que, de acuerdo con lo señalado por Ospina Salinas, se trata de un principio que viene a ser "una piedra angular, en la medida que se procura que el empleador coloque un acento especial en la reducción de los peligros y riesgos que se generan por el tipo de gestión empresarial y a los que se expone a sus trabajadores y a todos aquellos que se encuentren en su centro de labores"[4], también indicando que el empleador es el que goza de la facultad directriz de seguimiento, fiscalización y sanción en el centro de labores[5].

### III.2. Normativa de SST aplicable al Sector de Construcción

Así las cosas, una vez establecido el reconocimiento de la seguridad y salud en el trabajo como derecho fundamental que debe ser garantizado y, adicionalmente, fijada la relevancia del deber de prevención; resulta necesario para efectos del presente artículo pasar a analizar el marco jurídico infraconstitucional aplicable al sector de construcción en materia de seguridad y salud en el trabajo:

#### *a) LSST y su Reglamento*

Debemos empezar mencionando que a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), Ley No. 29783, se consolidó la normativa en esta materia y se planteó un nuevo enfoque con el deber de prevención a la cabeza, con la finalidad de fomentar un entorno de trabajo seguro y saludable,

---

4 OSPINA SALINAS, Estela. "El derecho a la seguridad y salud en el trabajo: Principios". En: Revista Derecho & Sociedad. N° 37. Lima. 2011. P. 182.

5 OSPINA SALINAS, Estela. "El derecho a la seguridad y salud en el trabajo: Principios". En: Revista Derecho & Sociedad. N° 37. Lima. 2011. P. 182.

situación que se vio complementada con la aprobación del Reglamento, Decreto Supremo No. 005-2012-TR.

En tal sentido, como hemos mencionado, estas normas buscan promover una cultura de prevención de riesgos laborales partiendo con la enumeración de los principios que deben observarse en el cumplimiento de la normativa, tales como: el principio de prevención, el principio de responsabilidad, el principio de cooperación, el principio de información y capacitación, el principio de gestión integral, el principio de atención integral de salud, el principio de consulta y participación, el principio de primacía de la realidad y el principio de protección.

Ahora bien, es preciso recordar que la LSST es una norma general, y no existe una norma actualizada y específica que regule la seguridad y salud en el trabajo para el régimen especial de construcción civil. Sin perjuicio de ello, todas las normas sectoriales deben alinearse a lo dispuesto en la LSST, por lo que resulta necesario tomar en consideración las disposiciones legales más importantes sobre seguridad y salud en el trabajo contenidas en la LSST y su Reglamento.

A este respecto, consideramos conveniente señalar algunas de las innovaciones más relevantes contenidas en estos dispositivos legales:

- Capacitaciones sobre seguridad y salud en el trabajo.
- Obligaciones relacionadas con contratistas, subcontratistas, modalidades formativas o terceros.
- Adecuación del trabajador al puesto de trabajo.
- Registro de accidentes, enfermedades ocupacionales e incidentes peligrosos.
- Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Incorporación de un tipo penal por incumplimiento.

### *b) Norma Técnica de Edificación G-050: Seguridad durante la Construcción*

La última actualización vigente de dicha norma fue publicada el 09 de mayo del 2009, mediante Decreto Supremo No. 010-2009-VIVIENDA, sin embargo, es importante mencionar que ésta no es una norma emitida por la autoridad administrativa de trabajo o salud, sino que es una norma técnica que no vincula a los trabajadores del régimen especial de construcción civil sino a aquellos proyectos de construcción que se encuentren dentro de su ámbito de aplicación.

Ahora bien, independientemente de que ésta sea anterior a la LSST y fije obligaciones distintas, se debe aplicar en tanto no colisione con la ley y permita rangos mayores de prevención y protección. Conforme señalan Sánchez Castro y Toledo Ríos[6] el Reglamento incluye las siguientes partidas a efectos de velar por la seguridad:

---

[6] SÁNCHEZ CASTRO, Carmen Lucia y TOLEDO RIOS, Gabriela Zoraida. "Estudio, análisis y evaluación de la siniestralidad laboral en las empresas del sector de construcción". Tesis para

- Elaboración, Implementación y Administración del Plan de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- Equipos de protección individual.
- Equipos de protección colectiva.
- Señalización temporal de seguridad
- Capacitación en Seguridad y Salud
- Recursos para respuestas ante emergencias en Seguridad y Salud durante el trabajo.

***c) Normas básicas de seguridad e higiene en obras de edificación: R.S. No. 021-83-TR***

La elaboración de esta norma estuvo a cargo de la Dirección General de Higiene y Seguridad Ocupacional del MTPE, con la finalidad de precisar las condiciones mínimas de seguridad e higiene en obras de edificación, sin embargo, es importante mencionar que esta es una norma sumamente desfasada y que por su ámbito de aplicación no alcanza a todos los trabajadores de construcción civil sino aquellos que presten servicios en obras de edificación.

Ahora bien, conforme señalan Sánchez Castro y Toledo Ríos[7] el contenido de dicha norma contiene disposiciones en materia de seguridad e higiene en los siguientes títulos:

- De la circulación, orden y limpieza, iluminación y señalización.
- De las excavaciones.
- Del riesgo de altura.
- De la maquinaria
- De las escaleras y rampas.
- De los andamios.
- De la electricidad.
- De la Protección Personal.
- De las Instalaciones provisionales.

optar por el título de Ingeniero Industrial. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias e Ingenieria. 2013, pp. 44 – 47.

7 SÁNCHEZ CASTRO, Carmen Lucia y TOLEDO RIOS, Gabriela Zoraida. "Estudio, análisis y evaluación de la siniestralidad laboral en las empresas del sector de construcción". Tesis para optar por el título de Ingeniero Industrial. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias e Ingenieria. 2013, pp. 44-47.

### III.3. Normas mínimas: la relación de suplementariedad

La LSST establece normas mínimas para la prevención de riesgos laborales y mediante las cuales se puede garantizar la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, por lo que nada obsta para que los empleadores y los trabajadores puedan establecer niveles de protección superiores a los contemplados en la ley. Siendo así, mediante contratos de trabajo, convenios colectivos y actos unilaterales del empleador se podrían establecer mejores condiciones a las previamente establecidas.

Lo señalado anteriormente, cuenta además con respaldo legal, toda vez que el artículo 3° de la LSST y el artículo 3° de su Reglamento disponen de manera expresa que se pueden establecer convencionalmente niveles de protección superiores a los contemplados en la Ley. Entonces, en este caso no estamos frente a una regulación estática, sino que puede variar según la propia dinámica de la negociación colectiva a fin de establecer situaciones de mejora frente a las condiciones de trabajo que se mantengan vigentes.

Ahora bien, consideramos que para los supuestos de la Norma Técnica de Edificación G-050: Seguridad durante la Construcción y las Normas básicas de seguridad e higiene en obras de edificación: R.S. No. 021-83-TR, también existiría la posibilidad de mejoras en las condiciones mínimas requeridas, aún si no existiera disposición expresa.

Al respecto, resulta importante innovar con garantías específicas para los sectores de riesgo o, simplemente, establecer nuevas disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo; en tal sentido, la negociación colectiva cobra protagonismo como bien ha notado Alegre Nueno[8]:

"no se limita sólo a mejorar las disposiciones contenidas en las normas legales, sino que los agentes sociales también pueden, a través de la negociación colectiva concretar aspectos (...), cubrir lagunas (...), clarificar ambigüedades (...), adaptar las exigencias legales a las necesidades de cada ámbito de negociación (...) e incluso (...) establecer una regulación alternativa a la prevista en la propia norma (...)"

Por último, resulta importante mencionar que, en virtud de lo señalado, resulta claro que la relación entre los dispositivos legales señalados y un eventual Convenio Colectivo sería de suplementariedad toda vez que mediante esta última se incrementarían las condiciones laborales fijadas por ley.

## IV. NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN CONSTRUCCIÓN CIVIL: CLAUSULAS DE SST

Tal y como hemos señalado anteriormente, por lo general la negociación colectiva en el sector de construcción civil se realiza a nivel de rama de actividad,

---

[8] ALEGRE NUENO, Manuel. "La función de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales". En: Gestión Práctica de Riesgos Laborales núm. 23. Enero 2006. Páginas 48-50.

lo cual ha sido validado por el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida el 06 de marzo de 2003 en el Exp. No. 0261-2003-AA/TC.

Sin perjuicio de ello, nada obsta para que las empresas puedan negociar a otro nivel con sus trabajadores siempre que no se afecte la autonomía colectiva debido a las características propias del sector de construcción.

En ese sentido, para efectos del presente artículo se utilizarán como base de análisis los Convenios Colectivos de Construcción Civil celebrados entre los años 2006 y 2017, a nivel de rama de actividad, toda vez que el acceso a dichos documentos es completamente público. Cabe señalar que el siguiente cuadro no pretende agotar todos los conceptos pactados colectivamente, pero si se cumple con obtener un muestreo adecuado que nos sirva para efectuar el análisis correspondiente:

CONVENIOS COLECTIVOS 2006-2015 / CONSTRUCCIÓN CIVIL

| | **CLÁUSULAS VINCULADAS A LA SST** |
|---|---|
| **2006-2007** | Uniformes de trabajo<br>Cumplimiento de norma técnica E120 |
| **2007-2008** | Seguro de vida<br>Bonificación por contacto con aguas servidas<br>Seguridad durante la construcción |
| **2008-2009** | Seguro de vida<br>Capacitación en seguridad laboral |
| **2009-2010** | Asignación por sepelio<br>Bonificación por altitud |
| **2010-2011** | Bonificación por altura<br>Cumplimiento del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo |
| **2011-2012** | Bonificación por riesgo de trabajo bajo la cota cero<br>Seguro de vida<br>Asignación por sepelio |
| **2012-2013** | Protector solar<br>Bonificación por altitud<br>Bonificación por altura<br>Bonificación por riesgo de trabajo bajo la cota cero |
| **2013-2014** | Inclemencias extremas del clima<br>Bonificación por riesgo de trabajo bajo la cota cero |
| **2014-2015** | Protección de Riesgos Laborales<br>Deber de prevención (Protección)<br>Entrega de EPP´s<br>Capacitaciones en SST<br>Paralización por riesgo |

| | |
|---|---|
| **2015-2016** | Bonificación por Trabajo con Altas Temperaturas e Infraestructura Vial (Mezcla Asfáltica)<br>Protección de Riesgos Laborales |
| **2016-2017** | Bonificación por Altitud |

**Fuente:** Elaboración Propia

Conforme se puede observar del cuadro anterior, en los Convenios Colectivos se han identificado diversos peligros y reconocido la existencia de riesgos propios del desarrollo de labores en el sector de construcción civil, tales como el contacto con aguas servidas, el riesgo de trabajo bajo la cota cero, el trabajo en altitud, el trabajo en altura, las inclemencias extremas del clima, los radiación solar, el trabajo en altas temperaturas o el trabajo en infraestructura vial; asimismo, se ha determinado la importancia del seguimiento de otros tópicos relacionados a la seguridad y salud ocupacional como son la entrega de EPP´s, las capacitaciones, la observancia de las normas internas de seguridad y salud en el trabajo, la observancia del deber de prevención y la protección contra riesgos laborales.

Al respecto, debemos tomar en consideración que la importancia de estos conceptos no pasa por su simple reconocimiento mediante un Convenio Colectivo, sino que lo importante es determinar cómo se abordó su tratamiento en la negociación colectiva y cuáles han sido las reglas de inclusión en el Convenio Colectivo a efectos de verificar si efectivamente se está cumpliendo con el deber de prevención y si el norte es la seguridad y salud en el trabajo.

## V. ANALISIS DE LA REALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

A partir de la revisión de los Convenios Colectivos reseñados, podemos evidenciar que el riesgo o los riesgos laborales por los que se ven afectados los trabajadores dan lugar a distintas regulaciones, pudiendo obtener respuesta en forma de complementos o pluses salariales o tener en cuenta la normativa en materia de prevención de riesgos laborales para brindar soluciones específicas al supuesto concreto que se pretende normar a través del convenio colectivo.

En tal sentido, consideramos necesario esbozar una definición de los **complementos o pluses salariales**, los cuales como su propio nombre indica se relacionan a aumentos en los ingresos del trabajador sujetos a determinada justificación que, para el caso que nos avoca, puede ser la realización de trabajos especialmente peligrosos, penosos o tóxicos.

Al respecto, en la jurisprudencia española se ha desarrollado ampliamente este tema, por ejemplo, tenemos la Sentencia T.S.J. Cataluña 132/2012, la cual establece que el plus de peligrosidad, penosidad y toxicidad, debe percibirse cuando el trabajador ocupa un puesto de trabajo en el que se vea obligado a soportar un riesgo o incomodidad superior a las que normalmente deba soportar otro trabajador que,

realizando las mismas funciones, no ocupe idéntico puesto de trabajo. Para ello, se requiere la concurrencia de habitualidad en los trabajos, y que éstos se realicen en puestos excepcionalmente peligrosos, penosos o tóxicos.

A efectos de reforzar lo señalado, resulta sumamente gráfica la explicación de Moreno Márquez[9], quien señala lo siguiente:

> "Estos complementos tienen su causa en el trabajo, pero su justificación real reside en la concurrencia de alguna concausa que, en este caso, responde al hecho de que la realización de determinados trabajos puede ser peligrosa, tóxica o penosa para el trabajador que los tiene encomendados. De este modo, de una forma amplia, es posible señalar que estos complementos obedecen a las condiciones en las que el trabajador desarrolla su labor y que pueden ser nocivas para su seguridad y salud."

Entonces, a partir de lo señalado se puede concluir que estos complementos o pluses salariales son abonados a un trabajador por someterse a riesgos específicos y atípicos al común de trabajadores, produciéndose finalmente una valorización monetaria de la exposición a determinado riesgo laboral.

Ahora bien, una vez explicado lo anterior, veamos nuevamente el cuadro y realicemos el ejercicio de calificación de las clausulas pactadas en los convenios colectivos de construcción civil:

CONVENIOS COLECTIVOS 2006-2015 / CONSTRUCCIÓN CIVIL

| | CLÁUSULAS VINCULADAS A LA SST | CLASIFICACIÓN |
|---|---|---|
| **2006-2007** | Uniformes de trabajo<br>Cumplimiento de norma técnica E120 | Medida preventiva<br>Cumplimiento normativo |
| **2007-2008** | Seguro de vida<br>Contacto con aguas servidas<br>Seguridad durante la construcción | Aseguramiento<br>**Plus por toxicidad**<br>Cumplimiento normativo |
| **2008-2009** | Seguro de vida<br>Capacitación en seguridad laboral | Aseguramiento<br>Medida preventiva |
| **2009-2010** | Asignación por sepelio<br>Bonificación por altitud | Reparación de daños<br>**Plus de penosidad** |
| **2010-2011** | Derecho de altura<br>Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo | **Plus de peligrosidad**<br>Medida preventiva |

[9] MORENO MÁRQUEZ, Ana. "Prevención de Riesgos Laborales y Complementos de peligrosidad, toxicidad y penosidad". EN: Temas Laborales – Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. No. 93. 2008, p. 128

| | | |
|---|---|---|
| **2011-2012** | Bonificación por riesgo de trabajo bajo la cota cero<br>Seguro de vida<br>Asignación por sepelio | **Plus de peligrosidad**<br>Aseguramiento<br>Reparación de daños |
| **2012-2013** | Protector solar<br>Bonificación por altitud<br>Derecho de altura<br>Bonificación por riesgo de trabajo bajo la cota cero | Medida preventiva<br>**Plus de penosidad**<br>**Plus de peligrosidad**<br>**Plus de peligrosidad** |
| **2013-2014** | Inclemencias extremas del clima<br>Bonificación por riesgo de trabajo bajo la cota cero | Medida preventiva<br>**Plus de peligrosidad** |
| **2014-2015** | Protección de Riesgos Laborales<br>Deber de prevención (Protección)<br>Entrega de EPP´s<br>Capacitaciones en SST.<br>Paralización por riesgo | Medida preventiva<br>Medida preventiva<br>Medida preventiva<br>Medida preventiva<br>Medida preventiva |
| **2015-2016** | Bonificación por Trabajo con Altas Temperaturas e Infraestructura Vial (Mezcla Asfáltica)<br>Protección de Riesgos Laborales | **Plus de peligrosidad**<br>Medida preventiva |
| **2016-2017** | Bonificación por Altitud | **Plus de penosidad** |

**Fuente:** Elaboración Propia

Como resulta evidente en el cuadro, todos los riesgos laborales detectados en la actividad del sector de construcción han sido cubiertos con la entrega de complementos o pluses salariales, siendo que además los Convenios Colectivos revisados están plagados de este tipo de pagos complementarios, en defecto de la existencia de medidas preventivas. Al respecto, cabría hacernos la pregunta de si es posible la convivencia de medidas preventivas con los complementos o pluses salariales, más aún tomando en cuenta que existe toda una normativa referente a la seguridad y salud en el trabajo y que, específicamente, reconoce el deber de prevención.

En tal sentido, Peyrone Villacorta[10] señala que a pesar de que existe fomento para la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo, en la realidad se advierte que los actores sociales no están realizando propuestas significativas que

[10] PEYRONE VILLACORTA, Fiorella. "Seguridad y Salud en el Trabajo en la Negociación Colectiva". En: Soluciones Laborales N° 77. Gaceta Jurídica. Lima. 2014. P. 60.

permitan ampliar los derechos y mejorar sus condiciones de trabajo sobre seguridad y salud en el trabajo. La misma autora reconoce que en el contenido de la mayoría de Convenios Colectivos se limitan a mejorar las condiciones de los beneficios económicos pactados más no a mejorar las condiciones en seguridad y salud en el trabajo.

A lo anterior se suma el hecho de que con la valorización económica del riesgo se está dejando de lado el deber de prevención, como si se aplicara un efecto sustitutorio o alternativo, a partir del cual se puede escoger entre pagar un complemento o plus salarial, o aplicar las medidas preventivas y de protección. Cabe precisar que dentro de las medidas de prevención y protección del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo no ubicamos el pago de complementos, sino que el orden de prioridad empieza con la eliminación de los peligros o riesgos, el aislamiento, la minimización, la sustitución y en último caso la facilitación de equipos de protección personal. Por tanto, el punto de partida debería ser la evaluación de los riesgos para su eliminación o combatirlos en su origen sin que sean admisibles las compensaciones o indemnizaciones de naturaleza económica.

En virtud de lo expuesto, consideramos que a efectos de garantizar el derecho a la seguridad y salud en el trabajo no cabría la sustitución de medidas preventivas por estos complementos o pluses salariales; por el contrario, lo adecuado sería el pacto de medidas preventivas concretas y la progresiva eliminación de los riesgos inevitables, siendo que podrían coexistir complementariamente a fin de garantizar las medidas de prevención correspondientes.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, y sin pretender ser exhaustivo sino más bien referencial, podríamos afirmar que en los Convenios Colectivos revisados se presentan tres (03) grandes problemas:

- La ausencia o relativa omisión de cláusulas referidas a la seguridad y salud en el trabajo.
- La valorización económica o monetarización de los riesgos a los cuales se encuentra sometido el trabajador como medida sustitutoria de medidas de prevención eficientes, volviéndose regla general aquello que debería ser excepcional.
- La mera reiteración de fórmulas legales ya establecidas, que no generan mejoras en las condiciones laborales en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Para finalizar el presente acápite, sobre la realidad de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo, consideramos sumamente útil plantear un tema de discusión y es el relativo a las causas que explicarían la realidad de la negociación colectiva dentro del régimen de construcción civil. A estos efectos, nos apoyaremos en las fórmulas postuladas por Lengua Apolaya[11], quien plantea las siguientes posibles explicaciones a esta realidad:

---

[11] LENGUA APOLAYA, César. "La negociación colectiva y la seguridad y salud en el trabajo: retos y realidades". EN: Tendencias y Perspectivas Laborales: Juicios, Relaciones Sindicales

1. La sobrerregulación de la legislación en materia de seguridad y salud en el trabajo podría estar limitando la actuación de la negociación colectiva.
2. El interés de los negociadores en otros puntos económicos del pliego petitorio.
3. La creencia de la "pérdida del poder de dirección" que disuade al empleador de discutir temas de seguridad y salud en la negociación colectiva.
4. La aceptación y monetarización del riesgo.
5. La creencia de que la siniestralidad es reducida e inexistente.

Habiendo reseñado esto, nuestra posición personal es que no existe una explicación única para entender la realidad de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo dentro del régimen de construcción civil, consideramos que incide mucho el factor de aceptación y monetarización del riesgo aunado al intereses de los negociadores en otros puntos económicos del pliego petitorio, sin embargo no deja de ser cierto que la sobrerregulación deja poco campo e imaginación a la negociación colectiva, aunque en actividades tan riesgosas como la construcción civil aún queda mucho por hacer, por ejemplo, tenemos la importancia de la prevención de los riesgos disergonómicos.

Sin perjuicio de lo señalado, resulta importante tomar en consideración que los negociadores deben valorar adecuadamente los índices de siniestralidad laboral en la construcción, los cuales conforme señalan Sánchez Castro y Toledo Ríos[12] recaen específicamente en los accidentes por caída de personas en altura, aprisionamientos y atrapamientos, accidentes de vehículos y caída de objetos.

## VI HACIA UN NUEVO ENFOQUE DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE SST DENTRO DEL SECTOR CONSTRUCCIÓN

Para finalizar el presente artículo, considero que resulta necesario realizar un viraje respecto del escenario actual en el cual se desenvuelve la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo dentro del régimen de construcción civil, viraje que deberá apuntar hacían un nuevo enfoque que permita la consolidación de la seguridad y salud en el trabajo como parte esencial de la dignidad del trabajador y el trabajo decente en el sector construcción a través de la negociación colectiva. Cabe señalar que la negociación colectiva bien instrumentalizada serviría en sobremanera para la adopción de una cultura preventiva.

---

y Marco Interdisciplinario. V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012, p. 350 – 352.

[12] SÁNCHEZ CASTRO, Carmen Lucia y TOLEDO RIOS, Gabriela Zoraida. "Estudio, análisis y evaluación de la siniestralidad laboral en las empresas del sector de construcción". Tesis para optar por el título de Ingeniero Industrial. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias e Ingenieria. 2013, pp. 65 – 87.

Claro está que actualmente existe una gran distancia entre los objetivos señalados en el párrafo anterior y la práctica negociadora efectiva, pero resulta adecuado sino necesario un nuevo enfoque que coadyuve a romper con los paradigmas actuales, superar las limitaciones vigentes y que, a su vez, permita una negociación colectiva consciente respecto de sus propios objetivos, que trascienden el mero interés económico y que deben apuntar hacía el establecimiento de una cultura preventiva que contribuya a las mejoras en las condiciones de trabajador en materia de seguridad y salud en el trabajo.

## VII. A MODO DE CONCLUSIONES

El régimen especial laboral de construcción civil tiene características que lo hacen particular y atípico, en virtud de las cuales la negociación colectiva aparece como un instrumento esencial para la fijación y mejora de las condiciones de trabajo a través de cláusulas normativas que regulen directamente las relaciones laborales.

Por su parte las normas de seguridad y salud en el trabajo plantean pisos mínimos que deben ser observados estrictamente por los empleadores, siendo esencial dentro de régimen especial laboral de construcción civil la instrumentalización de la negociación colectiva a efectos de suplementar la regulación de origen estatal. El convenio colectivo resulta para estos efectos la norma laboral por excelencia.

Actualmente, la instrumentalización de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo adolece de serias deficiencias, las cuales se evidencian en los Convenios Colectivos de Construcción Civil analizados, toda vez no incluyen cláusulas referidas a seguridad y salud en el trabajo, hay una relativa omisión de las clausulas en materia de seguridad y salud en el trabajo, se prioriza la valorización económica o monetarización de los riesgos por sobre las inclusión de medidas de prevención efectivas y, además, se limitan a la mera reiteración de fórmulas legales ya establecidas, convirtiéndose así en compromisos vacíos de contenido y que no promueven una cultura de prevención en una actividad especialmente riesgosa.

Adicionalmente, se observa la presencia de taras al momento de efectuar la negociación colectiva, las cuales se encuentran vinculadas a la falta de campo e imaginación en la negociación colectiva debido a la sobrerregulación en esta materia, al interés de los negociadores en otros puntos económicos del pliego de reclamos dejando de lado así las medidas de prevención, la aceptación y monetarización del riesgo por sobre las medidas de prevención efectivas y el "desconocimiento" de los índices de siniestralidad que inciden específicamente en los accidentes por caída de personas en altura, aprisionamientos y atrapamientos, accidentes de vehículos y caída de objetos.

En virtud de todo lo expuesto, el viraje hacia un nuevo enfoque resulta necesario, el cual deberá apuntar hacia la consolidación de la seguridad y salud en el trabajo como parte esencial de la dignidad del trabajador y el trabajo decente en el sector construcción a través de la negociación colectiva. Siendo este el escenario, el nuevo enfoque deberá coadyuvar a romper con los paradigmas actuales, superar las

limitaciones vigentes y que, a su vez, permita una negociación colectiva consciente respecto de sus propios objetivos, que trascienden el mero interés económico y que deben apuntar hacía el establecimiento de una cultura preventiva.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE NUENO, Manuel. "La función de la negociación colectiva en la prevención de riesgos laborales". EN: Gestión Práctica de Riesgos Laborales núm. 23. Enero 2006.

ASESOR EMPRESARIAL. "Régimen de construcción civil". EN: http://www.asesorempresarial.com/libros/LV_RCC13/LV_CONSTRUCCION_CIVIL013.pdf (Fecha de consulta: 30 de mayo de 2015).

BALBIN TORRES, Edgardo. "Regímenes especiales en la legislación laboral peruana". EN: Retos del Derecho del Trabajo Peruano. Nuevo proceso laboral, regímenes especiales y seguridad y salud en el trabajo". IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2010.

BOZA PRÓ, Guillermo. "Lecciones de derecho del trabajo". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011

CASTELLÁ, José Luis. "Guía de introducción a los Sistemas Nacionales de Seguridad y Salud en el Trabajo". Organización Internacional del Trabajo. Turín (Italia). 2002.

DE LA VILLA GIL, Luis y otros. Instituciones de Derechos del Trabajo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.

INSTITUTO SINDICAL DE TRABAJO, Ambiente y Salud (ISTAS). "Manual para negociadores y negociadores en salud laboral. Madrid: Paralelo Edición, 2004.

LENGUA APOLAYA, César. "La negociación colectiva y la seguridad y salud en el trabajo: retos y realidades". EN: Tendencias y Perspectivas Laborales: Juicios, Relaciones Sindicales y Marco Interdisciplinario. V Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012.

MORENO MÁRQUEZ, Ana. "Prevención de Riesgos Laborales y Complementos de peligrosidad, toxicidad y penosidad". EN: Temas Laborales – Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social. No. 93. 2008

NEVES MUJICA, Javier. "Introducción al derecho del Trabajo". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.

OSPINA SALINAS, Estela. "El derecho a la seguridad y salud en el trabajo: Principios". En: Revista Derecho & Sociedad. N° 37. Lima. 2011.

PEYRONE VILLACORTA, Fiorella. "Seguridad y Salud en el Trabajo en la Negociación Colectiva". En: Soluciones Laborales N° 77. Gaceta Jurídica. Lima. 2014.

SÁNCHEZ CASTRO, Carmen Lucia y TOLEDO RIOS, Gabriela Zoraida. "Estudio, análisis y evaluación de la siniestralidad laboral en las empresas del sector de construcción". Tesis para optar por el título de Ingeniero Industrial. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias e Ingenieria. 2013.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Otros. Los convenios colectivos en el Perú. ¿Cómo están negociando hoy las empresas y sindicatos? 2009. Lima. Gaceta Jurídica.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. "La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación". Lima: PLADES, 2010.

# La negociacion colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo

**Ana Nelly Calderón Tarrillo**

Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.
Contacto: acalderont@pucp.pe

***SUMARIO***

*Introducción. Capítulo I: Marco Teorico. Negociación colectiva. 1.1. Negociación colectiva en seguridad y salud en el trabajo. 1.1.1. Convenio colectivo como fuente de obligaciones para el empresario a partir del deber de prevención. 1.1.2. Convenio colectivo como herramienta para formular medidas preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Capítulo II: Estado De La Cuestión. 1. Antecedentes. 2. Análisis de la negociación colectiva en el Perú en materia de seguridad y salud en el trabajo. 2.1. Análisis de Convenios Colectivos. a) Equipos de protección personal, uniformes y herramientas. b) Exámenes médicos. c) Capacitación y adiestramiento. d) Coordinación de actividades empresariales. e) Protección de determinados sujetos. f) Servicios de salud. g) Higiene en el trabajo. h) Medida preventiva para la salud de los trabajadores. i) Incentivos económicos. 2.2. La negociación colectiva en seguridad y salud en el trabajo en el derecho comparado. a) Equipos de protección personal. b) Pruebas médicas. c) Información y formación. d) Protección de determinados sujetos. Capitulo III: Límites Y Perspectivas Desde Nuestro Ordenamiento Jurídico. 1. Derecho de participación.1.1. Derecho de participación de los trabajadores. 1.2. Ejercicio del derecho de participación por los representantes de los trabajadores. 2. Ámbito de actuación de la negociación colectiva. Capitulo IV: propuestas de cláusulas.- Conclusiones.- Bibliografía.*

## INTRODUCCIÓN

A nivel internacional se reconoce que a través de la negociación es posible elevar el nivel de vida y las condiciones de trabajo, así como adaptar la legislación nacional de seguridad y salud a los lugares de trabajo, lo cual se condice con el derecho nacional, en el que se reconoce la importancia de la negociación como herramienta para establecer medidas de prevención de riesgos laborales.

Si bien es cierto, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante SST) establece mínimos legales, siempre será posible mejorar, desarrollar y complementar a través del convenio colectivo, lo regulado en beneficio de la protección de los trabajadores; sin embargo las deficiencias en la negociación colectiva en el Perú, las cuales se derivan del nivel de negociación favorecida por el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante TUO de la LRCT), el número mínimo de afiliados para constituir un sindicato y el contenido de las cláusulas negociadas constituyen un límite para propiciar una negociación colectiva con cláusulas de contenido diferente al económico.

La presente investigación describe el estado actual de la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo, desarrolla la importancia de esta en la prevención de riesgos laborales, y determina las posibilidades de negociar colectivamente en esta materia a partir de la experiencia del derecho comparado.

Para cumplir los objetivos de esta investigación, se parte de la definición de negociación colectiva y de su enfoque en materia de seguridad y salud en el trabajo desde los Convenios OIT y la doctrina autorizada, se analiza también el producto negocial como fuente de obligaciones para el empleador y como herramienta para formular medidas preventivas.

En el estado de la cuestión se desarrollan los antecedentes de la investigación y se analiza la negociación colectiva en el Perú en materia de seguridad y salud en el trabajo a partir de la revisión de los convenios colectivos registrados entre los años 2012-2014 en la Dirección Regional del Trabajo de La Libertad; así como, el tratamiento del tema en el derecho comparado.

Después de revisar el panorama actual, a nivel nacional y comparado, se analiza las limitaciones y perspectivas de nuestro ordenamiento jurídico (Ley de SST y ley de relaciones colectivas) para negociar en materia de seguridad y salud; y, finalmente se alcanza propuestas de cláusulas negociales.

## CAPÍTULO I: MARCO TEORICO

### 1. Negociación colectiva

La Negociación Colectiva es un proceso que conduce a la realización del convenio colectivo y puede ser definida como:

> "un conjunto de discusiones sobre condiciones de trabajo, llevadas a cabo entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones

de empleadores por un lado, y un grupo de trabajadores por otro, con miras a la realización de un acuerdo"[1].

Para el Maestro Palomeque la negociación colectiva es:

"el conjunto de relaciones y procesos de acercamiento y diálogo en cuyo seno la autonomía colectiva de los grupos antagonistas sociales (organizaciones de trabajadores y empresarios) produce el convenio colectivo"[2].

En este mismo sentido, los instrumentos normativos de la OIT conciben la negociación colectiva como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un contrato o acuerdo colectivo; comprendiendo el contrato colectivo como:

"todo 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, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional."[3]

El Convenio 98 de la OIT, por su parte, señala en el artículo 4° que el objeto de los procedimientos de la negociación colectiva es el reglamentar, por medio de los contratos colectivos, las condiciones del empleo.

En el ámbito interno, el derecho de negociación colectiva se encuentra reconocido en el artículo 28 de la Constitución, imponiéndose más allá del simple reconocimiento y garantía, el deber de su fomento. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"el derecho constitucional a la negociación colectiva se expresa principalmente en el deber del Estado de fomentar y estimular la negociación colectiva entre los empleadores y trabajadores, conforme a las condiciones nacionales, de modo que la convención colectiva que se deriva de la negociación colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado".[4]

En esta misma perspectiva, Blancas Bustamante señala:

"(...) resulta innegable que nuestra Ley Fundamental no se limita a "reconocer" o "garantizar" el derecho a la negociación colectiva como lo hace respecto de otros derechos[5]. Y si bien la oración inicial del artículo 28° señala

---

1 BUENO, Octavio. La Representación Sindical. En: "Derecho Laboral". Tomo XXVI, N° 129, Montevideo 1983. Página 123

2 PALOMEQUE, Manuel Carlos. Derecho Sindical Español. Ed. Tecnos Madrid, 1986. Página 229

3 Recomendación N° 91 /2 (1), del 29 de junio de 1951

4 Exp. N° 0785-2004-AA, 1/10/04, s2, FJ. 5

5 art. 11°: "El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones..."; art. 29: "El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas y promueve otras formas de participación"

> que "El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga" el numeral 2 de este mismo precepto indica que "fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales". De esta manera resulta que nuestra Constitución, en materia de negociación colectiva, supera una concepción meramente garantista del derecho, para asumir una posición de fomento y promoción del mismo, es decir, un rol activo destinado a asegurar su plena efectividad."[6] (El subrayado es nuestro)

### *1.1 Negociación colectiva en seguridad y salud en el trabajo*

En el ámbito internacional, la OIT ha regulado a través de sendos Convenios y Recomendaciones condiciones de seguridad y salud en el trabajo para preservar la integridad de los trabajadores en las distintas profesiones, en los ambientes de trabajo o frente a determinadas sustancias.[7]

Para garantizar la protección de la salud laboral se pretende que los Estados lleven a cabo actuaciones tendentes a:

> "la promoción y al mantenimiento del más alto grado de bienestar físico, mental y social de los trabajadores en todas las profesiones; la prevención de las pérdidas de la salud de los trabajadores causadas por sus condiciones de trabajo; la protección de los trabajadores en sus puestos de trabajo frente a los riesgos derivados de factores que puedan dañar dicha salud; la colocación y el mantenimiento de los trabajadores en su ambiente laboral adaptando sus capacidades fisiológicas y psicológicas y, en síntesis, la adaptación del trabajo al hombre y de cada hombre a su trabajo"[8].

En el Perú el derecho a la seguridad y salud en el trabajo goza de implícito reconocimiento constitucional, como señala Teobaldo Gaytán:

> "el sustento o fundamento de la regulación sobre el Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo se encuentra en la obligación del Estado de garantizar la defensa de la persona humana así como el derecho a la vida y a la salud, en cumplimiento estricto de los mandatos constitucionales presentes en los artículos I y II de la Carta Magna de 1993."[9]

---

6 BLANCAS, Carlos. La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales. Fondo Editorial de la PUC, 2011, páginas 445-446

7 Por citar algunos: Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138), Convenio sobre el cáncer profesional, 1974 (núm. 139), Convenio sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), entre otros.

8 Definición de salud laboral dada por el Comité Conjunto OIT-OMS en 1995.

9 DEL CAMPO, Teobaldo. *La configuración del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo, a partir de los elementos que conforman la Seguridad y Salud en el Trabajo, su regulación normativa y su análisis en la Ley N°29783 y su modificatoria por Ley N°30222*. Tesis para optar por el título de Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2014, página 29.

En ese sentido, el reconocimiento de este derecho laboral básico, supone la existencia de un correlativo deber del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo. Así, el empresario, se convierte en garante de la seguridad y salud de sus trabajadores durante la vigencia de la relación laboral.[10]

Los instrumentos internacionales y la normativa peruana destacan el papel que debe asumir la negociación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales. Como se ha descrito en el punto anterior, en el ámbito internacional se reseña la importante función que debe cumplir la negociación colectiva para elevar el nivel de vida y las condiciones de trabajo y para aplicar y adaptar la legislación nacional de seguridad y salud a los lugares de trabajo. Por otro lado, en el ámbito nacional la Ley de SST y su Reglamento incluyen una remisión a la negociación colectiva.

### *1.1.1. Convenio colectivo como fuente de obligaciones para el empresario a partir del deber de prevención*

El artículo I del Título Preliminar de la Ley de SST precisa sobre el deber de prevención lo siguiente:

> "El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de riesgos laborales."

Para la doctrina laboralista, el deber de prevención es concebida como la obligación del empresario de proteger a los trabajadores frente a los riesgos profesionales. Esta obligación del empleador tiene una doble configuración, como deber jurídico general existe impuesto por una norma positiva para evitar un riesgo como consecuencia del trabajo, y como deber jurídico particular existe por la proyección horizontal de la sujeción entre los sujetos vinculados, cuyos instrumentos pueden ser el contrato y el convenio colectivo.

En este marco de ideas, la obligación del empresario de garantizar la seguridad y salud no se agota en su consideración jurídico-privada como obligación contractual derivada de la relación laboral, sino que tal obligación, tiene también una proyección jurídico-pública al encontrarse afectados no sólo intereses particulares, colectivos e individuales, sino también intereses generales, por lo que el empresario que incumple su obligación de prevención incurre en infracciones de diversa naturaleza, merecedoras de sanciones más allá del ámbito estrictamen-

[10] Según lo señala el artículo I del Título Preliminar de la Ley de SST.

te laboral. Esta doble naturaleza, según Gutiérrez— Solar Calvo[11] es un prisma adecuado para conseguir esa visión conjunta de la tutela pública y privada de la seguridad y salud en el trabajo.

*1.1.2. Convenio colectivo como herramienta para formular medidas preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo*

El artículo 23 de la Ley de la materia prevé como principio de la Política del Sistema de Gestión de SST, que la organización deberá expresar su compromiso en el cumplimiento de la negociación colectiva en seguridad y salud en el trabajo.

En esa misma línea, los artículos 25 y 76 del Reglamento de la Ley de SST (en adelante el Reglamento) establecen que el cumplimiento de normas sobre seguridad y salud en el trabajo incluyen las normas nacionales en esta materia, así como las normas internacionales ratificadas y las disposiciones acordadas por negociación colectiva.

En este sentido, el Estado mediante la Ley de SST y su Reglamento fomenta el cumplimiento de los acuerdos en materia preventiva adoptados mediante negociación colectiva por lo que no existe impedimento para que los trabajadores y sus organizaciones incorporen en el pliego de reclamaciones la adopción de medidas en esta materia, máxime si en nuestra Constitución, como en lo regulado en el TUO de la LRCT, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR, se reconoce que el Estado fomenta la negociación colectiva.

## CAPÍTULO II: ESTADO DE LA CUESTION

### 1. Antecedentes

La doctrina internacional es unánime en afirmar la importancia de la negociación colectiva para la prevención de riesgos laborales; sin embargo también reconoce las limitaciones que se presentan cuando se regulan cláusulas convencionales en esta materia. Al respecto Tudela Cambronero y Valdeolivas García señalan que:

> "cada vez son más numerosos los convenios colectivos vigentes que incluyen algún tipo de regulación en materia de seguridad y salud en el trabajo, aun cuando, con más frecuencia de lo deseable, dicha regulación se limite a una remisión a la LPRL, incluyendo en ocasiones una referencia a su normativa de desarrollo"[12].

---

[11] GUTIÉRREZ— SOLAR, Beatriz. El Deber de Seguridad y Salud en el Trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica. Madrid: Concejo Económico y Social. 1999, página 168.

[12] TUDELA, Gregorio y VALDEOLIVAS, Yolanda. La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Colección Informes y Estudios. Serie relaciones laborales Núm. 88. 2009

En el ámbito nacional, Peyrone Villacorta refiere que:

> "de la revisión aleatoria de los convenios colectivos en el Perú durante el año 2007 al 2012, se aprecia que se han pactado cláusulas obligacionales sobre SST que ya se encontraban previstas en normas estatales v. gr. Seguro de Vida Ley, Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, capacitación a los trabajadores, entrega de implementos de trabajo, etc."[13].

Por su parte, Toyama Miyagusuku, en su libro intitulado Los convenios colectivos en el Perú: ¿cómo están negociando hoy las empresas y sindicatos? comenta que "la mayoría de convenios colectivos en el Perú se reducen a mejorar las condiciones de los beneficios económicos pactados a favor de los trabajadores",[14]lo que constituye quizás una de las más serias limitaciones de la acción sindical en nuestro medio.

## 2. Análisis de la negociación colectiva en el Perú en materia de seguridad y salud en el trabajo

El cuadro N° 25 del Anuario Estadístico del año 2013, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, refiere que desde el año 1997 hasta el año 2013 existe una constante respecto al número de pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados, lo cual atendería a cuestiones estructurales en la negociación colectiva.

La negociación colectiva en el Perú es fundamentalmente de empresa y los factores que explican este hecho son múltiples. Por un lado, la legislación laboral vigente ha contribuido a reducir la negociación a nivel de rama de actividad, colocando trabas muy fuertes para el desarrollo de las negociaciones a este nivel. El artículo 45 del TUO de la LRCT, señala como regla general que son las propias partes, de común acuerdo quienes fijan el nivel de la negociación colectiva; sin embargo, el mismo artículo establece que "a falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa". "En términos prácticos, por esta regulación los empresarios peruanos rehusaron sistemáticamente a aceptar una negociación colectiva por rama de actividad. (...), por lo que casi desapareció este nivel de negociación en el país"[15]

Otro aspecto importante es el número mínimo de afiliados que se requiere para constituir organizaciones sindicales en las empresas. El artículo 14 del TUO de la LRCT prescribe que "para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afi-

---

[13] PEYRONE, Pía. "Seguridad y Salud en el Trabajo en la Negociación Colectiva". Soluciones Laborales para el Sector Privado. Lima, mayo 2014, N°77, pp. 57-65. 2014, página 62.

[14] TOYAMA, Jorge y otros. Los convenios colectivos en el Perú: ¿cómo están negociando hoy las empresas y sindicatos? Lima: Editorial Gaceta Jurídica. 2009

[15] CANESSA, Miguel. La negociación colectiva en el contexto de la descentralización. Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 08 Nueva Serie. Departamento Académico de Derecho. Centro de Investigación, capacitación y asesoría jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013

liar por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza." Lo establecido en la norma, vinculado al modelo de negociación descentralizado que existe, limita en gran medida la capacidad de los trabajadores para negociar.

Otra característica de la negociación colectiva en el Perú es el contenido de los temas negociados. Las cláusulas convenidas generalmente se limitan a hacer una transcripción de una norma establecida, no se evidencia innovación en las materias reguladas, y se centran básicamente en el desarrollo de cláusulas de contenido económico (aumentos salariales en su mayoría).

### *2.1. Análisis de Convenios Colectivos*

En el entendido que la negociación colectiva permite medir la receptividad de la Ley de SST (vigente desde el año 2011) en las empresas, se han analizado convenios colectivos registrados en la Dirección Regional del Trabajo de La Libertad entre los años 2012— 2014, los cuales han sido suscritos por empresas del rubro agroindustrial, industrial, de servicio médico, entre otras.

En primer lugar, de un análisis general se tiene que la mayoría de las cláusulas que recogen temas de seguridad y salud en el trabajo en los convenios colectivos han sido consignadas en el capítulo denominado condiciones de trabajo; estas cláusulas han desarrollado la ley de la materia, adaptándola en algunos casos a las características de la actividad desarrollada en la empresa. Cabe mencionar que algunas cláusulas contienen una deficiente redacción, convirtiendo lo dispuesto en un acuerdo genérico, sin delimitaciones y con tendencia a la ineficacia, pero también otras que transcriben al pie de la letra la norma.

En segundo lugar, de un análisis específico de las cláusulas negociadas en los convenios colectivos, se ha podido agrupar los conceptos convenidos relacionados a la seguridad y salud en el trabajo de la siguiente forma:

*a) Equipos de protección personal, uniformes y herramientas.*

En algunos convenios se han establecido por separado el otorgamiento de equipos de protección personal, uniformes y herramientas, sin embargo otros han agrupado estos conceptos, lo cual es un error, pues el uniforme no tiene las características de un equipo de protección personal cuya finalidad es proteger al trabajador según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones, cuando no se puedan eliminar en su origen los riesgos laborales o sus efectos perjudiciales para su salud.

Un análisis independiente merece la cláusula que regula la dotación de uniformes de trabajo convenida por la Empresa Casa Grande SAA y el sindicato de trabajadores, pues la empresa se compromete a entregar 1 (Un) par de zapatos de seguridad (Fábrica), 1 (Un) par de botas y 1 (un) par de zapatos de seguridad, entre otros; sin embargo dicha entrega se encuentra sujeta a que los trabajadores

usen los uniformes que les sean entregados, ya que de lo contrario "LA EMPRESA" dejará de otorgarlos, o sancionará al personal que incumpla dicho compromiso. Este apercibimiento va en contra de lo establecido por la Ley de SST, pues esta señala que es obligación del empleador proporcionar a sus trabajadores equipos de protección personal adecuados e insta a su vez a los trabajadores a usarlos adecuadamente, siempre y cuando hayan sido previamente informados sobre su uso. En ese sentido, el empleador siempre estará obligado a dotar los equipos de protección personal necesarios y capacitar a los trabajadores sobre su uso con la finalidad de asegurarse que los utilicen y conserven en forma adecuada.

Por el contrario, un buen mecanismo para incentivar el uso del "uniforme" (entiéndase también equipos de protección personal) es la cláusula establecida en el convenio celebrado entre la Empresa CAMPOSOL SA y el Sindicato de Trabajadores de la Empresa CAMPOSOL SA (SITECASA), la cual fija el otorgamiento por concepto de detergente el importe de S/. 1.50 mensual, cuya entrega está supeditada al uso mayoritario completo y efectivo del uniforme.

*b) Exámenes médicos*

Sobre los exámenes médicos, el literal d) del artículo 49 de la Ley de SST, a la letra dice: "El empleador, entre otras tiene las siguientes obligaciones: (...) d) Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son facultativos. (...) En el caso de los trabajadores que realicen trabajo de alto riesgo, el empleador se encuentra obligado a realizar los exámenes médicos antes, durante y al término de la relación laboral (...)". Dicha disposición normativa, en aplicación de la interpretación, a partir del bloque de constitucionalidad, debe ser entendida de acuerdo a lo señalado en el artículo 14 de la Decisión 584 que establece: "Los empleadores serán responsables de que los trabajadores se sometan a los exámenes médicos de pre empleo, periódicos y de retiro acorde con los riesgos a que están expuestos en sus labores. (...)". En este sentido el empleador se encuentra obligado a practicar los exámenes médicos al inicio, durante y después de la relación laboral, con una frecuencia de dos años.

De la cláusula convencional acordada por La Clínica Peruano Americana S.A. y el Sindicato Único de Trabajadores de la Clínica Peruano Americana S.A. respecto a exámenes médicos, se advierte que el empleador se comprometió a: 1) Coordinar con ESSALUD a fin de que realice un oportuno y especial chequeo médico a sus trabajadores; 2) En defecto de lo anterior, realizar un chequeo médico anual a sus trabajadores mayores de 40 años. Una primera impresión sobre esta cláusula reside en su generalidad, con ausencia del ámbito subjetivo y temporal (compromiso 1); mientras que en el compromiso subordinado se establece el ámbito subjetivo (trabajadores mayores de 40 años) y temporal (examen médico anual). Se desprende de dicha cláusula el desconocimiento de la normativa sobre los exámenes médicos regulados en la Ley de SST, ya que no se hace referencia

a los mínimos que la regulación nacional establece. No obstante, el compromiso subordinado resulta una norma convencional que mejora la disposición mínima establecida en la Ley 29783.

*c) Capacitación y adiestramiento.*

Es recurrente que los sujetos negociales convengan el otorgamiento de capacitaciones por parte de la empresa, sin embargo estas cláusulas se han convertido en una paráfrasis del contenido de la ley, la cual establece en el artículo 49, inciso g) que el empleador tiene la obligación de:

> "garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica, tal como se señala a continuación: 1) Al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración. 2) Durante el desempeño de la labor. 3) Cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo o en la tecnología."

*d) Coordinación de actividades empresariales*

Respecto a la cláusula sobre estandarización de tareas acordada en el capítulo referido a prestaciones económicas del convenio colectivo 2012-2015 suscrito entre la empresa CAMPOSOL SA y el sindicato de trabajadores de la empresa CAMPOSOL SA (SITECASA), esta se encuentra relacionada a los temas de seguridad y salud en el trabajo porque si bien es cierto se pactó con la finalidad de determinar las retribuciones por el trabajo realizado, al establecer con bases técnicas los estándares de tareas, permitirá al empleador adoptar medidas de prevención de riesgos laborales relacionados al diseño de los puestos de trabajo.

Del mismo modo, la cláusula 3.6. del convenio celebrado entre la Empresa TAL SA y el sindicato de trabajadores de la Empresa TAL SA constituye una medida de prevención de riesgos laborales conforme lo establece el artículo 50, inciso b) de la Ley de SST, pues regula la reducción de la tarea de chapodo[16] cuando haya piedras. Esta cláusula ha sido adaptada a las características de la actividad desarrollada en la empresa, lo cual convierte al convenio en una importante herramienta para la prevención de riesgos.

*e) Protección de determinados sujetos*

El artículo 66 de la Ley de SST, prescribe la obligación del Empleador de implementar medidas de protección para las trabajadoras en estado de gestación o lactancia. Si bien es cierto, lo establecido en las cláusulas de los convenios analizados se dirigen más bien a proteger el menoscabo económico de las trabajadoras por acudir a sus citas médicas o para asistir a dar de lactar a sus hijos, estas constituyen

[16] Eliminar el follaje de la planta.

un suplemento a la licencia por maternidad establecida por ley, mas no mejoran lo establecido en la Ley de SST.

Por otro lado, en el convenio celebrado entre la empresa CAMPOSOL SA y el sindicato de trabajadores de la empresa CAMPOSOL SA (SITECASA), se recoge una cláusula de apoyo a trabajadores con discapacidad, mediante la cual la empresa conviene en darles facilidades poniéndolos en áreas adecuadas. Esta cláusula implementa a nivel de empresa lo establecido en el artículo 64 de la Ley de SST que prescribe la protección de trabajadores en situación de discapacidad.

En relación a esto último se puede referir además, que las cláusulas referidas a la adecuación del lugar de trabajo frente a la secuela que deja un accidente o una enfermedad profesional son casi nulas. Sobre esta temática la Ley 29783 ha dispuesto en el artículo 76 que los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Esta disposición, sin embargo debe ejecutarse habiendo agotado previamente otras opciones como la reincorporación del trabajador al mismo puesto de trabajo, sin que se produzca cambio alguno, o ajustar el puesto o lugar de trabajo, de modo que el trabajador no sufra un desfase en la naturaleza de su prestación que incremente el grado de padecimiento. En este sentido, la cláusula suscrita entre la Empresa CAMPOSOL S.A. y la organización sindical de dicha empresa constituye un compromiso que respalda la normativa nacional, sin embargo, tal como se ha sostenido precedentemente podría establecerse medidas más adecuadas como el de mantener al trabajador adecuando su entorno laboral (puesto y lugar de trabajo) a su nueva situación.

*f) Servicios de salud*

En las cláusulas convencionales suscritas entre la Empresa Agraria Chiquitoy S.A., y su sindicato único; así como también entre la empresa Tableros Peruanos S.A. y el Sindicato de trabajadores de la empresa Tableros Peruanos S.A., y el compromiso asumido entre la empresa Camposol S.A. y su sindicato SITECASA, se han regulado disposiciones normativas en materia de seguridad y salud en el trabajo, constituyendo estas medidas acciones destinadas a la materialización del principio de prevención del Sistema de Seguridad y Salud en el Trabajo, y el cumplimiento del deber de prevención que abarca toda actividad que se desarrolle durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, o en el desplazamiento a la misma, aun fuera del lugar y horas de trabajo (Artículo 54 de la Ley 29783). En este marco de ideas, se encuentra el compromiso asumido por la empresa Empresa Agraria Chiquitoy S.A., referido a la coordinación con el personal médico y/o miembros de seguridad industrial de programas de prevención de enfermedades comunes y accidentes laborales; así como el compromiso de otorgar las facilidades para asistir al seguro a los trabajadores (as) que requieran tratamiento médico programado por ESSALUD o

el MINSA con el goce de sus remuneraciones hasta por 13 citas por tratamiento médico programadas al año.

Existen otro grupo de cláusulas vinculadas a temas de contingencia frente a un accidente o enfermedad sobrevenida. Al respecto, la Ley 29783, en el artículo VI del Título Preliminar menciona que "los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tienen derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral". Con las cláusulas que ingresan a este grupo temático lo que se intenta es construir diversos mecanismos destinados a afrontar contingencias en materia de seguridad y salud en el trabajo, de modo que el trabajador pueda tener la certeza de que va a ser socorrido, que contará con un seguro médico para su tratamiento y tiempo remunerado para su recuperación. Así por ejemplo, en caso que el personal sufra algún tipo de accidente, que requiera su traslado al Hospital más cercano, "La empresa" se compromete a continuar disponiendo de las unidades móviles de su propiedad y además, a suscribir un convenio con La Empresa Cartavio S.A.A., con la finalidad que esta facilite una ambulancia de su propiedad; también se puede considerar dentro de esta temática el compromiso asumido por la empresa de seguir otorgando un Seguro Médico particular adicional al Seguro médico brindado por el EsSalud a los trabajadores beneficiarios del Convenio. Asimismo, también ingresa a este grupo el compromiso de la empresa de reconocer y pagar al trabajador que se ausente de sus labores por motivos de salud grave (emergencia) hasta un máximo de cuatro (04) horas.

*g) Higiene en el trabajo*

El literal c) del artículo 5 de la Ley 29783, señala como una esfera de la política nacional de seguridad y salud en el trabajo la adopción de medidas que aseguren niveles adecuados de seguridad e higiene en el trabajo. En este sentido, el Convenio Colectivo de Trabajo 2014-2015 suscrito entre la empresa Sociedad Agrícola Virú S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa Sociedad Agrícola Virú S.A.; así como el Convenio Colectivo de Trabajo 2013-2014 suscrito entre la empresa Tableros Peruanos S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa Tableros Peruanos S.A., se han previsto la implementación de mejoras de los servicios higiénicos y el abastecimiento de productos de limpieza personal, que repercutirá de manera positiva en la salud de los trabajadores, por esta razón dichas cláusulas resultan positivas y, coadyuvan a la materialización de la política señalada precedentemente.

*h) Medida preventiva para la salud de los trabajadores*

En las cláusulas convencionales suscritas por la empresa Sociedad Agrícola Virú S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa Sociedad Agrícola Virú S.A.; la empresa Tableros Peruanos S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa Tableros Peruanos S.A.; así como, entre la Empresa Tal S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa Tal S.A., se han regulado disposiciones para la provisión

de agua potable; también el mantenimiento de los comedores en buenas condiciones y la asignación de buses con equipamiento adecuado. Dichos compromisos constituyen acciones destinadas a la prevención y protección de la salud de los trabajadores, conforme a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 29783.

*i) Incentivos económicos*

Las cláusulas de incentivos económicos no constituyen regulaciones a favor de la seguridad y salud en el trabajo, sino todo lo contrario por lo que también es importante analizarlas.

El convenio colectivo celebrado entre la empresa CAMPOSOL y el sindicato de trabajadores SITECASA para el periodo 2012-2015, contiene una cláusula de Incentivo a la asistencia y puntualidad, lo que podría generar que el trabajador asista a su centro laboral incluso en mal estado de salud.

Así también, el convenio colectivo celebrado entre la empresa Tableros Peruanos S.A. y el Sindicato de Trabajadores de la empresa Tableros Peruanos S.A. recoge una cláusula denominada: Bonificación especial por desgaste físico mayor, a través de la cual la empresa se compromete a entregar S/. 120.00 mensuales, a quienes no tengan de forma permanente una jornada de trabajo con horarios rotativos en horario nocturno y pertenezcan al área de mantenimiento.

En ese sentido, las cláusulas que contienen incentivos económicos que se vinculan al hecho de no tener accidentes o al de tener incapacidades laborales más breves, facilitan la subnotificación de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales y el trabajar sin estar recuperado de una dolencia, con sus consecuencias asociadas. En general, los incentivos económicos a la mayor productividad o a tolerar riesgos o peores condiciones de trabajo son contrarios a la seguridad.

Por ejemplo las recompensas económicas a la productividad tienen como consecuencia trabajar más rápido y olvidar las medidas preventivas, por otro lado las recompensas colectivas por asistencia pueden obligar a un miembro del equipo de trabajo a no abandonar su puesto por estar enfermo o accidentado, para no perjudicar el ingreso económico del grupo.

### 2.2. La negociación colectiva en seguridad y salud en el trabajo en el derecho comparado

El espacio de actuación para el convenio colectivo en España comprende tanto la relación de suplementariedad[17] del convenio colectivo respecto de la norma legal,

[17] "Toda vez que una norma se configura como mínima y otra la mejora. (...)". NEVES, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003, página 143.

cuanto las relaciones de complementariedad[18] y de supletorieda[19], e incluso una función integradora de las normas legales o reglamentarias referida a aspectos no regulados por aquéllas.[20]

Bajo estos supuestos, la negociación colectiva en materia de seguridad y salud en el trabajo en España ha desarrollado cláusulas de mayor beneficio para los trabajadores en algunos aspectos de la Ley de Prevención de Riesgos, sin embargo los juristas españoles consideran que aún los actuales Convenios Colectivos no están recogiendo la letra ni el espíritu de la Ley.

A partir de las clausulas recogidas en los convenios colectivos recopilados en el trabajo denominado: Prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010 de MELÉNDEZ, Lourdes, y otros, se ha realizado un análisis de los temas negociados en materia de seguridad y salud en el trabajo en España:

***a) Equipos de protección personal***

En la Ley de Prevención de Riesgos Laborales española, el tratamiento del empleo de equipos de protección personal se asemeja al nuestro. La dotación de estos equipos resultan subsidiarios respecto de otras medidas de protección a las que la normativa confiere preferencia por ser de protección colectiva. Así también, el empleado no solo está obligado a dotar a sus trabajadores estos equipos sino que también debe asegurar su empleo.

Respecto a las cláusulas negociadas en los convenios colectivos, es notorio en el caso español que mientras que algunos convenios aluden conjuntamente a medios y equipos de protección individual, ropa de protección y prendas de seguridad, otros aluden a medidas de protección personal y equipos de trabajo.

Ahora bien, respecto a las novedades que integra el convenio colectivo son las siguientes:

- La adecuación de estos equipos con las necesidades a cubrir.
- El mal uso, deterioro, falta de colaboración en general o conductas similares del trabajador en la utilización y conservación de los equipos de trabajo como incumplimiento laboral sancionable.

---

18 "(...), la norma uno tiene como característica dejar incompleta la regulación del hecho, razón por la cual la función que cumple la norma dos es la de complementarla. (...)". Ibid., página 142

19 "En la relación de supletoriedad se tiene la norma uno, a la que por ser especial le corresponde regular un hecho pero no lo hace, denominada suplida, y la norma dos, que sí contiene regulación para el hecho, llamada supletoria." Ibid., página 124

20 MELÉNDEZ, Lourdes, y otros. 2012. Prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010. Consulta: 12 de junio de 2015. http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GESTION%20DE%20LA%20PREVENCION/La%20PRL%20en%20la%20negociacion%20colectiva%2020002010/negociacion%20colectiva.pdf

### *b) Pruebas médicas*

Respecto a la voluntariedad u obligatoriedad del sometimiento a pruebas médicas, el artículo 22 de la LPRL condiciona el sometimiento del trabajador a los reconocimientos médicos sólo si concurren las circunstancias que se enumeran en tal precepto.

Los Acuerdos para la Negociación Colectiva de los años 2005 y 2007[21] fijan como criterio que los convenios colectivos deben avanzar en la paulatina sustitución de los exámenes de salud inespecíficos, por exámenes específicos dirigidos a un cumplimiento adecuado de la normativa.

### *c) Información y formación*

En primer lugar se hace una distinción entre información y formación, la primera consiste en la obligación del empleador de comunicar al trabajador los riesgos que entrañan su actividad, entre otras cosas; sin embargo la formación se relaciona a la idea de enseñanza y aprendizaje.

La negociación colectiva propone:

- Folleto[22] informativo como instrumento de formación.

### *d) Protección de determinados sujetos*

La especial protección que les reconoce el artículo 25 LPRL, se traduce en el ámbito de la negociación colectiva en la garantía de su derecho a la movilidad funcional, que se concreta en reconocerles el traslado a un puesto de trabajo acorde con sus características personales o a un puesto que implique un menor esfuerzo físico.

La negociación colectiva aporta identificando puestos de riesgo y prohibiéndoos para los trabajadores que requieran determinada protección (discapacitados, embarazadas)

## III. CAPITULO III: LÍMITES Y PERSPECTIVAS DESDE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

### 1. Derecho de participación

### *1.1. Derecho de participación de los trabajadores*

La Ley de SST, establece el derecho de los trabajadores de participar en la empresa en las cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo.

---

21 BOE de 16 de marzo de 2005 y de 24 de febrero de 2007 respectivamente

22 Único para todo el sector, que con un carácter práctico, tanto normativo como informativo, habrá de complementarse en cada empresa con los puntos específicos de la misma, fundamentalmente en todo lo relativo a las instrucciones de actuación en caso de evacuación, y conforme a lo que establezca el plan de emergencia.

Así, el artículo 18 de la Ley prescribe que el fomento y la participación de las organizaciones sindicales en las decisiones sobre la seguridad y salud en el trabajo. es un principio del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, y el artículo 19 inciso c) reafirma que el reconocimiento de los representantes de los trabajadores es indispensable en el Sistema de Gestión de la SST a fin de que ellos estén sensibilizados y comprometidos con el sistema.

El derecho de participación implica tener un rol activo dentro del Sistema de Gestión de SST; en ese sentido, la negociación colectiva se convierte en un instrumento para participar activamente promoviendo, difundiendo y asegurando el cumplimiento de la normativa sobre la materia.

### *1.2. Ejercicio del derecho de participación por los representantes de los trabajadores*

El derecho de participación de los trabajadores podrá canalizarse a través de sus representantes sindicales y a través de la representación especializada que se señala en el capítulo IV del Reglamento (el comité de seguridad y salud en el trabajo).

Entonces, los representantes sindicales están facultados a celebrar convenios colectivos adoptando cláusulas en materia de seguridad y salud en el trabajo. Esta acción constituye el ejercicio de su derecho a la libertad sindical, la cual es un derecho constituido por tres elementos esenciales: organización, negociación y autotutela; sin embargo es común observar que son los mismos sindicatos los que se autoexcluyen cuando se trata de participar en temas de seguridad y salud en el trabajo, considerando que las medidas de prevención sobre Seguridad y Salud en el Trabajo son de competencia exclusiva del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo. Al respecto, se considera que los sindicatos a través de la negociación colectiva reivindican los derechos de sus representados, incluido el de seguridad y salud en el trabajo.

## 2. Ámbito de actuación de la negociación colectiva

Frente a la negociación colectiva, la principal preocupación de los trabajadores y de los representantes de la empresa es solucionar lo relativo a los incrementos salariales, después a las condiciones de trabajo y de manera excepcional lo relativo a las condiciones de salud. Los puntos referidos a la salud en los pliegos de reclamos son los primeros en ser descartados durante la negociación colectiva.

El artículo 3 del Reglamento prescribe que por convenio colectivo se puede establecer niveles de protección superiores a los contemplados en la Ley; significa entonces, que todo lo regulado en la Ley que se refiera a las obligaciones del empresario y de los trabajadores en materia de seguridad y salud laboral es susceptible de negociación colectiva, siempre y cuando se respeten los mínimos legales, que podrán ser mejorados en beneficio de la seguridad y salud de los trabajadores. Más allá, "además de las mejoras y de la posibilidad de negociación colectiva de

aquellas materias dispositivizadas, será posible también negociar aspectos que la ley no regula (...)"[23]

La importancia de los convenios colectivos recae en que estos son más flexibles que la legislación y están mejor adaptados a los problemas locales relativos a las condiciones de trabajo y al entorno laboral, o a los problemas técnicos y económicos de un sector determinado. Pueden, asimismo, estipular procedimientos flexibles para resolver los conflictos que suscite su aplicación, así como establecer límites de tiempo acordados para su revisión.

## CAPITULO IV: PROPUESTAS DE CLÁUSULAS

Es posible plantear cláusulas en materia de seguridad y salud en el trabajo que mejoren los mínimos establecidos por la Ley. En ese sentido, se pueden generar a través de estas cláusulas obligaciones de hacer, de no hacer y de dar. Algunas propuestas de cláusulas a partir de la experiencia del derecho comparado son las siguientes:

ACCION PREVENTIVA:

- La facultad empresarial de organización del trabajo ha de ejercerse con la participación de los representantes de los trabajadores, a quienes se atribuye el derecho a conocer de aquellas decisiones de carácter organizativo que puedan afectar a los trabajadores.
- Cualesquiera decisiones relativas a la organización del trabajo con repercusión física y/o mental sobre el trabajador han de ser consultadas con los representantes.
- A efectos de evaluación, se tendrá en cuenta la información recibida de los trabajadores sobre la organización, características y complejidad del trabajo, sobre las materias primas y equipos de trabajo existentes y sobre el estado de salud de los trabajadores.

EQUIPOS DE PROTECCIÓN PERSONAL

- Que la elección, revisión y control de las dotaciones se haga por los órganos especializados en la empresa en materia preventiva, para asegurar que se adaptan a las exigencias de los protocolos, insistiendo en que forman parte de los planes preventivos de los centros de trabajo y que los representantes de los trabajadores participan de su elección
- Obligación de realizar auditorías en términos similares a lo aplicable respecto de los equipos de trabajo

[23] SALA, Tomás. Derecho de la prevención de riesgos laborales. Sétima edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011, página 47

- No podrá iniciarse la actividad laboral antes de tener a disposición el oportuno EPI y haberse recibido por el trabajador la formación necesaria para su utilización.

FORMACION

- La formación tendrá dos áreas, la primera de las cuales se impartirá junto con los cursos de tipo técnico, con referencia a los temas específicos del propio curso y la segunda de tipo general, sobre y en el mismo puesto de trabajo
- Establecimiento de módulos y horas formativas dedicadas a cada uno, y con distinción entre la formación impartida a los representantes de los trabajadores especializados en materia preventiva y la proporcionada a los trabajadores en general

VIGILANCIA DE LA SALUD

- Definen las actividades que hacen obligatoria la revisión médica

## CONCLUSIONES

- La Ley de SST se configura como una norma de mínimos indisponibles, es decir que las medidas preventivas contenidas en ella no pueden ser reducidas, sino mejoradas por el convenio colectivo.
- La importancia del producto negocial radica en que a través de este se podrá adaptar lo establecido en la Ley a las características de la actividad de la empresa.
- La negociación en nuestro país no está adoptando cláusulas significativas en esta materia, por el contrario estas son genéricas y remiten expresamente al texto literal de normas ya establecidas.
- Existe cierto grado de desarrollo de la Ley de SST en los convenios colectivos, pero aún no se ve reflejada una verdadera cultura de la prevención en ellos.

## BIBLIOGRAFÍA

BLANCAS, Carlos. La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales. Fondo Editorial de la PUC, 2011.

BUENO, Octavio. La Representación Sindical. En: "Derecho Laboral". Tomo XXVI, N° 129, Montevideo 1983.

CANESSA, Miguel. La negociación colectiva en el contexto de la descentralización. Cuaderno de Trabajo del CICAJ N° 08 Nueva Serie. Departamento Académico de Derecho. Centro de Investigación, capacitación y asesoría jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013

DEL CAMPO, Teobaldo. *La configuración del Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo, a partir de los elementos que conforman la Seguridad y Salud en el Trabajo, su regulación*

*normativa y su análisis en la Ley N°29783 y su modificatoria por Ley N°30222*. Tesis para optar por el título de Magister en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social. 2014.

GUTIÉRREZ— SOLAR, Beatriz. El Deber de Seguridad y Salud en el Trabajo. Un estudio sobre su naturaleza jurídica. Madrid: Concejo Económico y Social. 1999.

MELÉNDEZ, Lourdes, y otros. 2012. Prevención de riesgos laborales en la negociación colectiva. Un estudio comparado de los años 2000 y 2010. Consulta: 12 de junio de 2015.

http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GESTION%20DE%20LA%20PREVENCION/La%20PRL%20en%20la%20negociacion%20colectiva%2020002010/negociacion%20colectiva.pdf

NEVES, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2003.

PALOMEQUE, Manuel Carlos. Derecho Sindical Español. Ed. Tecnos Madrid, 1986.

PEYRONE, Pía. "Seguridad y Salud en el Trabajo en la Negociación Colectiva". Soluciones Laborales para el Sector Privado. Lima, mayo 2014, N°77, pp. 57-65. 2014.

SALA, Tomás. Derecho de la prevención de riesgos laborales. Sétima edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2011.

TOYAMA, Jorge y otros. Los convenios colectivos en el Perú: ¿cómo están negociando hoy las empresas y sindicatos? Lima: Editorial Gaceta Jurídica. 2009

TUDELA, Gregorio y VALDEOLIVAS, Yolanda. La seguridad y la salud laboral en la negociación colectiva. Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Trabajo e Inmigración. Colección Informes y Estudios. Serie relaciones laborales Núm. 88, 2009

# El arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana: luces y sombras

**Miguel F. Canessa Montejo**

Abogado y sociólogo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.
Contacto: miguelcanessa@hotmail.com.

***SUMARIO***

*1. El arbitraje potestativo en la negociación colectiva. 2. El arbitraje potestativo en la negociación colectiva peruana. 3. La aplicación del arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana. 4. Los costos económicos del arbitraje laboral. Reflexión Final.*

Hace casi dos décadas abordé una investigación sobre el arbitraje laboral en la negociación colectiva de Lima Metropolitana, concluyendo que este mecanismo de solución de conflictos tenía un escaso peso cuantitativo respecto a las otras modalidades de solución, a pesar que la Ley de Relaciones Colectivas de 1992 (en adelante, LRCT) lo adoptó como sustituto al arbitraje obligatorio del Ministerio de Trabajo que era violatorio del artículo 4 del Convenio N° 98 de la OIT. La mala redacción del artículo 61 del Decreto Ley N° 25593 condujo a interpretaciones contradictorias sobre el arbitraje laboral. Inicialmente se entendió que la norma formulaba el arbitraje potestativo, pero luego se varió por el arbitraje voluntario. Esta modificación socavó su uso, dado que los empleadores peruanos sistemáticamente rechazaron la solicitud de arbitraje. Por ello, el mecanismo de solución fue escasamente usado representando en 1997 el 0,5% de los resultados de la negociación colectiva de la capital[1].

Esto se modificó con la sentencia del 17 de agosto de 2009 y la resolución aclaratoria de 10 de junio de 2010 del Tribunal Constitucional donde reestablece la interpretación del arbitraje potestativo en la LRCT. Este criterio ha sido reiterado por el Alto Tribunal en posteriores sentencias constitucionales.

Ante la nueva situación jurídica se produce un crecimiento de arbitrajes a nivel nacional, especialmente, en la administración pública, a consecuencia de la prohibición dispuesta por las leyes de presupuesto y la Ley del Servicio Civil sobre el otorgamiento de incrementos remunerativos a los servidores públicos. Los tribunales arbitrales dejan de aplicar estas leyes sobre la base de que dicha prohibición viola el contenido esencial del derecho de negociación colectiva establecido en la Constitución peruana (artículos 28 y 42). Si bien el Ministerio de Economía y Finanzas —verdadero gestor de estas prohibiciones— buscó evitar que estos laudos arbitrales tuviesen vigencia y sancionó a los árbitros que lo adoptasen, las recientes sentencias constitucionales de 3 de septiembre de 2015 y de 26 de abril de 2016 declararon inconstitucionales dichas prohibiciones, señalando que solo se puede limitar la negociación colectiva al respeto del equilibrio presupuestal, con lo que se respalda la actuación de los árbitros.

El presente Estudio pretende medir el impacto del arbitraje laboral en la negociación colectiva peruana, planteándose como interrogante principal: ¿si el nuevo escenario jurídico le ha permitido al arbitraje superar su inoperancia? Para responderlo se ha dividido el Estudio en cuatro apartados. En el primero se analiza el marco conceptual del arbitraje potestativo, En el segundo se aborda su incorporación al ordenamiento nacional por medio de la jurisprudencia constitucional y la norma reglamentaria de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. En el tercero se recuperan los resultados estadísticos del arbitraje laboral en los noventa y se examinan los resultados estadísticos del arbitraje laboral entre el 2000 al 2015. En

[1] Cfr. CANESSA MONTEJO, Miguel F. "El arbitraje en la negociación colectiva de Lima Metropolitana". En: *Asesoría Laboral*. Lima: Caballero & Bustamante, Año IX, Enero 1999, N°. 97.

el cuarto se analiza la onerosidad del arbitraje laboral y se formula una propuesta. Finalmente, hay una breve reflexión final sobre el Estudio.

## 1. EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El arbitraje es definido como un mecanismo de solución de conflictos —individual o colectivo—, donde las partes designan a un tercero —árbitro o tribunal arbitral— al que someten su conflicto y aceptan que su decisión sea vinculante. Se pueden identificar las tres características del arbitraje: a) un mecanismo de solución de conflictos —individual o colectivo—; b) la solución proviene de un tercero designado —árbitro o tribunal— quien emite una decisión; c) la decisión tiene fuerza vinculante por el compromiso adquirido de las partes.

La doctrina reconoce tres tipos de arbitrajes laborales: *voluntario, obligatorio y potestativo.* El arbitraje voluntario es aquél en que las partes consensualmente deciden someter su conflicto a un tercero designado por ellos, quien emitirá una decisión —laudo— que será de obligatorio cumplimiento. El arbitraje obligatorio es aquél en que la norma compele a las partes en litigio a someter su conflicto a un tercero. El arbitraje potestativo (también conocido como unilateral o voluntario vinculante) es aquél en que la norma otorga a una de las partes la facultad de someter el conflicto a un tercero, estando obligado la otra parte a ese sometimiento. Estos tres tipos de arbitrajes se definen en función a la existencia o no del consenso en someter el conflicto a un tercero; en el voluntario son ambas partes, en el obligatorio la norma lo impone, y en el unilateral una de las partes tiene esa potestad.

Se suele equiparar el arbitraje unilateral con el obligatorio porque no existe el consenso de las partes sino la decisión de una de ellas al momento de someter el conflicto a un tercero. Pero la diferencia sustancial consiste en que el arbitraje obligatorio es impuesto indefectiblemente a las partes si no se ha resuelto el conflicto, mientras que en el arbitraje potestativo no existe una imposición automática, siempre queda en atribución de la parte facultada la potestad de someter o no su conflicto a un tercero.

Este último tipo de arbitraje suele ser recogido por los ordenamientos laborales como una técnica de promoción a la negociación colectiva ante la debilidad de los trabajadores frente al empleador. En efecto, "parte de la doctrina ha constatado que el empresario actúa con buena fe o mala en la negociación colectiva atendiendo a criterios de coste y beneficio, en relación con la sanción impuesta ante el ilícito. De ahí que la «sanción» del arbitraje sea una buena manera de persuadir a la Patronal de la utilización de prácticas antisindicales"[2]. También se ha argumentado en favor de este arbitraje que siempre está abierta la huelga como medida de los trabajadores antes del sometimiento del conflicto, a diferencia de su prohibición en

[2] BALLESTER PASTOR, María Amparo. *El arbitraje laboral*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 74.

el caso del arbitraje obligatorio. Asimismo, la intervención estatal se ve disminuida notablemente. Tampoco debe caerse en un uso indiscriminado porque revelaría la extrema debilidad de los trabajadores en poder llegar a un acuerdo negociado o la imposibilidad de presionar al empleador a través de la huelga[3].

Sin embargo, para los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo —la Comisión de Expertos (en adelante, CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS) no caben este tipo de distingos. Solo existen dos tipos de arbitrajes: el arbitraje voluntario y el arbitraje obligatorio. El arbitraje potestativo es una de las modalidades del arbitraje obligatorio.

La Comisión de Expertos se pronuncia en los siguientes términos al respecto:

> La imposición del arbitraje con efectos obligatorios, ya sea en virtud de la ley, por decisión administrativa o *por iniciativa de una de las partes, en el caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo*, o después de cierto número de días de huelga, es una de las formas de intervención más radicales de las autoridades en la negociación colectiva (...). Por otra parte, el término «arbitraje obligatorio» en sí mismo da lugar a cierta confusión. Cuando se refiere a los efectos obligatorios de un procedimiento de arbitraje solicitado voluntariamente por las partes, la Comisión considera que ello no plantea problemas dado que se supone que las partes normalmente deberán acatar la decisión del árbitro o del tribunal arbitral que han elegido libremente. *El verdadero problema se plantea en el caso del arbitraje obligatorio, que las autoridades pueden imponer ante un conflicto de intereses, a solicitud de una de las partes, o por iniciativa propia, y cuyos efectos son obligatorios para las partes* (la cursiva es mía)[4].

De modo que el arbitraje potestativo resulta siendo identificado por la CEACR como una modalidad contraria a la negociación libre y voluntaria recogida en el artículo 4 del Convenio Nº. 98 de la OIT. Se trata de un criterio elaborado por la Comisión desde hace varias décadas en diferentes pronunciamientos y se consolidó con la publicación de su *Estudio General sobre Libertad Sindical y Negociación Colectiva* (1994)[5].

Desde esa fecha la Comisión de Expertos ha reiterado en diversas ocasiones que la legislación o la autoridad de trabajo no debe imponer el arbitraje a solicitud de una de las partes. A modo de ejemplo, la Comisión de Expertos le señala al gobierno de Moldavia que enmendase el párrafo 1 del artículo 360 de su Código del

---

[3] Ibídem., p. 73-78.

[4] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Dar un rostro a la globalización. Estudio General sobre los convenios fundamentales relativos a los derechos en el trabajo a la luz de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2012, párrafo 246.

[5] Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Libertad Sindical y Negociación Colectiva. Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994, párrafo 256.

Trabajo, que permite que las autoridades impongan el arbitraje a solicitud de una de las partes a fin de garantizar que el recurso al arbitraje obligatorio sólo resulta posible en el contexto de los servicios esenciales en el estricto sentido del término (es decir, aquellos cuya interrupción pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población), o en el caso de los funcionarios públicos al servicio de la administración del Estado[6]. En el caso de Uganda, la Comisión expresa que las disposiciones que permiten a las autoridades imponer un arbitraje obligatorio o permitir que una parte presente unilateralmente un conflicto a las autoridades para su arbitraje, contravienen el principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos consagrados en el *artículo 4* del Convenio[7]. Del mismo modo, la Comisión es rotunda sobre su pronunciamiento hacia Zambia, señalando que el artículo 78, párrafos 1), *a)* y *c)* y 4), de la ILRA, en su tenor enmendado, permite, en ciertos casos, a las partes remitir el conflicto a un tribunal o al arbitraje. La Comisión recuerda que el arbitraje impuesto por la legislación o a solicitud de una de las partes en los servicios que no son esenciales en el estricto sentido del término y que no implican a los funcionarios públicos que ejercen su autoridad en nombre del Estado, es contrario al principio de la negociación voluntaria de los convenios colectivos. *Por consiguiente, la Comisión pide al Gobierno que examine la posibilidad de revisar las disposiciones antes mencionadas a fin de garantizar que fuera de los casos mencionados, el arbitraje sólo pueda realizarse a solicitud de ambas partes involucradas en el conflicto*[8].

En otras palabras, el arbitraje potestativo es equiparado al arbitraje obligatorio y está en contradicción con el principio de negociación libre y voluntaria recogido en el artículo 4 del Convenio Nº. 98 de la OIT. Aunque la CEACR matiza su afirmación al plantear excepciones válidas para la imposición del arbitraje obligatorio.

Estas excepciones planteadas se justifican al comparar el modelo de libertad sindical constituido por las normas internacionales del trabajo —los convenios 87 y 98— y su restrictiva plasmación en los ordenamientos nacionales. La libertad sindical significa el respeto simultáneo de los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cuando se exige el respeto del principio de negociación libre y voluntaria significa también que se complementa con que las organizaciones de trabajadores puedan ejercer la huelga como acción para la defensa de sus intereses. Por ello, el derecho de huelga es una forma de presionar a su empleador para alcanzar un convenio colectivo que está plenamente protegido por el Convenio 87[9].

---

6 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1a.)* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. 129.

7 Ibídem, p. 206.

8 Ibídem, p. 226.

9 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *La Libertad Sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 5ª. Edición revisada, 2006, párrafo 531.

Así la acción sindical resulta suficiente sin que se requiera imponer un arbitraje potestativo a favor de los trabajadores en la negociación colectiva. Sin embargo, los órganos de control de la OIT son conscientes que un significativo número de ordenamientos nacionales se caracterizan por condicionar y restringir el derecho de huelga[10], materializando una aplicación incompleta del modelo de libertad sindical de los convenios, y también se presentan situaciones que válidamente pueden restringirse el ejercicio de la huelga. En ambos casos se perjudica a la parte más débil de la relación laboral. Esto conduce a que los órganos de control de la OIT excepcionalmente reconozcan causas válidas para el arbitraje obligatorio.

Inicialmente se consideró admisible el arbitraje obligatorio en el marco de los servicios esenciales y en los casos de conflicto dentro de la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado[11]. Dado que el ejercicio de huelga puede ser limitado o restringido en razón a afectar derechos fundamentales de la ciudadanía, se permite que se le sustituya por un arbitraje obligatorio.

Posteriormente, se ampliaron las causales del arbitraje obligatorio. La CEACR admite como excepción "en aquellos casos en que existan disposiciones, que por ejemplo, permitan a las organizaciones de trabajadores iniciar este procedimiento, para la firma del *primer* convenio colectivo"[12]. También lo admite cuando "existe un momento en la negociación en la cual tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, cuando es obvio que el bloqueo no será superado sin una iniciativa de las mismas"[13]. Igualmente, la CEACR precisa en una Observación a Portugal de 2013 que el arbitraje obligatorio puede ser sometido ante una crisis aguda nacional o local[14].

Finalmente, puede postularse que la mala fe en la negociación colectiva como una excepción válida del arbitraje obligatorio en tanto acarrea que la negociación sea prolongada e infructuosa. Si bien la CEACR no ha sido precisa al respecto, en su Observación a Portugal de 2016 se desprendería que lo acepta en el marco de la primera negociación colectiva. En efecto, al valorar los artículos 508 y 509 del Código de Trabajo luso, que permiten al ministro responsable del área laboral determinar por decisión fundamentada el recurso al arbitraje obligatorio. La Comisión toma nota que en virtud del artículo 508, párrafo 1, inciso c), del Código del Trabajo, el recurso al arbitraje obligatorio es sólo posible en su primer numeral: por requerimiento de una de las partes, tratándose de una primera convención colectiva, cuando "haya habido negociaciones prolongadas e infructíferas, conci-

---

10 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2012, párrafo 123.

11 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2006, párrafo 564.

12 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 1994, párrafo 257.

13 Ibídem., párrafo 258.

14 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1a.*) Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2013, p. 163.

liación o mediación frustrada y no haya sido posible dirimir el conflicto mediante el arbitraje voluntario, por mala fe negocial de la otra parte"[15]. Posteriormente, mencionamos que esta situación se reproduce en el caso peruano.

La Comisión de Expertos en un largo párrafo recopila parcialmente las causas válidas del arbitraje obligatorio:

> De manera general, es contrario al principio de negociación voluntaria el arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo. La Comisión considera que el arbitraje obligatorio solo es aceptable en ciertas circunstancias específicas, a saber: i) en los servicios esenciales en sentido estricto del término (es decir, aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población); ii) en los casos de conflicto en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; iii) cuando, tras negociaciones prolongadas e infructuosas, puede justificarse la intervención de las autoridades, si es obvio que el bloqueo de las mismas no será superado sin una iniciativa de su parte; o iv) en caso de crisis aguda. Sin embargo, el arbitraje aceptado por ambas partes (voluntario) es siempre legítimo. En todos los casos, la Comisión considera que antes de imponer un arbitraje es en grado sumo deseable que las partes dispongan en todo momento de la oportunidad de negociar colectivamente durante un período de tiempo suficiente con la ayuda de una mediación independiente[16].

En resumen, el carácter excepcional del arbitraje obligatorio en el marco de la OIT se produce bajo cinco supuestos: 1) en los servicios esenciales; 2) en la función pública respecto de funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado; 3) en negociaciones prologadas e infructuosas, sin que pueda superarse por las propias partes; 4) en la primera negociación colectiva; 5) en una crisis aguda nacional o local. Restando un pronunciamiento expreso sobre el supuesto de la mala fe de una de las partes en la negociación colectiva.

## 2. EL ARBITRAJE POTESTATIVO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PERUANA

El tratamiento normativo del sometimiento del arbitraje laboral en la negociación colectiva está regulado en los artículos 61, 62 y 63 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, TUO-LRCT). Asimismo, el artículo 46 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo Nº. 011-92-TR) complementa el marco normativo. El artículo 61 del TUO-LRCT establece: "Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las

---

[15] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (Informe III, Parte 1a.)* Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2016, p. 123.

[16] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2012, párrafo 247.

partes someter el diferendo a arbitraje". A su vez, el artículo 62 establece: "En el caso del artículo anterior, los trabajadores pueden alternativamente, declarar la huelga conforme a las reglas del artículo 73º. Durante el desarrollo de la huelga, las partes o la Autoridad de Trabajo podrán designar un mediador. La propuesta final que éste formule deberá ponerse en conocimiento de las partes. Las fórmulas de mediación, en caso de no ser aceptadas por las partes, no comprometerán las decisiones arbitrales ulteriores". Asimismo, el artículo 63 establece: "Durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador". Finalmente, el primer párrafo del artículo 46 de su Reglamento señala: "Al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el artículo 61º de la Ley, cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el artículo 62 de la Ley".

Originalmente, la doctrina nacional interpretó estos artículos como el reconocimiento del arbitraje potestativo a favor de los trabajadores, en caso lo solicitasen a su empleador[17]. De igual modo, la autoridad administrativa de trabajo (en adelante, AAT) se pronunció por el arbitraje unilateral a favor de los trabajadores en la Resolución del 14 de junio de 1994 (Expediente Nº.751-93: Papelera Especiales S.A) y la Resolución del 5 de setiembre de 1994 (Expediente Nº.983-93: Editora Perú). De este modo, la AAT interpretaba que la LRCT establecía el arbitraje potestativo a favor de los trabajadores. Sin embargo, dicho criterio fue variado a partir de la Resolución del 6 de febrero de 1995 (Expediente Nº.414-94: Avícola Esquivel S.A.), con lo que se modifica el criterio, asentado que en realidad la LRCT erigía el arbitraje voluntario, por lo que es insuficiente la unilateral solicitud de los trabajadores para exigir la suscripción del compromiso arbitral.

Luego de quince años en que el arbitraje voluntario fue la interpretación válida respecto al sometimiento del arbitraje laboral en la negociación colectiva, esta situación jurídica varió con la sentencia de 17 de agosto de 2009 y la resolución aclaratoria de 10 de junio de 2010 del Tribunal Constitucional en el Expediente Nº. 03561-2009.

El Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao presentó su pliego de reclamos a la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y la Asociación Marítima del Perú para iniciar una negociación colectiva a nivel de rama de actividad. Los gremios empresariales rechazaron iniciar la negociación colectiva apoyándose en el primer párrafo del artículo 45 del TUO-LRCT, donde se establece que si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel, las partes deciden de

[17] Cfr. FERRO DELGADO, Víctor. "El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo". En: *Asesoría Laboral*. Lima: Estudio Caballero & Bustamante, Año IV, Febrero 1994, Nº. 38, p. 12-13. PASCO COSMOPOLIS, Mario. *Fundamentos del Derecho Procesal del Trabajo*. Lima: AELE, 1997, p. 179.

común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención, si hay falta de acuerdo al respecto, la negociación se llevará a nivel de empresa.

Ante el rechazo del gremio empresarial, el sindicato recurrió a la AAT, obteniendo el Decreto Nº. 447 de la División de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao, donde dispone la continuación de la negociación en trato directo, por considerar que su omisión vulnera su derecho de negociación colectiva. A pesar del decreto administrativo, el gremio empresarial se negó a participar en las reuniones de trato directo y las sesiones de conciliación convocadas por la autoridad de trabajo. El sindicato de trabajadores portuarios presentó un recurso de amparo señalando que la inasistencia del gremio empresarial vulnera su derecho de negociación colectiva. Tanto en el juzgado civil de primera instancia como en la Sala Civil de la Corte Superior, se declara improcedente el amparo porque el sindicato demandante no tiene derecho a negociar colectivamente por rama de actividad, sino a nivel de empresa, conforme lo señala el referido artículo 45 del TUO-LRCT y que el amparo no es la vía idónea para la protección del derecho del sindicato demandante. El sindicato presentó un recurso de agravio constitucional.

En su sentencia de 17 de agosto de 2009 el Tribunal Constitucional considera que resulta inaplicable el primer párrafo del artículo 45º del TUO-LRCT y que la falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, deberá ser determinado mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga, ordenando que el gremio empresarial asista a la reuniones convocadas por la AAT, retrotrayendo el procedimiento de negociación colectiva hasta el momento anterior a la emisión del Decreto Nº. 447[18]. Esto significa que la definición del nivel de negociación a falta de acuerdo entre las partes en la primera negociación sea resuelta por medio de un arbitraje. En otras palabras, la sentencia constitucional establece un arbitraje obligatorio bajo este supuesto.

El Tribunal Constitucional llega a esta conclusión con una serie de argumentos que resultan pertinentes tener presente para nuestro estudio sobre el arbitraje potestativo, en especial con su conexión con los argumentos resaltados en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. En primer lugar, el Tribunal subraya que el proceso de amparo constituye la vía idónea, eficaz y satisfactoria para proteger el derecho de negociación colectiva en caso de que su ejercicio sea amenazado de manera cierta e inminente o vulnerando de manera manifiesta, por lo que es un error de las instancias inferiores declarar su improcedencia por este motivo (Fundamento Jurídicos 2º y 3º). En segundo lugar, el principio de la negociación libre y voluntaria incluye la libertad de negociar y la libertad para convenir, sin que esto signifique que el Estado deba abstenerse de adoptar medidas encaminadas a estimular y fomentar el desarrollo y la utilización

[18] La Sentencia de 17 de agosto de 2009 en su parte resolutiva (Expediente Nº. 03561-2009-PA/TC) del Tribunal Constitucional.

de los mecanismos de la negociación colectiva que hayan establecido (Fundamento Jurídico 13º). En tercer lugar, el principio de negociación libre y voluntaria establecido en el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT determina que el nivel de negociación colectiva debe depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no debe ser impuesto por la legislación. Esto último no sólo plantea problemas de incompatibilidad con el Convenio 98, sino también con el derecho de negociación colectiva reconocido en el artículo 28 de la Constitución (Fundamento Jurídico 14º). En cuarto lugar, la negativa de los empleadores a negociar un nivel determinado no constituye una violación del derecho de negociación colectiva porque se fundamenta en el principio de negociación libre y voluntaria. No obstante, cabe la posibilidad de que el nivel de negociación pueda ser determinado por el arbitraje ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva, justificándose en que se demuestre plenamente que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales (Fundamento Jurídico 15º). En quinto lugar, los convenios internacionales del trabajo Nos. 98, 151 y 154 forman parte del bloque de constitucionalidad porque desarrollan y complementan el derecho de negociación colectiva para su ejercicio real y efectivo, por lo que pueden ser entendidos como normas interpuestas al momento de evaluar los supuestos vicios de inconstitucionalidad de una ley sometida a control concreto o abstracto[19] (Fundamento Jurídico 18º). En sexto lugar, el Tribunal Constitucional plantea de manera enunciativa algunos supuestos en los que puede considerarse afectado el derecho de negociación colectiva (Fundamento Jurídico 22º). En sétimo lugar, el Tribunal considera que las inasistencias a las reuniones por parte de las asociaciones emplazadas evidencia un acto de mala fe, su rechazo a la negociación colectiva es un abuso de su libertad y esto produce una vulneración de la negociación colectiva (Fundamento Jurídicos 23º, 24º y 25º). En octavo lugar, el Tribunal establece que el primer párrafo del artículo 45 del TUO-LRCT: "A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa" es inconstitucional, no sólo porque contraviene la libertad para decidir el nivel de negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva al fijar por medio de una ley de manera imperativa el nivel de negociación. Por lo que en virtud del poder-deber del control difuso (artículo 138 de la Constitución y artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional) declara su inaplicabilidad para el caso concreto (Fundamento Jurídico 28º). En noveno lugar, ante la inconstitucionalidad, el Tribunal considera pertinente precisar que a falta

[19] Hay que resaltar que el Tribunal Constitucional peruano incluye dentro del bloque de constitucionalidad al Convenio Nº 154 sobre el fomento de la negociación colectiva de la OIT que no se encuentra ratificado por nuestro país. Esto tiene un profundo significado jurídico sobre la inclusión de instrumentos internacionales de derechos humanos no ratificados por el Perú dentro del bloque de constitucionalidad.

de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determina mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga (Fundamento Jurídico 29º).

La sentencia constitucional se posiciona en base a los argumentos del Comité de Libertad Sindical en el *Caso 2375*. En efecto, el CLS recomienda que:

> [E]n base al principio de negociación colectiva libre y voluntaria, establecido en el artículo 4 del Convenio núm. 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*. El Comité ha considerado que para proteger la independencia de las partes interesadas, sería más apropiado permitirles que decidan de común acuerdo a qué nivel debe realizarse la negociación; *no obstante, en muchos países, esta cuestión corresponde a un organismo independiente de las partes; el Comité ha estimado que en tales casos dicho organismo debe ser realmente independiente* (la cursiva es mía)[20].

El pronunciamiento del CLS señala que no debe ser ni la legislación, ni la autoridad administrativa de trabajo, quienes definan el nivel de negociación colectiva sino los propios actores sociales. A la vez, el Comité considera que si la legislación dispone que un organismo independiente de las partes determine el nivel de la negociación colectiva, esto no sería violatorio del Convenio 98 siempre que sea independiente de las partes. En principio, el organismo judicial o un tribunal arbitral pueden cumplir dicho rol.

Además, el Tribunal Constitucional ubica la fijación del arbitraje obligatorio del nivel de negociación dentro de las excepciones aceptadas por los órganos de control de la OIT. Ya señalamos *supra* que la Comisión de Expertos considera como una excepción válida la conclusión del primer convenio colectivo. De este modo, la sentencia constitucional de 17 de agosto de 2009 (Expediente Nº. 03561-2009-PA/TC) es acorde con el artículo 4 del Convenio 98 de la OIT.

Sin embargo, resulta más discutible si la resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional de 17 de agosto de 2010 del mismo expediente judicial se ubica dentro de las fronteras del artículo 4 del Convenio 98 de la OIT, en razón que precisa que el arbitraje a través del cual debe decidirse el nivel de negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquel que hace alusión el artículo 61 del TUO-LRCT, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste[21]. Esto significa que con esta resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional se extiende el arbitraje potestativo también respecto a los casos en que las partes no hubiesen llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación.

---

[20] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Informe Nº. 338 del Comité de Libertad Sindical,* Noviembre 2005, Caso 2375, párrafo 1226.

[21] La Sentencia de 10 de junio de agosto de 2010 en su parte resolutiva (Expediente Nº. 03561-2009-PA/TC) del Tribunal Constitucional.

Lo que se ha interpretado como la plasmación del arbitraje potestativo sin causa, esta afirmación la analizamos en posteriores párrafos.

Lo concreto es que el Tribunal Constitucional retoma el criterio inicial que la doctrina nacional planteaba sobre la interpretación de los artículos 61, 62 y 63 del TUO-LRCT, es decir, que la ley peruana consagra el arbitraje potestativo ante el fracaso de la negociación directa o la conciliación.

El Alto Tribunal llega a esa conclusión por medio del siguiente razonamiento jurídico. El artículo 61 no se ajusta al arbitraje obligatorio, en razón que su instauración es dependiente de la voluntad de las partes, por lo que sólo resta dilucidar si recoge el arbitraje voluntario o el potestativo (Fundamento Jurídico 6º). A continuación, apoyándose en el artículo 62 donde señala que ante la falta de acuerdo entre las partes, los trabajadores pueden alternativamente al arbitraje, declarar la huelga. Si bien el derecho de huelga es un derecho fundamental (artículo 28 numeral 3 de la Constitución), sostiene el Tribunal que resulta imperativo interpretar las normas laborales de forma tal que, respetando el derecho fundamental a la huelga, se facilite, promueva y garantice métodos alternativos para la solución del conflicto (Fundamento Jurídico 7º).

Así, el Tribunal Constitucional sostiene:

> [C]onforme a la voluntad del Constituyente, el derecho a la huelga debe ser reconocido (y en esa medida, respetado y garantizado), pero no promovido o fomentado, mientras sí deben ser promovidas las formas de solución pacífica de los conflictos laborales, resulta evidente que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, y que es el llamado a determinar el nivel de negociación ante la falta de acuerdo, es potestativo, y no voluntario. Es decir, ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto. Una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso de que los trabajadores optaran por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad, con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al deber del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución del conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta indirectamente por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental (Fundamento Jurídico 8º).

Concluye el Tribunal Constitucional que el arbitraje a través del cual debe decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61, el cual es de carácter potestativo. "En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste" (Fundamento Jurídico 9º).

Blancas comparte la interpretación del Tribunal Constitucional sobre el carácter potestativo del arbitraje diseñado en los artículos 61 al 63 del TUO-LRCT:

> Otra característica del arbitraje en la negociación colectiva, es que, como resultado de la interpretación sistemática de las normas de la ley (arts. 61 a 63) especialmente la correlación entre los artículos 61 y 63, aquel se configura como un arbitraje potestativo, en el sentido de que la decisión de someter el conflicto al arbitraje corresponde a los trabajadores, debiendo en tal caso el empleador someterse a dicho procedimiento, sin tener la facultad de oponerse o negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63[22].

Efectivamente, una interpretación sistémica de los referidos artículos del TUO-LRCT conduce a sostener que la opción legislativa es el arbitraje potestativo a favor de los trabajadores ante el fracaso de la negociación directa o la conciliación. Así, la resolución del Tribunal Constitucional restablece la primigenia interpretación de los artículos 61 al 63 del TUO-LRCT.

Aunque sea jurídicamente defendible que el arbitraje potestativo es la opción legislativa en el TUO-LRCT y que dicha regulación es acorde con el artículo 28 de la Constitución, esto resulta siendo una conclusión incompleta en razón que *prima facie* el arbitraje potestativo está prohibido por el artículo 4 del Convenio Nº. 98 de la OIT, conforme se ha citado en los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT. Si bien no existe un pronunciamiento expreso por la CEACR sobre el arbitraje potestativo peruano del TUO-LRCT a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional, esto no obsta para reconocer que hay una incompatibilidad entre la norma nacional y el convenio internacional del trabajo sino se precisa en el marco de las excepciones consideradas válidas por los organismos de control de la OIT.

Con posterioridad a la resolución del Tribunal Constitucional, el Ministerio de Trabajo promulgó dos normas —el Decreto Supremo Nº. 014-2011-TR y la Resolución Ministerial Nº. 284-2011-TR— que incorporan a la legislación peruana regulaciones sobre el arbitraje potestativo. En el caso del D.S. 014-2011-TR de 16 de septiembre de 2011 se agrega un artículo 61-A al TUO-LRCT, señalando que las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo bajo dos supuestos: a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o en su contenido; y b) cuando durante la negociación del pliego se advierten actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. La Resolución Ministerial Nº 284-2011-TR de 23 de septiembre de 2011, establece un listado sobre los actos de mala fe en la negociación colectiva, aunque dicho listado no es taxativo. Asimismo, la valoración de los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo establecidos en el artículo 61°-A del Decreto Supremo N° 011-92-TR, es realizada por el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral y está sujeta para su comprobación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, el contexto en el que se producen, el marco de la negociación colectiva y los comportamientos precedentes de las partes en anteriores procesos negociales.

---

[22] BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. "La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva". En: *Soluciones Laborales*. Lima: Gaceta Jurídica, Año 4, Octubre 2011, p. 17.

Esta regulación ha sido criticada. Blancas resalta que el Decreto Supremo es restrictivo en su regulación respecto al contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional, en tanto ésta señala que el arbitraje potestativo resulta posible con el fracaso de la negociación directa o la conciliación y no bajo los dos únicos supuestos planteados por la norma del Ministerio de Trabajo[23]. Esto lo lleva a sostener, posteriormente, que: "El intento del Poder Ejecutivo de acantonar el arbitraje potestativo a determinadas causas, negando su carácter incausado, no puede prosperar en vista de la claridad y contundencia de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"[24]. Un amplio sector de la doctrina nacional comparte esta interpretación[25]. Analicemos los tres principales argumentos que nos plantea esta posición jurídica.

En primer lugar, el arbitraje potestativo sin causa es una de las modalidades que fomenta la negociación colectiva y tiene sustento constitucional en el artículo 28.2 de la Constitución. También se podría agregar como respaldo que el propio artículo 4 del Convenio N°. 98 establece la obligación del Estado en fomentar la negociación colectiva. Sin embargo, sería contradictorio que el fomento a la negociación colectiva signifique socavar el principio de negociación libre y voluntaria. En el primer apartado se resaltó que la prohibición del arbitraje obligatorio tiene por finalidad asegurar la negociación libre y voluntaria, que solo excepcionalmente bajo determinadas causales se puede justificar su implementación. Si desaparecen las causales que lo justifican, el arbitraje obligatorio se transforma en el mecanismo principal para alcanzar un acuerdo para los interlocutores sociales e introduce disimuladamente la obligación de convenir, con lo que termina afectando a dicho principio. De allí la firmeza de los órganos de control de la OIT en rechazar su formulación.

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional ha reiterado en sus sentencias que TUO-LRCT consagra el arbitraje potestativo sin causa. Se refieren a las sentencias de 16 de julio de 2013 (Expediente N°. 02566-2012) y de 21 de mayo de 2014 (Expediente N°. 03243-2012), respectivamente.

---

23 BLANCAS, Óp. Cit., p. 20.

24 BLANCAS BUSTAMENTE, Carlos. "Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva". En: *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, p. 171.

25 Cfr. BOZA PRÓ, Guillermo y AGUINAGA MEZA, Ernesto. "El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva". En: Derecho PUCP. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, N°. 71. MENDOZA LEGOAS, Luis. "Arbitraje colectivo laboral de tipo potestativo en el Perú: una definición a partir de pronunciamientos jurisdiccionales y administrativos". En: *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Iustel, Febrero 2014, N°. 36. BOZA PRÓ, Guillermo. "Negociación Colectiva y arbitraje potestativo". En: *Laborem*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, N°. 14. CARRILLO CALLE, Martín. "El arbitraje laboral potestativo incausado". En: *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015.

La primera sentencia se produce en el recurso de agravio constitucional que presenta el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. En su Fundamento 12 el Alto Tribunal señala: "el arbitraje al cual alude el artículo 61° del referido decreto supremo (alude al TUO-LRCT) es un arbitraje potestativo, y no voluntario, razón por la cual manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución del conflicto (paréntesis es mío)". La segunda sentencia se produce en el recurso de agravio constitucional que presenta la Federación de Trabajadores del Sector Telecomunicaciones del Perú. En su Fundamento 10, el Alto Tribunal reafirma que "dentro de un proceso de negociación colectiva el arbitraje tiene carácter potestativo, y por tanto si una de las partes decide someter alguno de los puntos materia de negociación al arbitraje, la otra parte debe aceptarlo"; y en el Fundamento 11 concluye "que el arbitraje al que hace alusión el artículo 61° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR, es de carácter potestativo, conforme también ha sido contemplado en el artículo 1 del Decreto Supremo N.° 014-2011-TR (...), por consiguiente, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste".

En sentido estricto ambas sentencias constitucionales no se pronuncian expresamente si el arbitraje potestativo es causado o sin causa, aunque resulta más plausible sostener la segunda en tanto el Tribunal señala que con que una de las partes somete el diferendo a arbitraje, la otra tiene el deber de someterse a éste. Sin embargo, esta lectura mecanicista obvia un punto central de la fundamentación jurídica que desarrolla el Tribunal Constitucional al formular el arbitraje potestativo en la sentencia de 17 de agosto de 2009: la mala fe es la causa principal. En el segundo párrafo del mencionado Fundamento 15, el Tribunal Constitucional afirma: "por *excepción*, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva *pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje)* ante un organismo independiente a las partes, en función a la naturaleza promotora de la negociación colectiva. *Ello se justifica plenamente en el caso que se demuestre que una de las partes no está cumpliendo con su deber de negociar de buena fe o está realizando prácticas desleales* (la cursiva es mía)". Este párrafo conjuga los elementos que exige la CEACR: a) la implementación del arbitraje obligatorio se produce como una excepción; b) la justificación de la excepción reside en un grave incumplimiento del deber de negociar de buena fe, lo que la vuelve prolongada e infructuosa.

En tercer lugar, la formulación del arbitraje potestativo causado del artículo 61-A del Decreto Supremo N°. 014-2011-TR que se agrega al Reglamento del TUO-LRCT no tiene una fundamentación en la propia ley por lo que es artificiosa. Aunque con un razonamiento jurídico distinto pero con similar objetivo, la Sociedad Nacional de Industria presentó una acción popular contra la referida norma señalando que el arbitraje potestativo es una violación al artículo 28.2 de la Constitución y los artículos 61 y 63 del TUO-LRCT, así como los Convenios nos. 98, 151 y 154 de la OIT.

La sentencia de 13 de agosto de 2015 de la Corte Suprema de Justicia (Expediente N°. 5132-2014-LIMA) concluye que el Decreto Supremo no viola ninguna de estas normas, sino que "ha procedido a precisar, desarrollar y asegurar la efectividad y/u operatividad de la ley, no habiéndose trasgredido, desnaturalizado, ni corregido o incluido en la Ley (Considerando Trigésimo Primero)". La Corte Suprema llega a esta conclusión al entender que el Tribunal Constitucional peruano ha establecido una línea interpretativa consolidada, refiriéndose a las tres sentencias constitucionales que abordan la materia —la sentencia de 29 de septiembre del 2009 (Expediente N° 3561-2009), la sentencia de 16 de julio de 2013 (Expediente N° 2566-2012) y la sentencia de 21 de mayo de 2014 (Expediente N° 3243-2012)— donde expresamente el Alto Tribunal interpreta que se encuentra recogido el arbitraje potestativo en el artículo 61 del TUO-LRCT.

Lo resaltante de la sentencia de la Corte Suprema es que en su Considerando Décimo Noveno aprecia que la sentencia de 16 de julio de 2013, el Tribunal Constitucional no alude a una causal de mala fe para justificar el arbitraje potestativo, como si lo señala en la sentencia de 29 de septiembre de 2009:

> De lo expuesto en el considerando precedente se puede colegir, que la interpretación del artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, adoptada por el Tribunal Constitucional conlleva a establecer, que estamos frente a un arbitraje potestativo, que a diferencia del caso de los trabajadores portuarios, *no requiere una causal de mala fe. Por lo tanto, en base a esta nueva interpretación, los sindicatos y las empresas se encontrarían facultadas para someter cualquier conflicto de negociación colectiva a un arbitraje potestativo, sin requerir ninguna causal previa, en tanto no hayan ejercido su derecho de huelga en el caso de los sindicatos, y la contraparte estaría obligada a aceptarlo.* En este sentido, se aprecia que, el máximo intérprete de nuestra Constitución Política del Estado se ratifica en señalar que la naturaleza del arbitraje contemplado en el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo es de carácter potestativo; y por ende, ante la manifiesta voluntad de alguna de las partes de someterse a esta modalidad arbitral, la otra tiene la obligación de aceptarlo. *Más aún, de la citada resolución se desprende que el Tribunal no exige la afectación del principio de buena fe, tal como si lo hacía en la sentencia de los trabajadores portuarios* (la cursiva es mía).

Bajo la lectura de este Considerando parece que la Corte Suprema entiende que el Tribunal Constitucional modifica su interpretación del arbitraje potestativo causado de la primera sentencia y opta por un arbitraje sin causa en la segunda sentencia. Sin embargo, en el Considerando Trigésimo parece desarrollar una interpretación opuesta:

> Al haberse establecido en los considerandos precedentes, que el arbitraje potestativo se encuentra regulado en el artículo 61° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, entonces se puede concluir, que el artículo 61-A de su Reglamento (incorporado por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR) solo la desarrolla, no la crea, como mal entiende la parte recurrente; cumpliendo

> de esta manera la mencionada norma con viabilizar la concreción del artículo 28 numeral 2 de la Carta Fundamental, constituyéndose así el arbitraje potestativo, en un mecanismo de solución de conflictos, a través del cual el Estado cumple su obligación de fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de conflictos laborales; *por esta razón, el arbitraje potestativo, sólo procede cuando no se ha llegado a un acuerdo en una primera negociación, lo cual no debe entenderse como una restricción al principio de una negociación libre y voluntaria, sino como una forma de coadyuvar a las partes en el inicio de una negociación, o cuando durante el procedimiento, se haya advertido que una de las partes lo ha dilatado o entorpecido, actuando así de mala fe, con lo cual se busca anular cualquier acto tendiente a entorpecer la negociación, buscando así que permanezca abierto el proceso e inducir a los trabajadores a recurrir a actos de fuerza* (la cursiva es mía).

El razonamiento jurídico de la Corte Suprema es que el Tribunal Constitucional ha establecido sin el menor atisbo de duda de que el artículo 61° del TUO-LRCT plasma el arbitraje potestativo, por lo que no puede haber controversia al respecto. La incorporación del artículo 61-A al Reglamento del TUO-LRCT por medio del Decreto Supremo N°. 014-2011-TR es un desarrollo normativo del arbitraje potestativo, no es la creación de la figura por medio del Reglamento. Si bien el Considerando Décimo Noveno resalta que el Tribunal Constitucional no justifica el arbitraje potestativo en la causal de la violación de la buena fe, por lo que podría interpretarse que el arbitraje potestativo no se justifica en una causalidad, esto conduciría a que el artículo 61-A sea violatorio del TUO-LRCT por establecer un listado de causalidades. Pero esta interpretación termina siendo desechada en cuanto que la constitucionalidad y la legalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR son refrendadas por la Corte Suprema. Para evitar la contradicción se entiende que el Tribunal Constitucional no ha planteado como única causal del arbitraje potestativo la mala fe de una de las partes negociadoras, conforme se desprendería de la sentencia de los trabajadores portuarios, sino que está abierto a más causales como lo plantea el artículo 61-A. Muestra de ello es que la sentencia de la Corte Suprema cita un párrafo del estudio de Boza y Aguinaga en su Considerando Vigésimo Cuarto, donde los autores simultáneamente señalan que el Reglamento del TUO-LRCT es legal y que es controvertido postular que los supuestos del Reglamento sean los únicos supuestos del arbitraje potestativo. Por ello, la Corte Suprema de Justicia afirma que el artículo 61-A que consagra el arbitraje potestativo causado es constitucional y legal[26].

En respaldo a esta interpretación que considera el arbitraje potestativo causado como la forma jurídica adoptada por el ordenamiento nacional, se puede recurrir a la Observación del CEACR al Perú de 2013 donde toma nota de la promulgación

[26] Se puede criticar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia por no analizar los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT sobre el tema, así como desconocer que desde las normas internacionales del trabajo el arbitraje potestativo es considerado una de las modalidades del arbitraje obligatorio.

del Decreto Supremo N°. 014-2011-TR sin apreciar en su pronunciamiento que lo valore como violatorio del artículo 4 del Convenio N° 98, o que la plasmación de las causales del arbitraje potestativo está en oposición a la norma internacional del trabajo:

> La Comisión toma nota además de la adopción del decreto supremo núm. 014-2011-TR cuyo artículo 1.º (que modifica el artículo 61 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) establece que «las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: *a)* las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación en el nivel o su contenido; y *b)* cuando durante la negociación del pliego de peticiones se advierten actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo»[27].

Tampoco en la Observación al Perú de 2016, la CEACR retoma el tema en su análisis sobre el cumplimiento del Convenio N° 98 de la OIT[28]. Esto refuerza el argumento de que desde los órganos de control de la OIT aceptan el arbitraje potestativo causado.

Para finalizar este apartado merece mencionarse el pronunciamiento de la Comisión de Expertos donde valora la Ley de Solución de Conflictos Laborales de Indonesia que plasma el arbitraje obligatorio sin causa.

> En sus comentarios anteriores, la Comisión había pedido al Gobierno que tomara medidas para enmendar los artículos 5, 14 y 24 de la Ley núm. 2, de 2004, sobre la Solución de Conflictos Laborales, que permite que cada una de las partes pueda presentar un recurso ante el Tribunal de Relaciones Laborales para la resolución definitiva del conflicto si el mismo no se ha resuelto antes mediante un procedimiento de conciliación o mediación. La Comisión toma nota de que el Gobierno indica que la ley núm. 2, de 2004 prevé la solución de conflictos en materia de relaciones laborales mediante el arbitraje, la conciliación o la mediación (en caso de que fracase la conciliación o la mediación, cualquiera de las partes podrá someter el caso al Tribunal de Relaciones Laborales). La Comisión observa que la capacidad de cada una de las partes, tal como se establece en los artículos 5, 14 y 24 de la ley núm. 2, de 2004, de remitir el conflicto a un tribunal si no puede lograrse la solución del mismo mediante la conciliación o la mediación, constituye arbitraje obligatorio. La Comisión subraya que el arbitraje obligatorio a iniciativa de una de las partes en un conflicto no puede considerarse como una promoción del mecanismo de negociación colectiva voluntaria. La Comisión recuerda asimismo que el arbitraje obligatorio sólo es aceptable en relación con funcionarios públicos adscritos a la administración del Estado (*artículo 6* del Convenio), servicios esenciales en el sentido estricto del término y crisis nacionales agudas. *Por lo tanto, la Comisión pide al Gobierno que adopte medidas para modificar los*

---

27 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2013, p. 161.

28 Cfr. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Óp. Cit., 2016, p. 118-119.

*artículos 5, 14 y 24 de la ley núm. 2, de 2004, a fin de garantizar el respeto de estos principios*[29].

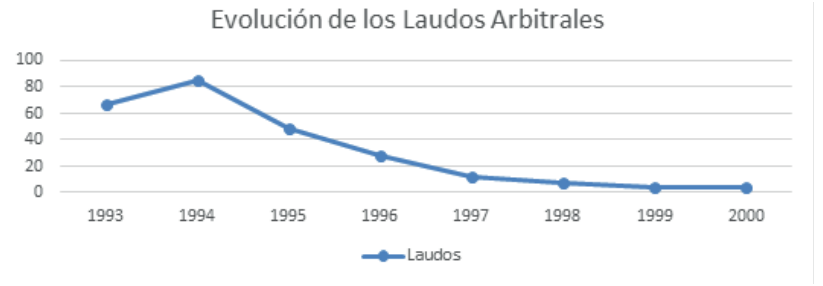
Si la CEACR interpretase que el TUO-LRCT recoge el arbitraje potestativo sin causa, probablemente se pronunciaría en los mismos términos que lo hacen con la Ley de Solución de Conflictos Laborales de Indonesia.

En conclusión, el arbitraje potestativo causado es recogido en el ordenamiento nacional y es el que permite armonizar el fomento a la negociación colectiva y el respeto del principio de negociación libre y voluntaria.

## 3. LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE LABORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA PERUANA

Mencionamos que a fines de los noventa el arbitraje laboral perdió relevancia como mecanismo de solución pacífica de la negociación colectiva peruana. El Gráfico 1 muestra la profunda caída de los arbitrajes durante este período.

GRÁFICO 1 PERÚ: LAUDOS ARBITRALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (1993-2000)




Fuente: Anuario Estadístico del MTPE

Hay una coincidencia entre las resoluciones administrativas de la AAT que interpretaban el arbitraje potestativo a favor de los trabajadores durante los primeros años de vigencia de la LRCT y su profunda caída con la variación del criterio interpretativo por el arbitraje voluntario.

El Cuadro 1 distribuye los resultados de la negociación colectiva en Lima Metropolitana durante la década de los noventa. La mayoría de las negociaciones colectivas que logran un acuerdo se concentran en la negociación directa y representan un promedio del 49,7% durante el período de estudio. El segundo lugar está ocupado por los convenios colectivos en extraproceso con el 7.7%, aunque con una profunda caída desde 1996, explicable por la debilidad sindical que care-

[29] Ibídem., p. 88.

ce de volver a restablecer la negociación con su empleador luego de fracasada las diversas etapas. En tercer lugar, se ubican los convenios colectivos alcanzados en una conciliación con el apoyo del Ministerio de Trabajo que representan el 4.1%. Finalmente, apenas el 1.1% fueron resueltos por un laudo arbitral, y evidenciaron el fracaso de esta modalidad de solución en la negociación colectiva en los noventa.

CUADRO 1: LIMA METROPOLITANA: RESULTADOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEGÚN ETAPA DE SOLUCIÓN 1993-2000 (EN PORCENTAJES)

| Indicador | 1993 | 1994 | 1995 | 1996 | 1997 | 1998 | 1999 | 2000 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Convenios colectivos en negociación directa | 50.0 | 50.6 | 39.8 | 43.4 | 43.4 | 58.0 | 65.0 | 47.7 |
| Convenios colectivos en conciliación | 6.7 | 5.5 | 2.4 | 2.3 | 2.8 | 2.5 | 5.7 | 5.2 |
| Convenios colectivos en mediación | 0.2 | 0.6 | 0.0 | 0.0 | 0.0 | 0.0 | 0.0 | 0.0 |
| Convenios colectivos en extraproceso | 20.6 | 21.4 | 12.5 | 0.9 | 1.8 | 1.4 | 1.7 | 1.4 |
| Laudos arbitrales | 0.9 | 2.4 | 1.7 | 1.7 | 0.6 | 0.8 | 0.6 | 0.7 |
| Resoluciones administrativas | 0.7 | 0.0 | 0.0 | 0.0 | 0.0 | 0.0 | 0.0 | 0.0 |
| Expedientes sin solución | 20.9 | 19.5 | 43.6 | 51.7 | 51.4 | 37.3 | 26.9 | 45.0 |
| TOTAL | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 | 100.0 |

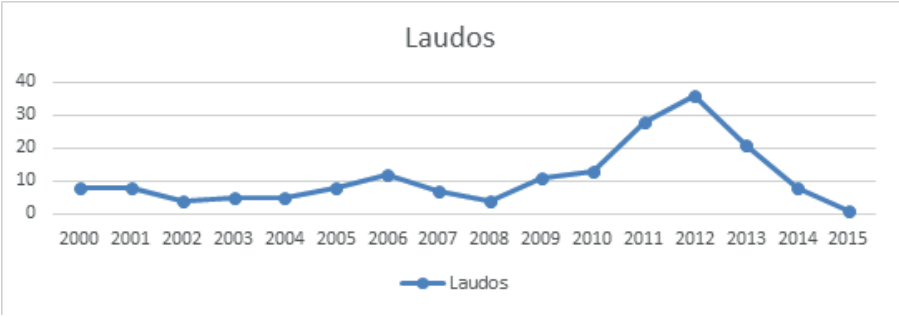
Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo 1993-2003.
Elaboración propia.

También el Cuadro revela que con la LRCT se abre la posibilidad de que un pliego de reclamos no concluya con la suscripción de un convenio colectivo, sino que simplemente se quede en el limbo, en el rubro de "sin solución", a diferencia del modelo anterior que, en el peor de los casos, concluía con una resolución administrativa que le ponía fin. Ahora el acuerdo queda en manos de la voluntad de ambas partes —empleador y sindicato o delegados— y su capacidad negociadora, sin que intervenga el Estado. Eso significa que basta que una de las partes entorpezca el proceso negociador o que carezca de interés en lograr un acuerdo para que la negociación concluya en el vacío. Esto es lo que ocurre en un significativo número de negociaciones en los noventa. En 1993 se inicia con el 20% de las negociaciones que no concluyen con ningún tipo de acuerdo, tendencia que se profundiza en 1995, 1996 y 1997, años en los que se superan la mitad de las negociaciones. Cae ligeramente para crecer considerablemente al final del período. El promedio de los expedientes sin solución durante la vigencia de la ley en los noventa es de 37,0%; es decir, más de un tercio de los pliegos de reclamos de los noventa quedan "sin solución". Esto es una tendencia manifiesta desde 1995 y resulta explicable porque se deroga la estabilidad absoluta en julio de ese año. Al desaparecer la estabilidad,

los trabajadores y los sindicatos pierden su seguridad en el empleo, por lo que cualquier conflicto con su empleador puede significar el despido.

El Gráfico 2 mide la evolución del arbitraje en el país durante el período 2000 al 2015 cuando se producen las sentencias constitucionales que reinstalan la interpretación del arbitraje potestativo causado en el TUO-LRCT. Se le puede dividir en dos períodos. El primero discurre en la primera década del presente siglo donde los arbitrajes laborales se desenvuelven de manera plana con un promedio de 7 laudos arbitrales al año, aunque con un pico en el 2009 de 11 laudos. El segundo período es el último lustro coincidente con el pronunciamiento constitucional donde el promedio anual crece considerablemente para instalarse en 17 laudos aunque una clara tendencia decreciente en los últimos dos años. Hay que tener presente que nuestra medición toma en consideración la fecha de presentación del pliego de reclamos para ubicar el Laudo en ese año, en vez de la medición del Ministerio que solo se limita a registrarlo en el año de emisión del Laudo. Este criterio nos permite comparar técnicamente los resultados de la negociación colectiva.

GRÁFICO 2 PERÚ: LAUDOS ARBITRALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (2000-2015)




Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo (2000-2015)
Elaboración propia

Si bien con las sentencias constitucionales se produce una evolución favorable del arbitraje en las negociación colectiva peruana no recupera las cifras del inicio de la vigencia de la LRCT, esto resulta explicable por la propia caída de los pliegos de reclamos y porque se mantiene, en líneas generales, el diseño normativo de la norma que entorpecía la negociación colectiva permitiendo que un significativo número de pliegos no concluyesen en ningún tipo de acuerdo.

El Gráfico 3 distribuye los resultados de la negociación colectiva peruana a lo largo del presente siglo con resultados no muy distintos a los de la década del noventa. Si bien la negociación directa es el resultado más significativo con cifras alrededor de los 2/3 de los pliegos de reclamos hasta el 2007, desde ese año se inicia una preocupante caída hasta por debajo del 40% en el 2013 y apenas el 24% en el 2015, aunque esta última cifra hay que considerar que un significativo

número de pliegos de reclamos de ese año pueden estar celebrando el convenio en el 2016, aunque esto no resta la inquietud de los resultados. De igual modo, los otros tipos de acuerdo —conciliación, extraproceso y arbitraje— su representación gira alrededor del 7% durante este período. Respecto a los laudos arbitrales, si bien muestra el Gráfico 2 que se produjo un incremento entre el 2010 y el 2013, lo cierto es que su representatividad apenas alcanza el 1,8% respecto al total de pliegos de reclamos presentados durante este período y el 4% respecto al número de acuerdos. En sus mejores años no supera el 7% dentro del total de acuerdos. Si esto lo comparamos con los datos de pliegos de reclamos sin solución, evidencia el fracaso del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos de la negociación colectiva peruana. El Gráfico 3 muestra que los pliegos sin solución siempre fueron superiores a la cuarta parte del total de negociaciones, con la tendencia creciente en los últimos años: el 42,1% en el 2011, el 51,8% en el 2013 y el 74,2% en el 2015. Esto significa que no solo disminuyen los pliegos de reclamos que se presentan a nivel nacional, sino que la mitad de los pliegos de reclamos presentados no tienen un acuerdo. Aún con el arbitraje potestativo, la mayoría de los pliegos de reclamos simplemente quedan en el limbo.

GRÁFICO 3 PERÚ: RESULTADOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SEGÚN ETAPA DE SOLUCIÓN 2000-2015

Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo (2000-2015)
Elaboración propia

El Cuadro 2 mide los laudos arbitrales en función a distintos indicadores durante el período del 2000 al 2015. En primer lugar, se distribuyen los laudos en función a la actividad económica de la empresa o entidad pública donde se celebra. En segundo lugar, se distribuyen los laudos en función al tipo de organización

sindical que lo celebra. En tercer lugar, se distribuyen los laudos en función a la propuesta por la que se decantan los árbitros. En cuarto lugar, se distribuyen los laudos en función al tipo de decisión tomada.

Hay un considerable cambio de los arbitrajes laborales en función de la actividad económica. Al inicio del período estudiado las empresas eléctricas eran las que ampliamente monopolizaban el arbitraje lo que se modifica en el 2007 donde se reduce de manera significativa, mientras la administración pública ocupa ese lugar desde el 2010 hasta la actualidad. Este dato confirma que la aplicación del control difuso en los laudos arbitrales sobre las inconstitucionales prohibiciones de los incrementos remunerativos de los servidores públicos tuvo un efecto llamada, es decir, dado que la entidad pública se rehusó a negociar con los sindicatos de manera directa o en la conciliación, el arbitraje se volvió en el único mecanismo que les permitió alcanzar algún tipo de beneficio. Otro fenómeno interesante es que la manufactura alcanza a tener una presencia significativa desde el 2011, especialmente en los laudos limeños.

En cuanto a los arbitrajes laborales distribuidos por la organización sindical se produce una tendencia similar respecto al anterior indicador. En los primeros años de la década pasada los sindicatos únicos o mixtos son los protagonistas pero esto disminuye considerablemente conforme nos acercamos a la actualidad, siendo sustituido por el sindicato de empleados y en menor medida por el sindicato de obreros. Este dato cruzando con el anterior indicador muestra que los sindicatos únicos se centran en las grandes empresas eléctricas y los sindicatos de empleados se ubican en la administración pública.

Cuadro 2 Perú: Laudos arbitrales por actividad económica, organización sindical, propuesta final y decisión tomada (2000-2015)

| Indicador | 2000 | 2004 | 2007 | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2015 |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| **Actividad Económica** | | | | | | | | |
| Electricidad | 7 | 3 | 2 | 1 | 1 | - | 1 | - |
| Minas | 1 | - | 2 | 2 | 4 | - | 1 | 1 |
| Manufactura | - | - | - | - | 5 | 4 | 4 | - |
| Transporte | - | - | - | 1 | - | - | - | - |
| Administración. Pública | - | - | 2 | 8 | 16 | 24 | 15 | - |
| Servicios | - | - | 1 | - | - | 5 | 1 | - |
| Otros | - | 2 | - | 1 | 2 | 3 | 2 | - |

| **Organización sindical** | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Obreros | - | 1 | - | 3 | 7 | 16 | 13 | 1 |
| Empleados | - | 1 | 1 | 7 | 15 | 17 | 6 | - |
| Mixto | 6 | 3 | 6 | 2 | 6 | 3 | 5 | - |
| Otros | 2 | - | - | 1 | - | - | - | - |
| Propuesta final | | | | | | | | |
| Trabajador | 8 | 2 | 7 | 12 | 21 | 35 | 22 | 1 |
| Empresa | - | 3 | - | 1 | 7 | 1 | 2 | - |
| Decisión tomada | | | | | | | | |
| Unanimidad | 4 | 2 | 6 | 12 | 26 | 35 | 18 | 1 |
| Mayoría | 4 | 3 | 1 | 1 | 2 | 1 | 6 | - |
| **Total** | 8 | 5 | 7 | 13 | 28 | 36 | 24 | 1 |

Fuente: Anuarios Estadísticos del Ministerio de Trabajo (2000-2015)
Elaboración propia

En cuanto a la propuesta final se produce un fenómeno importante, la inmensa mayoría de las propuestas que adoptan los árbitros o los tribunales provienen de los trabajadores. Este resultado se agudiza con el predominio de los arbitrajes de la administración pública que se caracterizan por la ausencia de una propuesta de la entidad pública que incluya incrementos económicos, por lo que los tribunales se decantan por la de los trabajadores. Aunque esto también se reproduce en una menor dimensión con la empresa privada. Lo que no se registra son los casos que los Laudos matizan las propuestas de los trabajadores, por lo que no podemos establecer con certeza que se asume la propuesta completa de estos.

De igual modo se reproduce en la unanimidad de la decisión adoptada por los tribunales, No obstante, se debe tener presente que un significativo número de Laudos fueron emitidos por un arbitraje unilateral, si bien lo predominante son los tribunales arbitrales. Un dato por resaltar es que los arbitrajes de la administración pública concentran la gran mayoría de las decisiones unánimes de los tribunales, explicables bajo el mismo argumento planteado en el anterior indicador.

Otra dato que merece subrayarse es que el crecimiento de los Laudos entre el 2010 y el 2014 se explica por el incremento de los arbitrajes de la administración pública, llegan a representar más del 60% de los Laudos. Si el Estado peruano implementa una política de negociación con sus trabajadores que considere el incremento de remuneraciones siempre en el marco de respeto del equilibrio presupuestal, probablemente disminuyan considerablemente los arbitrajes. Si en nuestro análisis estadístico excluyéramos los arbitrajes de la administración pública podríamos concluir que las cifras de los Laudos serían similares a los que

se materializaron en los años anteriores, es decir, el crecimiento del arbitraje se explica por esta causa.

Un balance de los resultados estadísticos del arbitraje laboral de la negociación colectiva es muy pobre, con excepción de los laudos de la administración pública, por lo que el beneficiario del arbitraje han sido los servidores públicos por la firme decisión de los tribunales arbitrales en aplicar el control difuso sobre las prohibiciones de las leyes de presupuesto. El arbitraje se mantiene en unas cifras muy inferiores al inicio de la vigencia de la LRCT, a pesar que desde el 2010 está asentado el arbitraje potestativo que facilita su implementación. Evidentemente el arbitraje no puede resolver los pliegos de reclamos sin solución porque concurren una serie de factores que entorpecen su materialización: el diseño del TUO-LRCT debilita estructuralmente a las organizaciones de trabajadores, la falta de asesoría legal, la debilidad económica de la organización y de los propios trabajadores, el antisindicalismo empresarial peruano, etc.

A pesar de esto, se puede formular la interrogante ¿por qué se mantiene la inoperancia del arbitraje? Resulta difícil plantear una respuesta contundente porque tanto la normativa como la estructura de las relaciones laborales tienen una serie influencia sobre estos resultados. Sin embargo, hay un factor que podemos medir parcialmente con la información con la que contamos y que puede estar influyendo de manera significativa: los costos del arbitraje laboral.

## 4. LOS COSTOS ECONÓMICOS DEL ARBITRAJE LABORAL

Los costos económicos del arbitraje laboral —o también denominado "costos de transacción de la negociación colectiva en el arbitraje"— representa el gasto que asumen las partes del arbitraje para lograr un Laudo que ponga fin al conflicto de intereses de la negociación colectiva. Si bien existen diversos gastos, el más importante es el pago de los árbitros y de la secretaría del tribunal.

La normativa peruana lo establece en el artículo 53 del Reglamento del TUO-LRCT donde establece como primera regla que las partes pueden llegar a un acuerdo sobre los montos de los honorarios de los árbitros, en caso que no exista ese acuerdo, la norma señala que será el equivalente al 10% de la remuneración mínima vital por cada trabajador comprendido en el ámbito de la negociación colectiva hasta un límite de 50 trabajadores. En caso supere esta cifra de trabajadores será de 7,5% de la remuneración mínima por cada trabajador entre los 50 y 200 trabajadores. Entre los 200 y 300 trabajadores es el 5% de la remuneración mínima por cada trabajador y el 2,5% de la remuneración mínima por cada trabajador que exceda los 300 trabajadores. La norma establece el tope de 30 remuneraciones mínimas. Asimismo, salvo acuerdo distinto entre las partes, el Presidente del Tribunal percibe un 25% más de honorarios respecto a sus colegas.

Un significativo número de procesos arbitrales se producen con los medianos y grandes sindicatos y la mediana y gran empresa privada, así como las grandes entidades públicas, por lo que si no tienen un acuerdo de honorarios, la mayoría

debería concentrarse en el rubro que se ubica entre supera los 50 y 200 trabajadores, aunque no debe ser extraños arbitraje con más de mil trabajadores, especialmente en la administración pública.

La gran mayoría de las organizaciones sindicales peruanas de la actividad privada se ubican por debajo de los 25 trabajadores afiliados laborando en la mediana empresa. En realidad, la estructura empresarial se concentra en la microempresa y la pequeña empresa. Se podría postular que el perfil de la organización de trabajadores que no concluye con un acuerdo su pliego de reclamos se ubique alrededor del mínimo establecido por el TUO-LRCT: 20 trabajadores. Sobre este supuesto hagamos un cálculo de lo que representa sufragar el costo de los honorarios de los árbitros. Si son 20 trabajadores que laboran en una pequeña empresa y tienen por salario la remuneración mínima vital —que son las condiciones mínimas exigidas por la norma— y el salario mínimo en el 2014 ascendió a los S/. 750. Cada uno de los tres árbitros hubiese recibido un honorario de mil quinientos soles. Asumiendo que el sindicato sufraga su árbitro y la mitad de los honorarios del Presidente —éste acepta un honorario similar a sus colegas— el costo directo alcanza la cifra de S/. 2,250.

Para que resulte beneficioso el arbitraje para este grupo de trabajadores, el Laudo arbitral debería otorgarles una cifra global superior a los dos mil doscientos cincuenta soles. Esto significa que un aumento general mínimo de S/. 0.50 a cada trabajador para sufragar *grosso modo* el arbitraje. Con los resultados publicados por el Ministerio de Trabajo de los convenios colectivos de 2014 en Lima Metropolitana resulta que un tercio tiene cifras alrededor para del costo del arbitraje. Si bien esta cifra puede esconder aumentos mayores no cifrados o cierres de pliego sin aumento general, probablemente la cuarta parte que apenas celebra un acuerdo mínimo les resulta más beneficio su convenio colectivo en vez de haberse sometido a un arbitraje. En otras palabras, el costo del arbitraje laboral resulta siendo demasiado alto para la mayoría de las organizaciones sindicales.

Se puede plantear como una alternativa al lado del arbitraje *ad hoc* establecido por el TUO-LRCT, constituir tribunales permanentes de arbitraje presidido por el juez laboral de la localidad constituido tripartitamente con árbitros designados por el gremio empresarial y las centrales sindicales, siendo sufragados directamente los honorarios por el Estado. De este modo, reducimos notablemente los costos del arbitraje sin constituir un arbitraje de pobres. Este nuevo tribunal permanente sería paralelo al actualmente constituido *ad hoc*, correspondiendo a las partes seleccionar su preferencia por uno u otro.

## REFLEXIÓN FINAL

El arbitraje laboral mantiene su inoperancia como mecanismo de solución pacífica en la negociación colectiva peruana. Si bien la jurisprudencia constitucional ha recuperado el arbitraje potestativo causado en la legislación laboral y los laudos arbitrales han cumplido un rol central en la defensa del derecho fundamental de

la negociación colectiva, lo cierto es que esto resulta insuficiente en términos cuantitativos.

En realidad, los problemas identificados en el arbitraje son un reflejo de las dificultades que se sufre en la negociación colectiva y las relaciones laborales peruanas. La tarea principal pasa por una reforma estructural del TUO-LRCT, donde el abandonado proyecto Ley General del Trabajo puede ser un buen inicio para la discusión.

# Categorías desfasadas: dos casos para comprender la insuficiencia de las categorías clásicas del ambito y nivel negocial en el Perú

**Saulo R. Galicia Vidal**

Bachiller en Derecho por la PUCP. Adjunto de Docencia de la Facultad de Derecho de la PUCP. Miembro Fundador del GEOSE.

***SUMARIO***

*Introducción. I. La innovación como punto de partida de las organizaciones sindicales: adaptarse para sobrevivir. II. Las categorías tradicionales de ámbito y nivel negocial. Algunos problemas asociados a la construcción legal. III. Los dos casos para cuestionar. IV. El desfase de las categorías. V. Conclusiones de cara a una agenda de investigación.*

## INTRODUCCIÓN

En este breve trabajo se argumenta que las categorías tradicionales de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo sobre ámbito y nivel negocial están perdiendo vigencia con relación a las nuevas formas de negociación que se vienen presentando en la actualidad.

Mediante el estudio de caso, se presenta dos escenarios de negociaciones colectivas que permiten comprender el desfase advertido. El primero de ellos es el de las organizaciones sindicales de las empresas contratistas que brindan servicios a la mina Casapalca. El segundo caso es el de las organizaciones sindicales de cooperativas agrarias que se dedican a la exportación del banano orgánico.

El método de recolección de información fue realizado en función a la bibliografía que existe sobre los casos, convenios colectivos, así como entrevistas personales que se hicieron a los dirigentes de las organizaciones del primer y segundo caso.

Si bien los dos casos presentan dinámicas distintas y son actividades económicas totalmente diferentes, comparten una misma característica: son negociaciones colectivas que se desarrollan en niveles no reconocidos por la legislación actual.

Ello no quiere decir que el producto final de la negociación no se enmarque dentro del diseño legal, sino que el proceso y desarrollo del mismo escapa a éste.

Para concluir, presentamos una serie de preguntas de cara a la construcción de una agenda de investigación que mezcle la metodología de los estudios empírico legales en el Derecho del Trabajo, de cara a una regulación más acorde con la realidad.

## I. LA INNOVACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES: ADAPTARSE PARA SOBREVIVIR

Así como el mundo del trabajo se altera constantemente en función a las modificaciones de las estructuras económicas de otros mercados[1], las estrategias que las organizaciones de trabajadores emplean también cambian con ellas[2].

Ese cambio de estrategias de las organizaciones sindicales para "sobrevivir" ha sido definido por los estudios del trabajo como revitalización sindical.

Desde un enfoque más cualitativo, la construcción de alianzas con organizaciones de la sociedad civil (ajenas inicialmente al mundo laboral), el ingreso con mayor frecuencia en la actividad política, la búsqueda de nuevos miembros y coa-

---

1 FIGUEROA, Adolfo. *La naturaleza del mercado laboral*. En: PUCP – Serie de Documentos de Trabajo N° 113 (1993). 28-30.

2 Revitalización sindical.

liciones con organizaciones internacionales[3], entre otros aspectos, son elementos que caracterizan a la revitalización sindical concebida como proceso[4].

Y este proceso ha venido acompañado de acciones poco pensadas solo hace 30 años atrás. El caso peruano más estudiado sobre ello es el de Topy Top[5]. Una organización sindical que no encontraba una respuesta institucional en el Perú se vio en la necesidad de recurrir a una salida poco usada en nuestro medio: la presión que puede ejercer la responsabilidad social empresarial[6] y la firma de códigos de conducta.

Con el apoyo de las multinacionales INDITEX y GAP y de la Federación Internacional de Trabajadores Textiles, el Sindicato de Topy Top logró que aquella empresa reponga a los trabajadores despedidos por su condición sindical.

Recientemente se ha difundido la respuesta que el Departamento de Trabajo de Estados Unidos[7] ha hecho sobre la queja presentada por organizaciones sindicales contra el Estado peruano por las violaciones al Capítulo laboral del Tratado de Libre Comercio firmado por ambos países.

Sostener, por ejemplo, que las organizaciones sindicales clasistas[8] recurran al Estado norteamericano para solicitar ayuda ante la inacción del Estado peruano era impensado hace 40 años.

De esta manera, las organizaciones sindicales, si desean sobrevivir en este escenario, se ven en una necesidad constante de innovar y adaptar sus estrategias.

Sin embargo, ¿los diseños legislativos acompañan los cambios de los escenarios productivos y las nuevas estrategias que se vienen adoptando?

En este trabajo se argumenta que ello no está sucediendo. Las categorías legales de ámbito y nivel negocial no están acompañando los cambios de las negociacio-

---

3 MURILLO, M. Victoria y Andrew SCHRANK. "With a Little help from my friends. Partisan Politics, Transitional Alliances, and Labor Rights in Latin America". *Comparative Political Studies*, octubre, 2005, pp. 971-999.

4 SENÉN GONZÁLEZ, Cecilia y Julieta HAIDAR. "Los debates acerca de la "revitalización sindical" y su aplicación en el análisis sectorial en Argentina". *Revista Latinoamericana de Estudios del Trabajo*, número 22, 2009, pp. 5-31.

5 SANGUINETI, Wilfredo, María Katia GARCÍA y Milagros VIVAS. "Efectos de los compromisos de responsabilidad social empresarial (RSE) de las empresas multinacionales en el mercado de trabajo peruano: la experiencia de Topy Top". *Economía*, número 74, pp. 133-161.

6 SANGUINETI, Wilfredo. "Los alcances de la responsabilidad social empresarial de las multinacionales. Del grupo a la cadena de producción". *Revista Labórem*, Número 12, 2013, pp. 17-45.

7 DEPARTMENT OF LABOR. "United States-Peru Trade Promotion Agreement; Notice of Determination Regarding Review of Submission". Federal Register of USA, volumen 80, número 186, 2015.

8 Cita sobre ser obrero es algo relativo.

nes colectivas actuales, producto de la imperiosa necesidad de innovación de las organizaciones sindicales[9].

## II. LAS CATEGORÍAS TRADICIONALES DE ÁMBITO Y NIVEL NEGOCIAL. ALGUNOS PROBLEMAS ASOCIADOS A LA CONSTRUCCIÓN LEGAL

El autor norteamericano Frederick Schauer señala que las categorías jurídicas pueden tener dos tipos de origen: recoger lo que sucede en la realidad y establecer parámetros para ordenarlas o el derecho también puede inventar una forma de organización porque así resulta coherente con sus postulados[10].

Pareciera ser que las categorías de ámbito y nivel negocial, antes que recoger necesariamente lo que sucede en la realidad, provienen de este segundo tipo de origen: existe un concepto prefijado de cómo deben ser las relaciones colectivas de trabajo y, sobre eso, se han establecido dichos parámetros.

Por ámbito negocial estamos entendiendo el campo sobre el que se ejerce la representación sindical[11], traducido en las categorías reguladas en el artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo N° 010-2003-TR (en adelante, LCRT).

Esta norma recoge las siguientes categorías:

- De empresa;
- De actividad;
- De gremio[12]; y,
- De oficios varios

Estas categorías de ámbito negocial, como señala Neves, se traducirán posteriormente en el nivel sobre el cual cada organización negociará colectivamente.

Ahora bien, el enunciado del artículo 2 del Convenio 87 de la OIT habilita a que los trabajadores puedan establecer, inicialmente, el ámbito sindical que deseen. Es por ello que en la realidad hay organizaciones sindicales que en sus estatutos reconocen ámbitos distintos a los de las categorías legales.

El problema se presenta en poder relacionar el ámbito sindical con el nivel de negociación.

---

9 Sobre la necesidad de espacios de autodeterminación. VILLAVICENCIO, Alfredo.

10 SCHAUER, Frederick. "La categorización en el derecho y en el mundo". Doxa, N° 28, 2005, pp. 307-320.

11 NEVES, Javier, *Derecho Colectivo del Trabajo*. Versión Inédita, 2003. pp. 24-25.

12 El sociólogo Enrique De La Garza sostiene que esta fue la primera categoría que apareció de organizaciones de trabajadores después de las mutuales. Nótese el alto componente histórico de estas categorías. DE LA GARZA, Enrique. Sindicato. Versión en pdf: http://sgpwe.izt.uam.mx/pages/egt/publicaciones/capituloslibros/sindicatos.pdf

Ahora bien, la vocación del legislador fue procurar un sistema de negociación colectiva a nivel de empresa. El artículo 45 de la LRCT establece que, en caso de no existir previamente un convenio colectivo y si las partes no se ponen de acuerdo en el nivel negocial, éste será el de empresa.

De esta manera, a pesar de que existe una libertad inicial para poder configurar las "organizaciones que se estimen convenientes", trasladar dicha categoría al nivel de negociación es el problema que enfrentan los trabajadores: (i) porque son categorías no reconocidas y (ii) porque la legislación actual establece una preferencia por las negociaciones a nivel de empresa.

Si bien la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 3561-2009-AA/TC (Caso portuarios), estaleció la inaplicación del artículo 45 de la LRCT, este sigue siendo un punto de discusión dado que la solución para resolver el conflicto sobre el nivel negocial es el arbitraje potestativo. De esta manera, se argumenta que los árbitros estarían limitados a resolver solo sobre la base de los niveles reconocidos legalmente.

Este sistema de negociación "hiperdescentralizado"[13], que busca atomizar el conflicto colectivo laboral, ha sido ampliamente criticado por la doctrina peruana[14]. Lo que ha llevado a generar propuestas de reforma del marco regulatorio de las relaciones colectivas de trabajo.

En lo que respecta a la modificación de la regulación de las categorías de ámbito y nivel negocial, las propuestas se canalizaron en dos vías: (i) el Proyecto de Ley General del Trabajo[15]; y, (ii) la modificación del reglamento de la LRCT[16].

El primero de ellos proponía, además de recoger las categorías existentes en la LRCT, agregar la de "grupos de empresa" y una cláusula abierta que señalaba que era posible constituir organizaciones de "cualquier otro ámbito que los trabajadores estimen convenientes"[17].

El segundo proyecto disponía, reconociendo la limitación que como reglamento tenía en función a las categorías de la LRCT, ampliar la regulación del artículo 4 de dicha norma, de modo que la interpretación del concepto de ámbito sindical abarque no solo las categorías legislativas, sino cualquiera que las organizaciones

---

13 Término acuñado por el profesor Alfredo Villavicencio en: VILLAVICENCIO, Alfredo. "Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú". Ius et Veritas. Número 42, pp. 221-222.

14 Véase por todos: BALBÍN, Edgardo y Augusto CARRILLO. "sobre la estructura sindical en el Perú: los intentos de cambio y la efectividad del derecho de libertad sindical". En: *Libro Homenaje a Javier Neves*, Lima: PUCP, 2009, pp. 349-364.

15 Véase: el Proyecto de Ley General de Trabajo de la Comisión de Expertos: http://www.trabajo.gob.pe/LGT/informe_LGT_23_02_2011.pdf

16 Véase la Pre-publicación del proyecto de modificación del Reglamento de la LRCT: http://www.mintra.gob.pe/mostrarContenido.php?id=767&tip=767

17 Lectura concordante con el Convenio 87 de la OIT.

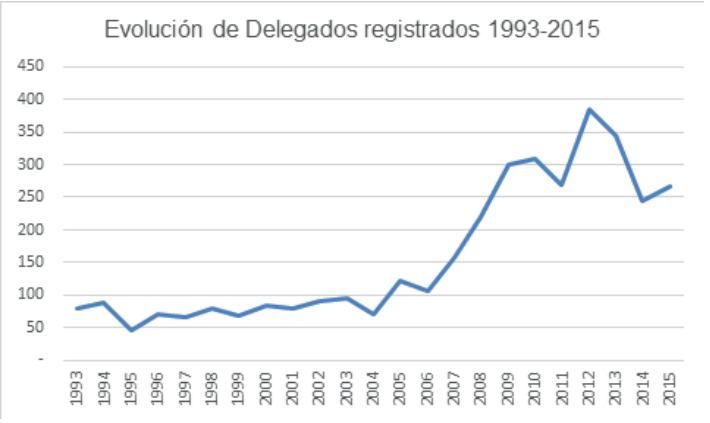
sindicales estimen convenientes[18]. Fórmula similar a la empleada por el Proyecto de Ley General de Trabajo.

Como quiera que ninguno de los dos proyectos ha podido surgir hasta la fecha, seguimos con el mismo esquema clásico que predetermina las categorías bajo las cuales las organizaciones sindicales se pueden constituir y negociar.[19]

Un problema adicional asociado a este esquema regulatorio[20] es que, además de atomizar los conflictos, alentaría la creación de organizaciones no sindicales. Ya en el año 2010 Alfredo Villavicencio advertía el crecimiento de más organizaciones no institucionales: los delegados. Desde el año 1993, hasta el año 2008, los delegados aumentaron en un 174% (de 80 a 219 grupos de delegados registrados)[21].

Si actualizamos la data advertida por Villavicencio a las cifras más recientes, tenemos que la variación porcentual incrementó ya no en 174% sino en un 232% (para el año 2015, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo calculó que hay 266 grupos de delegados registrados).

La variación puede ser observada en la siguiente gráfica:




Fuente: Anuario Estadístico del MTPE 2015. Elaboración Propia.

[18] Lo cual, de acuerdo con los mismos redactores del proyecto, concordaba con el criterio del Comité de Libertad Sindical de la OIT, según el cual *"el libre ejercicio del derecho de constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos implica la libre determinación de la estructura y la composición de estos sindicatos"* (numeral 333 de la Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical del año 2006).

[19] Ello, si bien deja un margen de interpretación sobre la naturaleza de este tipo de cláusula normativa (si abierta o cerrada), no es técnicamente adecuado.

[20] Este problema si bien se asocia más con el requisito de contar con 20 trabajadores como mínimo antes que con las categorías predeterminadas por la LRCT, no deja de estar relacionado toda vez que se traducirá en una categoría negocial más.

[21] VILLAVICENCIO, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: OIT-PLADES, 2010, pp. 39-40.

La tendencia de esta categoría infra-empresarial es absolutamente creciente. De esta manera, pareciera ser que el camino de las organizaciones de trabajadores en el Perú seguirá siendo, por lo menos en los próximos años, un sistema "hiper-descentralizado".

Solo como dato final relacionado a este punto, en el año 2015 en Lima Metropolitana se registraron 186 convenios colectivos. De ese grupo, el 21% correspondían a convenios suscritos por grupos de delegados. Es decir, más de la quinta parte de los convenios colectivos de Lima Metropolitana correspondieron a organizaciones no sindicales[22].

Habiendo hecho este breve recuento, pasemos ahora a la presentación y estudio de los tres casos seleccionados para comprender el desfase que se postula como hipótesis de este trabajo.

## III. LOS TRES CASOS PARA CUESTIONAR

El presente no es un análisis comparativo. Dentro de la metodología de la investigación cualitativa, los casos pueden estudiarse de forma comparativa o aislada. Ello por dos razones: (i) el objetivo de este trabajo no es comparar las dinámicas de los casos seleccionados, sino emplear la experiencia recogida para llegar a un punto diferente, relacionado al desfase de las categorías tradicionales; y, (ii) un análisis comparado requeriría de un manejo de presupuesto especial para poder hacer el trabajo de campo en los tres lugares donde se desarrollaron las negociaciones.

Las entrevistas que se realizaron para poder obtener la información que se presenta en este artículo se hicieron como parte de un programa de capacitación en el que el autor participó, tanto para los trabajadores del primer caso como del tercero. Para el segundo caso empleamos la documentación disponible, que permite reconstruir las dinámicas de negociación presentadas.

### a) Nivel negocial de subontratación. El caso de las organizaciones sindicales de empresas contratistas de la mina casapalca

Este primer caso ha sido estudiado ya por algunos autores[23]. En ambos casos se destaca cómo es que, a pesar de las dificultades ya advertidas por la academia

---

[22] Información obtenida del Anuario Estadístico del MTPE 2015. Cálculos realizados bajo elaboración propia.

[23] MANKY, Omar. Negotiating the Margins: *The Trajectories of Subcontrating In the Chilean and Peruvian Mining Industry*. Ponencia presentada para: Internacional Labor Process Conference 2014; y VAMBESETH, Ann-Magritt. "La lucha de los mineros peruanos para mejorar sus condiciones laborales. Un estudio de los mineros subcontratados de la Compañía Minera Casapalca S.A. del Perú (1987-2009). Tesis de Maestría. Universidad de Bergen, 2010.

para el ejercicio de la libertad sindical en la subcontratación[24], hay organizaciones sindicales que han logrado superar esa barrera de forma casi exitosa.

Casapalca es una empresa de la mediana minería, dedicada a exportar cobre, plata, plomo y zinc. Asimismo, se ubica en la provincia de Huarochirí en la sierra limeña. Casapalca, como la mayoría de empresas mineras, subcontrata gran parte de su actividad. Según Vambeseth, hay alrededor de 13 empresas especializadas que prestan servicios a Casapalca[25].

En el año 2007, sin embargo, los trabajadores de las empresas tercerizadoras decidieron formar una organización sindical con un ámbito especial: el ser parte de empresas que prestan servicios a Casapalca.

Es así como se crea el "*Sindicato Unitario de Trabajadores Mineros y Metalúrgicos de las Empresas Especializadas que Prestan Servicios a la Empresa Compañía Minera Casapalca Unidad Americana S.A*".

Los autores destacan la fuerte oposición que enfrentaron los trabajadores luego de la creación de su organización sindical, con huelgas que culminaron en enfrentamientos con altos grados de violencia[26].

Se destaca, además, que luego de que se consiguiera el registro sindical correspondiente, 35 trabajadores fueron despedidos automáticamente[27]. Según los dirigentes sindicales, esta fue una acción coordinada entre las empresas contratistas[28].

Frente a esta resistencia, la organización sindical en mención planteó una estrategia diferente: sin salir del marco legal, se siguió tratando a las empresas contratistas como un mismo empleador.

Se elaboró un mismo pliego de reclamos para todas las empresas, ante la negativa de negociar todas juntas, y se plantearon los mismos puntos en cada uno de los pliegos.

Así, la negociación que de facto era a nivel de empresas subcontratistas, se enmarcó en un tipo de negociación a nivel de empresa.

Las negociaciones se dieron, a pesar de lo que dicen los documentos, de forma coordinada con todas las empresas contratistas de Casapalca y los puntos a tratar se fueron acordando de manera conjunta.

---

[24] UGAZ, Mauro. "La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad sindical". *Ius et Veritas,* número 37, 2015. pp. 112-123.

[25] VAMBESETH, Ann-Magritt. Op. Cit. p. 55.

[26] MANKY, Omar. Op. Cit. pp. 15-16. VAMBESETH, Ann-Magritt. Op. Cit. p. 100.

[27] MANKY. 16.

[28] Entrevista N° 4.

Es por ello que, si se observan las actas de conciliación de los extraprocesos, por ejemplo, se encontrarán que todos ellos, a pesar de ser empresas diferentes, se dan en los mismos términos y en la misma oportunidad[29].

En los hechos, lo que los trabajadores de esta organización sindical lograron fue un tipo de negociación bajo un nivel especial: el de la subcontratación. Como se vio en el punto anterior, este no es un nivel reconocido legalmente.

Sin perjuicio de ello, el Sindicato Unitario de Trabajadores Mineros y Metalúrgicos de las Empresas Especializadas que Prestan Servicios a la Empresa Compañía Minera Casapalca Unidad Americana S.A encontró la forma de elaborar una estrategia para hacer operativa este relativamente reciente nivel negocial.

Se puede observar, por ejemplo, que esa práctica se mantiene con las empresas relacionadas a la Casapalca. En el Anuario Estadístico del MTPE del año 2014, se aprecian los siguientes convenios colectivos registrados:

| EMPRESA | Vigencia | | Aum. Gen. | Bonific. Extr. | Asignación | | Refrig. |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| | Inicio | Término | | | Trabaj. | Familia | |
| ISAMIN INGENIEROS S.A.C. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| SUAL INGENIEROS S.R.L. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| MINERA RIO CAUDALOSO Y SERV, COMPLEMENTARIOS S.R.L. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| CORPORACIÓN MINERA GEMINIS S.A.C. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| MINEROS BETA SAN JOSÉ S.A.C. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| CONTRATISTAS MINEROS ROSARIO S.A.C. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| LUBEPO E.I.R.L. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| SAN ANTONIO E.I.R.L. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| FACOM S.R.L. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |

[29] Véase la relación disponible en el portal del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: http://www.trabajo.gob.pe/portalinclusivo/mostrarContenido.php?id=116&tip=17

| | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| PROYECTOS CIVILES & MINEROS SANTA RITA S.A.C. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| JGM INGENIEROS CONTRATISTAS MINEROS S.A.C. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |
| MINERA GIGANTE S.R.L. | 01/01/2014 | 31/12/2014 | 0.50 | 350 | 4,000 | 500 | 12.00 x/d |

Fuente: Anuario Estadístico del MTPE 2014

Elaboración Propia

Se observa que 12 empresas (número similar al detectado por Vambeseth en su tesis doctoral) relacionadas a Casapalca pactan absolutamente las mismas condiciones, con la misma fecha de vigencia y en los mismos plazos.

A pesar de que las categorías legales no la reconocen, los trabajadores mineros de esta organización sindical han logrado viabilizar una forma de negociar distinta y necesaria para conseguir sus propios intereses. Desde su propia perspectiva, una negociación solo a nivel de empresa no hubiese logrado el mismo impacto[30].

**b) Nivel negocial en cadenas de suministro. El caso de los trabajadores de cooperativas de bananos orgánicos**

En las ciudades cercanas a Sullana, en Piura, se desarrolla la actividad de cosecha, siembra y exportación del banano orgánico. Como señala Vargas[31], el comercio de este producto era desarrollado inicialmente por dos empresas Dole y Biocosta (a partir del año 2001 aproximadamente).

Luego, esta actividad pasó a ser realizada por los mismos habitantes de la zona, quienes eran dueños de las parcelas agrícolas. De esta manera, empezaron a crearse una serie de asociaciones y cooperativas que se encargaban de la siembra, cosecha y empaquetamiento del banano. Dole, que antes realizaba esos procesos, pasó a un plano de comercialización del banano que los productores locales trabajaban.

Motivados, además, por las reglas del comercio justo[32] que permiten una suerte de equidad en el comercio internacional. Según este método, se garantiza un nivel o estándar de calidad alto a cambio de un precio mínimo (que es más alto que el que se obtendría en el mercado) más $1 aproximadamente por caja exportada, y, de esta manera, se corrige la vulnerabilidad de los productores agrícolas.

30 Entrevistado N° 5.

31 VARGAS, Juan Carlos. *Banano Orgánico, Producción de Comercio Justo, Pequeños Productores y la Agenda de Trabajo Digno: Una experiencia exitosa del Valle del río del Chira, Piura, Perú.* Lima: PLADES, 2011, p. 11.

32 FAIRLIE, Alan. *Asociación de pequeños productores y exportaciones de banano orgánico en el valle del Chira. Informe Final:* Lima: CIES, 2008, p. 12.

Los productores se asocian en esas formas jurídicas porque es un requisito para acceder al comercio justo y porque, de forma individual, no podrán asumir los costos de las certificaciones internacionales[33].

Ahora bien, la organización sindical que agrupa a los trabajadores de las cooperativas bananeras es la Federación Nacional de Trabajadores Agrarios (en adelante, FENTAGRO), la cual está compuesta por varios sindicatos de base.

Lo curioso en este punto es que, a pesar de que en Piura todavía no hayan podido negociar colectivamente de manera formal[34], se han presentado ciertas negociaciones en las que han intervenido partes poco comunes a las relaciones de trabajo formales.

La empresa Dole, que hoy solo comercializa el banano orgánico, según los dirigentes sindicales, ha entrado a tallar a la hora de resolver conflictos tanto individuales como colectivos.

Para las cooperativas es importante no solo mantener la relación con Dole, sino que eventualmente no surjan problemas con los requisitos para acceder al comercio justo[35].

De esta manera, un sujeto que no entraría a tallar dentro del esquema tradicional de las relaciones de trabajo, cobra especial importancia para poder resolver conflictos colectivos e individuales (ámbito propio también de la negociación colectiva[36]) y, según los propios entrevistados, podría tener una influencia directa cuando inicien las negociaciones colectivas formales a la hora de fijar las condiciones de trabajo.

Adicionalmente, hay estudios que señalan que casi el 55% de los trabajadores de las cooperativas de bananos orgánicos está sindicalizada. Se plantea que el comercio justo y la presencia de empresas formales que son necesarias para la exportación (como lo es Dole) son fundamentales para esta alta tasa de afiliación sindical, sobre todo si se tiene en cuenta que el promedio peruano es poco más del 5%[37].

Los estudios del trabajo han ido señalando la responsabilidad que deberían tener las empresas en función de las cadenas de suministro o producción en las que participan.

Un punto poco advertido es el presente: la influencia que estas empresas puedan tener en posibles escenarios de negociación y resolución de conflictos concretos.

---

33 VARGAS, Juan Carlos. Op. Cit. p. 13.

34 Entrevista N° 10.

35 VARGAS, Juan Carlos. Op. Cit. p. 30-31.

36 VILLAVICENCIO, Alfredo. "La redefinición de las funciones y modelos de negociación colectiva en los albores del Siglo XXI". *Ius et veritas*, número 31, pp. 205-214.

37 REDLAT. *Trabajo Decente en América Latina*. Informe, 2016, pp. 19-20.

## IV. EL DESFASE DE LAS CATEGORÍAS

En función a lo desarrollado durante el presente trabajo, queremos plantear tres ideas para demostrar el desfase que puede presentarse entre las categorías actuales de ámbito y nivel negocial y las manifestaciones en la realidad.

En primer lugar, según las cifras que se han presentado al inicio del trabajo, los conflictos colectivos siguen siendo atómicos e "hiperdescentralizados". Tanto es así que existe una tendencia creciente en el registro de grupos de delegados y su participación en los convenios colectivos es masiva (más de una quinta parte de los convenios en Lima son de delegados).

Aunque resulte paradójico, esta categoría no planteada en la disposición legal del 5 de la LRCT estaría cobrando fuerza por otra disposición legal: el requisito de 20 trabajadores como mínimo para formar organizaciones sindicales.

En segundo lugar, existen casos exitosos de negociaciones que parten del nivel de subcontratación (cuando tienen una empresa en común a la cual le brindan servicios específicos). El caso del sindicato de trabajadores que prestan servicios a la empresa Casapalca es ejemplificador para ello.

Podría argumentarse que este es un caso de negociación por rama de actividad, sin embargo, el punto en común, antes que la misma actividad económica (la cual puede variar entre empresa) es que todas estas contratistas giran alrededor de Casapalca. Y este no es un caso aislado.

El ejemplo de Telefónica y la organización sindical que agrupa a trabajadores del Grupo y de las empresas contratistas, junto con el pronunciamiento del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en favor de este tipo de negociaciones, van en la misma senda[38].

En tercer lugar, la presencia de actores que no son parte tradicional de las relaciones laborales puede generar un impacto diferente en los mismos esquemas de negociación. ¿Deberíamos crear un tipo de nivel negocial que involucre a los agentes de las cadenas de suministro o producción?

Por último, es importante recalcar que al hablar de un "desfase" no hacemos mención a que las categorías actuales no sean de utilidad, sino, estas categorías hoy no terminar de explicar todos los fenómenos que se vienen presentando.

De esta manera, somos de la postura de que lo más adecuado será tener una cláusula abierta que permita que las categorías de ámbito y nivel negocial se adapten en función a la realidad y estrategia de cada organización sindical (en concordancia con el Convenio 87 de la OIT) y no una cerrada.

---

[38] Nos referimos a la Resolución Directoral General N° 021-2011/MTPE/2/14.

## V. CONCLUSIONES: HACIA UNA AGENDA DE INVESTIGACIÓN

En vista de lo anterior, consideramos que el argumento planteado inicialmente se comprueba y que, inclusive, se refuerza con los casos mencionados en el punto anterior.

Hoy también tenemos organizaciones sindicales que se registran y constituyen en función de grupos de empresa como el caso del Sindicato de Cencosud[39]. Por ahora, todavía no pueden negociar en ese mismo nivel, sin embargo, sí han adoptado formas alternativas como las de rama de actividad.

Ese es otro punto que viene siendo explotado. Son conocidos los casos, por ejemplo, en el que se forman organizaciones sindicales de rama de actividad y que agrupan a menos de 20 trabajadores por empresa. Esa pareciera ser una forma de "bordear" el requisito establecido en la LRCT.

En suma, hoy existe una gran agenda de investigación para poder seguir analizando la vigencia de las categorías legales establecidas en la regulación actual.

Este ha sido un esfuerzo por emplear la metodología de estudios cualitativos para poder obtener conclusiones relevantes para el Derecho. Este método de aproximación puede ser empleado para otro tipo de investigaciones, las cuales permitirían obtener el sustento empírico para reforzar los argumentos planteados.

---

[39] Véase su reciente convenio colectivo: http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/acre/CC_Cencosud.pdf

# Los nuevos contenidos de la negociación colectiva: hoy ya no tan nuevos

**Víctor Marín Pérez**

Abogado por la Universidad Privada Antenor Orrego. Jefe de Relaciones Laborales de la Empresa Cartavio S.A.A.. Contacto: marin_84@hotmail.com

***SUMARIO***

*I. La negociación colectiva: definición. II. La autonomía colectiva como potestad de autoregulación de contenidos. III. Los contenidos clásicos o tradicionales de la negociación colectiva. IV. El "siempre más" una estrategia de negociación en cuestionamiento. V. Los ya no tan "nuevos" contenidos de la negociación colectiva. 5.1. En materia remunerativa. 5.2. En la organización del tiempo de trabajo. 5.3. En el ámbito de la clasificación profesional. 5.4. En el ámbito de la movilidad geográfica. VI. Conclusiones .*

## I. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DEFINICIÓN

Existe una gran variedad de definiciones respecto de la negociación colectiva. Así pues, Neves Mujica[1] enseña que

> "la negociación colectiva puede concebirse como el cauce a través del cual las organizaciones sindicales y los empleadores tratan sobre las materias que competen a las relaciones laborales con miras a la celebración de un convenio colectivo. Entre negociación y convenio hay, pues, una relación de procedimiento a producto. La existencia de un convenio colectivo supone la previa existencia de una negociación, en cambio la de ésta no conduce necesariamente a aquél, ya que podría haber otro producto o no haber ninguno." El profesor Palomeque López[2] afirma que "la negociación colectiva puede ser definida como el proceso formalizado de diálogo entre representantes de trabajadores y de empresarios encaminado, en ejercicio de su autonomía colectiva, a la consecución de un convenio colectivo regulador de las relaciones entre ambos, así como de las condiciones que han de ajustarse a los contratos de trabajo, en un ámbito determinado."

La Organización Internacional del Trabajo también ha hecho lo suyo en el artículo 2° del Convenio N° 154 al establecer que "la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez".

Nuestra Constitución si bien es cierto no define a la negociación colectiva si la enuncia en el artículo 28°, inciso 2 al establecer que:

> "El estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga.
>
> Cautela su ejercicio democrático:
>
> 1. [(...)]
>
> 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".

---

[1] NEVES MUJICA, Javier, "Derecho Colectivo del Trabajo"; Material para el Programa Laboral de Desarrollo. Lima. 2003, p. 21.

[2] PALOMEQUE LOPEZ, Manuel y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel, "Derecho del Trabajo", Editorial Universitaria Ramón Areces, España, 2008, pp. 187-188.

Las citas descritas recogen una definición amplia de negociación colectiva, que no posee carácter limitativo pues lleva consigo la posibilidad de negociar sobre prácticamente todos los aspectos de las relaciones laborales, es en ese sentido que se puede definir como el instrumento y/o mecanismo habilitado para acercar las diversas y variadas posiciones antagónicas de los empleadores y las organizaciones sindicales con la finalidad de evitar un conflicto laboral. No está demás acotar que dicha finalidad se podrá lograr siempre y cuando la negociación se desenvuelva de manera eficaz y se concluya con la suscripción del convenio colectivo, que es el acuerdo, pacto o compromiso asumido por las partes.

## II. LA AUTONOMÍA COLECTIVA COMO POTESTAD DE AUTOREGULACIÓN DE CONTENIDOS

La democracia no es solo una cuestión política, y su presencia en el campo laboral es fundamental para que pueda concretarse un salto del ámbito meramente formal al sustancial. Así, en un sistema democrático de relaciones laborales la negociación colectiva es un instrumento de acercamiento, dialogo entre los sujetos colectivos, que tiene como finalidad principal alcanzar el perfeccionamiento de un convenio colectivo que regule ciertos contenidos, que son en sí mismo nada menos que una norma jurídica particularísima del Derecho del Trabajo[3]; empero tal finalidad no podría concretarse en la práctica sin la presencia gravitante de la denominada autonomía colectiva o sindical, que – en palabras de Palomeque[4] – es, la potestad que comparten los grupos sociales de autorregulación de intereses contrapuestos, [(...)] autonomía colectiva que integra en su seno diversos planos: 1) poder de auto – organización del grupo y autorregulación de su esfera de actuación interna (autonomía institucional); 2) poder de determinación autónoma de las condiciones de trabajo, principalmente a través de la negociación colectiva (autonomía normativa o autonomía colectiva en sentido restringido); 3) poder de representación de los intereses de clase a través de medios de acción directa, la huelga como manifestación básica (autotutela colectiva). Y que en términos de Villavicencio y Cortes[5] – la autonomía colectiva —, es entendida como la "autorregulación de intereses de grupos contrapuestos" es un principio del Derecho Colectivo del Trabajo actual que tiene un valor trascendental en este sentido, al permitir que el conflicto industrial sea integrado principalmente por los antagonistas sociales, atribuyéndose funciones normativas, "característica verdaderamente

---

3 GARMENDIA, Mario. *La negociación y el convenio colectivo*, En Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 12.

4 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel, *Derecho Sindical Español*, Editorial Tecnos Madrid, 1986, pp. 23-24.

5 VILLAVICENCIO, Alfredo y CORTES CARCELEN, Juan Carlos, *El Estado frente a la autonomía colectiva en el Perú*, En "X" Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", tomo II, Montevideo 1989, p. 334.

diferenciadora de este sector del ordenamiento", y rompiendo, por tanto el monopolio estatal en este campo.

Si bien es cierto la autonomía colectiva equivale a entregarles a las organizaciones representativas de éstos las principales parcelas del poder regulador en materia laboral, con la consiguiente disminución del papel estatal del Estado en este campo, importa un máximo de autonomía (colectiva) y un mínimo de heteronomía (cuando está en jugo el interés público); la misma se llevará adelante principalmente a través de los procesos de negociación colectiva que se establecen en función a su periodicidad, entiéndase por ella a la negociación estática y la negociación dinámica o continuada. En el caso de la primera las partes entran en relación negocial en ocasiones determinadas y concretas, que se plantean con cierta periodicidad, dando vida a un haz de estándares colectivos perfectamente determinados e inmediatamente configurables. Las partes, una vez obtenido el acuerdo, no vuelven a entrar en negociación hasta que llegue su término de vigencia o, en caso de que no se hubiera fijado un límite temporal, hasta que se produzca un cambio en las circunstancias o surjan acontecimientos que motiven un cambio. Por su parte, la segunda, se caracteriza por el hecho de que el proceso de la negociación se desarrolla de manera permanente, casi sin solución de continuidad y, además, por el hecho de que sus resultados (a diferencia de la negociación estática) habitualmente no consisten en una norma con vocación de abstracción y generalidad, sino en la conformación de entidades o instituciones, cuyo cometido, a su vez, también consiste en continuar negociando e ir dando soluciones a los temas que cotidianamente se van suscitando en el relacionamiento laboral[6]. Así, se ha dicho que en este modelo dinámico, la duración del convenio carece de importancia, puesto que las comisiones paritarias instituidas actualizan las clausulas convencionales, superando los contenciosos que surjan en cada momento a base de una negociación directa y continua (continuous bargaining)[7].

Agrega Mario Garmendia[8] que el modelo de negociación continuada o dinámica en general se asocia al sistema anglosajón, mientras que el modelo estático tradicionalmente ha sido identificado con los sistemas de Europa continental y de América Latina. Sin embargo, es posible visualizar una fuerte aproximación entre ambos modelos y, en particular, una clara tendencia general hacia la modalidad dinámica o continuada. Ello viene siendo así debido a que en los últimos tiempos los cambios tecnológicos, la globalización y las situaciones de crisis que se han presentado en el escenario económico mundial, han conllevado a que se produzcan transformaciones importantes en las actividades económicas, así como en las estructuras empresariales, las mismas que están obligadas adaptarse a nuevas realidades que requieren tipos de organizaciones dinámicas y flexibles a fin de afrontar todos estos embates de la era de la globalización. En ese sentido agrega

---

6 GARMENDIA, Mario., Ob. Cit., p. 40.

7 PALOMEQUE LOPEZ, Manuel y ÁLVAREZ de la ROSA, Manuel., Ob. Cit., p. 188.

8 GARMENDIA, Mario., Ob. Cit., p. 40.

Villavicencio[9] que el elemento clave para ello está constituido por el establecimiento de una relación más fluida entre las partes normativa y obligacional del convenio colectivo, que lleva a que se admita que el propio convenio colectivo puede prever mecanismos de alteración de su contenido durante su vigencia (organismos ad hoc de carácter paritario, acercándose a los sistemas estático y dinámico), o a que se conceda un protagonismo cada vez mayor a las instancias creadas por las partes en la aplicación o gestión de lo pactado, permitiéndoles adoptar decisiones que condicionen la actividad de las partes. Todo ello con la finalidad de contribuir a la supervivencia de la empresa y la conservación de las fuentes de empleo que se tornan vacilantes ante un contexto económico – productivo en permanente mutación.

## III. LOS CONTENIDOS CLÁSICOS O TRADICIONALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La expresión contenidos de la negociación colectiva suele emplearse para designar aquellas materias que son objeto del acuerdo, vale decir, el conjunto de cláusulas y estipulaciones convenidas por los sujetos negociadores en virtud de su autonomía colectiva, y que regirán el desarrollo de las relaciones laborales, tanto a nivel individual como colectivo, en un determinado ámbito personal y territorial.

En ese sentido, es posible advertir que en la práctica el contenido tradicional de la negociación colectiva, ha estado íntimamente vinculado a los salarios o aspectos conexos con la materia salarial. Esto no resulta siendo extraño puesto que dichas cuestiones representan la principal y más apremiante preocupación del común de los trabajadores pertenecientes a la empresa tradicional, aquella que se caracterizaba por la producción en masa o seriada, por la utilización de grandes instalaciones, un grupo numeroso de trabajadores en el seno de las mismas, y una organización del trabajo rígida y jerarquizada. Así pues Ermida[10] enseña que esta negociación predominante en América Latina tiene un contenido menos firme, es decir, no es tan amplia en cuanto al tema que regula. Se circunscribe mucho a lo salarial y si no a lo salarial, por lo menos a lo que tiene contenido económico.

Sin embargo, a nivel de textos normativos se admite la mayor amplitud en relación al contenido posible de los convenios colectivos; es así que la Organización Internacional del Trabajo ha determinado en su artículo 2° del Convenio N° 154 que se pueden fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. Por su parte nuestra Ley de Relaciones Colectivas de

---

9 VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva*, En Derecho colectivo del trabajo, Jurista Editores & Asociación civil ius et veritas, Lima, 2010, p. 393.

10 ERMIDA URIARTE, Oscar., *Modelos y niveles,* En Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de enseñanza, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, 1990.

Trabajo, siguiendo la orientación de la OIT señala en su artículo 41° y 51 inciso d; que el mismo está conformado por las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores.

Apoyando esta idea, sostiene la doctrina que en general y en términos teóricos, puede decirse que ha predominado una tendencia a admitir la mayor amplitud en relación al contenido posible de los convenios colectivos y que, en todo caso, el problema podría plantearse en torno a la existencia o no de límites en cuanto a los contenidos admisibles, pues la negociación colectiva no puede privar al trabajador de los derechos contenidos en las prescripciones de orden público laboral, que se expresan a través de los mínimos inderogables, es decir normas imperativas que constituyen un "derecho necesario" (ius cogens) que se impone a la voluntad de las partes (indisponibilidad) y que, por consiguiente, resultan irrenunciables para el trabajador. Esta imperatividad de las normas del derecho individual del trabajo deriva directamente del principio protector (pro operario) y de la necesidad de equilibrar la desigualdad del poder negocial que existe entre el empleador y trabajador[11].

Si bien es cierto, durante una época se consideró que el derecho del trabajo estaba compuesto de un mínimo de derechos que en cualquier momento podía mejorarse, particularmente, vía la negociación colectiva, dicha idea en estos últimos tiempos ha empezado a relativizarse, pues actualmente se negocian menos las demandas de los trabajadores y más las demandas de los empleadores. Ahora son los trabajadores quienes tienen que ceder y otorgar "concesiones" a la empresa, con el fin de evitar despidos o disminuir el número de éstos. Si antes se pensaba que con la era de la reglamentación poco a poco los derechos de los trabajadores irían en aumento, con objeto de lograr a cada momento una sociedad más justa, la nueva era de la reglamentación vino a desechar dicha idea. Actualmente la situación que se presenta es justamente la contraria. Hoy día toda aquella construcción en torno a los principios generales del derecho del trabajo realizados por prestigiados laboralistas (Mario de la Cueva y Américo Plá Rodríguez, entre otros) son sumamente cuestionables. Por ejemplo, aquel principio que mencionaba que el derecho del trabajo estaba constituido por normas mínimas que tendían a aumentar la protección de los trabajadores, en estos momentos ha resultado una quimera, pues si algo sucede, es justamente lo contrario, ya que como lo mencionamos anteriormente, si algo está ocurriendo con el derecho del trabajo es una desreglamentación del mismo. Lo mismo podríamos decir en torno a aquel principio que sostiene que el derecho del trabajo, es un derecho inconcluso, que tiende a aumentar la protección a los trabajadores[12].

---

[11] ETALA, Carlos., *Derecho colectivo del trabajo,* Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 322.

[12] SANCHÉZ CASTAÑEDA, Alfredo., *Las transformaciones del derecho del trabajo,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, p. 49-50.

Es en ese sentido que Garmendia[13] sostiene que la negociación colectiva ha ido trasformando sus funciones tradicionales así como sus contenidos típicos y es muy notable la forma en que el modelo de negociación colectiva contemporáneo ha dejado atrás aquella idea de que el convenio colectivo es un instrumento que solo puede significar un avance en términos de beneficios para los trabajadores. Es cada vez más usual que los sindicatos se muestren proclives a aceptar (aunque, naturalmente, en grados variables) que las condiciones laborales, salariales y de empleo, resultan cada vez más estrechamente vinculadas a las condiciones económicas – productivas del centro de trabajo, ya que en su conjunto, todas ellas quedan insertas en un esquema de competitividad al que debe someterse la empresa. Por ello hay quienes sostienen que la tradicional estrategia sindical basada en la negociación de la distribución de la riqueza debe transformarse en una estrategia hacia la administración del proceso productivo. Ello le permite al sindicato intervenir en la forma en que se utiliza la mano de obra, y observar si realmente esa es la forma más eficiente o si por el contrario, es una forma improductiva, que impide mejorar los parámetros de competitividad de la empresa o mejorar la condiciones de contratación y de vida de los/as trabajadores/as, aspectos que se encuentran íntimamente y estrechamente vinculados y son interdependientes. Es así que un sindicalismo centrado en las preocupaciones económicas (mejor salario) y en el control del puesto de trabajo, es hoy insuficiente.

## IV. EL "SIEMPRE MÁS" UNA ESTRATEGIA DE NEGOCIACIÓN EN CUESTIONAMIENTO

La negociación colectiva en función de los resultados jurídicos ha seguido por lo menos dos cursos principales, o bien como un proceso que solo puede culminar con el mejoramiento de las condiciones que anteriormente ostentaban los trabajadores, o bien se admite la eventualidad de que sus resultados puedan significar una rebaja en relación a las condiciones precedentes. En ese sentido la doctrina suele distinguir al respecto dos modelos de negociación colectiva como son el: i) modelo de negociación colectiva de mejoramiento o protectora, y ii) modelo de negociación colectiva transaccional o de concesiones.

Aunque resulte innecesario decirlo por su notoriedad, la diferencia entre ambos modelos es más que evidente. En la negociación de mejoramiento, típica de Europa y América Latina, los actores colectivos encaran el proceso de negociación a partir de un umbral o plataforma preexistente, constituido por las condiciones emergentes de las anteriores instancias de negociación. En cada oportunidad en que se inicia una nueva negociación, los interlocutores saben que los beneficios dimanantes de anteriores convenios no podrán ser disminuidos, sino en todo

[13] GARMENDIA, Mario., *Las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva,* Ob. Cit., p. 440.

caso, aumentados o, eventualmente, mantenidos en su mismo nivel[14]. Siguiendo un criterio teleológico, es posible señalar que el grado de libertad reconocido en las partes en esta clase de negociación debe considerarse alto, posibilitándose desarrollar mecanismos tuitivos que, en principio, responden al modelo tradicional del convenio "in melius", por la cual se pactan iguales o mejores condiciones que las existentes (y que tienen su fuente en la ley, en un convenio anterior, en los contratos individuales o en condiciones más beneficiosas, derechos adquiridos, usos o prácticas "profesionales")[15]. En ese sentido podemos colegir que el criterio orientador en este modelo es la conservación de las condiciones más beneficiosas que se manifiesta dotando a las normas laborales de una tendencia a la progresividad e irreversibilidad, que se resume en una dinámica tendencialmente enfocada hacia los que se conoce como *el siempre más*[16]. Respecto a este modelo y haciendo referencia al Perú, Ermida[17] señala que [(...)] la negociación colectiva es, pues, una negociación predominantemente protectora, tiende necesariamente a establecer una mejora de los beneficios existentes generalmente que no se pueden desmejorar los derechos ya adquiridos.

En lo respecta al modelo de negociación transaccional o de concesiones, propio del sistema norteamericano, los interlocutores negocian sin que sobre ellos pese antecedente alguno, lo que determina que el resultado de la negociación no será otro que el que pueda derivarse del poder que cada actor esté en condiciones de exhibir en la instancia concreta de la negociación[18]. Este modelo es muestra de recíprocos intercambios por lo que las partes dan algo para recibir algo; así Ermida refiere que se trata de una negociación colectiva transaccional al mejor estilo civilista (de Derecho Civil) de "doy para que me des". Es contractual allí hay contraprestaciones reciprocas y no interesa que lo que se está dando a cambio de algo esté desmejorando algo que yo obtuve antes[19].

Siguiendo a Garmendia[20] diremos que si bien es cierto que los sistemas europeo y latinoamericano tradicionalmente se han regido por el criterio de la conservación, conformando así modelos de mejoramiento, también lo es que este panorama ha sufrido grandes mutaciones en las últimas dos décadas, desde

---

14 GARMENDIA, Mario. *Las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva*, Ob. Cit., p. 438.

15 ROSENBAUM RIMOLO, Jorge. *Descentralización empresarial y negociación colectiva*, En Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo, Fundación de Cultura Universia, Montevideo – Uruguay, 2000, p. 498.

16 GARMENDIA, Mario., *Las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva,* Ob. Cit., p. 438.

17 ERMIDA URIARTE, Oscar., *Modelos y niveles,* en Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de enseñanza, Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho. Lima, 1990.

18 GARMENDIA, Mario. *La negociación y el convenio colectivo*, En Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo VIII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 38.

19 ERMIDA URIARTE, Oscar., Ob. Cit.

20 GARMENDIA, Mario. *La negociación y el convenio colectivo*, Ob. Cit., p. 39.

que la fórmula del "siempre más" ha sido objeto de fuertes impugnaciones y ha tomado cuerpo la admisibilidad jurídica de la negociación colectiva in peius. Es así que incluso en aquellos modelos que tradicionalmente se han presentado como "de mejoramiento" se ha producido un rol de descaecimiento del rol típicamente mejorador y protector que fuera tradicionalmente atribuido al convenio colectivo, lo que convierte a la negociación colectiva en un proceso concebido como único, concreto y totalmente aislado respecto de cualquier antecedente y que, de este modo, solo habrá de reflejar la existencia de recíprocas concesiones, resultantes de la medición de los respectivos poderes de negociación que cada interlocutor haya estado en condiciones de exhibir. En otras palabras se rompe el carácter progresivo de la negociación colectiva permitiendo expresamente la negociación colectiva in peius. A tal punto que se habilita que cada negociación comience de cero, en lugar de tener como piso lo conseguido en el convenio colectivo anterior; ello sobre la base de que en un marco teórico de respeto irrestricto a la autonomía colectiva, debe reconocerse a la organización colectiva de trabajadores la potestad de negociar incluso a la baja.

Para ello se requiere de una nueva actitud sindical "comprometida", en la búsqueda por compatibilizar, por un lado, determinado niveles de tutela de los intereses colectivos e individuales y, por otro lado, ciertos grados de eficiencia y competitividad que impone la realidad globalizada actual, para así posibilitar la viabilidad de las empresas y, alcanzado dicho objetivo, la conservación de los puestos de trabajo[21]. Según Eurofound[22], la relación y participación de empleadores y empleados dentro de la compañía son esenciales para alcanzar una solución *win – win* (ganadora para ambas partes) ante los cambios externos, permitiendo mejorar la adaptación, la innovación y la productividad de la organización. Al mismo tiempo, al trabajador le aporta una mejor conciliación entre el empleo y la vida personal, mejora su salud y su empleabilidad. Si esto resulta siendo válido en escenarios económicos relativamente normales lo es mucho más aun en escenarios de crisis y recesión en los cuales se busca a toda costa conservar la subsistencia de la empresa y la mayor cantidad de puestos de trabajo

Sin embargo, lo señalado no debe ser un aliciente para que se incorporen flexibilizaciones negociadas a través de la disponibilidad sindical respecto de condiciones de trabajo, de empleo y de la organización interna y externa de la empresa, bajo la aparente respuesta a cambios en el contexto económico – productivo, que realmente no han ocurrido en la realidad; pues permitir dicha proceder sería como aceptar una política orientada a la desmejora de las condiciones laborales de los trabajadores y desconocer a ultranza la razón de ser del derecho del trabajo.

---

21 GARMENDIA, Mario., *Las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva,* Ob. Cit., pp. 440 – 441.

22 Citado por RUESGA BENITO, Santos, VALDÉS DAL RE, Fernando; DA SILVA BICHARA, Julimar y otros., *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva,* Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012, p. 22.

## V. LOS YA NO TAN "NUEVOS" CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los contenidos de la negociación colectiva y más propiamente de los convenios colectivos han ido variando en el tiempo y en la historia producto de los cambios en el contexto económico – productivo, políticos, culturales, más que a variaciones de índoles normativo. Ello convierte a la negociación colectiva en un sistema de regulación temporal y de renovación periódica, que vive un proceso permanente de adecuación a la situación real de cada ámbito de las relaciones laborales, incluso se dice que su supervivencia va a depender de su adaptabilidad al carácter cambiante de su entorno.

Ello ha conllevado al fortalecimiento de la función adaptativa de la negociación colectiva, pues esta es la que permite que los sujetos negociadores regulen las condiciones de trabajo más adecuadas a cada unidad o sector productivo. Su cercanía al objeto de regulación y el conocimiento que tienen las partes del mismo, la lleva a gozar de unas condiciones de versatilidad y adecuación de las que carece cualquier otro producto normativo. Ello la convierte en la institución más dinámica del sistema de relaciones laborales y en el instrumento más apropiado para la asimilación y adecuación permanentes al cambio[23]. Esto no implica que se pueda sostener que en estos tiempos modernos las demás funciones (equilibradora o compensadora, compositiva o pacificadora, normativa, etc.) resultan siendo inoperantes.

Por ello se sostiene doctrinariamente[24] que el hecho de que nos encontremos en la actualidad ante una realidad económica y productiva más diversa, compleja y cambiante, conduce a *priorizar* la faceta adaptativa de los convenios colectivos en desmedro de sus funciones normativa y equilibradora, originando un cambio de énfasis en el seno de la función de compraventa. Es decir, los convenios colectivos dejan de responder prioritariamente a un propósito de equilibrio y uniformización y se convierten en instrumentos dirigidos a favorecer una adaptación flexible de las condiciones de trabajo a las necesidades empresariales.

De forma paralela, la paulatina sustitución de los rígidos esquemas fordista de organización de la producción por formas grupales, flexibles y participativas de desarrollo del trabajo está favoreciendo la asunción de un protagonismo cada vez mayor de sus funciones organizacional y gubernamental[25] sobre su tradicional

---

23 VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva*, Ob. Cit., P. 379.

24 Ob. Cit., pp. 389, 390.

25 Villavicencio sostiene que La función organizacional actúa sobre el núcleo duro de los poderes empresariales y les imprime un cierto grado de procedimentalización, a la vez que regula la organización y el desarrollo del trabajo en la empresa aportando reglas uniformes que facilitan la gestión de los recursos humanos. Basada en la participación de sus destinatarios en la regulación de sus formas y contenido, la negociación colectiva es así un instrumento clave para la organización del trabajo y, a la vez una herramienta para hacer posible la participación en dichos procesos. Así también que La función gubernamental va implicar una permanente

cometido económico o de mera regulación de las condiciones de "intercambio" de la fuerza de trabajo. Es así que los convenios colectivos avanzan a convertirse, paralelamente, en instrumentos de gestión flexible de la fuerza de trabajo y no solo de fijación de las condiciones de trabajo. Se va así gestando un paradigma "postindustrial" de desarrollo de la negociación colectiva, dentro del cual ganan terreno sus aspectos adaptativos y organizativos sobre sus facetas normativas y equilibradora; por ello se dice que se advierte, el abandono de la función preponderantemente normativa y reglamentaria, que hacía del convenio colectivo una fuente formal y material de la regulación de condiciones de trabajo y salariales. La negociación asume un cada vez más importante papel *extra normativo,* habiéndose convertido en un instrumento de co-gobierno de las relaciones industriales y la gestión (como método de dirección) de la empresa[26], ello ocasiona que se rompa el tan ansiado siempre más o carácter progresivo de la negociación colectiva permitiendo expresamente la negociación colectiva in peius. Incluso se habilita que cada negociación comience de cero, en lugar de tener como piso lo conseguido en el convenio colectivo anterior. Lo expuesto permite sostener, que estamos siendo testigos de una debilitación del convenio, en pro de una mayor adaptabilidad a las condiciones de cada empresa.

De este modo, en la realidad actual lo verdaderamente llamativo no es la aparición de nuevos contenidos, sino más bien la forma en que esos contenidos clásicos se enderezan en sentidos y direcciones distintas de las habituales. En otras palabras: no resulta novedoso que se negocie acerca de la materia salarial o sobre el tiempo de trabajo; sino que lo original es que la negociación se encare sobre supuestos que admiten la disminución de las condiciones preexistentes, e incluso osan enfrentar a los otrora indisponibles mínimos legales, configurándose en palabras de Barbagelta el "reto a la ley"[27].

Sin embargo, para fines del presente artículo y sin que ello implique una posición en contra, consideraremos que los nuevos contenidos de la negociación colectiva se pueden analizar sobre la base de las transformaciones de importancia en cuatro ámbitos en concreto:

---

y dinámica red de relaciones entre las partes, dirigida a producir, aplicar, interpretar, adaptar e integrar los convenios y demás acuerdos colectivos, a través de distintos instrumentos, lo que supera ampliamente la tradicional visión contractualista para la que lo fundamental es el convenio y el recurso a la negociación se reduce solamente a las etapas de renovación correspondientes. Nos encontramos ante la necesidad de un "quehacer" paritario continuo e ininterrumpido, que conduce hacia un modelo dinámico de negociación colectiva, en el que la conclusión de determinados asuntos da paso inmediato a la administración del acuerdo, por un lado, y a la discusión de aquellos sobre lo que todavía no fue posible el consenso, por otro. Ob. Cit., pp. 381 – 384.

26 GARMENDIA, Mario., *Las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva,* Ob. Cit., P. 443.

27 Ob. Cit., P. 443.

### 5.1. En materia remunerativa_

Debemos empezar citando el artículo 1° del Convenio número 100 de la Organización Internacional del Trabajo, pues regula una concepción totalizadora de la remuneración pues "(...) comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último". Para luego de ello recién referirnos a la flexibilidad salarial, que es entendida como la capacidad que poseen los empleadores para adaptar los salarios a las condiciones externas cambiantes, por tanto, bajo estas premisas lo razonable, desde la óptica de los dos agentes que negocian, consiste en vincular los niveles retributivos de los trabajadores a los resultados empresariales. En definitiva, la capacidad de adaptar los salarios a las condiciones cambiantes del entorno económico. Ello conduce a un cambio en la forma de regular los contenidos "tradicionales" de los convenios colectivos pues aparecerán cláusulas que vinculan su crecimiento a la marcha de la empresa, a la vez que proliferan los elementos variables del salario, por lo general vinculados a la productividad o el rendimiento.

Se dice que una forma de potenciar una estructura salarial más flexible es a través de regímenes salariales más flexibles, que relaciones la retribución con elementos variables en función de primas de carácter individual o de grupo de trabajo, o complementos relacionados con los beneficios empresariales, y que permiten a la organización mejorar la adecuación de sus costes laborales a la situación económica, al tiempo que potencian el desarrollo de la productividad del factor trabajo. He ahí que se hace necesario recurrir a la negociación colectiva y más específicamente al convenio colectivo para la determinación salarial y regulación de los diferentes elementos que determinan la estructura y los incrementos correspondientes a la retribución de cada trabajador. Es así que los convenios colectivos "ganan" [(...)] espacios para su actuación incondicionada, pero al "precio" de perderé la "red" de seguridad constituida por los mínimos legales, con el consiguiente riesgo de degradación de las condiciones de trabajo.

La búsqueda de una adaptación flexible de la remuneración a las circunstancias específicas de los sectores productivos y las empresas conduce, en muchos casos, a un retroceso de intervencionismo legislativo en la regulación de las condiciones de trabajo, dirigido a dejar mayores espacios "libres" para la actuación de los convenios colectivos. Esto se produce, bien a través de la supresión – sin más – de previsiones legales mínimas, bien a través de la "dispositivización" de las mismas, o bien mediante la remisión de su regulación a la negociación colectiva[28].

[28] VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva*, Ob. Cit., P. 392.

### 5.2. En la organización del tiempo de trabajo

La organización del tiempo de trabajo se puede entender como el ajuste continuo del volumen de empleo a las necesidades de la empresa; siendo que las razones que influyen en la necesidad de este ajuste cuantitativo pueden venir de la mayor inestabilidad de la demanda de producción, así como del propio cambio tecnológico, generando efectos sobre la oferta productiva.

El método puede simplemente consistir en disminuir las horas trabajadas, por ejemplo, vía la reducción de la duración semanal del tiempo de trabajo. En otros casos, y con mayor frecuencia, no consiste en una simple reducción del tiempo de trabajo, ya que se les exigen "contraprestaciones" a los trabajadores bajo formas de modulación del tiempo de trabajo. Se trabajará más cuando la empresa tenga una alta carga de trabajo y menos o simplemente no se trabajará (desempleo técnico) en los periodos de menor actividad, es decir, se establecen una serie de horarios cíclicos.

Toda empresa en algún momento determinado realiza modificaciones en la distribución interna del empleo o en la organización de la producción, redistribuyéndose las cargas de trabajo. Para ello, la jornada laboral puede adoptar diferentes formas en su distribución: i) Fijación de una cuantía horaria de la jornada de cada trabajador, categoría profesional o puesto de trabajo, que deba ser cumplida de forma variable, en función de las necesidades de la producción o el servicio, ii) Acuerdos sobre periodos concretos para el disfrute de las vacaciones o días festivos, adaptando el periodo de descanso del trabajador a los momentos de menor actividad en la empresa, iii) Sistemas de trabajo a turnos que permita ordenar la jornada individual, dando continuidad a la producción o el servicio de la compañía, iv) La adaptación de la jornada laboral a las oscilaciones de la demanda de producción, siendo útil para ello el uso de la jornada o parcial o del trabajo fijo discontinuo.

He ahí la necesidad de la negociación colectiva como instrumento que favorece el desarrollo de la organización del tiempo de trabajo en la empresa, permitiendo ajustar el factor trabajo propio a las variaciones el entorno económico de la empresa.

### 5.3. En el ámbito de la clasificación profesional

Se busca el aumento de la capacidad adaptativa de los empleados, desarrollada a través de un mayor grado de integración, participación e intercambiabilidad en las funciones, tareas o en las tomas de decisiones llevadas a cabo en la empresa; con ello, se pretende que los empleados posean las cualidades necesarias, tanto de forma vertical – el trabajador desarrolla tareas de un nivel o categoría profesional diferente al que le corresponde —, como horizontal – el trabajador asume tareas asignadas a los trabajadores de su mismo nivel o categoría profesional —, conforme a las necesidades que se le plantean a la empresa en cada momento.

Una estructura que permita al empleado participar en otros puestos o niveles de la organización, mejorará su respuesta a los cambios en su entorno, incrementando su capacidad de adaptación y, en definitiva, su capacidad competitiva. Sin

embargo, la voluntariedad o el consenso entre trabajador y empleador ante dicho cambio es fundamental, pues la motivación se ve influida en este sentido de forma positiva cuando el trabajador es capaz de percibir que el nuevo cambio supone un avance en su desarrollo profesional, al igual que la confianza que pueda existir en que llevara con éxito su nueva labor.

Por ello es que se sostiene que en la etapa actual, los trabajadores se ven obligados a desempeñar actividades de supervisión, inspección y alimentación de material a la máquina; en consecuencia se pone mayor énfasis en la formación y utilización del llamado trabajador flexible, multicalificado, universal o multihabilidades que no sólo realiza tareas de operación, sino también de mantenimiento, inspección, y en algunos casos de mejora continuada. Incluso se agrega que hoy los trabajadores tienen que adquirir los conocimientos que les permitan dominar diversas operaciones de una o varias fases del proceso productivo y ejercer el control de la calidad del producto en su puesto de trabajo, lo que implica nuevas tareas de autocontrol, supervisión y observación de las fallas de los procesos productivos, así como la propuesta para solucionar dicha falla[29].

Por ello debemos sostener que la formación constituye una de las herramientas más sólidas para que los trabajadores conserven su empleo e incluso les sea posible obtenerlo en el futuro, si lo pierden o se elimina su puesto de trabajo, pues gozaran de la tan ansiada capacidad adaptativa.

### 5.4. En el ámbito de la movilidad geográfica_

La movilidad geográfica es uno de los elementos clave que la empresa se ve obligada a utilizar para poder mejorar su desarrollo en un contexto económico – productivo en el que la globalización va adquiriendo un peso cada vez más determinante; en este escenario, el desarrollo de los medios de comunicación y las tecnologías de la información juegan un papel importante, pues podrán favorecer la deslocalización del trabajador de su puesto de trabajo mediante el uso del teletrabajo[30].

Este proceso utilizado de manera correcta puede traer consigo beneficios, no solo para la empresa, sino también para el trabajador. En lo que respecta a la

---

[29] SEPÚLVEDA MALBRÁN, Juan, VEGA RUIZ, María., *Guía didáctica para la negociación colectiva: Una herramienta sindical,* Organización Internacional del Trabajo, Lima, 1998, p. 35.

[30] El teletrabajo se ha convertido en una herramienta para el desarrollo flexible de la organización. El avance conjunto de las tecnologías de la información y el desarrollo de la economía global están cambiando la estructura organizativa de la empresa, pasando esta de una estructura fija a variable. Este proceso de cambio incide sobre el trabajador, quien debe presentar unas habilidades y capacidades cambiantes para adaptarse a los cambios del entorno empresarial, implicando un grado de implicación mayor en la empresa por parte del empleado, aumentando su grado de autonomía. Todo ello implica una menor necesidad de supervisión del trabajo efectuado, favoreciendo la deslocalización del trabajador del centro de trabajo.

empresa le permite obtener un medio por el cual se incrementa la productividad del trabajador, flexibilizar la estructura organizativa y reducir los costes fijos asociados al espacio de trabajo (alquiler de oficina, electricidad, etc.); por el lado de los trabajadores les permite conseguir un medio a través del cual podrán gestionar su tiempo de trabajo, ampliar su empleabilidad, conciliar el aspecto personal y familiar.

Es así que la negociación colectiva, como medio de regulación de las relaciones laborales en el ámbito productivo, debe garantizar que la flexibilidad geográfica sea un elemento consensuado entre las partes negociadora, encontrando el equilibrio adecuado entre el desarrollo de la flexibilidad interna de la organización y los efectos que ésta genera sobre el trabajador; por ello consideramos que debe tratar de abordar algunos aspecto tales como: i) Especificación de cuándo el cambio de centro de trabajo supone un traslado temporal o definitivo, ii) La existencia de un preaviso para el cambio de centro de trabajo, iii) Fijación de medios y herramientas para el desarrollo del teletrabajo, etc.

## VI. CONCLUSIONES

- La autonomía colectiva o sindical integra en su seno diversos planos: 1) poder de auto – organización del grupo y autorregulación de su esfera de actuación interna (autonomía institucional); 2) poder de determinación autónoma de las condiciones de trabajo, principalmente a través de la negociación colectiva (autonomía normativa o autonomía colectiva en sentido restringido); 3) poder de representación de los intereses de clase a través de medios de acción directa (huelga).
- Tenemos a su vez, a la negociación estática (duración y vigencia determinada) y la negociación dinámica o continuada (proceso de la negociación se desarrolla de manera permanente); empero la tendencia actual sobre todo en escenarios de crisis es fomentar la negociación dinámica.
- En la práctica el contenido tradicional de la negociación colectiva, ha estado íntimamente vinculado a los salarios o aspectos conexos con la materia salarial; sin embargo, un sindicalismo centrado en las preocupaciones económicas (mejor salario) y en el control del puesto de trabajo, es hoy insuficiente.
- La negociación colectiva en función de los resultados jurídicos ha seguido por lo menos dos cursos principales, o bien como un proceso que solo puede culminar con el mejoramiento de las condiciones que anteriormente ostentaban los trabajadores, o bien se admite la eventualidad de que sus resultados puedan significar una rebaja en relación a las condiciones precedentes.
- Los contenidos de la negociación colectiva y más propiamente de los convenios colectivos han ido variando en el tiempo y en la historia producto de los cambios en el contexto económico – productivo, políticos, culturales,

más que a variaciones de índoles normativo. Ello convierte a la negociación colectiva en un sistema de regulación temporal y de renovación periódica, que vive un proceso permanente de adecuación a la situación real de cada ámbito de las relaciones laborales, incluso se dice que su supervivencia va a depender de su adaptabilidad al carácter cambiante de su entorno.

- Podemos afirmar que los convenios colectivos avanzan a convertirse, paralelamente, en instrumentos de gestión flexible de la fuerza de trabajo y no solo de fijación de las condiciones de trabajo. Se va así gestando un paradigma "postindustrial" de desarrollo de la negociación colectiva, dentro del cual ganan terreno sus aspectos adaptativos y organizativos sobre sus facetas normativas y equilibradora.
- La negociación asume un cada vez más importante papel *extra normativo,* habiéndose convertido en un instrumento de co-gobierno de las relaciones industriales y la gestión (como método de dirección) de la empresa[31], ello ocasiona que en determinados escenarios se rompa el tan ansiado siempre más o carácter progresivo de la negociación colectiva permitiendo expresamente la negociación colectiva in peius.
- En la realidad actual lo verdaderamente llamativo no es la aparición de nuevos contenidos, sino más bien la forma en que esos contenidos clásicos se enderezan en sentidos y direcciones distintas de las habituales.
- Finalmente, creemos que ante los nuevos escenarios los denominados "nuevos" contenidos la negociación colectiva tienen que repensarse y en tal sentido reinventarse de cara a encontrar un equilibrio entre los interés de los empleadores y de los trabajadores.

[31] GARMENDIA, Mario., *Las renovadas funciones y contenidos de la negociación colectiva,* Ob. Cit., P. 443.

# Negociacion colectiva y extension del convenio arbitral laboral a partes no signatarias

**Mauricio Matos Zegarra**

Gerente del área laboral en EY (Ernst & Young). Master en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Université Libre de Bruxelles (ULB)-Bélgica. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS). Docente de Derecho Laboral en la Universidad Católica Santa María (UCSM) y en la Universidad Católica San Pablo (UCSP)

***SUMARIO***

*Introducción. I. La negociación colectiva y el arbitraje laboral. 1. El arbitraje y la solución del conflicto colectivo de trabajo. 2. El arbitraje laboral voluntario. II. El convenio arbitral laboral. III. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el arbitraje laboral. 1. La libertad sindical y el arbitraje laboral. 2. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. 3. ¿Pueden existir partes no signatarias en el arbitraje laboral? IV. Conclusiones. V. Bibliografía.*

## INTRODUCCIÓN

Las nuevas formas de organización del trabajo marcadas por organizaciones cada vez más complejas de trabajadores y empleadores, suponen un reto para la negociación colectiva y para el arbitraje en materia laboral, por lo que a través del presente trabajo nos proponemos analizar una de las figuras arbitrales de mayor discusión, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y su aplicación en el arbitraje laboral voluntario.

Con este objeto hemos dividido nuestro análisis en tres partes. En la primera desarrollamos las características y particularidades del arbitraje como forma de solución del conflicto colectivo de trabajo, determinando además qué partes estarían legitimadas a solicitar la solución de la controversia a través de esta forma especial de jurisdicción.

La segunda parte tiene por objeto revisar todos los aspectos relacionados al convenio o compromiso arbitral laboral, así como los alcances y obligaciones emanados de este acuerdo, analizando a su vez qué debe entenderse por tercero y por parte no signataria de un convenio arbitral.

En la última parte de nuestro trabajo nos abocamos a analizar la figura arbitral de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias regulada por el artículo 14 de la Ley General de Arbitraje peruana (LGA) y su aplicabilidad a los arbitrajes en materia laboral.

Finalmente desarrollamos algunos supuestos en los que consideramos que la extensión del convenio arbitral laboral podría ser particularmente beneficiosa para la negociación colectiva, como son los casos de descentralización productiva y los de empresas vinculadas y grupos económicos.

## I. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL ARBITRAJE LABORAL

### 1. El arbitraje y la solución del conflicto colectivo de trabajo

En el tránsito que se da entre la negociación previa a la celebración de un convenio colectivo de trabajo y su efectiva suscripción, suelen presentarse situaciones que determinan, en mucho casos, la imposibilidad de que ambas partes puedan arribar a un acuerdo rápido y satisfactorio.

La negociación colectiva y su producto más importante, el convenio colectivo de trabajo, son dos de los instrumentos que mejor expresan la naturaleza concertada del derecho del trabajo, asegurando una convivencia pacífica entre el empleador y la organización sindical que lo suscribe. No obstante, en la búsqueda de una solución beneficiosa para ambas partes pueden existir entrampamientos que requerirán muchas veces de la ayuda o intervención de un tercero.

En esta línea, la Recomendación N° 92 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios de 1951, estableció la necesidad de prever organismos de conciliación y arbitraje voluntarios, con el objeto de contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo entre

empleadores y trabajadores.[1]Mientras la conciliación supone la intervención de un tercero que coadyuve a solucionar el conflicto suscitado entre las partes, el arbitraje implica a un tercero denominado árbitro con la finalidad de que ponga fin al conflicto de manera a través de un laudo arbitral.

El arbitraje en materia laboral, salvo por las materias que son objeto de tratamiento, no es muy distinto al arbitraje en otras ramas del derecho. Recordemos que el arbitraje en general, tiene regulación legislativa en nuestro país desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 cuyo artículo 2° establecía que *"ejercen también jurisdicción las personas que los interesados nombran, conforme a éste código, para que como árbitros conozcan en algún negocio en particular"*[2]

En este mismo sentido, en el Diccionario de la Legislación Peruana, García Calderón Landa, refiriéndose al arbitraje tal como estaba regulado en el citado Código de Enjuiciamientos Civiles, señalaba que *"(...) los árbitros sólo tienen jurisdicción voluntaria; esto es conferida por la voluntad de las partes; y sólo pueden fallar en la forma y sobre los puntos expresados en la escritura de compromiso (...)"*[3]

Hoy en día el arbitraje está considerado como una forma válida de ejercicio de la función jurisdiccional. Así lo ha reconocido la Constitución Política del Estado en su artículo 138°, y así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en la STC recaída en el expediente N° 0142-2011-PA/TC (Caso Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia). Asimismo, en la STC recaída en el expediente N° 06167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverry), el TC estableció que *"(...) el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias" (F10) (...)*

Por otro lado y a nivel legislativo, el arbitraje se encuentra regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 del año 2008, que reemplazó a la Ley N° 26572 del año 1996 y ésta a su vez al Decreto Ley N° 25935 de 1992, que no sólo fue la primera norma que reguló de manera independiente el arbitraje, que hasta ese momento había sido regulado en el Código de Procedimientos Civiles de 1911 y en el Código Civil de 1984 bajo el título de "cláusula compromisoria y compromiso arbitral"[4], sino que además constituye la norma que en su momento utilizó el Decreto Ley N°

---

1 Recomendación N° 92 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R092. Consultada el 27 de agosto de 2016

2 Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852. Imprenta del Gobierno por Eusebio Aranda. Lima. 1852

3 GARCÍA CALDERÓN LANDA, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Imprenta del Estado por Eusebio Aranda. Lima. 1860 p. 183 y ss.

4 Para mayor detalle se pueden consultar los artículos 1906 a 1922 de la Edición Oficial del Código Civil de 1984, publicado por el Ministerio de Justicia por R. Ministerial N° 325-84-JUS de fecha 25 de setiembre de 1984

25593 – Ley de relaciones colectivas de trabajo (en adelante LRCL) para regular el arbitraje en materia laboral.

Pese a que la utilización del arbitraje se encuentra mayormente difundida como herramienta para la solución de controversias de tipo comercial, no es menos cierto que su utilización ha sido frecuente en el campo laboral. Recordemos que en nuestro país la primera regulación del arbitraje como forma de resolución del conflicto laboral data de 1913 con la promulgación del D.S. de 24 de enero de dicho año y que la Constitución Política del Estado de 1920 señaló en su artículo 48 que *(...) los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio (...)* disposición que fue desarrollada por el D.S. del 12 de mayo de 1920.

**2. El arbitraje laboral voluntario**

La actual regulación del arbitraje laboral, se encuentra plasmada en el Decreto Ley N° 25593 (LRCL), en su T.U.O. aprobado mediante D.S. 010-2003-TR y su reglamento aprobado mediante D.S. 011-92-TR. Dicha regulación prevé la existencia de tres tipos de arbitraje, uno de carácter voluntario que requiere por tanto la existencia de un convenio arbitral entre las partes, uno obligatorio cuya regulación se desprende del artículo 68 de la norma, y que permite que la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT) intervenga y ponga fin a un conflicto laboral en caso una huelga se prolongue excesivamente en el tiempo, comprometiendo gravemente a una empresa o sector productivo, o derive en actos de violencia, y finalmente, el arbitraje potestativo, cuya creación y diseño fue producto de la STC del TC recaída en el expediente N° 03561-2009-PA/TC (caso Sutramporpc) luego en la STC 02342-2012-PA/TC (Caso Fetratel)

Respecto a la institución arbitral, la OIT a través de la citada Recomendación N° 92 muestra su abierta preferencia por el arbitraje voluntario en la medida que sólo una decisión adoptada de manera soberana por las partes, mediante la cual con absoluta libertad deciden someter una controversia para que un tercero la resuelva, permitiría afirmar que el arbitraje no limita el ejercicio regular del derecho de huelga. Es más, sobre este punto, el Comité de Libertad Sindical de la OIT (en adelante CLS) ha establecido que *"no puede considerarse como atentatoria a la libertad sindical una legislación que prevé procedimientos de conciliación y arbitraje (voluntario) en los conflictos colectivos como condición previa a la declaración de una huelga siempre y cuando el recurso al arbitraje no tenga carácter obligatorio y no impida en el práctica el recurso a la huelga"*[5]

[5] *Recopilación* de 1996, párrafo 500; 307.º informe, caso núm. 1899, párrafo 83, caso núm. 1898, párrafo 324; 309.º informe, caso núm. 1912, párrafo 364; 324.º informe, casos números 2292 y 2101, párrafo 731 y 336.º informe, caso núm. 2369, párrafo 212.) En. Oficina Internacional del Trabajo (OIT). *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta Edición (revisada). Ginebra. 2006, p. 120.

De la misma forma, la LRCT peruana, ha implementado el arbitraje voluntario como un mecanismo válido de solución del conflicto laboral con las características básicas siguientes:

a) En primer lugar, la decisión de someter el conflicto laboral a arbitraje debe de partir de la voluntad de las partes; es decir debe existir un acuerdo o convenio arbitral; aunque de acuerdo a la LRCT, la petición inicial debe provenir de los trabajadores y no del empleador.

b) En segundo lugar, en el arbitraje laboral voluntario, las partes no pueden celebrar un convenio arbitral respecto a conflictos futuros o de realización incierta.

c) La decisión de someter la controversia a arbitraje se adopta como una medida de solución en la oportunidad en que las partes consideren que no pueden resolver su controversia de otra forma, es decir cuando la etapa de trato directo ha fracasado;

d) El arbitraje no reemplaza a la negociación colectiva, pues de acuerdo a la LRCT, el acuerdo de las partes de someter su controversia a arbitraje exige en principio que la etapa de trato directo o la de conciliación no haya tenido éxito y es más, el desarrollo del proceso arbitral no excluye la posibilidad de que los trabajadores ejerzan de manera regular su derecho a huelga.

Las partes pueden decidir en el compromiso o convenio arbitral celebrado, las características del desarrollo del proceso arbitral; sin embargo en la emisión del laudo arbitral, el o los árbitros elegidos por las partes sólo pueden acoger en su integridad una de las propuestas finales planteadas por estas, atenuándolas sin desvirtuarlas, en caso lo consideren necesario.

Lo cierto es, que aún con las particularidades del arbitraje regulado por la ley laboral, el acuerdo o convenio arbitral, sigue siendo la piedra angular sobre la que se construye este método de solución de controversias.

En las siguientes líneas nos ocuparemos de delimitar las principales características del convenio o compromiso arbitral laboral; y también a analizar si es posible que bajo determinadas circunstancias y atendiendo a las nuevas formas de organización empresarial, el convenio arbitral laboral pueda ser extendido a actores vinculados a la negociación colectiva.

## II. EL CONVENIO ARBITRAL LABORAL

La LRCT no define lo que debe entenderse por convenio arbitral; sin embargo el artículo 13 de la Ley General de Arbitraje (en adelante LGA) señala que se trata del *"el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza"*.

Para Llopis – Llombart[6], nos encontramos frente a un auténtico contrato, aunque en nuestra opinión, y atendiendo a los alcances de la definición de contenida en el artículo 1351 del Código Civil, el convenio arbitral carecería de una de sus características básicas, la vocación de crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. El convenio arbitral no tiene por objeto crear una relación jurídica patrimonial, pues el contenido de las obligaciones que emanan de este negocio jurídico, es el deseo común de ambas partes de que sea un tercero el que resuelva una controversia surgida entre éstas, aun cuando esta controversia si tenga un carácter patrimonial.

Empero, aunque exista controversia respecto a la naturaleza contractual del convenio arbitral, hay consenso general respecto a los alcances del mismo. Así, el convenio arbitral como todo contrato sólo es obligatorio para las partes que lo suscribieron. Recordemos que el artículo 1363° del Código Civil establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos.

Refiriéndose a la teoría de la relatividad de los contratos, De la Puente y Lavalle citando a su vez a Diez – Picaso señala que " *[E]l contrato es un acto de ejercicio de un poder de autonomía privada y la autonomía privada consiste en la posibilidad de dictar la ley – el precepto – por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. Un contrato con una eficacia en la esfera jurídica de terceras personas, no sería un acto de autonomía, sino que constituiría una invasión de la esfera jurídica ajena*"[7]

En el campo del convenio arbitral, Caivano también señala que el acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable lo dispuesto en materia de contratos, señalando además, que el principio de la relatividad de los contratos, tiene como propósito evitar que alguien, sin haber expresado su consentimiento, sea forzado a dirimir determinadas controversias por arbitraje.[8]

En materia de arbitraje laboral, la regla del consentimiento y del carácter obligatorio del convenio arbitral es sin lugar a dudas similar. El convenio arbitral vinculará a los trabajadores y empleadores que se encuentran participando en el proceso de negociación colectiva, no pudiendo extender sus efectos a un tercero ajeno a esta relación. Esta regla se ve además reforzada por el hecho que el arbitraje en materia laboral presupone necesariamente que la etapa de trato de directo no haya tenido éxito, y por tanto que sólo estén habilitadas a celebrar un convenio arbitral y eventualmente a participar en un proceso arbitral las partes que participaron activamente en el proceso de negociación colectiva.

---

6 LLOPIS-LLOMBART, Marco de Benito. *El Convenio Arbitral: Su eficacia obligatoria.* CIVITAS – Thomson Reuters. 1era edición, Navarra, 2010, p.p. 38 y ss.

7 DIEZ – PICASO, Luis, citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General.* Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I. Palestra Editores. Lima. 2007, pp. 392 y ss.

8 CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario.* En Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 01-2006, pp. 121 y ss.

Nos queda claro que un tercero, denominado por De la Puente y Lavalle como *petitus extranei*[9] no puede introducirse, ni tampoco ser introducido en contra de su voluntad dentro de los alcances de un convenio arbitral, más aún si este tercero no ha participado en el proceso de negociación colectiva previo a la celebración del acuerdo arbitral; sin embargo, cabría preguntarse si el concepto de "parte" en una negociación colectiva, se refiere estrictamente al conjunto de trabajadores que presentaron el pliego de reclamos frente a un empleador o un conjunto de empleadores, o si por el contrario a la luz de los cambios operados en las relaciones de trabajo y las complejas formas de organización que hoy ostentan tanto las organizaciones sindicales como los empleadores, podríamos evaluar la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral laboral a partes que indirectamente han participado en el proceso de negociación colectiva que antecedió al acuerdo arbitral.

## III. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS EN EL ARBITRAJE LABORAL

### 1. La libertad sindical y el arbitraje laboral:

Como habíamos mencionado, el arbitraje en materia laboral presupone que la negociación colectiva, al menos en su etapa de trato directo, no haya tenido resultados satisfactorios para las partes y por ende que no se haya podido concluir un convenio colectivo de trabajo.

En este escenario, las partes – empleadores y trabajadores – que han formado parte de la negociación colectiva son los que eventualmente podrán manifestar su voluntad de someter la controversia a arbitraje y establecer los límites de la participación de los árbitros; sin embargo, tal como lo ha señalado el Ministerio de Trabajo a través de la Resolución Directoral General N° 021-2011/MTPE/2/14 y la Resolución Directoral General N° 06-2012/MTPE/2/12, la negociación colectiva, que comprende el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical, supone un redimensionamiento de lo que entendemos por "parte" en un contexto de negociación colectiva marcado por los procesos de "descentralización productiva".

En dicha ocasión, el MTPE concluyó que el listado de tipos sindicales previsto en el artículo 5 de la LRCT[10] había quedado completamente desfasado y que atendiendo además a las recomendaciones del CLS de la OIT, el listado era

---

[9] DE LA PUENTE Y LAVALLE, Op. Cit. p. 405

[10] Artículo 5.- Los sindicatos pueden ser:

a) De empresa, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador.

b) De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad.

c) De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.

ejemplificativo y no taxativo. Sobre el redimensionamiento de los alcances de la libertad sindical, es particularmente interesante el estudio que realizó Ermida y Colotuzzo, sobre la "*Descentralización, Tercerización y Subcontratación*"[11], donde los autores dedicaron varios pasajes a entender el redimensionamiento del concepto típico de organización sindical y el nuevo rol de la negociación colectiva, frente a las nuevas formas de organización empresarial y sobre todo de cara a los procesos de descentralización productiva.

Por el lado de los empleadores se presenta una situación similar. Tal como lo afirma, Morin, en una economía mundializada, las exigencias de competitividad y de flexibilidad de las empresas han causado una profunda transformación de su organización social, económica y financiera. El despliegue de los grupos financieros a escala mundial, los fenómenos de "externización" más la constitución de redes de empresas, han tenido múltiples consecuencias en las relaciones laborales y las condiciones de aplicación del derecho del trabajo.[12]

En el mismo sentido, Tosca, precisa que "el concepto de empleador se ha vuelto ciertamente más complejo ante las varias formas de organización empresaria (sic), la localización del empleo se ha diversificado, las prácticas relativas al tiempo de trabajo se han individualizado, han surgido nuevos criterios para las remuneraciones que tienden a sustituir los pagos basados en el tiempo de trabajo".[13]

Por su parte, Supiot nos recuerda que en este contexto de profundos cambios en la forma de organización empresarial, "la negociación colectiva constituye la institución más dinámica y el instrumento apropiado para la asimilación y la adaptación permanente a las mutaciones, de cara a la heterogeneidad de las formas de organización del trabajo"[14]

En la medida que el concepto de "parte" en la negociación colectiva vaya cambiando y se adapte a las nuevas formas de organización del trabajo, el convenio arbitral también admitirá la participación de formas más complejas de organización empresarial que puedan extraer beneficios o asumir obligaciones del proceso arbitral que permitirá la solución del conflicto colectivo de trabajo.

---

d) De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.

11 ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización Subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima, Proyecto FSAL, 2009.

12 MORIN, Marie – Laure. *El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa*. En Organización Internacional del Trabajo (OIT) Revista Internacional del Trabajo, vol. 124 (2005), num 01. pp. 05 y ss.

13 TOSCA, Diego M. *La representación sindical y las nuevas formas de organización empresarial*. En *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. MONEREO PÉREZ, José Luis (Dirección). Editorial Comares. Granada, 2011, p. 116 y ss.

14 SUPIOT, Alain. *Au-delà de l´emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Flammarion, Paris, 1999, pp. 134 y ss.

En conclusión, si la negociación colectiva admite un concepto amplio de lo que debemos entender por "parte", el arbitraje y sobretodo el convenio arbitral debe admitirlo también.

**2. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias:**

Si existe una innovación legislativa destacable en la actual regulación arbitral peruana, es sin duda alguna la figura de la extensión del convenio arbitral a "partes no signatarias".

Así, el artículo 14 de la LGA establece que *"El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos"*.

Sobre el particular, Caivano precisa que "el arbitraje nace de fuente convencional y, como tal, sólo están obligados quienes hayan firmado la cláusula que otorga jurisdicción a los árbitros"; sin embargo – continúa el autor – "es pacíficamente reconocido que la mera circunstancia de no haber sido parte en el acuerdo arbitral no significa un impedimento para ser llevado al arbitraje"[15]

La regulación normativa de la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias es sin duda una novedad legislativa, pero no jurisprudencial. Si bien, nuestro país sea quizás el primer país en el mundo que regula taxativamente la posibilidad de extender el convenio arbitral a una parte no signataria, a nivel de la jurisprudencia arbitral internacional ya se habían presentado varios casos desde los años ochenta. Así, por ejemplo, en el caso *"Dow Chemical c/. Isover Saint Gobain"*[16]el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) aceptó la participación de dos sociedades del Grupo Dow no signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral parecen haber sido verdaderas partes en los contratos.

Sobre el particular, Bullard nos recuerda *que "muchos equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje"*. El autor agrega que *"ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo"*.[17]El autor tiene razón, la extensión de los alcances del convenio arbitral no está garantiza-

---

15 CAIVANO, Roque. Op Cit. pp. 124.

16 Cámara de Comercio Internacional Caso No. 4131, YCA 1984, citado por CAIVANO, Roque. Op. Cit. pp. 124.

17 BULLARD, Alfredo. ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? *La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana.* En *Latin Arbitration Law.*

da, ni puede ser invocada por cualquier tercero ajeno a la relación contractual o al negocio jurídico que es objeto de la controversia a ser dilucidada a través del arbitraje. Por el contrario, la figura está garantizada, siendo consecuente con la extensión de los efectos obligatorios del contrato, a aquellas partes que habiendo tenido una participación activa en el contrato, no suscribieron el convenio arbitral, convirtiéndose de esta forma en "partes no signatarias" y no en terceros ajenos a la relación contractual.

Sobre el mismo tema, Conejero Roos e Irra De la Cruz, han señalado que "cuando se habla de extensión, en realidad se quiere hablar de alcance. En estricto rigor, no se está extendiendo una cláusula arbitral a quien no es parte de la misma, sino que se está determinando, más allá de la forma del contrato y de quienes lo han firmado, quiénes son realmente las partes vinculadas por el convenio arbitral, delimitando así el alcance *rationae personae* o subjetivo de dicho convenio"[18]

No cabe duda de que la figura de la extensión de los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias es ciertamente una novedad que pretende llenar un vacío legal generado a partir de las nuevas y cada vez más complejas formas de organización empresarial. En la misma línea y como ya lo hemos analizado, estas nuevas formas de organización empresarial tienen un impacto directo en las relaciones de trabajo y claro está en el proceso de negociación colectiva, que nos llevan a pensar si en el marco del arbitraje laboral sería posible extender los efectos de un convenio arbitral a partes no signatarias.

### 3. ¿Pueden existir partes no signatarias en el arbitraje laboral?

Tal como lo señalamos en el párrafo precedente, en la medida que el arbitraje laboral regulado por la LRCT ha sido diseñado tomando en consideración el marco regulatorio arbitral general, cabría preguntarse si en determinadas circunstancias o presupuestos sería posible extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias en el arbitraje laboral.

Sobre este punto es importante precisar que no postulamos en este trabajo la posibilidad de extender los efectos del laudo arbitral a terceros ajenos a la negociación colectiva o a partes no signatarias del convenio arbitral. Lo que nos proponemos analizar es si bajo determinadas circunstancias una parte no signataria del convenio arbitral puede ver extendidos los alcances de este. Para dar respuesta a esta interrogante conviene analizar en principio, qué supuestos permiten extender los efectos de un convenio arbitral.s

---

Consultado http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/ el 28 de agosto de 2016.

[18] CONEJERO ROOS, Cristián e IRRA DE LA CRUZ, René. *La extensión del acuerdo arbitra a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado.* En Lima Arbitration N° 05— 2012/2013, consultado en http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf el 28 de agosto de 2016. P. 56 y ss.

El artículo 14 de la LGA permite la invocación de la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria en 2 circunstancias:

a) En los casos en que alguien haya tenido una participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado:
b) En los casos en que alguien pretenda derivar derechos o beneficios del contrato según sus términos.

En ambos casos, la intervención debe darse de acuerdo al principio de la buena fe.

Para el caso específico del arbitraje laboral, los supuestos antes descritos podrían presentarse sobre todo en aquellos casos donde la negociación colectiva se desarrolla en un escenario de descentralización productiva o también en los casos de vinculación o grupos de empresas, sin que estas dos posibilidades resulten las únicas.

Tal como lo señalan Aylwin y Rojas, "la legislación laboral prácticamente ignora el fenómeno de los grupos y otras formas de descentralización productiva, que en la actualidad, constituyen paradójicamente el marco empresarial donde usualmente se desarrolla el contrato de trabajo"[19].

Analicemos entonces los supuestos en que podría ser válido invocar la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias en el arbitraje laboral.

En nuestro país, la problemática de los grupos de empresa, y los supuestos de vinculación económica ha sido tímidamente desarrollada por la legislación y jurisprudencia laboral. En efecto quizá el antecedente de referencia obligatoria, sea el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008, cuya conclusión plenaria N° 02 estableció la solidaridad en las obligaciones laborales en los caso en los que exista vinculación económica o grupo de empresas.[20]

Por su parte, la Superintendencia de Banca y Seguros, a través de la Resolución SBS N° 5780-2015 de fecha 24 de setiembre de 2015, definió en su artículo 08° al grupo económico como "al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión".

---

[19] AYLWIN CHIORRINI, Andrés y ROJAS MIÑO, Irene. *Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídico laborales en el Derecho Comparado*. En Revista IUS ET PRAXIS, 11 (2): 197 —225, 2005

[20] Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral de 2008. En https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/as_materiales_lectura/as_plenos_nacionales/as_plenos_nacionales_29112012. Consultado el día 28 de agosto de 2016.

A nuestro criterio, la negociación colectiva desarrollada por un **grupo económico, o en los casos en que existan supuestos de vinculación económica**, podrían permitirnos – como ha sucedido en el campo comercial – extender los efectos del convenio arbitral a una parte no signataria; no obstante compartimos la posición desarrollada por BULLARD[21] respecto a que en estos casos la aplicación de este supuesto no puede realizarse de manera generalizada y sin limitaciones, pues para que esto suceda, deberían presentarse dos elementos: a) uno objetivo, esto es, la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un mismo grupo económico; y b) uno subjetivo, representado por una voluntad de querer negociar de manera colectiva a través de una de las empresas del grupo, por una voluntad de fraude y de no reconocimiento de los derechos laborales que pueden estar en discusión en la negociación colectiva.[22]

Otro supuesto en el que podría invocarse la extensión del convenio arbitral laboral es el de la **descentralización productiva**. En efecto, los procesos de intermediación y tercerización laboral, caracterizados por la presencia relaciones triangulares, no sólo vienen suponiendo un reto para el ejercicio de la libertad sindical, donde ya se ha discutido la posibilidad de que las empresas de servicios y las contratistas puedan afiliarse a organizaciones de rama de actividad del sector profesional de la empresa principal o usuaria[23], sino que a su vez esto se traduce en un rol más activo en el proceso de negociación colectiva y por ende en un eventual proceso arbitral, en el que la empresa de servicios o la contratista quiera constituirse como una parte no signataria.

Si bien y sólo a manera de ejemplo, nos hemos limitado a desarrollar dos supuestos en los que consideramos, podría invocarse la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, creemos que la casuística permitirá constatar la existencia de otros supuestos, siempre y cuando se configuren los requisitos previstos por el artículo 14 de la LGA peruana, es decir que en el marco de la negociación colectiva se pueda determinar objetivamente:

a) La participación activa de un empleador o una organización sindical en el proceso de negociación colectiva, al que podría hacer referencia el convenio arbitral suscrito;
b) El interés de un empleador o de una organización sindical en derivar derechos o beneficios de la negociación colectiva en aquellos casos en que exista vinculación entre las partes que suscriben el convenio arbitral, y las que pretendan obtener los referidos beneficios.

---

21 BULLARD, Alfredo. Op. Cit.

22 En el caso en específico BULLARD hacía referencia a uno de los supuestos más comunes en que procede la aplicación de la figura de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, que es la teoría del "Levantamiento del velo societario"

23 Sobre el particular puede analizarse la Resolución Directoral General N° 06-2012/MTPE/2/14

## IV. CONCLUSIONES

1. El arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo es un instrumento que coadyuva de manera eficaz al desarrollo y consolidación de una negociación colectiva compleja marcada por las nuevas formas de organización empresarial.
2. El arbitraje voluntario en materia laboral supone la existencia de un convenio o acuerdo arbitral que resulta obligatorio en principio, sólo a las partes que lo han suscrito.
3. En el panorama actual, los alcances de los que se entiende por "parte" de un acuerdo arbitral laboral, no se limita sólo a quiénes han suscrito un convenio arbitral, sino a quienes han participado activamente en la negociación colectiva o a quienes pretenden obtener beneficios de esta.
4. La figura de la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, puede ser especialmente aplicable en los casos de negociación colectiva donde existan grupos de empresas, vinculación económica, o relaciones laborales de descentralización productiva.

## BIBLIOGRAFÍA

AYLWIN CHIORRINI, Andrés y ROJAS MIÑO, Irene. *Los Grupos de Empresas y sus efectos jurídicos laborales en el Derecho Comparado*. En Revista IUS ET PRAXIS, 11 (2), 2005. Consultado en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S07180012200500020006

BULLARD, Alfredo. ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? *La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje Peruana*. En *Latin Arbitration Law*. Consultado http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/

CAIVANO, Roque. *Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*. En Lima Arbitration. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje N° 01-2006.

CONEJERO ROOS, Cristián e IRRA DE LA CRUZ, René. *La extensión del acuerdo arbitra a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado*. En Lima Arbitration N° 05— 2012/2013, consultado en http://limaarbitration.net/LAR5/Cristian_Conejero_Roos_Rene_Irra_de_la_Cruz.pdf

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo I. Palestra Editores. Lima. 2007

ERMIDA URIARTE, Oscar y COLOTUZZO, Natalia. *Descentralización, Tercerización Subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo (OIT). Lima, Proyecto FSAL, 2009.

GARCÍA CALDERÓN LANDA, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*. Imprenta del Estado por Eusebio Aranda. Lima. 1860.

LLOPIS-LLOMBART, Marco de Benito. *El Convenio Arbitral: Su eficacia obligatoria*. CIVITAS – Thomson Reuters. 1era edición, Navarra, 2010.

MORIN, Marie – Laure. *El derecho del trabajo ante los nuevos modos de organización de la empresa*. En Organización Internacional del Trabajo (OIT) Revista Internacional del Trabajo, vol. 124 (2005), num 01

ORGANIZACIÓN INTERNACIONA DEL TRABAJO (OIT). *La libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta Edición (revisada). Ginebra. 2006.

TOSCA, Diego M. *La representación sindical y las nuevas formas de organización empresarial*. En *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. MONEREO PÉREZ, José Luis (Dirección). Editorial Comares. Granada, 2011

SUPIOT, Alain. *Au-delà de l´emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*. Flammarion, Paris, 1999, pp. 134 y ss.

# El principio *indubio pro operario* en materia de negociación colectiva de trabajo y su relación con el contenido del artículo 26 de la Constitución Política del Perú

**Jorge Luis Mayor Sánchez**[1]

Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctorando en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca-España. Docente del Área Laboral de la Universidad Peruana de Las Américas.

***SUMARIO***

*I. Introducción. II. Definiciones generales. III. Análisis del III acuerdo plenario laboral. IV. El Principio Indubio Pro Operario. V. La Reforma en Peor. VI. Interpretación de los convenios colectivos. VII. Volviendo a la Realidad del Derecho. VIII. Conclusiones.*

[1] Quiero expresar mi agradecimiento por la colaboración académica, investigativa y motivacional del Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos Luis Jesús Baldeón Bedón.

## I. INTRODUCCION

La actual postura desarrollada de la doctrina laboralista y procesalista no ha sido clara al momento de delimitar la funcionalidad de tales instituciones jurídicas, en tanto que la misma solamente se ha delimitado conceptualmente a señalar que la Ley Procesal del Trabajo Ley Nº 29497 que obliga a los jueces del país a acatar los términos asumidos por los acuerdos plenarios, con carácter de obligatorios, lo cual permitirá una mejor administración de justicia debido a la predictibilidad de las futuras resoluciones judiciales, estableciendo un mecanismo que facilitará la seguridad jurídica en el país, indicando someramente que, en caso se decida apartarse de dicho precedente, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos válidos que invoquen; en similar condición, se ha sustentado que, a pesar de considerar que los plenos jurisdiccionales no pueden ser catalogados (bajo una terminología jurídica estricta) como jurisprudencia, bien se podría hablar de la existencia de una doctrina emanada de los órganos judiciales (de los Tribunales superiores principalmente) en la aplicación del Derecho, la cual serviría de guía de interpretación, con objeto de delimitar esta pluralidad de corrientes o direcciones jurisprudenciales por la respectiva Sala de Casación que está colocada al centro y vértice de la organización judicial como órgano unificador y al mismo tiempo regulador.

## II. DEFINICIONES GENERALES

Hace unos meses atrás, la Corte Suprema de la República publicó en el diario oficial El Peruano el III Acuerdo Plenario en materia Laboral, mediante el cual las Salas de Derecho Constitucional y Social Transitoria y Permanente acordaron por unanimidad —entre otros términos— que, en caso de interpretación de convenios colectivos de trabajo, "procede la interpretación más favorable al trabajador respecto de las cláusulas normativas de las convenciones colectivas en los procesos de Negociación Colectiva de Trabajo; pero surge la interrogante de: ¿Cuándo aplicar el modo literal, y los demás métodos de interpretación normativa? ¿Existe duda insalvable de su sentido? Si ante dicha duda insalvable, se incumple con interpretadas de manera favorable al trabajador, se comete una infracción del artículo N° 29 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR".

Por tal motivo, a partir de la fecha de publicación, todos los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía se encuentran obligados a acatar el precitado III Acuerdo Plenario Laboral, salvo que el Juez o Sala de instancia motive su decisión en caso de discordancia o apartamiento del mismo[2]; pero ¿acaso no era evidente

[2] Conforme a lo regulado en el artículo N° 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497, la declaración que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye

que los acuerdos colectivos o las normas laborales se regían por el Principio del Indubio Pro Operario – Interpretación Más Favorable al Trabajador reconocido en el inciso 3) del artículo N° 26 de nuestra aún vigente Constitución Política del Estado de 1993 al proclamarse que en la relación laboral se respetan los siguientes principios(...)la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma? ¿Por qué el presente Acuerdo Plenario posee en la actualidad una importancia fundamental en materia de relaciones colectivas de trabajo?

En tal sentido, por intermedio de la presente ponencia, el lector podrá observar los diversos vaivenes y mareas jurisprudenciales por el cual ha tenido que pasar y sortear en su debido momento el presente principio tutelar en materia laboral para que ahora sea el centro de un acuerdo por parte de la Corte Suprema de la República del Perú.

## III. ANALISIS DEL III ACUERDO PLENARIO LABORAL

Tal como se ha desarrollado por parte de otras cortes especializadas (sea Laboral, Civil, Penal, Comercial) han venido implementado diversos Acuerdos Plenarios Jurisdiccionales (sean estos distritales, provinciales o en su momento supremos) mediante el cual aquellos órganos han tratado de unificar criterios interpretativos ante los vacíos o discordancias emanadas de la propia Ley – en el presente caso Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – D. S. N° 010-2003-TR, por parte de los operadores del derecho.

En tal sentido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se encuentra equiparando el tratamiento jurisdiccional que se otorga al Acuerdo Plenario con el Precedente Vinculante desarrollado por el Tribunal Constitucional (procedente del sistema jurídico inglés denominado Comon Law y regulado en nuestra legislación en el artículo VII del Código Procesal Constitucional Vigente del 2004), sosteniendo que los principios regidos por el precedente judicial de observancia obligatoria deben der invocados por los magistrados de todas las instancias jurisdiccionales, cualquiera que su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento, permitiendo así una mejor administración de justicia debido a la predictibilidad de las futuras resoluciones judiciales, estableciendo un mecanismo que facilitará la seguridad jurídica. Asimismo, en caso que exista discrepancias sobre su aplicabilidad, en diversas sentencias supremas se ha dejado constancia que los órganos correspondientes solamente podrán apartarse del acuerdo judicial —en la sentencia o auto— si el supuesto de hecho evaluado no coincide con la fuente que originó el precedente (*distinguishing*) o si su motivación se ha sustentado en un nuevo precedente (*overruling*).

---

precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la república, hasta que sea modificada por otro precedente.

Sin embargo la postura desarrollada de la doctrina laboralista y procesalista no ha sido clara al momento de delimitar la funcionalidad de tales instituciones jurídicas, en tanto que la misma solamente se ha delimitado conceptualmente a señalar que la Ley Procesal del Trabajo Ley Nº 29497 – NLPT – que obliga a los jueces del país a acatar los términos asumidos por los acuerdos plenarios, con carácter de obligatorio, lo cual permitirá una mejor administración de justicia debido a la predictibilidad de las futuras resoluciones judiciales, estableciendo un mecanismo que facilitará la seguridad jurídica, indicando someramente que, en caso se decida apartarse de dicho precedente, están obligados a motivar adecuadamente su resolución, dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos válidos que invoquen[3]; en similar condición, se ha sustentado que, a pesar de considerar que los plenos jurisdiccionales no pueden ser catalogados (bajo una terminología jurídica estricta) como jurisprudencia, bien se podría hablar de la existencia de una doctrina emanada de los órganos judiciales (de los Tribunales superiores principalmente) en la aplicación del Derecho, la cual serviría de guía de interpretación[4], con objeto de delimitar esta pluralidad de corrientes o direcciones jurisprudenciales por la Sala de Casación que está colocada al centro y vértice de la organización judicial como órgano unificador y regulador[5].

Por ello, señalamos preliminarmente —con obligación a profundizarlo en un artículo posterior – que en la actualidad no se podría equiparar el efecto jurídico de un Acuerdo Plenario judicial con el de un Precedente Vinculante en materia constitucional, en cuanto que, si bien ambas provienen en forma directa e indirecta de una fuente común (Comon Law), en nuestro sistema nacional, el Código Procesal Civil de 1993, la derogada Ley Procesal del Trabajo N° 26636 o la Nueva Ley Procesal del Trabajo N° 29497 nunca han otorgado al Acuerdo Plenario la categoría de Fuente de Derecho absoluto o al nivel del precedente vinculante, en cuanto que su apartamiento interpretativo no se encuentra condicionado en forma exclusiva a los mecanismos del distinguishing o al overruling (propios del precedente constitucional), sino a la facultad de motivar adecuadamente[6] al momento de realizar el fallo, aunque muchas veces su principio tutelar – Motivación

---

[3] LUIS VINATEA RECOBA y JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU, "Análisis y Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo", Edit. Gaceta Jurídica, 2012, Lima, p. N° 227

[4] ELMER HUAMAN ESTRADA, "Comentarios y críticas al Primer Pleno Laboral Supremo" Revista Soluciones Laborales N° 56, agosto, 2012, p. N° 73

[5] FRANCISCO JAVIER ROMERO MONTES, "El Nuevo Proceso Laboral", Edit. GRIJLEY, 2 Edición, 2012, Lima, p. N° 270

[6] El Principio de Motivación de las resoluciones judiciales se encuentra consagrada en el inciso 5) del artículo N°139 de nuestra Constitución Política del Estado al detallarse que "Son Principios y Derechos de la función jurisdiccional...la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa a la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho que se sustenten"

de las Resoluciones Judiciales— se encuentre limitada en la realidad por el control "jurisprudencial e interpretativo" por los organismos superiores[7].

## IV. EL PRINCIPIO DE INDUBIO PRO OPERARIO

Tal como lo había afirmado la doctrina laboralista clásica durante el periodo de apogeo de los gloriosos años treinta (post segunda guerra mundial), se había considerado en forma unánime que el Principio Protector era el núcleo central y básico del sistema de interpretación y aplicación de las normas jurídicas en el Derecho del Trabajo, en tanto que la misma se disgregaba en tres principios operativos para poder equilibrar las desiguales relaciones de trabajo, esto es, el Indubio pro Operario, la Interpretación más favorable al trabajador y la condición más beneficiosa.

En efecto, tal como lo habían descrito diversos autores, existía una aceptación pacífica en la doctrina por el cual, de todos los principios tutelares, el que destacaba como principio supremo es el tuitivo o de protección del trabajador, que tiene su origen y explica su necesidad en la desigualdad inherente a la relación de trabajo, que determina que haya una parte fuerte —el empleador—, pletórica de poderes, y otra parte débil —el trabajador— cargada de deberes[8]. Por ello se consideraba que la viabilidad de los principios era el reconocimiento de que el vínculo laboral no era una relación entre iguales, sino, muy por el contrario, entre partes notoriamente distintas en sus capacidades, facultades y obligaciones lo que obliga a la necesidad de un derecho que genere una desigualdad de signo inverso, un derecho deliberadamente equilibrador que atribuya privilegios al débil al tiempo de limitar las atribuciones del fuerte, poniendo "fin al absolutismo patronal[9].

Para ello, para afrontar la clásica interpretación por parte de la Teoría General del Derecho y del Derecho Civil, sobre los tres criterios sucesivos para la determinación de la norma aplicable: la jerarquía, la especialidad y la temporali-

---

7 Tal situación nos conllevaría a la siguiente reflexión, si en la realidad el Principio de Motivación de las Resoluciones Judiciales impide que la autoridad del Estado se convierta en una dictadura por el ejercicio arbitrario del imperio del Estado en sede judicial, tal como lo había señalado el autor JUAN F. MONROY GALVEZ en su "Teoría General del Proceso ", en cuanto que muchas veces los argumentos esgrimidos por los órganos inferiores, son revocados por la Corte Suprema si no se adhieren a los criterios adoptados en los acuerdos plenarios.

8 MARIO PASCO COSMOPOLIS, "Reafirmación de los Principios del Derecho del Trabajo" en Libro en homenaje al Dr. Américo Pla Rodríguez, Edit. GRIJLEY, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, 2008, Lima, p. N° 6.

9 En palabras de FRANCISCO DE FERRARI en su obra "Derecho del Trabajo – De las relaciones individuales de trabajo", Volumen II, Edit. Depalma, 1979, Buenos Aires, p. 122, nosotros creemos, por todo esto, que el contrato de trabajo no ha perdido lo que tiene de esencial, se ha despojado con el tiempo solamente de lo que tenía de accesorio y secundario.

dad[10], el Derecho del Trabajo, a su vez, había formulado un principio específico para la hipótesis del conflicto: la norma más favorable; así, según el autor Javier Neves Mujica[11], cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, deberá seleccionarse la que conceda más ventajas para el trabajador, mediante el cual —según el criterio de jerarquía— debería preferirse una de las normas, pero conforme al de temporalidad o generalidad, la norma que mejor proteja o beneficie a la parte más débil.

Sin embargo, en la última década tras la caída de la Unión Soviética y el derrumbamiento del Muro de Berlín en 1989, diversas voces liberales proclamaban que la enorme fuerza expansiva del criterio progresivo en la legislación laboral era perniciosa para la competitividad y la economía internacional, en tanto que la progresiva protección generaba rigideces que atentaban contra la vivacidad de las empresas, restándoles capacidad para competir dentro de un mundo globalizado; en efecto, como lo han resaltado diversos autores[12], el afán de desregulación y flexibilización en las relaciones de trabajo respondía a una propuesta teórica neoliberal dirigida por los economistas como Otto Von Hayek y Milton Friedman, bajo el sustento de las premisa cumbre: Eliminación o abatimiento de la intervención estatal protectora inicial del trabajador individual y la restricción de la autonomía colectiva, ambas cosas hasta el límite de lo políticamente posible[13].

---

[10] Ya es conocida dentro de la comunidad jurídica que en la aplicación del artículo III del título preliminar del código civil, la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Estado— las antinomias provenientes de normas procesales contradictorias, deberían calificarse conforme a la jerarquía (prevalece la norma de rango superior con respecto al de rango inferior), generalidad (la norma especial posee prevalencia sobre la norma general) o la temporalidad (norma posterior prevalece sobre una norma anterior).

[11] JAVIER NEVES MUJICA, "El Principio de la Norma más Favorable", en Libro en homenaje al Dr. Américo Pla Rodríguez, Edit. GRIJLEY, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, 2008, Lima, p. N° 55.

[12] Entre los cuales destaca el autor uruguayo OSCAR ERMIDA URIARTE, "La Flexibilidad"— Documento de Trabajo N° 124, Oficina Internacional de Trabajo – Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú, Oficina de área y equipo técnico multidisciplinario para los países andinos, 2000, p. 14.

[13] Por ello consideramos que el autor uruguayo sustenta acertadamente que el programa para alcanzar ese objetivo por parte de la teoría neoliberal era, por una parte, la no intervención del Estado en las relaciones individuales de trabajo de forma tal que cada trabajador negocie libre e individualmente con el empleador, la venta de su fuerza de trabajo. Llevada a sus máximas consecuencias teóricas —no realizadas y tal vez no realizables en la práctica— esta propuesta supone la abrogación de la legislación del trabajo y su sustitución por el Derecho civil, así como la abstención estatal en el área administrativa y judicial (con la consecuente abolición de la Administración del trabajo y de la Justicia especializada). Asimismo, para que la individualización de las relaciones laborales fuera completa, sería necesario además, evitar la acción sindical, la autonomía y la autotutela colectivas.

## V. LA REFORMA EN PEOR

Para poder aminorar el Principio de Progresividad y no Regresividad conforme a lo regulado en el artículo N° 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – C.A.D.H.- o minimizar los costos negativos que ocasionaba la negociación colectiva así como el incremento de conceptos remunerativos conforme a la indexación salarial, las corrientes flexibilizadoras propusieron la teoría jurídica de la reforma en peor – reformatio in peius —, mediante el cual las partes podían acordar la reducción de las remuneraciones, la suspensión de bonificaciones, la supresión del procedimiento de despido, los ceses colectivos, etc.; con la finalidad que los presentes acuerdos puedan reactivar la economía que se encontraba en crisis, sin que se detalle su temporalidad o su vigencia – o si su ejecución solamente se condicionaba a la vigencia de una crisis.

Por lo que, la presente teoría fue llevada casi plenamente a la práctica en nuestra legislación nacional, dado que, si bien se mantuvo la existencia de normas especiales mínimas, pero en materia de protección de los derechos individuales y colectivos de carácter irrenunciable fueron sustituidas por una mayor intervención y limitación por parte de los empleadores sin una mayor justificación o razonabilidad, así como la sustitución de acuerdos que conlleven a desconocer derechos, aún reconocidas por la legislación con carácter de mínimas; por tal razón, con la reforma de 1991, la negociación colectiva tuvo un escenario nuevo, muy diferentes las regulaciones existentes que eran de extrema conflictividad; por ello se indica[14]

---

Por eso, por otra parte, la segunda propuesta laboral de los economistas, luego de proscribir la intervención estatal en las relaciones individuales de trabajo, era —en una aparente contradicción— en postular la intervención restrictiva del Estado en sede de relaciones colectivas de trabajo. Aquí sí —se dice debería haber legislación que proscribiera —o limitara hasta el límite políticamente posible la acción sindical, la negociación colectiva y el derecho de huelga. ¿Por qué? Porque en esta concepción económica, la acción sindical, la negociación colectiva y la huelga son prácticas monopólicas a través de las cuales los trabajadores tratan de elevar artificialmente el precio de la mercadería que venden —su trabajo-, «ensuciando » el libre juego de la oferta y la demanda entre cada trabajador individualmente considerado y cada empleador concreto.

Esto explica que por lo general, las demandas de flexibilización se concentren en el Derecho individual del trabajo y —al menos en Latinoamérica— no se inquieten por el carácter restrictivo que a menudo ostenta la legislación sindical. "La Flexibilidad"— Documento de Trabajo N° 124, Oficina Internacional de Trabajo – Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú, Oficina de área y equipo técnico multidisciplinario para los países andinos, 2000, p. 10.

[14] ANNA VILELA ESPINOSA y JORGE BERNEDO ALVARADO, "Relaciones Colectivas de Trabajo. El escenario peruano y sus desafíos", en Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – SPDTSS, 2006, Chiclayo, p. N° 541. ALFREDO VILLAVICENCIO RIOS, "Los grandes desafíos de los Derechos Colectivos del Trabajo en un (hasta ahora) adverso Siglo XXI", en Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social – SPDTSS, 2006, Chiclayo, p. N° 564.

que mediante la Ley N° 25593, la original Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo – LRCT —, revirtió el esquema y rescató la autonomía de los integrantes en la negociación, mediante acuerdos amplios y flexibles, así como la mediación o el arbitraje como medios de solución de conflictos, adoptando una reiterada postura denominada "reformatio in peius".

Por tal razón, no sorprendía que —ahora desde una óptica jurídica sustentada en la nueva Constitución Política del Estado de 1993— las posturas flexibilizadoras propusieran constantemente la suspensión definitiva de los principios tutelares del Derecho del Trabajo —tales como el de la Primacía de la Realidad, Indubio Pro Operario, Irrenunciabilidad de Derechos, a pesar de encontrarse reconocidos en la propia Constitución Política de 1993— del sistema jurídico nacional e internacional, exaltando en forma retórica que las partes deberían tener más poder de negociación al regular sus necesidades conforme a las reglas de la libertad, existiendo la posibilidad de suprimir o suspender ciertos acuerdos si consideraban que los derechos adquiridos en materia laboral pudiesen afectar su rentabilidad económica[15], o en otros términos, que los nuevos actores dinámicos puedan contar con mecanismos jurídicos que le permitan ajustar su producción, empleo y condiciones de trabajo ante las fluctuaciones rápidas y continuas del sistema económico, las innovaciones tecnológicas y otros factores que demandan ajustes con celeridad, con el fin de evitar que el reconocimiento de derechos adquiridos o interpretaciones a favor de una de las partes puedan fomentar una nueva rigidez laboral en materia legislativa. Aspecto que hasta la actualidad aún se mantiene vigente, al no existir un criterio jurisprudencial unificado o reiterado, por parte de los órganos jurisdiccionales, que disponga una interpretación razonable de los convenios colectivos o pactos privados laborales conforme a la irrenunciabilidad e interpretación más favorable de la norma o del derecho.

[15] Una de las anécdotas comentadas por el autor MARIO PASCO COSMOPOLIS en su artículo denominado "Reafirmación de los Principios del Derecho del Trabajo" en Libro en homenaje al Dr. Américo Pla Rodríguez, Edit. GRIJLEY, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – SPDTSS, 2008, Lima, p. N° 11, es que el principio de interpretación de la regla más favorable para el trabajador fue objeto de debate (y posee hasta la actualidad serios cuestionamientos por parte de algunos autores liberales y neoliberales) en el X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social (Montevideo, 1988), en donde el ius laboralista Octavio Bueno Magano, propugnó su supresión, por ser más los problemas que crea que los que resuelve. En dicho Congreso, en efecto, las diversas ponencias, que giraban en torno a la aplicación de la referida regla, disentían en cuanto al mecanismo más apropiado, dada las dificultades intrínsecas que derivan tanto del método del conglobamento como del de acumulación, resultando además ambiguo el método del conglobamento por institutos, que aparecía como fórmula intermedia.

## VI. INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENVIOS COLECTIVOS

Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la aplicación de la reforma in peius ha generado que la viabilidad del Principio Protector sea analizada desde dos ópticas completamente diferentes, esto es, desde una visión de escisión de las clausulas normativas de las clausulas obligacionales al momento de interpretar un convenio colectivo, y la otra diseñada desde una visión integral del convenio, en donde las clausulas (tanto normativas como las obligacionales) sean analizadas por los métodos de interpretación general del derecho ante dudas razonables y no de una diferenciación meramente contractual amparada por los criterios desarrollados en el código civil.

Tan es cierto lo afirmado que, para un sector de la doctrina nacional (desde la década del 90), la parte obligacional del convenio colectivo trabajo poco o en nada se diferenciaba de los pactos incorporados a cualquier acuerdo privado, que tienen fuerza de ley entre los contratantes (conforme al principio civil del pacta sunt servanda), mientras que los acuerdos normativos del convenio colectivo de trabajo era el conjunto de acuerdos que predetermina el contenido de los contratos individuales de trabajo, ordenándolos y disciplinándolos en bloque; por tanto, la parte normativa, en consecuencia, solamente afectaba a los terceros ajenos a la misma, mientras que las partes obligacionales no, pudiendo ser modificadas a voluntad de una de ellas[16].

Para ello, la presente teoría se sustenta en que la parte normativa del convenio colectivo de trabajo consta de cuatro tipos de materias o aspectos: 1. La materia económica que comprende todos los aspectos relativos a la remuneración del trabajador, la materia laboral que comprende los elementos determinantes del estatus del trabajador al interior de la empresa, la materia asistencial que afecta la situación social— condición de vida de los trabajadores y finalmente, la materia sindical que supone la instauración de mecanismos de representación y acción colectiva, tanto en una perspectiva empresarial como supra empresarial; mientras que las clausulas obligacionales solamente se aplica sobre los acuerdos de hacer y no hacer brindados por los sujetos negociadores, quienes son sus únicos destinatarios, en donde el sujeto negociador y negocial por la parte laboral es la dirigencia sindical o, en caso de no existir sindicato, los repre-

[16] RICARDO HERRERA VASQUEZ, "Algunas reflexiones acerca de la interpretación del Convenio Colectivo de Trabajo", Revista THEMIS N° 23, PUCP, 1992, Lima, p. N° 23; en el cual expone su tesis (que no compartimos) al concluir que las cláusulas normativas deben ser Interpretadas en base a los métodos de hermenéutica normativa, mientras que las obligaciones deben serlo en función a las reglas de interpretación de los contratos. Asimismo, al final detalla que aplicar el "in dubio» sería propiciar un desequilibrio en contra del empleador, debido a un exceso de proteccionismo del trabajador, una especie de enriquecimiento indebido, ante la doble tutela del trabajador, al darle, además de la autonomía colectiva, el "in dubio" sobre el Convenio Colectivo.

sentantes de los trabajadores, conforme a las reglas de los contratos establecidos en el Código Civil de 1984[17].

Pero, ante tal tesis, sería razonable y prudente hacernos la siguiente pregunta: ¿Existiendo o pudiendo existir, en las convenciones colectivas, cláusulas obligacionales y cláusulas normativas, sería muy simple que se dijera que las primeras deben ser interpretadas según la manifestación conjunta de las partes y las segundas dentro del sistema de hermenéutica de las leyes?[18]. En tal referencia, una diferente posición teórica —a la que me adhiero completamente— ha sustentado, y con razón, que lo cierto es que la presente institución se configura de un modo unitario al momento de interpretar las clausulas normativas y obligacionales, asumiéndose un sincretismo que preside en la práctica las reglas de interpretación del convenio colectivo, unificación que en principio opera con independencia de que se esté interpretando una cláusula obligacional o normativa, aunque su juego habitual se produzca respecto de la interpretación de las cláusulas más frecuentes e importantes, que son sin ninguna duda las que conforman la parte normativa del convenio colectivo[19].

En tal sentido, consideramos que conforme a una interpretación integral de las cláusulas del convenio, el Principio Protector del Derecho del Trabajo el Indubio Pro Operario aún se mantendría vigente, en cuanto que sus acuerdos surtirán efectos erga omnes para terceros y su negociación obligacional se podrá sustentar

---

17 En forma contraria a lo señalado por el autor, conviene precisar que el profesor francés JEAN CLAUDE JAVILLIER, en su libro "Derecho del Trabajo", Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 2 Edición, París, 1982,pág.N°576; concibe el efecto progresivo del convenio colectivo (mediante clausulas nacionales y clausulas facultativas), mediante la adopción de disposiciones más favorables para los trabajadores que las leyes y reglamentos en vigor, relativas a la condición de trabajo y beneficios sociales, en la que en su vigencia no puede derogar más que para mejor, a las leyes en vigor. Además los maestros G.H CAMERLYNCK y GERAD LYON CAEN —"Derecho del Trabajo", Edit. Aguilar, 5 Edición, París, 1972, p. N° 430— sostienen con meridiana claridad que los convenios normalmente mejoran la condición de los trabajadores, y su aplicación inmediata no provocará ninguna regresión negociada, pues mantiene las mejoras adquiridas en forma permanente.

18 La presente pregunta fue formulada por el profesor italiano RUSSOMANO en su artículo "Interpretación de las convenciones colectivas de trabajo" y que lo conmemorara el profesor español ALFREDO MONTOYA MELGAR en su trabajo "Interpretación del Convenio Colectivo – Apuntes del Derecho Comparado", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España N° 68, p. N° 102.

19 ALFREDO MONTOYA MELGAR en su trabajo "Interpretación del Convenio Colectivo – Apuntes del Derecho Comparado", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España N° 68, p. N° 106. De igual manera, el autor JAVIER NEVES MUJICA ha discernido que, en su trabajo "Reglas Constitucionales para la aplicación de la norma laboral", en el supuesto de la sucesión normativa peyorativa, surgirá una nueva y fundamental discrepancia doctrinaria: ¿será o no de aplicación el principio de la condición más beneficiosa a ese supuesto? Este principio permite la conservación de las ventajas alcanzadas por el trabajador, a pesar de la eliminación y sustitución peyorativa del acto que las produjo

en base a una actual progresión de los derechos y reconocimiento de los derechos fundamentales a escala nacional y global.

## VII. VOLVIENDO A LA REALIDAD DEL DERECHO

Conforme a los argumentos vertidos, se podrá evaluar que si bien la Reformatio In Peius ha sido una tendencia teórica y jurisprudencial durante varios años en nuestro sistema peruano de relaciones colectivas de trabajo, así como en la jurisprudencia ordinaria, en la actualidad tal criterio restrictivo viene siendo suplida por una adecuada aplicación del Principio laboral del Indubio Pro Operario consagrado en el inciso 3) del artículo N° 26 de nuestra Constitución Política del Estado de 1993, mediante la implementación del III Acuerdo Plenario en materia laboral, cuyos términos son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales, salvo que los magistrados se aparten del acuerdo plenario mediante una resolución debidamente motivada.

Por consiguiente, nos encontramos en la condición de señalar, con un entusiasmo prudente, que la ejecución del III Acuerdo Plenario en materia laboral permitirá una aplicación inmediata y ponderada de los Principios Laborales tutelares ante cualquier criterio privado —por parte de una de las partes— de limitar su ejercicio, o incentivará a los jueces a fundamentar oportunamente sus decisiones en caso que quisieran apartarse del acuerdo en forma preliminar, arguyendo alguna doble naturaleza del convenio colectivo de trabajo o una interpretación literal – sistemática que conlleve en desconocer derechos aprobados o adquiridos por los trabajadores durante cierto periodo.

Asimismo, mediante el desarrollo del presente tema, las conclusiones nos podrán llevar a la siguiente reflexión: De poco o nada vale proclamar el Principio Protector a todas luces el Indubio Pro Operario, si diversas leyes no son reconocidas por los órganos jurisdiccionales al momento de resolver una causa determinada, ni mucho menos por la ciudadanía peruana cuando se califica negativamente los efectos reales de una negociación colectiva trabajo ya sea está en la vía administrativa o quizás cuando está incluso se judicializa.

## VIII. CONCLUSIONES

1. Tal como lo había afirmado la doctrina laboralista clásica durante el periodo de apogeo de los años treinta tomados como gloriosos (post segunda guerra mundial), se había considerado en forma unánime que el Principio Protector era el núcleo central y básico del sistema de interpretación y aplicación de las normas jurídicas en el Derecho del Trabajo, en tanto que la misma se disgregaba en tres principios operativos para poder equilibrar las desiguales relaciones de trabajo, esto es: 1. El Indubio pro operario, 2. La Interpretación más favorable al trabajador y 3. La Condición más beneficiosa.

2. Para poder aminorar el Principio de Progresividad y no Regresividad conforme a lo regulado en el artículo N° 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – C.A.D.H.- o minimizar los costos negativos que ocasionaba la negociación colectiva así como el incremento de conceptos remunerativos conforme a la indexación salarial, las corrientes flexibilizadoras propusieron la teoría jurídica de la reforma en peor – reformatio in peius —, mediante el cual las partes podían acordar la reducción de remuneraciones, suspensión de bonificaciones, supresión del procedimiento de despido, ceses colectivos, etc.; con la finalidad que los presentes acuerdos puedan reactivar la economía que se encontraba en crisis, sin que se detalle su temporalidad o su vigencia – o si su ejecución solamente se condicionaba a la vigencia de una crisis.
3. Ahora bien, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la aplicación de la reforma in peius ha generado que la viabilidad del Principio Protector sea analizada desde dos ópticas completamente diferentes, esto es, desde una visión de escisión de las clausulas normativas de las clausulas obligacionales al momento de interpretar un convenio colectivo; y la otra diseñada desde una visión integral del convenio, en donde las clausulas (tanto normativas como las obligacionales) sean analizadas por los métodos de interpretación general del derecho ante dudas razonables y no de una diferenciación meramente contractual amparada por los criterios desarrollados en el código civil peruano de 1984.
4. Por último, conforme a los argumentos vertidos, se podrá evaluar que si bien la Reformatio In Peius ha sido una tendencia teórica y jurisprudencial durante varios años en nuestro sistema de relaciones colectivas de trabajo, así como en la jurisprudencia ordinaria de nuestro país, en la actualidad tal criterio restrictivo viene siendo suplida por una adecuada aplicación del Principio laboral del Indubio Pro Operario consagrado en el inciso 3) del artículo N° 26 de nuestra Constitución Política del Estado de 1993, mediante la implementación del III Acuerdo Plenario en materia laboral, cuyos términos son de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales, salvo que los magistrados se aparten del acuerdo plenario mediante una resolución debidamente argumentativa y motivada.

# Los principios y fundamentos de la negociación colectiva en el sector público[1]

**José María Pacori Cari**

Catedrático de Derecho de Trabajo en la Universidad José Carlos Mariátegui-Sede Arequipa. Contacto: corporacionhiramservicioslegales@hotmail.com

***SUMARIO***

*I. Principios. I.1. Combinación de normas. I.2. Legalidad presupuestal. I. 3. Cobertura presupuestaria. I.4. No discriminación. I.5. Garantía de Derecho. I.6. Obligatoriedad. I.7. Buena fe negocial. I.8. Publicidad. I.9. Mérito. I.10. Paridad de representación en la negociación. I.11. Interés Público. II. Definición. Iii. Objetivo. Iv. Materias negociables. V. Materias no negociables. VI. Las partes de la negociación colectiva. VI.1. Legitimación. VI.2. Organizaciones sindicales. VI.3. Administraciones públicas. VI.4. Excluidos. VI.5. Representación. VI.6. Comités de negociación. VI.7. Ministerio de Trabajo. VII. Procedimiento administrativo laboral. VII.1. Pliego de reclamos. VII.2. Negociaciones directas. VII.3. Conciliación y mediación. VII.4. Arbitraje. VII.5. Huelga. VIII.- Actividad Probatoria. VIII.1. Actas. VIII.2. Información. IX. Fin del procedimiento administrativo laboral. IX.1. Pactos. IX.2. Convenios colectivos. IX.3. Laudos. IX.4. Conciliación y mediación. X.- Cumplimiento. XI.- Impugnación. XII.- Vigencia y caducidad. XIII.- Referencias bibliograficas.*

[1] El presente artículo se sustenta en la experiencia jurídica normativa de otros países conforme a las normas de la referencia que se indican al final, se han adecuado las mismas a la realidad nacional, no hemos hecho referencia a la regulación de la negociación contenida actualmente en la Ley 30057 (y lo indicado por el Tribunal Constitucional), por considerar que debemos de establecer los principios y fundamentos que ayuden a definir la futura Ley de Negociaciones Colectivas del Sector Público, nuestra intención con este trabajo es colaborar en la discusión de la futura normativa que debe de regular nuestro ordenamiento jurídico peruano.

En su desarrollo y funcionamiento, las organizaciones sindicales de Trabajadores del Estado (en adelante TE), de buena fe, han funcionado de manera disímil, en ocasiones y en casos determinados negocian "de facto", suscriben pactos y convenios colectivos, efectúan actividades concertadas y asumen un perfil de defensa de los derechos de sus afiliados, aun cuando carecen de la autorización legal necesaria para ello en cuanto a los incrementos remunerativos. Al señalar esta realidad, no intentamos desmerecer la función de estas organizaciones sindicales, consideramos, más bien, destacar la urgencia de proveer una base legal adecuada al ejercicio de unos derechos laborales que al presente se ejercen en precario en las entidades públicas. Es propósito estatal conferirles a los TE en las entidades públicas el derecho a organizarse para negociar sus condiciones de trabajo dentro de los parámetros que establezca un ordenamiento legal reforzado, ágil, eficiente y eficaz. Esto implica contar con criterios esenciales como son: acomodar, dentro de las realidades fiscales en que se desenvuelve el Gobierno, el costo correspondiente al mejoramiento de las condiciones de trabajo de los TE; evitar interrupciones en los servicios que prestan las entidades públicas; y, promover la productividad en el servicio público.[2]

Los TE tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo[3]. La negociación colectiva es el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los TE, la representación es la facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los cuales se instrumente la interlocución entre las Administraciones Públicas y sus trabajadores, y la participación institucional es el derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades públicas[4]. De esta manera, el Estado promueve y garantiza el libre ejercicio de la negociación colectiva en todos los niveles, adoptando las medidas adecuadas a fin de facilitar y fomentar la negociación entre las Administraciones Públicas y las organizaciones representativas de trabajadores del Estado.

---

[2] "Hay, aparte de las relaciones individuales entre patronos y obreros, otras colectivas, que afectan a la consideración total del capital y del trabajo. Tanto unas como otros tienen un aspecto social y un aspecto jurídico. En etapas pasadas el problema se circunscribía al simple reconocimiento de aquellas relaciones aisladas, singulares; en el presente se conciben estas relaciones en un aspecto colectivo. Y mientras que el problema derivado de esas relaciones carecía de interés en el examen individual, éste se presenta, se define, cobra realidad y forma, cuando su examen se hace en ese aspecto colectivo que muestran las palabras totalizadoras de capital y de trabajo." (CABANELLAS, Guillermo, 1945, p. 283.)

[3] Las condiciones de trabajo son los aspectos propios de la relación laboral de los TE, incluye el incremento de remuneraciones, horario de trabajo, turnos rotativos, medidas de seguridad, entre otros.

[4] Cfr. Art. 32 Real Decreto Legislativo 5/2015 (España) "La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente les son de aplicación."

## I. PRINCIPIOS

En el Sector Público la negociación colectiva debe de observar los principios generales aplicables a las Administraciones Públicas. Adicionalmente, la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los TE estará sujeta a los siguientes principios:

### I.1. Combinación de normas

La aplicación de la normatividad sobre negociación colectiva en el sector público, se realizará combinando las normas del derecho administrativo y laboral en cuanto fuesen aplicables.

### I.2. Legalidad presupuestal

Es entendido que, cuando se trate de erogaciones que afecten el Presupuesto Nacional o el de una institución o empresa en particular, toda convención colectiva queda sujeta no solo a las restricciones que establece la ley sino también al acatamiento de las normas constitucionales en materia de aprobación de presupuestos públicos, las que en caso de haber sido irrespetadas implicarán la nulidad absoluta de lo negociado. Las tratativas salariales o económicas deberán sujetarse a la Ley de Presupuesto.

### I.3. Cobertura presupuestaria

Las tratativas remunerativas o aquéllas referidas a las condiciones económicas de la prestación laboral, deberán sujetarse a lo normado por la ley de presupuesto y a las pautas que determinaron su confección. Existe la prohibición de negociar cláusulas que representen compromisos económicos más allá de los recursos disponibles. Ningún convenio colectivo podrá elevar, en ninguno de los años de su vigencia, la proporción del presupuesto funcional que una entidad ha destinado, en promedio, para remuneraciones y beneficios de los empleados cubiertos por la negociación. Se debe de respetar el presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, teniendo en cuenta la sostenibilidad y estabilidad fiscal.

### I.4. No discriminación

El contenido de un Convenio Colectivo beneficia igualmente a los TE de la institución afectada no asociados al sindicato negociador. El convenio colectivo de trabajo se aplica a los TE que participan en la asociación otorgante o los miembros de los sindicatos afiliados en el sindicato. El convenio colectivo de trabajo también se aplica al resto de los trabajadores integrados en la carrera o funciones en la entidad pública.

**I.5. Garantía de Derecho**

Con el objeto de lograr equilibrio entre las normas y principios constitucionales que rigen la materia, es necesario establecer reglas especiales de negociación de convenciones colectivas en el sector público, que garanticen por una parte los derechos de los servidores públicos y por la otra, las potestades públicas, la eficiencia y la continuidad de los servicios públicos y el bloque de legalidad que prima en el actuar de la Administración Pública.

**I.6- Obligatoriedad**

Las normas de una convención colectiva serán de acatamiento obligatorio para las partes que la suscriban, pudiendo exigirse su cumplimiento; o, en su caso, el pago de las indemnizaciones de daños y perjuicios por su incumplimiento, tanto a favor de los trabajadores afectados como de las organizaciones sindicales perjudicadas, según se trate.

**I.7. Buena fe negocial**

Las partes estarán obligadas a negociar de buena fe. La negociación de buena fe es la actitud que observan las partes en el proceso de negociación de un convenio que les permite hacer esfuerzos razonables para llegar a acuerdos sobre remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo. Este principio comporta para las partes los siguientes derechos y obligaciones: a) la concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma; b) la realización de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adecuadas; c) la designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficientes para la discusión del tema que se trata; d) el intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate; y e) la realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso.

**I.8. Publicidad**

Los acuerdos laborales formalmente rigen a partir del día siguiente de su publicación (salvo disposición convencional en contrario), y se aplicará a todos los TE y entidades públicas comprendidos. La entidad pública debe colocar en el órgano o servicio, en local apropiado, las indicaciones de los convenios colectivos aplicables a los TE.

**I.9. Mérito**

Compromiso de gestión pública que asegura transacciones de personal donde todos los empleados de carrera deben ser seleccionados, adiestrados, ascendidos y retenidos en su empleo en consideración al mérito y a la capacidad, sin discri-

minación por razón de raza, color, sexo, nacimiento, edad, origen o condición social, incapacidad física, incapacidad mental, condición de veterano, ni por sus ideas o afiliación política o religiosa. La antigüedad será un factor en casos de igual capacidad e idoneidad.

### I.10. Paridad de representación en la negociación

En el proceso de negociación colectiva, los representantes de los sindicatos de los TE y representantes de la respectiva entidad estatal participan en forma paritaria. Los representantes de los TE y las entidades públicas que participan en la negociación deben tener los conocimientos necesarios sobre las materias objeto de negociación y autonomía para negociar. Ambos representantes preparan un cronograma de trabajo y también pueden establecer reglamentos que establecen los procedimientos de negociación y que detallen sus responsabilidades. La participación en el proceso de negociación no es remunerada. Los actos omisivos o comisivos destinados a obstaculizar la negociación colectiva debidamente comprobados, que denoten desinterés de los representantes de las entidades públicas en implementar el proceso de negociación colectiva podrán generar infracción administrativa en los términos del régimen jurídico, cuando el desinterés es de los representantes de los TE será posible la atribución de multa por la respectiva organización sindical en el valor proporcional a la condición económica de los TE implicados[5].

### I.11. Interés Público

La negociación colectiva en relación con la situación de los TE, la administración pública y los sindicatos deben garantizar el examen, discusión y resolución de los problemas planteados en una perspectiva global común a todos los departamentos, agencias y los trabajadores en su conjunto, respetando el principio del interés público.

También se consideran principios de la negociación colectiva en el sector público: la transparencia en la presentación de datos e informaciones, la democratización de la relación entre el Poder Público y sus Trabajadores, la continuidad y permanencia de la negociación colectiva, la legitimidad de los negociadores, la razonabilidad de las propuestas presentadas, el contradictorio administrativo, el respeto a la diversidad de opiniones, la razonable duración del proceso de negociación, y la efectividad de la negociación y respeto a lo pactado.

---

[5] "Obviamente la negociación colectiva constituye el medio por excelencia, la forma idónea y propia para la solución del conflicto, tanto por su naturaleza voluntaria como porque son las propias partes colectivas interesadas, sin la intervención de terceros, las que dirimen sus controversias." (BOZA PRÓ, Guillermo, 1989, p. 253)

## II. DEFINICIÓN

La Negociación Colectiva en el Sector Público es el proceso para fijar las condiciones de trabajo y regular las relaciones de esta naturaleza entre la administración pública y sus organizaciones sindicales[6], susceptibles de negociación y concertación. Es un mecanismo permanente de prevención y solución de conflictos.[7]

## III. OBJETIVO

La regulación de la negociación colectiva en el Sector Público tiene por objeto:

1. La negociación colectiva deberá orientarse por criterios de productividad y de mejoramiento de los servicios a la sociedad al menor costo posible. La negociación colectiva deberá estar fundamentada en la obligación de mantener ininterrumpidamente los servicios esenciales a la sociedad y en la consecución del bienestar general de la ciudadanía.
2. La negociación colectiva deberá equiparar la responsabilidad indelegable que tienen las entidades públicas de servir a la sociedad y el poder que se concede a los TE, en las determinaciones de remuneraciones, beneficios y condiciones de trabajo. De esta manera, la negociación debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas, esto implica observar los límites constitucionales y legales en la negociación.
3. Prevenir la instauración de conflictos, tratar los conflictos instaurados y buscar la solución por autocomposición[8]. La negociación colectiva deberá alentar y promover la solución de disputas mediante mecanismos

---

[6] La Negociación colectiva en el sector público es la que tiene lugar, por una parte entre uno o varios organismos públicos, o una o varias organizaciones que los representen y, por otra parte, una o varias organizaciones representativas de los TE.

[7] "Se ha definido a la negociación colectiva como 'el conjunto de relaciones y procesos de cercamiento y diálogo en cuyo seno la autonomía colectiva de los grupos antagonistas sociales – trabajadores y empleadores – produce el convenio colectivo'; y es que el proceso negociador ha abandonado la posición clásica, en virtud de la cual era considerado el principal instrumento de fijación, exclusivamente, de remuneraciones y condiciones de trabajo, que rigen las relaciones entre empleadores y trabajadores a su servicio. Lo sigue siendo, sin duda, pero, hoy, influyen en la actividad contractual un conjunto de variables de orden económico y socio – político que le asignan nuevas y más penetrantes funciones. Como manifestación de la actividad sindical la negociación colectiva permite a los grupos sociales en la contratación, la facultad de autorregularse, de darse normas destinadas a reglamentar, gobernar y administrar sus intereses en conflicto." (BOZA PRÓ, Guillermo, 1989, p. 216)

[8] "Frente a las formas de exteriorización, manifestaciones típicas de situaciones de conflicto, los procedimientos de solución consisten en actuaciones tendentes a solventar el conflicto exteriorizado. Una situación de malestar no exteriorizada puede nacer y existir durante largo tiempo. En cambio, la que se exterioriza pide, y el Derecho arbitra, vías de solución." (ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BUSTAMANTE, María Emilia, 2000, p. 974)

alternativos de solución de conflictos, minimizando la judicialización de los conflictos que envuelvan a los TE y las entidades públicas. Debe contribuir a reducir la incidencia de huelga de los TE.[9]

## IV. MATERIAS NEGOCIABLES

La negociación colectiva será comprensiva de todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, tanto las de contenido remunerativo como las demás condiciones de trabajo, como las siguientes[10]:

1.- Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los TE, en especial, la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Será específicamente objeto de negociación en el ámbito del Comité de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuesto General del Estado de cada año. Esto incluye la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias y sistemas de recompensa por desempeño, así como la revisión general anual de las remuneraciones. En materia salarial podrá haber negociación y concertación, consultando las posibilidades fiscales y presupuestales. También se podrá negociar el establecimiento de incentivos salariales a la productividad[11], siempre y cuando se acuerden en el marco de las políticas que establezca la autoridad administrativa con diseño previo en cuanto a sus objetivos generales y límites de gasto público. Lo relacionado con la asignación, cálculo y pago de todo tipo de pluses salariales, tales como dedicación exclusiva, disponibilidad, desplazamiento, peligrosidad, etc., siempre y cuando las negociaciones respeten el marco legal general.

2.- Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos

---

9 "De este modo, la negociación colectiva tiene por finalidad u objeto que los agentes colectivos determinen sus condiciones de trabajo y que las partes definan de manera libre y voluntaria las normas o reglas que regularán sus relaciones laborales, tanto colectivas como individuales." (DOLIER TORRES, Javier, 2006, p.573)

10 "Hablar de contenido de la negociación colectiva, es referirse necesariamente al conjunto de materias que los sujetos negociadores pueden abordar, en virtud de la autonomía convencional que les ha sido conferida. En otras palabras, dentro de un sistema dinámico de negociación colectiva, entendemos por 'contenido' a los 'distintos núcleos temáticos que pueden ser elaborados en el ejercicio de la función negociadora o contractual derivada del reconocimiento de la autonomía colectiva'. Si consideramos la amplitud de dicho reconocimiento constitucional, entenderemos también la paralela amplitud en su contenido." (BOZA PRÓ, Guillermo, 1989, p. 244)

11 La Productividad es la capacidad de producción de los trabajadores de una entidad pública u organismo público durante un período determinado, conforme al plan de trabajo establecido y los objetivos trazados para lograr unos resultados con el menor costo posible.

de planificación de recursos humanos. También las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño, esto es, la fiscalización de la administración de los regímenes de ingreso, promoción y carrera profesional, sin perjuicio de lo que establezcan las normas legales y reglamentarias que existan en cada institución o dependencia, las cuales serán de acatamiento obligatorio.

3.- Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna, que incluye el diseño y planificación de la capacitación y formación profesional de los TE, formación y perfeccionamiento profesional.

4.- Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. Derechos y garantías sindicales tanto para los dirigentes de las organizaciones como para los mismos sindicatos en cuanto personas jurídicas de duración indefinida. Estos derechos y garantías, comprenden los de reunión, facilidades para el uso de locales, permisos para dirigentes con y sin goce de remuneración, facilidades para la divulgación de actividades.

5.- Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales, esto incluye seguridad, salud e higiene laboral, así como medidas precautorias en caso de desastres naturales. Las organizaciones sindicales y las autoridades de cada institución o dependencia podrán crear organismos bipartitos y paritarios para efectos de determinar las necesidades de estas últimas y de sus trabajadores en el campo de la seguridad y la salud ocupacional.

6.- Las referidas a calendario laboral, duración y organización del tiempo de trabajo, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, faltas y licencias. Es entendido que la aplicación de las garantías mencionadas no deberá alterar en forma grave o imprudente, el funcionamiento eficiente ni la continuidad de los servicios esenciales de cada institución o dependencia. También incluye la participación en la elaboración interna de manuales descriptivos de puestos y la aplicación de procedimientos internos para la asignación, reasignación, recalificación y reestructuración de puestos, dentro de los límites que establezcan las directrices generales del ordenamiento jurídico vigente; así como los procedimientos y políticas de asignación de becas y estímulos laborales.

7.- Las relaciones entre las entidades y autoridades públicas competentes y las organizaciones sindicales de TE y los mismos trabajadores para la concertación de las condiciones de empleo, como el derecho de los trabajadores y de sus organizaciones a contar con una información oportuna y veraz de los proyectos o decisiones de los órganos colegiados y Gerencias de cada institución o dependencia, cuando los afecten directamente o puedan representar un interés público.

8.- La forma de aplicación de sanciones disciplinarias, siempre y cuando no se haga renuncia expresa ni tácita de las facultades legales o reglamentarias otorgadas en esta materia a los jerarcas de cada institución o dependencia.

9.- La creación y funcionamiento de órganos bipartitos y paritarios, siempre y cuando no se delegue en ninguno de ellos competencias de derecho público correspondientes a los jerarcas de cada institución, definidas por ley o reglamento.

10.- Todo lo relacionado con la aplicación, interpretación y reglamentación de la misma convención colectiva.[12]

## V. MATERIAS NO NEGOCIABLES

No son objeto de negociación y están excluidas, en general, las materias relativas a la estructura, atribuciones y competencias de la administración pública y, en especial, las siguientes materias:

1.- La estructura orgánica y la interna de sus entidades y organismos. Esto implica las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo, procederá la negociación de dichas condiciones con las organizaciones sindicales.

2.- Las competencias de dirección, gerencia, administración, subordinación, control y fiscalización del Estado. Tanto la atribución disciplinaria y la potestad subordinante de la autoridad pública.

3.- El mérito como esencia y fundamento de las carreras especiales y de la carrera administrativa general. También implica el principio de idoneidad como requisito para el ingreso y la promoción en la carrera administrativa. Implica también todo asunto que niegue o defraude el principio de mérito o el de no discriminación en las transacciones de personal en el servicio público de carrera.

4.- La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. También la creación y clasificación de los puestos y su ubicación dentro de la organización del Estado, la descripción de los deberes y responsabilidades de los puestos.

5.- La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

## VI. LAS PARTES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las partes están obligadas a negociar, lo que no impone la obligación de concretar acuerdos[13]. Las partes pueden adelantar la negociación bajo las siguientes reglas: 1.- Autonomía para determinar el número de negociadores y asesores, aplicando

---

[12] Esta enumeración no es taxativa y tiene por objeto informar a los trabajadores lo que puede ser objeto de una negociación colectiva.

[13] "Consideramos parcialmente válida la afirmación anterior, porque, no negamos que se esté otorgando a los antagonistas sociales la potestad de defender y promocionar los intereses que les son propios a través del proceso de negociación colectiva, y que en tal medida tienen derecho al respeto de su autonomía colectiva – o autonomía convencional si se prefiere —,

el principio de la razonable proporcionalidad, según el ámbito de la negociación y el número de afiliados; 2.- designar los negociadores, quienes se presumen investidos de la representatividad suficiente para negociar y acordar; 3.- concurrir a las reuniones de negociación buscando alternativas para la solución del pliego; 4.- suministrar la información necesaria sobre los asuntos objeto de negociación, salvo reserva legal; 6. otorgar a los negociadores principales o en ausencia de estos a los suplentes, las garantías necesarias para la negociación; 7.- respetar y permitir el ejercicio del derecho de asesoría y de participación en el proceso de negociación.

### VI.1. Legitimación

En el ámbito nacional, general o de contenido común, la negociación se realizará con representantes de las Centrales Sindicales, Confederaciones y Federaciones Sindicales de los TE y los representantes de los Ministerios del Trabajo, Economía y por las demás autoridades competentes en las materias objeto de negociación. En el ámbito singular o de contenido particular por la entidad, la participación de las anteriores instancias será facultativa.

De esta manera, pueden ser partes en la negociación: 1.- una o varias entidades y autoridades públicas competentes. 2. una o varias organizaciones sindicales de TE.

### VI.2. Organizaciones sindicales[14]

Se encuentran legitimados para negociar y suscribir convenios colectivos las organizaciones sindicales que demuestren tener la mayor cantidad de afiliados en cada entidad pública de que se trate. Si no hubiera acuerdo entre ellos, para negociar en forma conjunta, la convención colectiva se celebrará con el sindicato que tenga la mayor cantidad de afiliados. No obstante, en el caso de los sindicatos gremiales o de oficio, cuando no hubiere acuerdo de parte de los mismos para negociar en conjunto con otras organizaciones, cada uno podrá solicitar que se celebre una negociación independiente con él, en cuyo caso la convención colectiva solamente podrá cubrir a las personas de ese gremio u oficio.

### VI.3. Administraciones públicas

Las entidades públicas podrán incluso, si lo consideraran necesario, contratar personal profesional externo para integrar o asesorar a sus representantes en la negociación colectiva. No podrá formar parte negociadora ninguna persona que

---

entendida como facultad de los grupos sociales de establecer preceptos dotados de eficacia normativa vinculante." (BOZA PRÓ, Guillermo, 1989, p. 236)

[14] Las partes en la negociación colectiva adoptarán medidas para que sus negociadores tengan la oportunidad de recibir una formación adecuada. Los organismos y entidades públicas, deberán incluir dentro de los Planes Institucionales de Capacitación la realización de programas y talleres dirigidos a impartir formación a los TE en materia de negociación colectiva.

fuere a recibir actual o potencialmente algún beneficio de la convención colectiva que se firme.

### VI.4. Excluidos

La negociación colectiva se aplica a todos los TE de las entidades y organismos del sector público, con excepción de:

a) Los servidores de elección popular y los empleados públicos que desempeñen empleos de alto nivel político, jerárquico o directivo, cuyas funciones comporten atribuciones de gobierno, representación, autoridad o de conducción institucional, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas públicas, como, por ejemplo, el Presidente y Vicepresidente de la Nación, los Magistrados, los Ministros, funcionarios superiores y asesores de gabinete; las personas que, por disposición legal o reglamentaria emanadas de los poderes del gobierno, ejerzan funciones asimilables o de jerarquía equivalente a los cargos mencionados; las autoridades y funcionarios directivos o superiores de entes estatales u organismos descentralizados nacionales.
b) El personal militar y de seguridad de las Fuerzas Armadas de la Nación y de la Policía Nacional.

### VI.5. Representación

La representación de los TE será ejercida por las asociaciones sindicales, uniones, federaciones o confederaciones con personería gremial. El derecho de negociación colectiva de los TE es ejercido exclusivamente por los sindicatos. Para la comparecencia sindical a la negociación se deben cumplir las siguientes condiciones y requisitos: 1.- dentro de la autonomía sindical, en caso de pluralidad de organizaciones sindicales, estas deberán realizar previamente actividades de coordinación para la integración de solicitudes, con el fin de concurrir en unidad de pliego y en unidad de integración de los comités de negociación; 2.- los negociadores deben ser elegidos en Asamblea Sindical; 3.- el pliego de solicitudes debe adoptarse en asamblea y presentarse a la entidad pública. Los TE durante el término de la negociación, gozan de las garantías de fuero sindical y permiso sindical

El grado de representatividad sindical y la conformación del comité negociador se efectuará así: 1.- en caso de que concurran a la negociación varias organizaciones sindicales de empleados públicos, estas en ejercicio de su autonomía sindical determinarán el número de integrantes del comité negociador y su distribución entre los distintos sindicatos; en el evento en que no haya acuerdo para la distribución de los representantes ante el comité de negociación, esta debe ser objetiva y proporcional al número de afiliados con derecho y pago de su cuota sindical; 2.- el número de integrantes del comité negociador debe ser razonablemente proporcional al ámbito de la negociación.

En una negociación de ámbito nacional, la representación del Estado será ejercida por el Ministro de Economía, Ministerio de Trabajo y demás entidades públicas afines, quienes serán responsables de conducir las negociaciones con carácter general.

Podrá, además, disponerse la designación de otros funcionarios o asesores expertos en materia laboral, a efectos de integrar la representación estatal y colaborar en las negociaciones.

### VI.6. Comités de negociación

Las partes podrán designar comités[15] de negociaciones para que les representen durante el procedimiento de negociación. A los efectos de la negociación colectiva de los TE de ámbito nacional se constituirá un comité de negociación que estará integrada por un representante del Ministerio de Economía, quien la presidirá, representantes de la entidad pública y representantes de la organización sindical. A dicho Comité se incorporará un representante del organismo de asesoría jurídica, con el carácter de asesor. Son atribuciones del Comité: a) recibir la solicitud de negociación junto con el proyecto de convención colectiva; b) definir las políticas de negociación para el caso concreto, tomando en cuenta las posibilidades legales y presupuestarias. El Comité contará con el concurso de los órganos técnicos de la Administración Pública que requiera para el mejor cumplimiento de sus fines.

Las Administraciones Públicas podrán encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello.

La negociación colectiva funcionará en tres niveles de competencia:

**a.- General o de nivel superior**, a través del Comité Superior de Negociación Colectiva del Sector Público. La representación de éstas será unitaria, estará presidida por la Administración General del Estado y contará con representantes de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, en función de las materias a negociar. El Comité Superior de Negociación Colectiva del Sector Público estará integrado por representantes del Ministerio de Trabajo, representantes del Ministerio de Economía, representantes de la Autoridad Nacional del Servicio Civil y representantes de las organizaciones sindicales más representativas de funcionarios públicos de mayor grado a nivel nacional, quienes podrán ser asistidos por asesores técnicos. El Comité Superior de Negociación Colectiva del Sector Público desarrollará la negociación colectiva de nivel superior, actuará por consenso y funcionará a pedido de cualquiera de las partes que lo integran.

---

[15] Por comité entendemos al conjunto de personas encargadas de un asunto, también se le denomina comisión (Diccionario Real Academia Española)

**b.- Sectorial o por rama**, a través de los comités de negociaciones establecidas en función de las particularidades. El comité de negociación en el nivel sectorial o por rama de la negociación colectiva en las entidades del Poder Ejecutivo y en los entes autónomos se integrará con representantes de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, representantes de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, representantes del Ministerio de Trabajo y delegados designados por la organización sindical representativa del respectivo sector o rama. El ámbito de negociación podrá integrarse, además, con representantes de las referidas instituciones.

**c.- Por inciso u organismo**, a través de los comités de negociación entre las organizaciones sindicales representativas de base y los respectivos organismos. El nivel por inciso u organismo funcionará a través de los comités de negociación integrados por las autoridades del inciso u organismo y las organizaciones sindicales representativas de base. Asimismo, podrán participar representantes del Ministerio de Trabajo, del Ministerio de Economía, de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, así como delegados de las organizaciones sindicales representativas de la rama.

### VI.7. Ministerio de Trabajo

El Ministerio de Trabajo será el organismo encargado de velar por la aplicación de la normatividad de la negociación colectiva en el sector público y en ejercicio de sus funciones estará facultado para disponer la celebración de las audiencias que considere necesarias para lograr un acuerdo, cuando no logre avenir a las partes, podrá proponer una fórmula conciliatoria; a tal fin estará autorizada para realizar estudios, recabar asesoramiento y, en general, requerir toda la información necesaria a efectos de posibilitar el más amplio conocimiento de la cuestión de que se trate. En tal carácter, coordinará, facilitará y promoverá las relaciones laborales y la negociación colectiva en el sector público. Cumplirá funciones de conciliación y de mediación y dispondrá de las medidas adecuadas para asegurar el cumplimiento de los acuerdos. La participación del Ministerio de Trabajo resulta necesaria por ser un órgano especializado, sin embargo, sería importante crear una Comisión Permanente de Políticas para la Negociación de Convenciones Colectivas en el Sector Público, que podría estar integrada por:

a) El Ministro de Trabajo, quien la presidirá.
b) El Ministro de Economía.
c) El Director de la Autoridad Nacional del Servicio Civil o quien lo sustituya temporalmente en el cargo.
e) Representantes de la entidad o entidades que van a negociar la convención colectiva a nivel nacional.
f) Representantes de las organizaciones sindicales más representativas de los TE.

## VII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO LABORAL

Una vez determinada la legitimación de la organización u organizaciones sindicales para negociar y presentado formalmente ante cada entidad pública un proyecto de convención colectiva, se procederá al establecimiento del comité de negociación, debe establecerse un plazo legal para hacer esta designación. Por su parte, los sindicatos deberán acreditar, dentro del mismo plazo legal, a las personas que los representarán.

Cuando existan varias organizaciones sindicales en el comité de negociación y cada una de ellas hubiere remitido su propio proyecto de convención colectiva, se les solicitará elaborar un proyecto unitario previo a la negociación. Si en un plazo legal, contado a partir de la prevención que le hará la autoridad administrativa, no hubiesen cumplido con el requisito establecido, se negociará con el sindicato mayoritario, sin perjuicio de las negociaciones particulares con los sindicatos gremiales.

La negociación se desarrollará, en esencia, de la siguiente manera: 1.- los pliegos se deberán presentar dentro del periodo previsto en la ley, teniendo en cuenta el ejercicio presupuestal; 2.- la entidad y autoridad pública competente a quien se le haya presentado pliego, con copia al Ministerio del Trabajo, informará por escrito los nombres de sus negociadores y asesores, y el lugar y hora para instalar e iniciar la negociación; 3.- la negociación se instalará formalmente e iniciarán los términos para la misma, luego de la designación de los negociadores; 4.- la negociación se desarrollará durante un período inicial en días hábiles, prorrogables, de mutuo acuerdo; 5.- si vencido el término inicial para la negociación y su prórroga no hubiere acuerdo o este solo fuere parcial, las partes podrán convenir en acudir a un conciliador y/o mediador designado por ellas; 6.- cuando no haya acuerdo en el nombre del mediador las partes podrán solicitar la intervención del Ministerio del Trabajo para efectos de actuar como mediador; 7.- el mediador designado se reunirá con las partes, escuchará sus puntos de vista y posibles soluciones, y coordinará nueva audiencia en la que el mediador les propondrá en forma escrita, fórmulas justificadas de avenimiento que consulten la equidad, el orden jurídico y el criterio constitucional de la sostenibilidad fiscal; 8.- las partes podrán no acoger o acoger integral o parcialmente las fórmulas de mediación para convenir el acuerdo colectivo; 9.- si persistieren diferencias, deberá realizarse audiencia, con participación del mediador y de las partes, en la que la fórmula o fórmulas de insistencia por el mediador, orientarán a las partes para ser utilizadas por ellas en la solución y acuerdo colectivo, respetando la competencia constitucional y legal de las entidades y autoridades públicas; 10.- Cumplidos los términos para la etapa de la negociación y para adelantar la mediación, se dará cierre a la misma y se levantarán las actas respectivas; será decisión de las partes recurrir al arbitraje o la huelga.

La negociación de convenciones colectivas en el sector público debe respetar las leyes, reglamentos o directrices gubernamentales vigentes; y que no se pueden modificar leyes que regulan competencias de los entes públicos, atribuidas en ra-

zón de la jerarquía normativa o de las especiales relaciones de la Administración Pública con sus servidores.

### VII.1. Pliego de reclamos

Toda negociación colectiva en el ámbito del sector público se iniciará mediante petición escrita de la organización sindical[16], esto es, que el proceso de negociación se inicia con la presentación a la otra parte de una propuesta de celebración o revisión del convenio colectivo de trabajo. Esta propuesta debe revestir forma escrita y estar debidamente fundamentada. La entidad destinataria de la propuesta debe responder en forma escrita y fundamentada, esta respuesta debe expresar una posición relativa a todas las cláusulas propuestas. La falta de respuesta o de contrapropuesta, en el plazo fijado por ley no afecta las negociaciones directas, salvo que se requiera la conciliación.

Recibido el proyecto de convención colectiva por la entidad pública, éste realizará un estudio económico comparativo de costos entre las condiciones de trabajo vigentes y las que resulten del proyecto de convención colectiva, en dicho informe se establecerá si existe disponibilidad presupuestaria.

### VII.2. Negociaciones directas

La forma de la negociación colectiva será definida libremente por los representantes de los TE y de las Entidades Públicas envueltos en la negociación[17]. La inviabilidad del acuerdo inicial sobre las materias referidas a incrementos remunerativos, suplementos remunerativos o premios por desempeño no justifica la ruptura de las negociaciones. Durante las negociaciones, los representantes de las partes deberán proporcionar la información pertinente y hacer las consultas necesarias con los TE interesados.

En el caso que se haya culminado las negociaciones de trato directo, cualquiera de las partes puede solicitar una negociación directa complementaria, la cual la

---

[16] "El pliego de reclamo es un documento que contiene las peticiones de los trabajadores acordadas en asamblea general y que constituye la base de la negociación colectiva que será llevada a cabo con los empleadores, la que culminará en la firma del convenio final. Se le conoce también con el nombre de pliego petitorio, pliego de reivindicaciones laborales o proyecto de convención colectiva. El pliego de reclamo tiene una vigencia transitoria, pues concluye con la negociación a que dio origen, y deja de existir al momento de resolverse la negociación colectiva, pudiendo volverse a repetir después de cierto tiempo, cuando se presenta el nuevo pliego con ocasión del vencimiento del convenio." (HARO CARRANZA, Julio E., 2009, p. 205

[17] "La negociación directa es el procedimiento de autocomposición más elemental y frecuente para solventar conflictos. Es el más adecuado, por otra parte, cuando éstos son de intereses. Se caracteriza porque la solución la aportan las partes en conflicto, mediante un acuerdo entre sí o entre sus representantes, sin intervención alguna por ningún título de un tercero extraño al conflicto." (ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BUSTAMANTE, María Emilia, 2000, p. 975

otra parte necesariamente debe de aceptar, siempre y cuando se actúe de buena fe y exista una propuesta de solución, la no existencia de una propuesta de solución por escrito implica una forma de dilación afecta de responsabilidad, se levantará un acta de esta negociación colectiva suplementaria.

### VII.3. Conciliación y mediación

El conciliador es la persona designada por el Comité de Negociación para ejercer funciones de mediación y conciliación entre las partes, con el propósito de ayudar a resolver estancamientos en el proceso de negociación colectiva. Las partes podrán solicitar, mediante un acuerdo entre ellos, la participación de un mediador, que colaborará con la realización del proceso de negociación con el fin de alcanzar el éxito. Las organizaciones sindicales, los representantes de la entidad pública y la autoridad administrativa del trabajo podrán proponer un listado de personas que actuarán como mediadores, quienes serán de reconocida versación en materia de relaciones laborales en el sector estatal y con práctica en la negociación colectiva[18].

### VII.4. Arbitraje

Mediante el procedimiento de arbitraje las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma[19].

### VII.5. Huelga

La huelga es la acción concertada de un grupo de TE con el propósito de interrumpir, paralizar y detener las labores y servicios de una entidad pública durante un tiempo determinado, breve o prolongado, o un tiempo indefinido.

---

[18] "La mediación, es una figura que no es nueva en la doctrina jurídica y es de uso generalizado en el Derecho Internacional Público. En el campo que nos ocupa, la mediación es un sistema intermedio entre la conciliación y el arbitraje. Para solucionar la controversia se recurre a personas que con el carácter de expertos o influyentes examinarán el conflicto planteado o informarán respecto a sus causas, efectos y soluciones. Los mediadores pueden formular un proyecto de recomendación para ser sometido a las partes en discordia. El mediador puede surgir más bien por 'generación espontánea', ya que, de proponerlo ambas partes, se estaría ante un amigable componedor. Como norma general, el mediador solamente recomienda a las partes en conflicto una determinada solución; propone ésta pero las partes pueden aceptarla o rechazarla." (HARO CARRANZA, Julio E., 2009, p. 213)

[19] "A diferencia de las formas anteriores de regulación colectiva de trabajo, que se caracterizan por la intervención de las partes interesadas en la celebración de las mismas, el laudo arbitral implica la intervención y decisión de una tercera para la fijación de las condiciones de trabajo. Tal arbitraje puede ser voluntario u obligatorio." (POZZO, Juan D., 1951, p. 243

## VIII. ACTIVIDAD PROBATORIA

### VIII.1. Actas

La negociación abarcará todos los aspectos y extremos del proyecto que se haya formulado a la entidad pública, debiendo levantarse un acta de cada sesión de trabajo, la cual firmarán los representantes de ambas partes. Además de las actas individuales de cada sesión, al final del proceso negociador se levantará un acta de cierre, donde se recogerá el texto completo de las cláusulas que fueron negociadas y donde se indicará cuáles cláusulas del proyecto fueron desechadas o no pudieron negociarse por falta de acuerdo acerca de ellas. De esta manera, durante el procedimiento de negociación deberá suscribirse las siguientes actas:

1. El acta de instalación e inicio de la negociación, en la que conste: Las partes, los nombres de los respectivos comités negociadores y sus asesores, la fecha de inicio y de terminación de la etapa de trato directo, el lugar, los días en que se adelantará la negociación, y el horario de negociación. También se pueden indicar medidas anticipadas y expedir una reglamentación de responsabilidades.
2. El acta o actas en las que se consignen los acuerdos parciales y su forma de cumplimiento. Cuando las partes arriben a un acuerdo, asentarán lo acordado en actas que deberán contener como mínimo: a) lugar y fecha de su celebración; b) individualización de las partes y sus representantes; c) el ámbito personal de la aplicación con mención clara del sector o categoría del personal comprendido; d) la jurisdicción y el ámbito territorial de aplicación; e) el período de vigencia; y, f) toda mención conducente a determinar con claridad los alcances del acuerdo. Esto servirá de base para la elaboración final del Pacto o Convenio Colectivo.
3. El acta de finalización de la primera etapa, sin prorroga o con prorroga, en la que se deben precisar los puntos del pliego sindical en los que hubo acuerdo y en los que no hay acuerdo, con una exposición sintética y precisa de los fundamentos de cada una de las partes.
4. Las actas en las que se acuerda acudir a la mediación y de designación del mediador, o de acudir al Ministerio del Trabajo.
5. El acta o actas de la audiencia o audiencias de mediación.

### VIII.2. Información

Cada parte podrá solicitar a la otra información que se considere necesaria para el correcto ejercicio del derecho a la negociación colectiva, información que es considerada esencial por razones de propuestas y contrapropuestas. Las partes tienen la obligación de proporcionar, en forma previa y recíproca, la información necesaria que permita negociar con conocimiento de causa. El Estado promoverá de manera efectiva la consulta y la colaboración entre las autoridades públicas y las organizaciones de TE sobre las cuestiones de interés común que pudieren ser

determinadas por las partes, con el objetivo general de fomentar relaciones fluidas entre los interlocutores, la comprensión mutua, el intercambio de información y el examen conjunto de cuestiones de interés mutuo. El Estado, a solicitud de las organizaciones sindicales, deberá suministrar a las mismas toda la información disponible referente a: avances de los proyectos de Presupuesto, Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal; la situación económica de los organismos y unidades ejecutoras; los cambios tecnológicos y funcionales a realizar; los planes de formación y capacitación para los trabajadores.

Las consultas de representantes de la entidad pública y los trabajadores, a través de sus sindicatos, deben hacerse brevemente y no suspender o interrumpir el progreso del procedimiento de negociación, salvo que las partes acuerdan expresamente la suspensión o interrupción.

## IX. FIN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO LABORAL

En el seno de los Comités de Negociación correspondientes, los representantes de las entidades públicas podrán concertar Pactos y Convenios Colectivos[20] con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los TE de dichas Administraciones.

### IX.1. Pactos

Los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente, se pueden realizar a través de una negociación colectiva no reglada, por otro lado, los Convenios Colectivos versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, se hace a través de la negociación colectiva reglada. Los Pactos y Convenios deberán determinar las partes que los conciertan, el ámbito personal, funcional, territorial y temporal.

Se establecerán Comités Negociadores de seguimiento de los Pactos y Convenios con la composición y funciones que las partes determinen. Los Pactos y los Convenios, una vez ratificados, deberán ser remitidos a la oficina que cada Administración competente determine y la Autoridad respectiva ordenará su publicación en el diario que corresponda en función del ámbito territorial.

---

[20] "También los acuerdos colectivos están destinados a la fijación de las condiciones de trabajo entre las partes comprendidas en los mismos. En realidad, estos acuerdos constituyen verdades convenciones colectivas de trabajo. Pero a diferencia de éstas, que son el resultado de la deliberación y discusión directa entre los representantes de las asociaciones profesionales de trabajadores con los empleadores o representantes de las asociaciones profesionales de empleadores, los acuerdos colectivos constituyen la resultante de la deliberación y acuerdo de órganos paritarios de trabajadores y empleadores, presididos por un representantes estatal." (POZZO, Juan D., 1951, p. 240).

### IX.2. Convenios colectivos

El Convenio Colectivo es el acuerdo suscrito por las partes sobre remuneraciones, incentivos, beneficios, términos y condiciones de trabajo y otras disposiciones relativas a la forma y manera en que se desenvolverán las relaciones Trabajador-Estado en una entidad pública. El convenio colectivo de trabajo toma la forma escrita, bajo pena de nulidad. Este convenio que se suscriba constará en un acta que deberá contener[21]:

1.- Lugar y fecha de su celebración; individualización de las partes y sus representantes; convenio colectivo de trabajo modificado o reemplazado y su fecha de publicación, en su caso; el ámbito personal de la aplicación, con mención clara del sector o categoría del personal comprendido; la jurisdicción y el ámbito territorial de aplicación; el período de vigencia y la especificación de la posibilidad de su renovación o revisión; en todo caso toda mención conducente a determinar con claridad los alcances del acuerdo.

2.- El texto de lo acordado, incluye el objeto negociado y los resultados alcanzados con la negociación colectiva. Estos acuerdos pueden contener, en esencia, las cláusulas económicas que constituyen un área de negociación que las partes deberán discutir durante el proceso conducente a un convenio colectivo, incluye remuneraciones, licencias, bonificaciones, aportaciones y cualquiera otro beneficio o compensación cuyo costo a la entidad pública pueda ser precisado por depender su importe de las horas trabajadas por los empleados; y, las cláusulas no económicas que constituyen un área de negociación que las partes deberán discutir durante el proceso conducente a un convenio colectivo, incluye deducción de cuotas, disposiciones sobre ingreso a los sindicatos, quejas, agravios y arbitraje, unidad apropiada, reconocimiento de las partes, subcontratación, áreas esenciales al principio del mérito y cualquiera otra cuyo costo no es determinable económicamente.

3.- La forma, medios y tiempos para la implementación de los acuerdos, que incluye la integración y funcionamiento del comité de seguimiento para el cumplimiento e implementación del acuerdo colectivo, este comité está facultado para interpretar e integrar sus disposiciones.

Una vez suscrito el acuerdo colectivo será depositado en el Ministerio del Trabajo. Una vez firmado el acuerdo colectivo no se podrán formular nuevas solicitudes durante la vigencia del mismo. La autoridad pública competente luego de la suscripción del acta final, y con base en esta, expedirá los actos administrativos a que haya lugar. La entidad pública y la organización sindical no podrán suscribir una convención colectiva de compromisos de índole laboral que exceda los límites

[21] "Así pues, en virtud de la fuerza vinculante de las convenciones colectivas las partes pueden pactar en dichas convenciones el alcance, las limitaciones o exclusiones que autónomamente acuerden. No obstante, la ley por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de las convenciones colectivas de trabajo." (DOLIER TORRES, Javier, 2006, p.573

técnicos y financieros establecidos por el Ejecutivo. Las convenciones firmadas en contravención de ésta disposición serán nulas.

### IX.3. Laudos

El Laudo tendrá carácter obligatorio y definitivo para las partes. La decisión arbitral produce los efectos del acuerdo de negociación colectiva. Las partes podrán, en cualquier momento, someterse a arbitraje en virtud de definir o, en su defecto, establecer las cuestiones laborales que surgen, en particular, la interpretación, la integración, la ejecución o la revisión de un convenio de negociación colectiva. Todo convenio entre los TE y las entidades públicas deberá incluir procedimientos para resoluciones de quejas y agravios, incluyendo el arbitraje, que pueda surgir durante la vigencia de un convenio, incluyendo controversias sobre la aplicación e interpretación de sus cláusulas.

### IX.4. Conciliación y mediación

Los representantes de la entidad pública o los TE podrán notificar al Comité de Negociación la existencia de un estancamiento durante el proceso de la negociación de un convenio colectivo. La notificación de la existencia de un estancamiento deberá hacerse por escrito, con copia a la otra parte. Una vez recibida la notificación de la existencia de un estancamiento en las negociaciones del convenio colectivo, el Comité designará un Conciliador. El Conciliador iniciará sus gestiones dirigidas a resolver el estancamiento, debiendo citar a ambas partes para que comparezcan ante éste y le expresen sus respectivas posiciones en cuanto a los asuntos objeto del estancamiento. Si el estancamiento continuare, el Conciliador podrá recomendar que se designe un árbitro para que dilucide de forma final y obligatoria el estancamiento. La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes y las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las mismas.

## X. CUMPLIMIENTO

En el cumplimiento del convenio colectivo de trabajo deben las partes, como los respectivos afiliados, actuar de buena fe[22]. Durante la ejecución del convenio se atiende las circunstancias en que las partes tomaron la decisión de convenir. Las partes otorgantes del convenio, como los respectivos afiliados que falten do-

[22] "La fuerza o carácter normativo de una convención colectiva significa precisamente reconocer en ella una fuente de derecho, y como tal goza de fuerza vinculante que encierra a universo ilimitado de personas obligadas – así como la posibilidad e que futuros trabajadores y empleadores se encuentren comprendidos en su ámbito de aplicación [...]" (BOZA PRÓ, Guillermo, 1989, p. 224)

losamente al cumplimiento de las obligaciones generadas son responsables por el perjuicio causado.

Se garantiza el cumplimiento de los pactos y convenios colectivos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de los pactos o convenios colectivos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación. Se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público[23].

## XI. IMPUGNACIÓN

Con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a los Comités de Negociación para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Convenios, las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos. Estos conflictos podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Convenios, excepto para aquellas en que exista reserva de ley. Los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje.

## XII. VIGENCIA Y CADUCIDAD

Lo dispuesto en una convención colectiva firmada puede ser anulado por medio de las autoridades judiciales del país. También el acuerdo de negociación colectiva podrá ser disuelto por acuerdo de las partes, siempre que no se afecte el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. Los sindicatos pueden adherirse a los convenios colectivos en vigor.

El convenio colectivo de trabajo posterior deroga totalmente el acuerdo anterior, a excepción de las cuestiones que de forma explícita sean exceptuadas por las partes. La vigencia del contenido de los Pactos y Convenios una vez concluida su duración, se producirá en los términos que los mismos hubieren establecido.

Vencido el término de vigencia de una convención colectiva, se mantendrán subsistentes las condiciones de trabajo resultantes de la misma, al igual que las normas relativas a contribuciones y demás obligaciones asumidas por el Estado

[23] Cfr. Artículo 32 Real Decreto Legislativo 5/2015 (España)

empleador. Todo ello hasta que entre en vigencia un nuevo acuerdo, siempre que en el anterior no se haya convenido lo contrario.

El convenio colectivo de trabajo tiene una duración del período que especifiquen las partes, esto no puede ser inferior al establecido en la ley. El contrato colectivo se renueva sucesivamente por períodos establecidos en la ley. El acuerdo de negociación colectiva puede tener diferentes duraciones para cada cláusula o grupo de cláusulas.

Después del período establecido por ley, expirará el convenio colectivo de trabajo, permaneciendo hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo o un laudo arbitral, los efectos definidos por acuerdo de las partes o, en su defecto, ya producida por el mismo acuerdo en los contratos con respecto a los incrementos remunerativos del trabajador y la duración del tiempo de trabajo.

Ningún convenio suscrito podrá tener vigencia con carácter retroactivo, salvo la materia económica conforme a lo acordado por las partes. Ningún convenio o acuerdo que se suscriba podrá ser efectivo antes de la fecha de su firma.

## XIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BUSTAMANTE, María Emilia, Derecho del Trabajo, Decimoctava Edición, Revisada, CIVITAS, Madrid, 2000

ARÉVALO VELA, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo, Editora Jurídica GRIJLEY, Lima, 2008.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, El despido en el derecho laboral peruano, ARA Editores, Lima 2002.

BOZA PRÓ, Guillermo, Negociación y Convención Colectiva en la Constitución de 1979, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima, 1989.

CABANELLAS, Guillermo, Los Fundamentos del Nuevo Derecho, Editorial Americalee, Buenos Aires, 1945.

Decreto (2002). Decreto con fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública. 12 de marzo de 2002. Venezuela.

Decreto 160 (2014). Por el cual se reglamenta la Ley 411 de 1997 aprobatoria del Convenio 151 de la OIT, en lo relativo a los procedimientos de negociación y solución de controversias con las organizaciones de empleados públicos. 05 de febrero de 2014. Colombia.

Decreto 29576-MTSS (2001). Reglamento para la negociación de convenciones colectivas en el Sector Público. 15 de junio de 2001. Costa Rica.

DOLORIER TORRES, Javier, Tratado Práctico de Derecho laboral, Tomo II. Gaceta Jurídica, Lima, 2010.

el congreso de la nación paraguaya sanciona con fuerza de ley. 01 de diciembre de 1994. Paraguay.

HARO CARRANZA, Julio E., Derecho Colectivo del Trabajo, Ediciones Legales, Lima, 2009.

Lei n.º 35/2014 (2014). Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas. 20 de junho 2014. Portugal.

Ley 45 (1998). Ley de relaciones del trabajo para el Servicio Público de Puerto Rico. 25 de febrero de 1998. Puerto Rico.

Ley Nº 18.508 (2009). Negociación colectiva en el marco de las relaciones laborales en el sector público. 17 de junio de 2009. Uruguay.

Ley Nº 24.185 (1992). Establécense las disposiciones por las que se regirán las negociaciones colectivas que se celebren entre la Administración Pública Nacional y sus empleados. 16 de diciembre de 1992. Argentina.

Ley Nº 508/94 (1994). De la negociación colectiva en el sector público

Ortega, Luis (1992). La negociación colectiva de funcionarios públicos. Cuadernos de Relaciones Laborales Nro. 1. Madrid, España: Edit. Complutense.

POZZO, Juan D., Derecho del Trabajo, Tomo IV, EDIAR Soc. Anón. EDITORES, Buenos Aires, 1951.

Projeto de Lei do Senado Nº 397 (2015). Estabelece as normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e fundações públicas dos Poderes da União, dos Est ados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasil.

Real Decreto Legislativo 5/2015 (2015). Por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público 30 de octubre del 2015. España.

Sánchez D., Andrés Felipe (2008). Obstáculos para el ejercicio de la negociación colectiva en Colombia. Medellín, Colombia: Ediciones Escuela Nacional Sindical.

The Federal Service Labor-Management Relations Statute (2008). Chapter 71 of Title 5 of the U.S. Code as Amended and 5 U.S.C. 5596 The Back Pay Act as Amended. November 2008. United States.

# Los nuevos espacios de la negociación colectiva y su incidencia en seguridad y salud en el trabajo

**Fiorella Peyrone Villacorta**

Asociada en Osterling Abogados

***SUMARIO***

*I. Introducción. II. Nuevo espacio de la negociación colectiva: ¿podrá negociar cualquier tipo de organización de trabajadores? III. Nuevo contenido de la negociación colectiva: seguridad y salud en el trabajo. 3.1. Tipos de cláusula. 3.1.1. Remuneración en especie. 3.1.2. Condición de trabajo. 3.1.3. Tarifario de riesgos en el trabajo. 3.1.4. Seguridad social. 3.1.5. Accidente de trabajo. 3.1.6. Ropa de trabajo. IV. Cláusulas pendientes. 4.1. Protección de los trabajadores con discapacidad. 4.2. Servicios de seguridad y salud en el trabajo. 4.3. Formación. V. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

En el marco del fortalecimiento del diálogo social, componente esencial del trabajo decente y parte fundamental de las relaciones laborales[1], resulta necesario analizar los nuevos espacios de un derecho colectivo de los trabajadores: La negociación colectiva, derecho reconocido en el artículo 28° de la Constitución Política del Perú y en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (Núm. 98).

El derecho a la negociación colectiva constituye un valor fundamental de la OIT que está estrechamente vinculado al derecho a la libertad sindical y de asociación y constituye una herramienta importante de la gobernanza del mercado laboral, en la medida en que sirve de base al concepto más amplio de diálogo social. En el contexto del Programa de Trabajo Decente y en un entorno de relaciones laborales que evolucionan con rapidez, la negociación colectiva constituye un instrumento esencial para entre otros, mejorar las condiciones de trabajo y ampliar la protección social a todos los trabajadores[2], así como la productividad de las empresas.

El presente trabajo tiene como objetivo realizar el análisis de un nuevo espacio de la negociación colectiva generado por las nuevas formas de producción y organización de las empresas, realidad que ha sido recogida en las normas de seguridad y salud en el trabajo (en adelante, SST), al establecer la responsabilidad de la empresa principal por la seguridad y salud de los trabajadores de terceras empresas. Para tales efectos, se ha revisado de manera aleatoria los convenios colectivos registrados en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) durante el periodo 2006 a la fecha, no obstante, existe una limitante dado que no es de fácil acceso y la información no se encuentra disponible en los Anuarios Estadísticos del MTPE.

## II. NUEVO ESPACIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿PODRÁ NEGOCIAR CUALQUIER TIPO DE ORGANIZACIÓN DE TRABAJADORES?

El papel de la negociación colectiva es vital en las relaciones de trabajo no solo porque permite ampliar los derechos de los trabajadores y mejorar sus condiciones de trabajo[3], sino porque permite a las partes negociales asumir un compromiso de mejorar la producción, productividad, seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

---

1 Tostes, Marta. Manual de Uso de Interpretación de las Estadísticas Laborales. OIT para los Países Andinos. 2014. Pág 5.

2 OIT. La revitalización de la negociación colectiva en Argentina. Notas OIT Trabajo decente en Argentina. 2011, p. 6.

3 DE LA VILLA GIL, Luis; García Becedas, Gabriel y otros. Instituciones de Derechos del Trabajo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991, 9. 177.

En la actualidad, el proceso de globalización, la transformación tecnológica, la competencia entre las empresas, las crisis económicas, la migración, el crecimiento demográfico, etc., que han sucedido a través de los años, han modificado las estructuras productivas de las economías para adecuarse a las nuevas condiciones de competencia internacional, donde el mercado de trabajo no ha sido ajeno, por lo que se han venido creando nuevas formas de trabajar[4].

En ese contexto, se han producido la generalización de los mercados flexibles, los procesos de descentralización productiva, el desarrollo de la competencia en mercados saturados por ofertas diversas de productos o la incursión de un nuevo paradigma tecnológico basado en la información, son algunos de los cambios estructurales que vienen transformando la realidad contemporánea[5].

Es evidente que las nuevas formas de organización empresarial han generado una serie de efectos que en la realidad no han venido acompañados de las normas jurídicas que permitan regularlas, dentro de los cuales se encuentran por ejemplo, el desmembramiento de los Sindicatos de empresa como producto del desplazamiento o circulación de trabajadores, o en muchos casos ha generado que no sea posible la creación de nuevos sindicatos porque no cuentan con el requisito de número mínimo de trabajadores[6] exigido por nuestra legislación.

En atención a ello, cabe precisar que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, los sindicatos pueden ser: a) de empresa, b) de actividad, c) de gremio, c) de oficios varios. De acuerdo a esta norma, se podría concluir que en el Perú, no existe la posibilidad para que los Sindicatos de trabajadores se puedan organizar de otras formas a las citadas previamente, pese a la existencia de *facto* de nuevas formas de organización productiva, Vgr. contratas y subcontratas, grupos de empresa, etc.

Bajo ese escenario, se advierte que la norma citada anteriormente atenta contra el derecho de los trabajadores de constituir las Organizaciones Sindicales que éstos estimen convenientes; por lo que, de conformidad con las recomendaciones específicas del Comité de Libertad Sindical, para que la afectación al derecho a la negociación colectiva no se produzca, en el listado del artículo 5 de la norma mencionada, se tiene que considerar meramente enunciativo, abierto, o más claramente, ejemplificativo[7] y no restrictivo o *numerus clausus*.

---

4 Boletín de Economía Laboral N° 34." La microempresa: Una propuesta tipológica y ejercicio de aplicación en Lima Sur. Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Año 9. Agosto 2006.PP 11 Disponible en: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/bel/BEL_34.pdf

5 ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias. Palestra editores S.A.C. 2008. Lima. PP 111.

6 Idem pp 111.

7 VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. Lima: Plades, 2010. Pp 110-111. Citado en la Resolución Directoral N° 021-2011/MTPE/2/14 de fecha 4 de noviembre de 2011.

Sobre el particular, cabe recordar que las normas laborales existentes en materia de derecho colectivo del trabajo deben interpretarse en forma tuitiva, garantizando el pleno ejercicio de la libertad sindical como derecho fundamental[8] y que la negociación colectiva es un sistema de regulación temporal y de renovación periódica, por lo que vive un proceso permanente de adecuación a la situación real de cada ámbito de las relaciones laborales, ello en mérito a la función adaptativa de este derecho que permite a los sujetos colectivos pactantes regular las condiciones de trabajo más adecuadas a cada unidad o sector productivo, pues su cercanía al objeto de regulación y el conocimiento del mismo que tienen las partes, la lleva a gozar de unas condiciones de versatilidad y adecuación de las que carece cualquier otro producto normativo[9].

Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la Sentencia de la Acción de Amparo recaída en el Expediente N° 261-2003-AA de fecha 23 de marzo de 2003, el cual señaló que el Estado debe promover las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente. Criterio que ha sido ratificado en la sentencia correspondiente al Expediente N° 3561-2009-PA/TC de fecha 17 de agosto de 2009, en la que señaló que la negociación es libre y voluntaria, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4º del Convenio OIT núm. 98, y que la determinación del nivel de negociación colectiva debe depender esencialmente de la voluntad de las partes y, por consiguiente, no debe ser impuesto por la legislación.

Al respecto, cabe señalar que la Autoridad Administrativa de Trabajo ha reconocido el derecho de los trabajadores a organizarse de la manera más conveniente para sus intereses mediante la Resoluciones Directorales N° 021-2011/MTPE/2/14 y 029-2015-MTPE/1/20, emitidas en los años 2011 y 2015, respectivamente.

En consecuencia, los trabajadores tienen derecho a organizarse no sólo como sindicatos, si no de cualquier forma, de la mejor manera que éstos lo consideren, no obstante si bien es importante, dicho reconocimiento resulta insuficiente si no logra el reconocimiento a su derecho a "negociar colectivamente".

Sobre el particular, conviene citar el artículo 2 del Convenio 154 OIT (que tiene calidad de recomendación para el país) que establece que "*(...) la expresión negociación colectiva comprende todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez*". Los órganos de control han reiterado que los

---

8 Resolución Directoral N° 021-2011/MTPE/2/14 de fecha 4 de noviembre de 2011.

9 VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI". Derecho Colectiva del Trabajo, Lima, Ius et veritas N° 31, 2005. Pp 207.

interlocutores sociales tienen el derecho a elegir, por sí mismos y sin cortapisas de las autoridades, el nivel en que ha de celebrarse la negociación (nivel central, por rama de actividad o por empresa), y que deben poder suscribir convenios las organizaciones de base, las federaciones y las confederaciones[10].

En ese contexto, y dado que las normas internacionales amparan las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, es evidente que los trabajadores de las nuevas formas de organización de producción deberían poder negociar y en consecuencia, celebrar convenios colectivos.

Sobre ello, la mejor doctrina considera que por ejemplo, en el caso de la tercerización, los trabajadores tercerizados merecen una protección adecuada a nivel legislativo y jurisprudencial[11] incluso en Francia se reconoció judicialmente al grupo de empresas como un ámbito de negociación, afirmando que la categoría de los acuerdos de grupo se encuentra reconocida en derecho y no se confunde con la categoría de los acuerdos de empresa[12].

No obstante, si bien el TC ha reconocido que la negociación colectiva es libre y voluntaria, ha establecido una limitación cuando señala en la sentencia correspondiente al Expediente N° 261-2003-AA, "*el artículo 28° de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que, si bien esta labor de fomento y promoción de la negociación colectiva, implica, entre otras acciones, que el Estado promueva las condiciones necesarias para que las partes negocien libremente condiciones necesarias para que las partes negocien libremente, ante situaciones de diferenciación admisible, el Estado debe realizar determinadas acciones positivas para asegurar las posibilidades de desarrollo y efectividad de la negociación colectiva, pudiendo otorgar determinado "plus de tutela" cuando ésta sea la única vía para hacer posible la negociación colectiva*". (El subrayado es mío).

Bajo esa línea, el TC en la sentencia correspondiente al expediente N° 03561-2009-PA/TC, después de haber declarado mediante control difuso, la inconstitucionalidad del primer párrafo del artículo 45° del Decreto Supremo Nº 010-2003-TR que señala que "*A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de*

---

[10] Principios de la OIT sobre la negociación colectiva 37 Copyright © Organización Internacional del Trabajo 1999 Revista Internacional del Trabajo, vol. 119 (2000), núm. 1, pp 39. Disponible en: http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf

[11] ERMIDA URIARTE, Óscar. Descentralización —tercerización-subcontratación. Lima: OIT, Proyecto FSAL, 2009, p 76. Citado en la Resolución Directoral N° 021-2011/MTPE/2/14 de fecha 4 de noviembre de 2011. " (...) la definición o interpretación amplia del concepto de empresa y empleador, la responsabilidad solidaria, de todo empresario que tercerice y la aplicación de los principios de protección y primacía de la realidad sobre las formas jurídicas, deberían ser las bases sobre las cuales montar una estrategia de protección adecuada de los trabajadores tercerizados, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial"

[12] Cass Soc, de 30 de abril de 2003.

*empresa*", precisó que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determinara mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga.

En atención a lo expuesto por nuestro supremo intérprete de la Constitución, se concluye que dependerá de cada caso para que además de que se permita la libre organización de los trabajadores, se les permita ejercer un *"plus de tutela"* (para negociar) cuando ésta sea la única vía para hacer posible el ejercicio de este derecho constitucional y que a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determine mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga.

En ese escenario, la nueva realidad de las formas de producción ha generado la conformación de nuevas formas de organización sindical (que han sido reconocidos por el MTPE) y de nuevos ámbitos negociales a los previstos taxativamente en el artículo 44 del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, no obstante el derecho a la negociación colectiva no se encuentra garantizado plenamente.

## III. NUEVO CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Como es de pleno conocimiento, el cumplimiento de las obligaciones de SST de las empresas genera productividad en éstas. Así lo ha reconocido la Agencia Europea para la SST[13], cuando señala que "*las empresas con una buena actuación en materia de SST pueden lograr ventajas de productividad como las siguientes: unos métodos de trabajo más seguros, que permiten llevar a cabo los procesos más rápidamente y con menos personal, unas tasas menores de accidentes, incidentes y enfermedades(hasta el punto de reducirse a la mitad las tasas de absentismo por enfermedad), y el aumento al máximo de los niveles de contratación, motivación y conservación del personal cualificado.*"

En ese sentido, constituye un importante aporte que en la negociación colectiva se incluyan compromisos en materia de SST lo cual no solo garantiza el bienestar de los trabajadores en SST sino además general mayor productividad de la empresa, lo cual ha sido reconocido en el artículo 3 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), que establece que los empleadores y los trabajadores tienen la facultad de establecer libremente niveles de protección que mejoren lo previsto en dicha norma, lo cual es concordante con uno de los principios de la Política del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, SGSST) que constituye el cumplimiento de la negociación colectiva en SST.

En consecuencia, resulta de necesario articular la negociación colectiva, tanto para la empresa tradicional, como para los nuevos ámbitos (negociación de los trabajadores de contratas con la empresa principal, subcontratación, etc.) con

---

[13] Boletín Facts. 77/ES. Las ventajas de una buena salud y seguridad en el trabajo. Agencia Europea de la Seguridad y Salud en el Trabajo. PP 2 Disponible en: https://osha.europa.eu/es/tools-and-publications/publications/factsheets/77

las normas de SST, para así convertir al convenio colectivo en un instrumento del SGSST que permite la permanente participación de los representantes de los trabajadores en las elecciones del Comité de SST, en las Auditorías del SGSST, en los programas de capacitación, en la identificación de los peligros y riesgos, investigación de accidentes de trabajo, incidentes peligrosos, etc.

### 3.1. Tipos de cláusula

#### *3.1.1. Remuneración en especie*

De la revisión aleatoria de los convenios colectivos, se ha verificado que se han pactado conceptos de remuneración en especie relativos a la prevención de riesgos laborales tales como: i) compensación por artículos de higiene[14] y ii) entrega mensual de detergente[15].

#### *3.1.2. Condición de trabajo*

Se ha verificado que se han pactado conceptos de condición de trabajo como es el caso de la alimentación proporcionada directamente por el empleador cuando es indispensable para la prestación de servicios en la cual se pone énfasis en relación al mejoramiento de las condiciones de higiene y salubridad en el trabajo en las áreas de operaciones, así como dotar de agua de mesa en los comedores, frutas de temporada, etc.

#### *3.1.3. Tarifario de riesgos en el trabajo*

Aun cuando no se encontraba vigente la LSST, los trabajadores y empleadores negociaban cláusulas sobre riesgos laborales, no obstante éstos no eran para prevenirlos o controlarlos, sino para establecer un pago por la exposición a los riesgos a los que los trabajadores se encontraban expuestos durante la prestación de sus servicios a favor de su empleador.

De esta manera se retribuye al trabajador un monto remunerativo que es pagado mes a mes por la exposición a riesgos que contravienen su seguridad y salud laboral, como por ejemplo: i) Bonificación por trabajo en altura, ii) Bonificación por trabajo nocturno, iii) Bonificación por riesgo de vida, iv) Bono por subsuelo,

---

[14] Convenio Colectivo 2014-2015 entre Sindicato de Trabajadores Mineros y Afines de las empresas que especializadas que prestan servicios para la CIA de minas Buenaventura S.A.A. "Décimo sexto: Útiles de aseo: (...) la empresa entregará a cada trabajador dos (2) rollos de papel higiénico y dos (2) jabones de tocador cada mes de buena calidad, como medida sanitaria".

[15] Convenio Colectivo 2014-2015 entre Minera Condestable y su Sindicato.

v) Bono por exposición a reactivos químicos, vi) Bonificación por riesgo de vida[16], entre otros.

Si bien es cierto la LSST establece los principios de la acción preventiva, y el primero de ellos es "evitar o eliminar los riesgos en el trabajo", también se reconoce que corresponde a los empleadores reducir al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo, en consecuencia, aun cuando se realice la mejora continua del SGSST de una manera adecuada, existe la posibilidad de que los riesgos permanezcan.

Es claro que estas bonificaciones no tienen por objeto sustituir las obligaciones del empleador en materia de SST sino que se otorgan por tratarse de las características propias de empleadores que realizan actividades por lo general de alto riesgo.

Por lo expuesto, considero que este tipo de cláusulas deben articularse con las normas de SST y a fin de ratificar las obligaciones que debe cumplir el empleador así como los compromisos del trabajador, con la finalidad de que los riesgos a los que estos últimos se encuentran expuestos no solo queden en un pago simple, sino en un pago que tiene una causa y finalidad, pues no hacerlo contraviene al principio de prevención que establece la LSST y por el contrario, no fomenta entre los trabajadores el cuidado por su vida y salud en tanto ellos se han acostumbrado a cobrar una remuneración por su exposición a los riesgos.

#### *3.1.4. Seguridad social*

En muchos convenios colectivos revisados se han acordado una serie de prestaciones sociales complementarias a la acción protectora de la Seguridad Social tales como pólizas de seguro brindado por una entidad prestadora de salud (EPS), Seguro Oncológico, Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (en su componente de indemnización), y reparadoras tras un Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional, como la Asignación por fallecimiento del trabajador.

#### *3.1.5. Accidente de trabajo*

Se ha verificado que se han pactado nuevos y mejorados conceptos de "accidentes de trabajo" que superan el establecido en las normas de seguridad y salud en el trabajo, como por ejemplo en Convenio Colectivo entre Southern Perú Copper Corporation Sucursal del Perú y el Sindicato Unificado de Trabajadores de SPCC y Anexos, que ha establecido en su cláusula 25 que se considera accidente de trabajo, entre otros en "*los viajes que hace desde su domicilio hasta el centro de*

[16] Convenio Colectivo 2012-2015 entre CIA. Minera Antamima S.A. y SUTRACOMASA. "7. Bonificación por riesgo de vida. La empresa conviene en seguir otorgando a los trabajadores operadores (...) que realizan labores de voladura, para los electricistas y el personal que manipula reactivos u opera cables de alta tensión, una bonificación equivalente al 05 % de su remuneración mensual.

*trabajo y viceversa, para cumplir con la jornada habitual o tiempo extraordinaria a solicitud de la empresa"*, aunque sólo para efectos de la participación de utilidades. Así, se ha generado que en dicha empresa se considere el concepto de accidente *in itinere* establecido por la OIT.

3.1.6. Ropa de trabajo

La más tradicional y común cláusula es "la ropa de trabajo", en el que se establece la entrega periódica de mamelucos, zapatos de seguridad, botas de jebe, cascos, pantalones, sacos, capotes guantes, respiradores, protectores de oídos, mandiles, rodilleras, etc dependiendo de los riesgos a los cuales se encuentran expuestos los trabajadores.

Es usual que en un Convenio Colectivo se haga referencia a la ropa de trabajo describiendo hasta el mínimo detalle de prendas, calidad, periodicidad, etc.; sin considerar muchas veces el carácter preventivo de la ropa y uso como EPP y, lo que es peor, el orden de prelación respecto de las medidas preventivas (primero la prevención colectiva y en último lugar la individual).

## IV. CLÁUSULAS PENDIENTES

### 4.1. Protección de los trabajadores CON DISCAPACIDAD

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que "todas las actividades en las que participa el ser humano, entre ellas, las laborales, han sido planeadas para realizarse en ambientes físicos que se ajustan a los requerimientos y necesidades de las personas que no están afectas de discapacidad"[17], por lo que la emisión de la Ley N° 29973, Ley de Personas con Discapacidad, establece un hito en relación al derecho del trabajo de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas.

Al respecto, las normas de SST exigen que todo empleador realice la evaluación de riesgos laborales relacionados con la discapacidad. Así, todas las etapas del proceso de gestión de riesgos deben tener en cuenta los planteamientos de lucha contra la discriminación en el trabajo, con objeto de modificar o adaptar, si es necesario, el entorno de trabajo, los equipos de trabajo y la organización del trabajo, y garantizar que los riesgos y la discriminación sean eliminados o, al menos, minimizados[18].

De acuerdo al artículo 64 de la LSST, el empleador garantiza la protección de los trabajadores que, por su situación de discapacidad, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo.

---

[17] Expediente N° 02437-2013-PA/TC

[18] Boletín Facts. 53/ES. Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores con discapacidad. Agencia Europea de la Seguridad y Salud en el Trabajo. PP 2 Disponible en https://osha.europa.eu/es/publications/factsheets/53

Asimismo, de acuerdo al artículo 50 de la LPCD, la persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el lugar de trabajo y dichas medidas comprenden: i) la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, así como, ii) la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad.

No obstante, y pese a la vigencia de las normas sobre personas con discapacidad en el trabajo no se aprecia mención alguna de éstos en los Convenios Colectivos analizados. Sin duda, una de las mayores dificultades aplicativas del régimen jurídico previsto en el artículo 64 de la LSST pasa por interpretar los términos de *"protección de los trabajadores que, por su situación de discapacidad, sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo"* que utiliza la LSST.

### 4.2. Servicios de seguridad y salud en el trabajo

De acuerdo al Artículo 36 de la LSST, todo empleador organiza un servicio de seguridad y salud en el trabajo propio o común a varios empleadores, cuya finalidad es esencialmente preventiva. No obstante y dado que hasta la fecha no se ha emitido la regulación de éstos de acuerdo a lo dispuesto en la Décimo Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la LSST, pese al plazo transcurrido, es relevante que mediante la negociación colectiva se pacten cláusulas obligacionales sobre este asunto con la finalidad de garantizar las funciones de dicho servicios, tales como: i) Vigilancia de los factores del medio ambiente de trabajo y de las prácticas de trabajo que puedan afectar a la salud de los trabajadores, incluidas las instalaciones sanitarias, comedores y alojamientos, cuando estas facilidades sean proporcionadas por el empleador, ii) Asesoramiento sobre la planificación y la organización del trabajo, incluido el diseño de los lugares de trabajo, sobre la selección, el mantenimiento y el estado de la maquinaria y de los equipos y sobre las substancias utilizadas en el trabajo, iii) Asistencia en pro de la adopción de medidas de rehabilitación profesional, iv) Colaboración en la difusión de informaciones, en la formación y educación en materia de salud e higiene en el trabajo y de ergonomía, entre otros.

### 4.3. Formación

De acuerdo al inciso d) del Artículo 35 de la LSST todo empleador dentro del SGSST para mejorar el conocimiento sobre la seguridad y salud en el trabajo debe entre otros, brindar facilidades económicas y licencias con goce de haber para la participación de los trabajadores en cursos de formación en la materia ello a fin de fortalecer las capacidades de los trabajadores como actores del SGSST. No obstante, no se aprecia mención alguna de éstos en los Convenios Colectivos analizados.

## V. CONCLUSIONES

1. Los nuevos espacios de negociación colectiva se generan por las nuevas formas de producción y organización de las empresas, esa nueva realidad ha sido recogida en las normas sobre SST, al establecer la responsabilidad de la empresa principal por la seguridad y salud de los trabajadores de terceras empresas, lo cual genera la necesidad de reconocer nuevos ámbitos de negociación como lo está haciendo la autoridad de trabajo.
2. Es necesario que nuestras autoridades realicen la modificación normativa que armonice con los Convenios de la OIT y los pronunciamientos de sus órganos de control a fin de que los trabajadores puedan organizarse y además ejercer el derecho a la negociación colectiva de forma válida.
3. Resulta imperativo que la autoridad administrativa del trabajo publique los convenios colectivos y en el Anuario Estadístico se incluya una descripción de los acuerdos sobre las materias abordadas tales como seguridad y salud en el trabajo, a fin de poder realizar un seguimiento sobre los aspectos que son materia de la negociación colectiva en el país.
4. Dadas las especiales características de las nuevas formas de producción, y a los riesgos propios a los que se encuentran expuestos los trabajadores, las partes negociales tienen la posibilidad de pactar, entre otras, adecuadas medidas de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo a efectos de que los trabajadores tengan igual grado de protección durante su actividad y compromiso para ejecutar dichas medidas, así como el compromiso para temas de mejora en la producción y productividad.
5. En ese sentido, lo que se debe buscar es articular la negociación colectiva, tanto la tradicional de empresa, como los nuevos ámbitos (caso de negociación de los trabajadores de contratas con la empresa principal, subcontratas, etc) con las normas de seguridad y salud, que es en beneficio tanto para los trabajadores como para las empresas y así, convertir al convenio colectivo en un instrumento más del SGSST.
6. Se evidencia que en los últimos años a partir de la promulgación de la LSST y su reglamento, se ha negociado con mayor incidencia respecto a los años previos en materia de prevención de riesgos laborales aunque aún se encuentra en una etapa incipiente.
7. Considero que hay muchos temas sobre prevención de riesgos laborales que en un convenio colectivo se pueden pactar a fin de garantizar nuevas medidas o mejores estándares en esta materia a favor de los trabajadores, la productividad empresarial y la protección de los equipos y maquinarias de las empresas.

# La “telenegociación colectiva” como derecho fundamental de los teletrabajadores

**César Alfredo Puntriano Rosas**

Abogado. Socio Senior del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya, Abogados. Contacto: cpuntriano@munizlaw.com

***SUMARIO***

*I. Introducción. II. Definición de teletrabajo y caracteristicas. 2.1. Notas características. III. El ejercicio de la negociacion colectiva en el marco del teletrabajo, o la “telenegociacion colectiva”. IV. Facilidades telemáticas a otorgarse para una adecuado ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores. V. A manera de conclusión: necesidad de una legislación mínima para viabilizar el ejercicio de los derechos colectivos por parte de los teletrabajadores, en particular la telenegociacion colectiva.*

> "(...) De la misma manera en que hay que calificar a los trabajadores hay que ayudarlos para que constituyan una competencia sobre los problemas de organización, de tecnología etc(...) Para decirlo en pocas palabras, no puede existir verdadera modernización sin modernización social. Creo que nuestra tarea como intelectuales es lograr hacer penetrar esta idea (...)[1]"

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo, se basa en un conjunto de principios rectores y normas positivas que buscan proteger a una de las partes de la relación laboral, el trabajador, para alcanzar una igualdad sustantiva con su empleador. De los referidos principios podemos resaltar al Principio Protector, que en palabras de Plá[2], *"se refiere al criterio fundamental que orienta el derecho del trabajo, ya que éste, en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad, responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador"*.

Anteriormente, era relativamente sencillo identificar cuándo nos encontrábamos frente a una relación de trabajo, aplicando los criterios de subordinación jurídica, económica y técnica. En cambio, en la actualidad, con el advenimiento de innovaciones tecnológicas y el trastocamiento de los paradigmas clásicos de empresa industrial con trabajadores que operaban en una planta bajo el control directo y permanente del empleador, dicha labor diferenciadora, esencial para determinar la aplicación de las normas protectoras, se ha hecho más difícil.

El teletrabajo, dentro de las nuevas modalidades de empleo, no escapa a dicha dificultad, aunque desde ya tomamos posición por considerar al teletrabajo como trabajo dependiente y no autónomo por lo que le son aplicables los derechos tanto individuales como colectivos que corresponden a cualquier trabajador.

El teletrabajo es un fenómeno caracterizado porque el teletrabajador presta sus servicios a distancia del centro de trabajo tradicional, lo cual supone un cambio en la organización de la unidad empresarial, utilizando de manera esencial medios telemáticos sin los cuales no nos encontraríamos ante el teletrabajo. Esta manera de prestar servicios dependientes se encuentra ampliamente difundida en diversas partes del mundo como Europa, América del Norte y algunos países de América del Sur.

En nuestro país, la regulación del teletrabajo es relativamente reciente aunque a nuestro parecer insuficiente. En efecto, la Ley No. 30036 y su Reglamento, el Decreto Supremo No. 017-2015-TR, se limitan a conceptualizar al teletrabajo, definir sus modalidades de ejecución, el uso de equipos pero sin contemplar ma-

---

1 Tomado de: CORIAT, Benjamín. Los desafíos de la competitividad. Buenos Aires. EUDEBA. 1998.

2 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Buenos Aires. De Palma. 2° edición. 1978. p.23

yor detalle sobre el ejercicio de los derechos colectivos de los teletrabajadores, en particular la negociación colectiva.

Adviértase que esta modalidad de ejecución de labores cuyas notas esenciales son su realización distante al centro de labores y el uso intensivo de la tecnología, requiere de una aplicación flexible de la normativa en materia de negociación colectiva, y en general, de los derechos laborales.

Lamentablemente las normas no se ocupan de ello, debiendo el espacio ser llenado por la negociación colectiva que en nuestro país es casi inexistente.

En la presente ponencia desarrollaremos la definición del teletrabajo, a partir de la doctrina y regulación vigente, para luego analizar algunos aspectos fundamentales del ejercicio de la negociación colectiva en este nuevo espacio cada vez más presente en razón a la inserción de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales.

## II. DEFINICIÓN DE TELETRABAJO Y CARACTERISTICAS

La doctrina no es unánime al definir al teletrabajo, y transcurridos más de veinte años desde su aparición todavía no existe una definición unánime y ni siquiera una denominación común. La diversidad de definiciones también se debe a que el teletrabajo es abordado desde diversos enfoques, como el económico, el sociológico o el jurídico, por lo que sería utópico el catalogar a una definición como totalizadora.

JACK NILLES, pionero en la utilización del término teletrabajo, lo definió como *"cualquier forma de sustitución de desplazamientos relacionados con la actividad laboral por tecnologías de la información"* o más gráficamente, como *"la posibilidad de enviar el trabajo al trabajador en lugar de enviar el trabajador al trabajo"*[3].

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) define al teletrabajo como *"cualquier trabajo efectuado en un lugar donde, lejos de las oficinas o los talleres centrales, el trabajador no mantiene un contacto personal con sus colegas, pero puede comunicarse con ellos a través de las nuevas tecnologías"*[4]

GAETA, conceptualiza al teletrabajo como *"la prestación de quien trabaje, con un videoterminal, geográficamente fuera de la empresa a la que la prestación va dirigida"*[5]. Otro laboralista español, FLOREZ, señala que el teletrabajo sería *"la prestación de servicios por cuenta ajena fuera del centro de trabajo, fundamentalmente en el domicilio del propio trabajador, y cuya realización se lleva a cabo mediante conexión telefónica e informática, excluyéndose de tal concepto, obviamente, los trabajadores*

---

3 NILLES, Jack. The telecommunications-transportation tradeoff, Options for tomorrow and today, Jala International, California, 1973. Citado por: THIBAULT ARANDA, Javier. El Teletrabajo. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000 p.24

4 OIT. Revista de la Organización Internacional del Trabajo. N° 14. Diciembre 1995. p.10

5 GAETA, L. Il telelavoro: lege e contrataciones, Giornale di Diritto del Lavoro e di relazioni industriali, núm. 68,4/1995, p. 550. Citado por: THIBAULT, ARANDA, op.cit. loc. cit.

*autónomos"*[6]*. Por su parte ORTIZ CHAPARRO,* afirma que *"teletrabajo es trabajo a distancia, utilizando las telecomunicaciones y por cuenta ajena"*[7]. RODRÍGUEZ lo define como la *"actividad laboral, generalmente en el sector servicios, por cuenta propia o ajena, que se lleva a cabo fuera del centro de trabajo habitual, utilizando las tecnologías de la información y las telecomunicaciones"*[8]. Finalmente, para THIBAULT es *"una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de técnicas informáticas y/o de telecomunicación"*[9].

El Reglamento de la Ley que regula al teletrabajo lo define como "la prestación de servicios subordinada, sin presencia física en el centro de trabajo o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores."

Sin pretender ser totalizadores respecto a la concepción del teletrabajo, desde un enfoque netamente jurídico, para nosotros, el teletrabajo supondría un rompimiento con los tradicionales paradigmas fordistas del concepto de empresa y relación de trabajo, el mismo que se manifestaría mediante la prestación de servicios por parte del trabajador desde cualquier lugar fuera de la empresa (en su casa, en centros de teletrabajo o de manera itinerante) utilizando las nuevas tecnologías de la información, ya sea para efectos de la recepción de instrucciones, la comunicación con su empleador o la entrega de resultados o inclusive para el propio ejercicio de sus derechos laborales.

### 2.1 Notas características

Los rasgos que caracterizan al teletrabajo son: (i) la localización, (ii) La utilización de tecnologías de la información y (iii) La organización del trabajo.

a) **La localización**: GALA aborda esta nota característica del teletrabajo, señalando que implica que la actividad laboral se desarrolla en un espacio físico que se encuentra fuera de la empresa[10]. THIBAULT citando a BRETON, señala que el *"teletrabajo es trabajo realizado lejos del lugar donde el resultado es esperado, esto es,*

---

6 FLOREZ, L MARTÍN. Outsorcing y teletrabajo: Consideraciones jurídico-laborales sobre nuevos sistemas de organización de trabajo. REDT, núm. 71,1995.

7 ORTIZ CHAPARRO, F. El teletrabajo. Una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología, Ed. McGGraw&Hill, Madrid, 1995, p. 38 Citado por: RODRIGUEZ, Francisco Antonio. El teletrabajo en España ¿Trabajo subordinado o autónomo?. Ponencia Libre del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, llevado a cabo en Lima, del 16 a l 19 de setiembre de 2001.

8 RODRÍGUEZ, op.cit. loc. cit.

9 THIBAULT ARANDA, op. cit. p.32

10 GALA DURAN, Carolina. Teletrabajo y sistema de seguridad social. En: Revista Relaciones Laborales No. 15/16 Ano XVII. Editorial La Ley. Madrid. Agosto 2001.p.118

*a distancia del empleador o cliente a quien va destinado, de manera que quien contrata el trabajo no puede vigilar físicamente la ejecución del mismo"*[11].

En efecto, la localización es un elemento caracterizador del teletrabajo, puesto que éste implica que el teletrabajador preste sus servicios desde fuera del local de la empresa, ya sea desde su domicilio o cabina pública donde tenga acceso a las tecnologías de la información, como una PC, un módem, un fax, una video cámara, mediante las cuales realice su actividad profesional. Cabe añadir que, para que un teletrabajador sea considerado como tal, no es necesario que preste sus servicios fuera de la empresa permanentemente, pudiendo realizarse de manera alterna en los locales de la empresa.

**b) Uso de nuevas tecnologías de información**: Coincidimos con THIBAULT, cuando manifiesta que *"el teletrabajo(...) es trabajo a distancia haciendo un uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicación (teléfono, fax, correo electrónico, redes de área local, videoconferencia)*[12].

Se aprecia la trascendencia que deben tener las herramientas técnicas de la informática y las telecomunicaciones para que el teletrabajador puede ejercer de manera efectiva su actividad laboral, no estamos ante el supuesto de un trabajador que utiliza un beeper, teléfono celular o radio para comunicarse con su empleador, sino que el mecanismo esencial para que el teletrabajador preste su servicio es a través del soporte informático. Es el elemento informático una condición necesaria para el teletrabajo.

Cabe señalar que el uso de nuevas tecnologías es una nota esencial del teletrabajo que lo hace diferir del trabajo a domicilio tradicional. En efecto si bien ambos comparten la característica de ser trabajo a distancia, ya que el teletrabajo es siempre a distancia[13], este fenómeno consiste *"fundamentalmente en recibir, tratar y enviar informaciones, inmateriales por naturaleza, lo que le distingue del trabajo a domicilio tradicional basado en el intercambio de bienes materiales cuantificables y fungibles"*[14]. Citando un ejemplo de THIBAULT[15], el traductor no teletrabaja al desarrollar su actividad de manera tradicional y enviando el resultado por correo a su empleador. En cambio, si recibe el texto a traducir en su terminal portátil, utiliza el correo electrónico para comunicarse con la empresa, recibe instruccio-

---

11 BRETON, T. Le teletravail en France: Situation actuelle, perspectives de developpement et aspects juridiques, Documentation Francaise, Paris, 1994, p.70. Citado por THIBAULT, op. cit. p. 26

12 THIBAULT. op. cit. p.27

13 Es útil mencionar que entre el teletrabajo y el trabajo a distancia existe una relación de especie-genero, ya que el trabajo a distancia comprende otras relaciones laborales como el trabajo a domicilio, los comisionistas etc.

14 BRAUN, G. Le teletravail. Droit Social, num. 7-8, 1981,pag. 570. Citado por: THIBAULT. op. cit. p.27

15 THIBAULT, op.cit. loc.cit.

nes a través del MODEM y transmite la traducción por vía telemática, sí podría considerarse que está teletrabajando.

**c) Organización del trabajo**: **GALA** señala que como consecuencia de que el teletrabajo se desempeñe fuera del local de la empresa y que el teletrabajador emplee nuevas tecnologías de información, es necesario que se produzca un cambio en la organización y realización del trabajo[16]. THIBAULT, por su parte, afirma que, *"el teletrabajo es una forma de organización y realización del trabajo distinta(...) La utilización de los instrumentos de teletrabajo tiene un efecto descentralizador que permite la externalización de una actividad que habitualmente se ejecutaba en la empresa(...)"*[17]. En efecto, la actividad laboral ejecutada por el teletrabajador necesita de una organización que difiere totalmente del trabajo tradicional, desde las herramientas informáticas de que se sirve el teletrabajador, hasta sus relaciones con sus compañeros de trabajo y por supuesto con su empleador. Para algunos autores, por ejemplo, se diluye el poder de dirección del empleador[18] y para otros se presenta una disminución en las concentraciones industriales, lo cual puede traer consigo un debilitamiento del movimiento sindical que normalmente encuentra allí su hábitat natural[19].

Como vemos, estos cambios fácticos en la estructura de las relaciones laborales producidas por la implementación del teletrabajo deben traer como consecuencia una modificación en la estructura organizativa, que incluya, tanto a los sujetos individuales (teletrabajador, empleador) como a los sujetos colectivos (organizaciones sindicales, organizaciones patronales) a fin de que esta forma de prestar servicios tenga resultados altamente productivos.

Es importante destacar que existen opiniones que denominan al teletrabajo como *e— trabajo*, definiéndolo como *"el modo de realizar la actividad laboral utilizando las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)"*[20]. Adicionalmente señalan que *"el concepto de teletrabajo no es simplemente trabajar a distancia, sino algo más profundo que incluye el hecho de* ***trasladar las mentes, no los cuerpos****, creándose un espacio tácito de trabajo (una oficina virtual) donde pueden coexistir todos los componentes, virtualmente reunidos (miembros de un equipo, clientes, proveedores, etc.), que permite la aparición de nuevas relaciones (Trabajo en Red), posibilidad que facilita la configuración de organizaciones distribuidas"*[21].

---

16 GALA. op.cit. loc. cit.

17 THIBAULT. op. cit. p.30

18 TOSELLI, Carlos y ULLA, Alicia. La cuestion del teletrabajo. Ponencia Libre del V Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, llevado a cabo en Lima, del 16 a l 19 de setiembre de 2001.

19 THIBAULT. op.cit. p. 237

20 Tomado de: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE TELETRABAJO. Situacion y Problemática Global del Teletrabajo. El e-trabajo: propuestas de solución. p.41. En: http://www.aet-es.org.

21 Ibid. p.42.

Si bien esta definición no limita el contenido del teletrabajo sólo a su localización, esto es, que se efectúe fuera de las instalaciones de la empresa ya sea total o parcialmente, poniendo el acento en el uso de las nuevas tecnologías de la información, consideramos que para que nos encontremos frente a dicho fenómeno, es necesaria la presencia concurrente de las tres notas características antes citadas, no bastando el empleo de las TICs. Coincidimos con quienes afirman que, *"Estos requisitos obviamente son interdependientes entre sí, de tal modo que deben darse simultáneamente para que en rigor pueda hablarse de teletrabajo, pues el trabajo a distancia es tan viejo como el Derecho del Trabajo y el trabajo con nuevas tecnologías de la información y de la comunicación no es, por supuesto, privativo del teletrabajo"*[22] (subrayado agregado).

## III. EL EJERCICIO DE LA NEGOCIACION COLECTIVA EN EL MARCO DEL TELETRABAJO, O LA "TELENEGOCIACION COLECTIVA"

El carácter atípico de la prestación del teletrabajador, frente a la clásica noción de trabajo, genera una serie de desventajas en los trabajadores, como la sensación de aislamiento y menor integración en la empresa, problemas de promoción profesional y pérdida de estatus en la organización, e inseguridad en relación a su situación en la empresa.

Sin duda esta afectación propia del diseño del teletrabajo incide en el ejercicio de los derechos colectivos del teletrabajador, en particular la negociación colectiva, pues un trabajador que no se siente parte de un colectivo es poco, o nada, proclive a constituir una organización sindical o al menos presentar un pliego de peticiones a su empleador.

Siendo la negociación colectiva la expresión dinámica del derecho fundamental a la libertad sindical, conviene, antes de esbozar nuestro planteamiento en relación al ejercicio de dicho derecho fundamental por parte de los teletrabajadores, referirnos al aspecto estático, esto es, a la sindicación.

Ello en tanto, si bien la inexistencia de un sindicato no impediría que los teletrabajadores negocien colectivamente a través de representantes, consideramos que la negociación colectiva promovida por una organización sindical goza de mayor legitimidad interna, es decir, entre los trabajadores, así como de mayor protección normativa.

Una primera dificultad que encontramos al ejercicio del derecho de sindicación por parte de los teletrabajadores, es la referida a la adscripción de los mismos a un centro de trabajo para fijar el número de miembros de los sindicatos[23], y concretar

---

[22] ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. Teletrabajo. Ponencia Telemática III, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.p.3.

[23] THIBAULT. op. cit. p.241.

en qué centros podrán ejercer sus derechos de participación política sindical, es decir, a elegir y ser elegidos.

Recordemos que en el capítulo anterior señalamos que uno de los rasgos característicos del teletrabajo era el referido a la localización, el cual implica que la actividad laboral es desarrollada en un espacio físico distante a la empresa, pudiendo prestarse a domicilio ("electronic home work"), en telecentros o de manera itinerante o nómada.

En dichos casos resultaría complicado que los teletrabajadores se encuentren en capacidad de conocer quiénes están postulando para ocupar las plazas de dirigentes sindicales o el efectivizar su postulación si es que el sindicato en funciones emplea mecanismos tradicionales de comunicación con sus miembros, como el clásico pizarrón o el reparto de volantes.

Este inconveniente puede solucionarse mediante el uso de medios informáticos por parte de los sindicatos, como por ejemplo el correo electrónico, o las plataformas de Facebook de la organización sindical, lo cual permitiría informar a los teletrabajadores de las actividades sindicales a realizarse. Inclusive los sindicatos podrían negociar con el empleador la facilitación de sus tecnologías de la información para el ejercicio de los derechos sindicales de los teletrabajadores, de esta manera, será más sencillo que un teletrabajador esté al tanto de los acuerdos tomados por el sindicato, de las elecciones, las asambleas y demás, con lo cual pueda ejercer sus derechos colectivos eficazmente.

Al respecto, coincidimos con THIBAULT[24] cuando señala que,

> "(...) en un contexto organizativo caracterizado por la elevada informatización y donde la circulación de la información se realiza prevalentemente por vía telemática resulta perfectamente razonable un derecho al local y al tablón de anuncios como un derecho a la página web, diario electrónico o mensajería electrónica".

En efecto, lo que hoy en día se plasma en un espacio para el pizarrón posteriormente puede concretarse en la posibilidad que el sindicato se cuelgue de la red para comunicarse con sus teletrabajadores afiliados, sea a través del Facebook, o del portal web del propio sindicato, o mediante la creación de un grupo de chat en whatsapp para aquellos que posean celulares inteligentes con acceso a internet.

A fin de establecer si es realmente un problema el aspecto referido a la adscripción de los teletrabajadores a un centro de trabajo, creemos importante esbozar cómo se encuadrarían los teletrabajadores en algunas de las modalidades organizativas sindicales más frecuentes.

Para efectos del análisis tomaremos como modalidades de organización sindical a aquellas que surgen en el seno de una empresa individualmente consideradas

[24] Ibid. p.245

("organizaciones sindicales infra empresariales o empresariales") así como las que trascienden a la empresa ("organizaciones sindicales supraempresariales")

**a) "Organizaciones sindicales infra empresariales o empresariales" y teletrabajo**.- En este supuesto, es importante que el sindicato utilice las herramientas informáticas aludidas en los párrafos precedentes para mantenerse en contacto con sus teletrabajadores afiliados, o con los teletrabajadores de la empresa en general, si pensamos en una organización sindical mayoritaria[25].

De acuerdo a la naturaleza de la prestación que efectúa el teletrabajador, y en atención al criterio de localización, no será necesario que el teletrabajador se vincule físicamente con el centro de trabajo, en el supuesto bajo comentario, siendo suficiente, a nuestro criterio, la utilización de las herramientas informáticas para el ejercicio de sus derechos colectivos a este nivel.

**b) "Organizaciones sindicales supra empresariales y teletrabajo "**.- En este supuesto de organización sindical no existe un centro de trabajo ni una empresa involucrada, ya que estos sindicatos se componen trabajadores pertenecientes a dos o más empresas, frecuentemente de la misma rama de actividad.

A este tipo de sindicatos también les es aplicable la necesidad de implementar mecanismos informáticos que posibiliten el ejercicio de los derechos colectivos por parte de los teletrabajadores. Un inconveniente que podría surgir, tomando como ejemplo lo previsto en nuestra legislación[26] en lo que respecta a los sindicatos de rama de actividad,[27] es en relación a la sección sindical.[28] Recordemos que nuestra normatividad prevé que los trabajadores afiliados a un sindicato de rama de actividad pueden constituir una sección sindical en el centro de trabajo en que laboren, la cual los representará en el mismo.

Una salida a este problema, para el caso de los teletrabajadores a domicilio[29] se orientaría por considerar a todos los teletrabajadores a domicilio como *"parte de un colectivo único o común"*, es decir, que los domicilios sean considerados centros de trabajo. A fin de implementar dicha sección sindical, debemos dar por

---

25 Una organización sindical es mayoritaria cuando afilia a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito según lo señala nuestra normativa.

26 Las relaciones colectivas en nuestro ordenamiento se encuentran normadas por la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Ley Nº 25593 promulgado el 26 de junio de 1992, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 011-92-TR.

27 Un sindicato de rama de actividad es aquél formado por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (02) o más empresas de la misma rama de actividad.

28 Si el sindicato involucra a diversos centros de trabajo de una empresa o a diversas empresas, podrá constituir en tales ámbitos secciones sindicales, para el cumplimiento de sus fines en tales ámbitos. La sección sindical representa al sindicato en el ámbito correspondiente. Definición tomada del artículo 321º del Anteproyecto de Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo. Para una mayor referencia a dicho anteproyecto véase el punto 2.5 del presente ensayo.

29 ALONSO GARCÍA, M., Curso de Derecho del trabajo, 10° ed., Ariel, Madrid, 1987. Citado por: THIBAULT, op. cit. p.241

sentado que utilizando la conexión telemática de los teletrabajadores a domicilio se efectuará la postulación y elección de delegados, se informará a los afiliados de los resultados de las negociaciones, las cuales inclusive deberán realizarse on line.

En este punto es importante traer a colación brevemente, la problemática de los trabajadores en telecentros, de los teletrabajadores off line y los teletrabajadores nómades.

Respecto a los teletrabajadores en telecentros y en centros satélites, THIBAULT afirma que éstos dependen del establecimiento principal, por lo que no pueden considerarse jurídicamente diferenciados o independientes.

Asimismo señala que *"El trabajo de los teletrabajadores de estos locales está dirigido y orientado por el personal de un centro base u operativo, por lo que difícilmente puede sustentarse que tales unidades de empresa ostenten (...) dimensión técnica propia o laboral(...)"*[30]. Como sustento adicional a su opinión el mencionado autor cita a ESCUDERO RODRÍGUEZ[31], manifestando que según tal jurista, debe diferenciarse los distintos supuestos de teletrabajo, pues si se trabaja en telecentros podría imaginarse una elección específica de tales ámbitos, si *"la mencionada empresa tiene la titularidad del telecentro, pero es más discutible si no es suya y trabajan colectivos de diferentes empresas"*.

Discrepamos de lo sostenido por los referidos autores, ya que para propiciar la operatividad de una sección sindical o una representación de organizaciones sindicales supra empresariales en un telecentro no consideramos que debe requerirse una independencia del mismo respecto a la empresa, ya que el telecentro es simplemente el local donde acuden los teletrabajadores a realizar su actividad personal, en el cual encuentran las herramientas tecnológicas necesarias para ejecutar su labor. A mayor abundamiento, no debemos ser tan estrictos en aceptar la viabilidad jurídica de un telecentro como centro de trabajo para efectos de la constitución de una sección sindical, por el contrario, nuestra opción debe inclinarse a favorecer el ejercicio del derecho fundamental a la libertad sindical de los teletrabajadores por lo que, una interpretación progresista del mismo, nos llevaría a sostener una opinión favorable al ejercicio de la sindicación mediante una sección sindical, ya sea en el telecentro o en el centro satélite.

Con relación a la posición de ESCUDERO, no se torna complicado el imaginar que un telecentro cuya titularidad corresponda a varias empresas, pueda fungir como centro de trabajo para efectos de la constitución de una sección sindical por parte de los teletrabajadores de tales empresas. Es importante precisar que la representación se ejerce ante los empleadores respectivos, siendo la sección una "circunscripción jurídica" en la cual se ejerce la citada representación.

En lo referido a los teletrabajadores nómades, si bien este tipo de teletrabajo nómade no se sitúa en un lugar determinado, los teletrabajadores están interconec-

30 THIBAULT, op,cit, p,243

31 ESCUDERO RODRIGUEZ, R. op cit. p.80.

tados a su centro de trabajo. Si el teletrabajador desarrolla su prestación conectado telemáticamente al proceso o sección de producción de un determinado centro, deberá ser considerado como formando parte de la plantilla del mismo[32].

En el caso del teletrabajo off line, estamos de acuerdo con lo señalado por THIBAULT[33], en el sentido que al no existir una conexión permanente, habrá que identificar cuál es el centro de trabajo desde el que se imparten las directrices y al que se destina el resultado de la actividad (dependencia técnica).

Un tema que merece ser comentado es la denominada *"empresa virtual"*[34], es decir, un supuesto de organización empresarial en el cual no existe siquiera un centro de trabajo en el sentido tradicional del término y la unidad productiva se identifica con el conjunto de los servicios que realizan los teletrabajadores desde sus domicilios.

De manera similar a lo expuesto en el caso de los teletrabajadores a domicilio, cabe la conformación de un *"sindicato virtual"*, el cual ejercerá la representación ante su respectivo empleador. Por ejemplo, mediante videoconferencias pueden realizarse las negociaciones colectivas, pudiendo los dirigentes sindicales, miembros de la comisión negociadora, como los representantes de los empleadores encontrarse en su domicilio mientras negocian.

## NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y TELETRABAJO

En cuanto a la negociación colectiva, resulta oportuno estudia el fenómeno del teletrabajo relacionado con la unidad de negociación y el contenido del Convenio Colectivo de Trabajo, a efectos de vislumbrar cómo encaja esta nueva forma de prestación de trabajo en la negociación colectiva.

### Unidad de negociación

Por unidad de negociación entendemos los niveles en los cuales se desarrollan los tratos negociales conducentes a la celebración de una determinada negociación colectiva[35].

Según entiende la doctrina, los niveles de negociación posibles son múltiples: la empresa, una sección o establecimiento de ella, la rama o sector de actividad, el país entero, varios países (si hablamos de un negociación colectiva multinacional), una o varios oficios, profesiones etc.[36]

---

32 THIBAULT. op.cit.p.242

33 Ibid. loc.cit.

34 Ibid. p.243

35 BOZA PRÓ, GUILLERMO y otros. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada. Lima. Consultores Jurídicos Asociados S.A. 1994. p.100

36 ERMIDA URIARTE, Oscar. Estructura de la negociación colectiva en el Derecho comparado: niveles y articulación, en "Análisis Laboral", diciembre de 1988, p. 4. En: ERMIDA URIARTE, Oscar y otros. Derecho Colectivo del Trabajo. Materiales de Enseñanza. 1990. p.207.

En relación a los niveles de negociación infra empresariales, empresariales o supra empresariales, es necesario que los sindicatos pertenecientes a dichos ámbitos empleen los medios telemáticos que el empleador les proporcione, o de los cuales puedan proveerse a efectos de mantener al día a sus teletrabajadores afiliados en lo que se refiere a las actividades sindicales. Este lazo informático favorecerá que los teletrabajadores, estén en capacidad de ejercer sus derechos colectivos.

En este caso, tratándose de una comisión negociadora conformada por teletrabajadores, será necesario el empleo de videocámaras o algún instrumento tecnológico que permita a los dirigentes que sean teletrabajadores nómades por ejemplo, a participar directamente de las negociaciones a efectos de resguardar los intereses de la clase trabajadora. Aquí nos encontramos ya ante el supuesto de las "telenegociaciones colectivas".

En favor del ámbito negocial supra empresarial, RAY[37] considera que éste ámbito equilibra la situación de desventaja, punto de partida de los teletrabajadores que "*integran poblaciones marginales en una coyuntura de paro importante*".

En Italia, para Gaeta[38],

> "(...) el ámbito territorial más oportuno es en todo caso el nacional, pero respecto del ámbito funcional distingue dos posibilidades, de una parte la negociación profesional, que considera poco probable por la dificultad que encierra la creación de organizaciones sindicales estructuradas horizontalmente y con independencia de la rama o sector en que presten sus servicios (sindicato de oficio), no sólo por la variedad de perfiles profesionales que encierra sino también por la dispersión inherente a los mismos; y de otra la disposición de una específica tutela negocial de fuente interfederal, manteniendo al tradicional modelo de organización sindical vertical, que agrupa a todos los trabajadores de un ámbito o nivel determinado(...)"

Si bien los citados autores abogan por una negociación a nivel supra empresarial, a nuestro entender no existe ámbito de negociación idóneo, puesto que las partes en ejercicio de su autonomía colectiva pueden optar por el ámbito negocial que mejor les satisfaga sus intereses[39].

Para finalizar el tema del nivel de negociación es importante precisar que los teletrabajadores pueden también optar por negociar en más de un nivel, mediante lo que se conoce como la "negociación articulada", es decir, combinar varios niveles de negociación[40]. Pudiendo a nivel de rama de actividad negociar aspectos de la prestación, como quién facilita los instrumentos de trabajo, los gastos de conexión,

---

37 RAY, J. E., "Le droit du travail a l' epreuve du télétravail. Une nécessaire adaptation". Droit Social, núm 2,1992. p.356. Citado por: THIBAULT. op.cit. p.250

38 GAETA, L. op.cit. p.574

39 Olvidando por un momento lo intervencionista que ha sido históricamente el Estado frente a la negociación colectiva.

40 BOZA PRÓ, GUILLERMO y otros. op.cit. p.104

el ejercicio de los derechos colectivos, sistemas de control, seguros sobre equipos, etc.; mientras que a niveles inferiores, en casos en que la planilla se compone total o mayoritariamente de teletrabajadores, pueden tratarse temas de flexibilidad del teletrabajo, como el salario y la jornada laboral[41].

**Contenido del Convenio Colectivo**

En este punto nos parece importante determinar si las remuneraciones, condiciones de trabajo y demás materias que puedan tratarse en un convenio colectivo respecto a la prestación de los teletrabajadores debe regularse en un pacto específico o pueden incluirse en las negociaciones colectivas comunes de los demás trabajadores.

THIBAULT[42], se adscribe a la primera opción, manifestando que,

> *"Ciertamente, en línea con una negociación colectiva cada vez más técnica y precisa en sus conceptos, una negociación específica sería probablemente la más adecuada, puesto que de antemano quedaría resuelto el problema de la determinación de lo aplicable y lo inaplicable del convenio (...)"*

Dado que la actividad laboral ejecutada por el teletrabajador necesita de una organización totalmente distinta a la del trabajo tradicional, serán también necesario que, adicionalmente a los convenios individuales con cada teletrabajador, se pacte colectivamente unas condiciones de trabajo distintas respecto a los trabajadores en general y en función a las necesidades de los teletrabajadores y de la empresa en particular, como por ejemplo la facilitación por parte del empleador de los equipos informáticos y el uso que el teletrabajador deba asignarles, la asunción de algunos gastos por parte del empleador como los de la línea telefónica, etc., ello en desarrollo de un mandato legislativo mínimo que disponga que el empleador debe otorgar facilidades a los teletrabajadores para el ejercicio de sus derechos laborales.

Como ejemplo de tales pactos específicos podemos citar el acuerdo entre la gerencia de la compañía IBM de Alemania y el comité de trabajadores[43] respecto a la prestación de servicios fuera de la compañía bajo la modalidad de teletrabajo. Entre otras disposiciones, la cláusula 5º señala que *"los materiales requeridos para el trabajo serán puestos a disposición gratuitamente por la empresa durante el período de existencia de las labores"*.

Asimismo a manera de ilustración tenemos al convenio celebrado entre KPN (Koninklijke PT Nederland), empresa holandesa dedicada a servicios de telecomunicaciones e internet y las respectivas organizaciones sindicales[44]. El convenio

---

41 THIBAULT. op.cit. p.251

42 Ibid. p.249

43 La versión original en idioma inglés del convenio puede encontrarse en: http://www.telework-mirti.org/agreements/docs/con-ibmd.htm

44 La versión original en idioma inglés del convenio puede encontrarse en: http://www.telework-mirti.org/agreements/docs/con

precisa que *"las partes han acordado las políticas sobre el teletrabajo a domicilio, a efectos de ganar experiencia con el teletrabajo como un medio de trabajo en desarrollo"*. Asimismo se define al teletrabajo a domicilio como, *"el trabajo prestado a domicilio de manera regular, realizando funciones que el empleador ha definido como 'teletrabajables' (apropiados para el teletrabajo), mediante el empleo de tecnologías de información y soporte de telecomunicaciones"*

Sin embargo, debemos considerar que en tanto el desarrollo del teletrabajo en una empresa determinada no sea muy difundido o se esté iniciando como proyecto, es factible que en el convenio colectivo común, se incorporen cláusulas referidas al teletrabajo. Esto con el objeto de *"ir familiarizándose con el tratamiento de esta nueva entidad"*[45].

Un ejemplo de este tipo de convenio es el celebrado por la empresa DHL Internacional España Sociedad Anónima y los comités de empresa el 22 de diciembre de 1997[46]. La cláusula 17º del referido convenio señala que,

> "Se prevé la posibilidad de creación de empleo adicional mediante la modalidad de tele-trabajo.
>
> Esta nueva fórmula de relación laboral facilitará al mismo tiempo la incorporación de personas discapacitadas al mundo del trabajo.
>
> La empresa, en el normal uso de sus facultades de organización, podrá delimitar los puestos de trabajo que considere adecuados, y susceptibles de contratar bajo esta nueva modalidad(...)"

Otra muestra de esta regulación del teletrabajo en un convenio no específico lo encontramos en el pacto entre la empresa española Ibermática Sociedad Anónima con el Comité Intercentros el 12 de mayo de 1999[47]. Su cláusula 19 C detalla,

> *" C) Teletrabajo:*
>
> La implantación de nuevos sistemas y productos con los que se ha ido dotando la red informática de nuestra empresa, así como la posibilidad de conectarse a la misma desde el domicilio de los empleados, permite que, cuando el tipo de actividad lo requiera y a criterio del responsable, pueda proponerse a determinados empleados desarrollar su trabajo desde su casa(...)"

Como hemos apreciado, que el convenio colectivo contenga en algunas de sus cláusulas disposiciones que regulen el teletrabajo o se trate de un convenio específico, dependerá muchas veces de la difusión e implementación del teletrabajo ya sea en la empresa o en la rama de actividad en la que se lleve a cabo la negociación.

---

45 ESCUDERO RODRIGUEZ, R. Teletrabajo. op.cit. p.78.

46 Convenio publicado en el BOE Nº 72 de 25 de marzo de 1998. La versión completa de este documento puede encontrarse en http://www. telework-mirti.org/agreements/docs

47 Documento publicado en el BOE Nº 189 de 9 de agosto de 1999. Su versión completa puede encontrarse en http://www. telework-mirti.org/agreements/docs

De más está mencionar que, si nos encontramos ante una "telenegociación" el convenio versará sobre los derechos, condiciones y demás, de los teletrabajadores exclusivamente.

Debemos manifestar la importancia de que sea la autonomía colectiva la que decida el nivel de negociación y el contenido del convenio colectivo, evitando intervenciones estatales que consigan, con un excesivo reglamentarismo, característico en América Latina, obstaculizar el ejercicio del derecho fundamental a la negociación colectiva por los teletrabajadores.

Adicionalmente consideramos que la definición de sindicación, negociación colectiva o huelga aplicable a los teletrabajadores que contenga la legislación a la cual hemos hecho referencia en los párrafos anteriores, deberá evitar ser limitativa de los referidos derechos, orientándose más bien a la promoción de los mismos sin tolerar su ejercicio abusivo y enfatizamos debe ir de la mano con una adecuada promoción de la constitución de organizaciones sindicales así como del ejercicio de sus derechos colectivos.

## IV. FACILIDADES TELEMÁTICAS A OTORGARSE PARA UNA ADECUADO EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS TELETRABAJADORES.

En este acápite daremos algunos alcances al rol que debe cumplir el "tele empleador" frente a sus teletrabajadores, en tanto facilitador del ejercicio de los derechos colectivos de los mismos. En otras palabras, si bien carece de constatación fáctica que sea el propio empleador quien promueva los comportamientos sindicales por parte de su personal, consideramos que en lo que a teletrabajo en específico se refiere, existen ciertas facilidades mínimas que el empleador deberá conceder a sus teletrabajadores para que éstos puedan ejercer sus derechos colectivos.

Al respecto, suscribimos lo señalado por GALLARDO MOYA[48] quien propone, que,

> "(...) se debería contemplar la posibilidad de (...) un crédito de mensajería electrónica, de videoconferencias o de llamadas telefónicas(...) el empresario podría poner a disposición de los representantes las herramientas electrónicas que sean adecuadas para el ejercicio de su labor(...)"

En este punto es ilustrativo citar la regulación del boletín informático sindical contenida en el acuerdo italiano sobre teletrabajo de IBM Semea[49], en el cual a efectos de facilitar el ejercicio de las funciones del sindicato, se reconoce a la representación gremial el derecho a un sistema de comunicaciones que posee iguales características técnicas que aquél utilizado para las comunicaciones al

---

48 GALLLARDO MOYA, R., El viejo y el nuevo trabajo a domicilio: el teletrabajo. En Gaeta, L. Y Loffredo, A. I nuovi scenario della prestazione di lavoro, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999. Citado por THIBAULT. op.cit. p.246

49 Acuerdo citado por THIBAULT, op.cit. p.245

interior de la empresa. Según el acuerdo, el boletín informático puede emplearse para la transmisión de información respecto a la actuación de las organizaciones sindicales, bajo la condición que tales comunicados no superen el promedio de cuatro al mes. Asimismo se podrá informar sobre la estructura del sindicato, la lista de representantes, convocatorias a asambleas, etc. Adicionalmente, el acuerdo prevé que el derecho al tablón para los anuncios se ejerza por el órgano sindical, el cual, como responsable de lo que se comunique en el boletín informático, debe entregar los documentos donde consten estos comunicados a las personas que están encargadas en la empresa para introducir datos.

En la misma línea THIBAULT[50] afirma que,

> "(...) las elecciones sindicales, en todas sus fases, desde la promoción hasta la comunicación de resultados, pasando por la publicación de las listas de electores, la fecha de votación, la propaganda electoral o la recepción y proclamación de candidaturas podrán realizarse por vía telemática."

Sin embargo, si bien es importante que las organizaciones sindicales tengan acceso a medios telemáticos que les proporcione la empresa, debemos tener en consideración que muchas veces el uso de medios telemáticos, es fuente de conflictos.

Un ejemplo[51] de tales problemas se plantea en la Sentencia de la Audiencia Nacional de España del 6 de febrero de 2001, en la cual se analiza el uso del e-mail por el sindicato CC.OO. en el Grupo BBVA. Dicho sindicato enviaba desde un servidor externo, mensajes de información con contenido sindical a los trabajadores de la empresa. Esta práctica fue reiterada hasta que ocurrió una entrada masiva de mensajes a la red interna por lo que la empresa decidió filtrar y rechazar la entrada de aquellos. El sindicato planteó un conflicto colectivo, procediendo la citada sentencia a declarar fundada la demanda, reconociendo el derecho del sindicato y sus secciones sindicales en empresas del grupo a enviar noticias de interés sindical a los afiliados y a la generalidad de los trabajadores por el e-mail, con mesura y normalidad para que el servidor de la empresa no se sature.

Es pertinente enfatizar la importancia de la llamada realizada por la sentencia a que dichos instrumentos se normalicen, al recomendar que se ordene *"bien por convenio colectivo, acuerdo de empresa, ratione materiae o norma de la jerarquía legal que corresponda, el derecho de los sindicatos y trabajadores a la utilización de la Red de la empresa por correo electrónico para transmitir información sindical"*

En fin, es evidente que la implementación del teletrabajo demandará que el empleador otorgue facilidades informáticas a sus teletrabajadores para que éstos puedan ejercer sus derechos eficazmente, y en lo que atañe a este ensayo, para un adecuado ejercicio de sus derechos colectivos. Para tal efecto, creemos que como

---

50 Ibid. p.246

51 Ejemplo tomado de: MERCADER UGUINA, Jesús. Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?. En: Relaciones Laborales. N° 10. Año XVII. Mayo 2001. Editorial La Ley. Madrid. p.30

contrapartida al deber de conceder facilidades mínimas a su personal, éstos por su parte deberán emplear dichas herramientas con mesura, de manera razonable.

## V. A MANERA DE CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN MÍNIMA PARA VIABILIZAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS POR PARTE DE LOS TELETRABAJADORES, EN PARTICULAR LA TELENEGOCIACION COLECTIVA

Si bien la legislación en materia de derechos colectivos, al menos en Latinoamérica, se ha caracterizado por el excesivo intervencionismo estatal, creemos que con el cambio en las estructuras tradicionales de la organización de las relaciones de trabajo debido a una cada vez mayor inserción de las nuevas formas organizativas empresariales, entre ellas el teletrabajo, nos encontramos ante una inmejorable posibilidad de crear normas de consenso entre los actores sociales y el Estado con el fin de propender a un sistema democrático de relaciones laborales[52]. Justamente el Consejo Nacional de Trabajo es la institución creada para promover el diálogo social en nuestro país, aunque, lamentablemente, los Gobiernos anteriores no le han dado la debida importancia para el cumplimiento de tan importante rol.

La normativa vigente sobre teletrabajo, en particular el Decreto Supremo No. 017-2015-TR, reconoce expresamente que el trabajador tiene derecho a la libertad sindical, de acuerdo al régimen que resulte aplicable. Añade que en ningún caso, la aplicación o el cambio de modalidad de prestación de servicios de un trabajador o servidor civil a la modalidad de teletrabajo podrá afectar el ejercicio de sus derechos colectivos.

Lamentablemente, esta regulación es insuficiente pues no vemos disposiciones relacionadas por ejemplo con las facilidades mínimas que debe proporcionar el empleador a sus teletrabajadores para el adecuado ejercicio de sus derechos colectivos. Quizás, para no pecar de pesimistas, podríamos pensar que el legislador, dentro del marco de fomento de la autonomía colectiva, ha preferido dejar su regulación a los sujetos colectivos.

Creemos que, atendiendo a las dificultades en que podría verse inmerso el tratamiento de este tema en el ámbito de una negociación colectiva, el cual probablemente desemboque en la presencia de un tercero ajeno a las partes que

---

52 En el terreno laboral, un sistema democrático de relaciones laborales tiene como implicancia a la presencia decisiva de la autonomía colectiva, a través de la cual los representantes de la clase trabajadora y la patronal regulan sus intereses contrapuestos. En este modelo, el Estado, en consonancia con el mandato constitucional adquiere un rol de garante de la libertad sindical y de fomento de la negociación colectiva. Para una mayor explicación del tema véase: VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. Los derechos colectivos en un sistema democrático de relaciones laborales: desarrollo de la alternativa propuesta en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. En: Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. N°3.Año 2003, p. 224.

dirima el diferendo, se debieron regular dichas facilidades mediante normas de derecho necesario relativo[53], es decir, fijar ciertas herramientas mínimas que el empleador debiera proporcionar a sus teletrabajadores, así como ciertas reglas en el uso de dichas facilidades, a efectos de evitar abusos por parte de alguna de las partes involucradas, pudiendo la autonomía colectiva, fomentada por el Estado, regular de manera suplementaria[54] elevando los pisos fijados por la normativa[55].

Dudamos, en base a nuestra experiencia, que se implementen dichas facilidades de manera voluntaria si no existe una norma imperativa que así lo disponga. Creemos que aún hay tiempo para repensar la regulación existente, a partir de una Ley General de Trabajo que reserve un capítulo al teletrabajo.

---

53 Son normas de derecho necesario relativo aquellas que fijan pisos a la autonomía privada, debajo de los cuales se encuentra vedada su actuación.

54 Toda vez que una norma se configura como mínima y otra la mejora, tenemos entre ellas una relación de suplementariedad. Para una mayor explicación sobre el tema véase NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú, Colección Textos Universitarios 2000, p. 142 y ss.

55 Una muestra de una regulación como la que proponemos es lo que en Italia se conoce como el "Garantismo Colectivo" lo cual consiste en que se fijan normas que establecen derechos mínimos y son los sujetos colectivos los que mejoran las normas adaptándolas a sus condiciones particulares, debiendo el Estado cumplir un rol de garantizar el diálogo acercando a las partes y hacer cumplir los acuerdos que tomen los sujetos colectivos.

# La negociación colectiva: un catalizador para la igualdad de género

## Desafíos y propuestas para aprovechar el potencial transformador de la negociación colectiva en materia de igualdad de género

**Gabriela Salas Zuñiga**

ONU Mujeres. Contacto: gsalasz@pucp.pe

***SUMARIO***

*I. Introducción. II. Situación de la mujer en el ámbito laboral y sindical en el Perú. III. La negociación colectiva y su potencialidad transformadora en materia de igualdad de género. IV. Propuesta para aprovechar la potencialidad transformadora en materia de género de la negociación colectiva. IV.1 Sobre el establecimiento por vía legislativa de un sistema de cuotas de género de conformidad con el principio de ejercicio democrático de la libertad sindical. IV.2 Sobre la incorporación del mainstreaming de género al interior de las organizaciones sindicales para la creación de una agenda género— sensitiva. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, múltiples factores —entre los que se destacan, los mayores índices de educación en las mujeres, así como, la creciente preocupación civil y estatal respecto a las desigualdades de género— han incidido en la redefinición de los espacios públicos, como lo son, el ámbito laboral y sindical.

Sin embargo, lo cierto es que, aún ahora, la gran mayoría de mujeres trabajadoras únicamente acceden a puestos de trabajos precarios, o son víctima de fenómenos como la segregación vertical y horizontal. De igual manera, si bien las mujeres se han ido incorporando, de manera lenta pero constante, al movimiento sindical peruano, su participación únicamente queda adscrita a la afiliación, siendo que, solo un grupo muy reducido de sindicalizadas llega a alcanzar puestos de dirección y/o estratégicos dentro de las referidas organizaciones.

Teniendo en cuenta la situación de desigualdad estructural descrita, así como a las barreras —casi normalizadas— a las que se deben enfrentar diariamente las mujeres en el trabajo y al interior de las organizaciones sindicales, resulta oportuno analizar la potencialidad transformadora de la negociación colectiva en materia de igualdad de género y protección de los derechos de las trabajadoras.

Desde una perspectiva teórica, la negociación colectiva se erige como un mecanismo idóneo para replantear las condiciones de trabajo que impidan la inserción efectiva de las mujeres al ámbito laboral y/o vulneran sus derechos. Sin embargo, muchas veces en lugar de ello, los convenios colectivos terminan incorporando cláusulas que perpetúan estereotipos y roles de género. En ese sentido, a efectos de aprovechar la referida potencialidad transformadora de la negociación colectiva resulta necesaria la implementación concurrente de medidas destinadas al fomento de la participación de las mujeres en las organizaciones sindicales, así como la incorporación de una perspectiva de género en el ámbito sindical.

Con el objeto de desarrollar de manera ordenada la problemática expuesta, el presente trabajo dará una visión general sobre la situación actual de la mujer en el ámbito laboral y sindical en el Perú. Luego de ello, se analizará la potencialidad transformadora de la negociación colectiva en materia de igualdad de género e identificará los obstáculos que limitan su accionar, los cuales, en el caso peruano son: (i) la falta de participación de las mujeres en las comisiones negociadoras y en los puestos de dirigencia de los sindicatos; y (ii) la falta de perspectiva de género al interior de las organizaciones sindicales. Seguidamente, se presentará dos propuestas para superar los obstáculos detectados y aprovechar la oportunidad que representa la negociación colectiva para la defensa y promoción de los derechos de las trabajadoras. Específicamente, se señalará como propuestas: (i) el establecimiento por la vía legislativa de un sistema de cuotas de género de conformidad con el principio de ejercicio democrático de la libertad sindical; y (ii) la implementación del mainstreaming de género en los sindicatos.

## II. SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL ÁMBITO LABORAL Y SINDICAL EN EL PERÚ

De acuerdo al Boletín "Estimaciones y Proyecciones de Población, 1950 – 2050", elaborado por el INEI, en el 2015, la población total en el Perú ascendía a 31'151,643 habitantes, de los cuales, 15,605,814 eran hombres y 15,545,829, mujeres— equivalente al 50.10% y 49.90% de la población total, respectivamente[1]. De los referidos datos estadísticos se aprecia que la diferencia entre la población masculina y femenina es del 0.20% de la población total[2]. Vale decir, la población total en el Perú está conformada, prácticamente, por tantos hombres como mujeres.

Asimismo, según el boletín "Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población Económicamente Activa, Urbana y Rural por Sexo y Grupos de Edad, según Departamento", en el 2015 la Población en edad para Trabajar (PET) estaba compuesta por 23'034,245 de personas, de los cuales 11'467,974 eran hombres y 11'566,271 eran mujeres[3]. Es importante advertir que si bien existe un menor porcentaje de población femenina en el Perú, la población femenina en edad para trabajar es ligeramente mayor a la masculina[4].

A pesar de ello, únicamente 7'543,161 mujeres pertenecen a la Población Económicamente Activa (PEA)[5]. A mayor abundamiento, dentro de la PET femenina la tasa de actividad en el 2015 fue del 65,2%, mientras que dentro de la PET masculina la tasa de actividad en el mismo año fue del 83%[6]. Así, pues, aun cuando las mujeres han incrementado su presencia en el plano laboral, la tasa de actividad masculina es considerablemente mayor que la femenina.

De lo expuesto, se concluye que la tasa de inactividad[7] es predominantemente femenina; siendo el motivo principal de ello, los quehaceres del hogar. A nivel nacional el 58.73% de mujeres inactivas la declaró como causa principal, mientras que en el caso de los hombres, sólo el 14.27%, declaró que su inactividad se debe a la realización de actividades domésticas[8]. Estas diferencias obedecen a la persistencia en el imaginario colectivo de determinados roles género, en virtud de los

---

1 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. "Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población, 1950 – 2050". Boletín de Análisis Demográfico N° 36.

2 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Ídem.

3 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. "Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población Económicamente Activa, Urbana y Rural por Sexo y Grupos de Edad, según Departamento, 2000 – 2015". Boletín Especial Demográfico N° 20. p. 22.

4 Ídem. p. 20.

5 Ídem. p.30.

6 Ídem. p. 38.

7 La población económicamente inactiva comprende a las personas que no trabajan, no buscan trabajo ni desean trabajar.

8 INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. Características y Condición de Actividad de la Población en Edad de Trabajar. p. 40. Consulta: 15 de julio de 2016 http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1105/cap01.pdf

cuales a los hombres se le asigna un rol provisor y a la mujeres un rol de cuidado, estrechamente vinculado a las tareas domésticas.

Precisamente, debido a la marcada división sexual del trabajo —evidenciada por los indicadores estadísticos mencionados en el párrafo anterior— las mujeres que sí pertenecen a la PEA sufren una peligrosa sobrecarga de labores. En efecto, las mujeres peruanas laboran, en promedio, 75 horas 54 minutos a la semana entre actividades remuneradas y labores domésticas; cifra mayor en 9 horas 15 minutos a la jornada semanal masculina. De lo expuesto se desprende, que aun cuando las mujeres realizan actividades remuneradas —sea en el sector formal o informal— al interior del hogar, las responsabilidades domésticas y de cuidado no son compartidas de manera equilibrada entre los miembros que componen el núcleo familiar, sino que son asumidas exclusivamente por las mujeres.

Por otro lado, del total de la PEA femenina asalariada, solo una séptima parte pertenece al sector laboral formal y, por consiguiente, se encuentra protegida por el marco legal laboral[9]. No obstante, aún dentro del ámbito laboral formal se presentan dos fenómenos que afectan el desarrollo profesional de las mujeres, estos son: la segregación horizontal y vertical.

El término ***segregación horizontal*** en el trabajo hace referencia a las dificultades a las que tienen que hacer frente los y las trabajadoras a efectos de acceder a determinadas profesiones u ocupaciones fuertemente masculinizadas o feminizadas. Así, en virtud del referido fenómeno las mujeres son confinadas a ocupaciones en sectores considerados tradicionalmente feminizados, dificultándoseles la asunción de cargos considerados *"masculinos"* o que —supuestamente— no son compatibles con las *"características intrínsecas"* de las trabajadoras mujeres. En esa línea Guzmán señala que la segregación horizontal genera una situación de exclusión social en perjuicio de las mujeres, por cuanto en virtud de ésta se les confina en ocupaciones con menor estatus y condiciones de trabajo desfavorables[10].

Por otro lado, se denomina segregación vertical en el trabajo a las dificultades que tienen los trabajadores para poder desarrollarse y escalar posiciones profesionales dentro de una estructura empresarial o jerárquica. En el Perú, los cargos de dirección son ocupados en su mayoría, por hombres, a pesar de que las trabajadoras mujeres cuenten con una mayor o igual preparación académica. Por ejemplo, a nivel nacional, son más las mujeres que trabajan a tiempo parcial a domicilio y/o en formas laborales de mayor flexibilidad, dígase contrato a plazo determinado[11].

---

[9] MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. "Anuario Estadístico 2015". Lima. 2015. p. 130.

[10] GUZMÁN GALLANGOS, Flerída. "Segregación ocupacional por género: Cambios y persistencia", Universidad Autónoma de México, UNAM. México. 2002. Ciudad de México: Demos. p. 27.

[11] BASTIDAS ALIAGA, María. "Economía del Cuidado Empleo Femenino y Sindicalismo en el Perú". 1era Ed. Lima: Asociación de Desarrollo Comunal. 2015. p. 80 – 88.

De lo expuesto se colige que en el ámbito laboral las mujeres aún se encuentran sujetas a limitaciones sistémicas determinadas por la categoría sexo-género. De ahí que, resulte necesario implementar de manera integral medidas —sean estas de naturaleza jurídica, política y/o judicial— que permitan su incorporación al ámbito laboral en un estado de igualdad con relación al trabajador varón.

Dada las diversas dificultades que las mujeres trabajadoras afrontan diariamente en el ámbito laboral, pareciera lógico que éstas participen activamente dentro del movimiento sindical, por cuanto las organizaciones sindicales fungen, dentro del sistema de las relaciones laborales, no solo de contrapeso frente al poder del empleador, sino de colectivos de defensa y representación de los intereses de los trabajadores. Sin embargo, lejos de que ello suceda, a nivel nacional se advierte no solo la participación minoritaria de las mujeres en las organizaciones sindicales, sino también la infrarrepresentación de éstas dentro de sus órganos de dirección y comisiones negociadoras.

A falta de estadísticas actualizadas, en el 2013, la tasa de afiliación sindical en el sector privado alcanzó el 6,4%, mientras que en el sector público alcanzó el 16,1%. Al analizar la composición de la población sindical en el sector privado, se observa que las mujeres sindicalizadas únicamente representan el 8%, siendo la abrumadora mayoría de sindicalizados, hombres[12].

En la misma línea, al revisar las nóminas de los consejos nacionales de las principales organizaciones sindicales en el Perú, se observa que las mujeres ocupan una ínfima fracción de los mencionados puestos de dirección. Por ejemplo, el consejo nacional de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP) se encuentra compuesto de 45 cargos de dirección, de las cuales únicamente 8 son ocupados por una mujer. Vale decir, solo una quinta parte de los puestos en la dirigencia se encuentran ocupados por mujeres. Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que actualmente la CGTP se encuentra presidida por una mujer, situación que —en líneas generales— resulta una excepción a la regla.

Por otro lado, el consejo nacional de la Central Autónoma de Trabajadores del Perú (CATP) está conformado por 27 cargos de dirección —entre titulares y suplentes— de los cuales únicamente 9 son ocupados por mujeres. A mayor abundamiento, en el caso de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), solo 10 mujeres se encuentran en la dirigencia. Asimismo, en la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FNTMMS), de 47 secretarías que componen el consejo nacional, solo una está ocupada por una mujer.

Resulta importante mencionar el caso particular del Sindicato de Trabajadoras del Hogar del Perú (SINTRAHOGARP), donde la totalidad de la junta directiva se encuentra conformada por mujeres. Sin embargo, ello, lejos de obedecer a un caso de ejercicio igualitario del derecho a la libertad sindical, obedece al hecho de que

[12] Ibídem. p. 136.

las labores relacionadas al trabajo doméstico se encuentran fuertemente feminizadas, razón por la cual casi la totalidad de los trabajadores del hogar son mujeres.

Respecto a los niveles de participación de las mujeres en los procesos de negociación colectiva, Bastidas señala que la presencia de las mujeres es prácticamente nula[13]. De ahí que, aun cuando en las organizaciones sindicales se reconozca formalmente la igualdad de género, los convenios colectivos adoptados reproduzcan roles y estereotipos de género en materia de cuidados y licencias.

La baja participación y representación de las mujeres en las organizaciones sindicales y en los procesos de negociación colectiva obedece, entre otros factores, a la sobrecarga de las responsabilidades familiares, así como a la propia percepción que tienen las organizaciones sindicales respecto a su naturaleza, función y estructura. En efecto, la especial y tradicional[14] resonancia de la categoría "clase" dentro de la agenda y estructura sindical, ciertamente banaliza los intereses de otros grupos y minorías que buscan incorporarse al movimiento sindical. Específicamente respecto a la situación de las mujeres en el ámbito sindical, la estructura sindical fordista, caracterizada por estar orientada a la articulación de los varones en la solidaridad sindical, no resulta terreno fértil para la incorporación de la presencia y agenda femenina[15].

Sobre el particular, resulta interesante analizar los datos estadísticos de un estudio conducido por el Departamento de Igualdad de Oportunidades de UNI Global Union, en donde el 37% de las organizaciones participantes en la encuesta en mención señalaron que uno de los principales obstáculos para lograr una participación femenina activa dentro de los sindicatos es la errada percepción que tienen muchos afiliados sobre los temas de género[16]. Es más, las referidas organizaciones sindicales identificaron que muchos afiliados catalogan los temas de género como preocupaciones *"accesorias"* o *"secundarias"* en comparación con el objeto —supuestamente— primordial de las organizaciones sindicales, referido a la defensa de los intereses de la clase asalariada. Asimismo, refirieron que existe una creencia extendida dentro de la plataforma sindical de que los temas de gé-

---

13 Ibídem. p. 137.

14 Debido a sus orígenes históricos, los sindicatos han sido definidos en términos antagónicos, con base a su objeto de representación y ulterior función. De ahí que, autores como VIDA SORIA; MONEREO PEREZ; MOLINA NAVARRETE y MORENO VIDA, señalen en la obra Manual de Derecho Sindical que el término "sindicato" hace referencia a "la asociación permanente para la representación de los intereses socioeconómicos de los trabajadores asalariados, en una posición dialéctica de contraponer respecto de los empleadores o de cualquier otro sujeto público o privado". De la definición propuesta, se advierte que la función por antonomasia de los sindicatos es la representación del interés colectivo de la clase asalariada.

15 MEJIA, CARLOS. "Autoreforma Sindical y género". En Instituto Sindical para América Central y el Caribe. Consulta: 25 de julio de 2015. http://www.isacc-instituto.org/es/boletines/articulos/239/

16 UNI GLOBAL UNION. "La equidad en la cultura sindical – Cuadernillo de buenas prácticas en equidad de género en las organizaciones sindicales". 2011. Nyon: UNG p. 24.

nero califican como *"problemas de mujeres"* por lo que no se le da prioridad en la política de la organización.

En ese sentido, resulta imperativo repensar la estructura sindical a efectos de transformar un espacio netamente masculino en uno accesible para las trabajadoras que deseen pertenecer al referido colectivo y construir una agenda de género al interior de las organizaciones sindicales.

Precisamente en esa línea, diversas organizaciones sindicales han buscado implementar medidas dirigidas a asegurar una mayor participación femenina dentro de los sindicatos, entre las que se destaca: (i) La capacitación de las mujeres trabajadoras en materia de derechos laborales, (ii) La implementación de sesiones de empoderamiento; (iii) La creación de redes y colectivos específicos de mujeres dentro de las organizaciones sindicales, y (iv) el establecimiento de cuotas de género para puestos estratégicos, sean en la dirigencia o en las comisiones negociadoras.

A nivel, nacional se puede resaltar como un avance en materia de igualdad dentro de las plataformas sindicales, la elaboración del III Plan de Acción Intersindical para la igualdad entre hombres y mujeres 2013 – 2017, el cual ha sido aprobado conjuntamente por la CGTP, CUT y CATP.

## III. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU POTENCIALIDAD TRANSFORMADORA EN MATERIA DE IGUALDAD DE GÉNERO

Palomeque define la negociación colectiva como *"el conjunto de relaciones y procesos de acercamiento y dialogo en cuyo seno, la autonomía colectiva de los grupos antagonistas sociales —organizaciones de trabajadores y empresarios— produce el convenio colectivo"*[17]. Debido a su importancia e incidencia en el establecimiento de las condiciones de trabajo y defensa de los derechos de los trabajadores, Palomeque califica a la negociación colectiva como el *"medio principal de acción"*[18] de las organizaciones sindicales. Por su parte, Erro y Sanz de Pablo, resaltan la importancia y naturaleza democrática de los convenios colectivos al ser la única fuente del derecho producto del consenso entre empleador y trabajador[19].

Desde un enfoque sociológico, Beatrice y Sidney Webb, sostienen que la negociación colectiva es el método más utilizado por los sindicatos para mejorar las condiciones laborales y derechos de sus afiliados[20]. Así, los mencionados autores

---

17 PALOMEQUE, MANUEL CARLOS. "Derecho Sindical Español", Ed. Tecnos. Madrid. 1986. p. 229 – 230.

18 Ibídem.

19 ERRO, M. y SANZ DE PABLO, P. La Igualdad de Género en los Convenios Colectivos. Vitoria: Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Castilla de la Mancha: Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres. 2009. p. 105.

20 WEBB, B. y WEBB, S. La Democracia industrial. Madrid: Biblioteca Nueva. Fundación Francisco Largo Caballero. 2004.

destacan la eficacia de la negociación colectiva como mecanismo transformador de las relaciones laborales y creador de bienestar.

Teniendo en cuenta lo expuesto, al analizar la negociación colectiva desde una perspectiva de género, resulta posible advertir una oportunidad como mecanismo transformador de la actual situación de desigualdad de la que son objeto millones de mujeres en el Perú en el ámbito laboral y sindical. Vale decir, la negociación colectiva, se erige como un instrumento poderoso para la promoción de la equidad de género en el mundo del trabajo[21], toda vez que, a través de éste, puede implementarse medidas supletorias o complementarias a la ley en materia de igualdad de género, estableciendo en muchos casos mayores niveles de protección que las normas heterónomas.

Sin embargo, en muchos casos la potencialidad transformadora de la negociación colectiva se ve limitada debido a la masiva incorporación de cláusulas "género-sensitivas" de naturaleza declarativa, en virtud de las cuales solo reconocen los derechos ya dispuestos en la legislación nacional en materia de promoción de los derechos de las mujeres e igualdad de género. Así, en realidad son pocos los convenios que, en efecto, amplían los derechos consagrados en ley o establecen acciones positivas para la superación de la desigualdad al interior de los centros de labores y de las organizaciones sindicales.

Asimismo, un aspecto que también resta eficacia a la potencialidad transformadora de los convenios colectivos, es el hecho de que —casi— la totalidad de las clausulas calificadas de "género-sensitivas" establecidas en los convenios colectivos únicamente tratan temas referidos a la licencia de maternidad, bajo la premisa de que la única situación que impide el acceso efectivo de las mujeres al ámbito laboral es la maternidad, cuando en realidad, el problema de desigualdad que viven millones de mujeres es mucho más complejo y se ve entrecruzado por diversas variables como el origen étnico, la lengua, el nivel de educación, etc.

De acuerdo a Abramo y Rangel, en los países que conforman el MERCOSUR, más de 80% de las cláusulas calificadas de género sensitivas versan sobre los derechos de las trabajadoras en tanto madres[22], siendo que temas referidos al acceso al empleo en igualdad de condiciones, a la igualdad de remuneraciones por trabajo de igual valor, a la salud ocupacional, a las políticas de corresponsabilidad familiar, entre otros aspectos, apenas son tratados.

Bajo esa misma lógica, conviene tener en cuenta la dificultad detectada por Torres, Matus, Calderón y Narváez en el caso español, donde observaron que en los procesos de negociación colectiva se tiende a feminizar el problema de

---

21 ULSHOEFER, PETRA. "Igualdad de oportunidades para las mujeres en los años 90: Desafíos para la legislación del trabajo, la seguridad social y las relaciones laborales". OIT, Santiago de Chile. 1994.

22 ABRAMO, Laís y Marta RANGEL. "Negociación colectiva y equidad de género en el contexto del MERCOSUR" En. *NAFTA y MERCOSUR. Procesos de apertura económica y trabajo*. Colección Grupos de Trabajo de CLACSO. Buenos Aires: 2003 p. 223.

la conciliación de la vida familiar y laboral. Vale decir, se tiende a considerar que este es solo un asunto de las mujeres y que, bajo ninguna circunstancia afecta a los hombres, salvo de manera muy tangencial[23]. El peligro de introducir cláusulas de este tipo radica en la subyacente perpetuación de estereotipos y roles de género.

Aunado a ello, conviene tener en cuenta que el debilitamiento de la estructura sindical peruana a partir de las reformas implementadas en la década de los noventa, junto con el nivel reducido de cobertura de las negociaciones colectivas, el predominio de la negociación colectiva descentralizada, así como el carácter restrictivo de la legislación peruana en lo que respecta al número necesario para la conformación y subsistencia de sindicatos, minimizan también la potencialidad transformadora de la negociación colectiva en materia de género.

Con base a lo expuesto, más allá de las clausulas declarativas resulta necesario establecer cláusulas que introduzcan cambios en pos de la superación de las barreras estructurales a las que se tienen que enfrentar las mujeres en el plano laboral y no solo facilidades o medidas de "ayuda" que únicamente terminan reproduciendo estereotipos de género. La transversalidad de género en la negociación sindical importa la implementación de medidas promocionales de los derechos de las trabajadoras, acciones positivas y el establecimiento de cuotas de género en los sectores donde se evidencie la sub-representación de las mujeres.

Lamentablemente en el Perú, la incorporación de las reivindicaciones de género en la negociación colectiva es un proceso aún muy incipiente, debido a la —casi— nula participación de las mujeres en los proceso de negociación colectiva y, en general, en el plano sindical, así como a la falta de una perspectiva de género al interior de los sindicatos, conforme se ha detallado en el acápite referido a la situación de las mujeres en el plano laboral y sindical.

## IV. PROPUESTA PARA APROVECHAR LA POTENCIALIDAD TRANSFORMADORA EN MATERIA DE GÉNERO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A continuación, se discutirá la implementación de dos medidas concretas necesarias para superar las barreras identificadas para la incorporación de la perspectiva de género en los procesos de negociación colectiva, y así aprovechar todo su potencial transformador en materia de equidad de género y promoción de los derechos de las trabajadoras.

---

[23] TORRES LÓPEZ, Juan; MATUS LÓPEZ Mauricio; CALDERÓN VÁZQUEZ, GÓMEZ NARVÁEZ, Ana. "Sesgo de género en la negociación colectiva de medidas de conciliación". http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/Revista/numeros/71/est09.pdf p. 200.

### IV.1. Sobre el establecimiento por vía legislativa de un sistema de cuotas de género de conformidad con el principio de ejercicio democrático de la libertad sindical

Actualmente, existe un intrincado debate en relación a la idoneidad y eficacia de las cuotas de género para contrarrestar y/o modificar la actual situación de desigualdad que viven millones de mujeres en el ámbito público. Aunado a ello, al tratar el tema de cuotas de género al interior de las organizaciones sindicales, el debate se torna más complejo al generarse dos supuesto de análisis. Uno referido a la adopción estatutaria de un sistema de cuotas de género —en donde la implementación de la referida acción afirmativa sería producto de la autonomía colectiva y por consiguiente, se trataría de una decisión válida y legítima dentro del seno de la propia organización sindical – y otro referido a la implementación por vía legislativa de las referidas cuotas de género – la cual, algunos sostienen, podría significar la configuración de una vulneración al derecho a la libertad sindical, específicamente de representación y reglamentación.

En esa línea, en el presente acápite se analizará brevemente la posibilidad de establecer por vía legislativa un sistema de cuotas de género en el ámbito sindical a efectos de superar la sub-representación sindical femenina y así construir el contexto necesario para aprovechar la potencialidad transformadora de la negociación colectiva en materia de género.

No puede iniciarse un análisis respecto a las cuotas de género sin hacer referencia al derecho a la igualdad y no discriminación, el cual no solo ha sido objeto de diversos tratados internacionales[24], sino que es uno de los principios rectores del ordenamiento jurídico peruano. Precisamente, en virtud de ello, el Estado peruano se encuentra sujeto a un mandato expreso para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad formal y material de sus ciudadanos.

Al respecto, Carmona Cuenca señala que la igualdad formal constituye un postulado fundamental del Estado liberal de Derecho el cual importa la garantía de la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del Derecho. Por otro lado, la igualdad material es producto de la reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho que, tiende a buscar y garantizar la equiparación

[24] A nivel internacional, el referido derecho ha sido recogido por el artículo 2° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De manera complementaria, los incisos 1) y 2) del artículo 21° de la mencionada Declaración establecen el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad, a las funciones públicas y/o a cargos políticos. De manera análoga, en el sistema americano de protección de los Derechos Humanos, el artículo 7° de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer establece el deber de los Estados de garantizar el acceso en igualdad de las mujeres, no solo a cargos políticos o de la función estatal sino también a diversos puestos en las organizaciones civiles.

real y efectiva de los derechos de las personas independientemente de su situación social, económica, o de cualquier otra índole[25].

Dado que las mujeres se encuentran en una situación de disparidad en diversos ámbitos de la vida pública —entre los que se destaca el plano laboral y sindical— el artículo 4° del Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer ha establecido que es obligación de los Estados implementar medidas temporales dirigidas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer. Al respecto, conviene tener en consideración la Recomendación Nº 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4° de la mencionada Convención, referente a medidas especiales de carácter temporal, en donde se incluyó dentro de la nómina de posibles mecanismos temporales dirigidos a favorecer la participación de las mujeres en la vida pública, el sistema de cuotas de género.

Las cuotas de género, entendidas como una clase de acción afirmativa[26], nacen en la tradición jurídica anglosajona, específicamente en la orden ejecutiva del 16 de marzo de 1961 del Presidente estadounidense JF. Kennedy, en donde se insta a las empresas que contratan con el Estado estadounidense a emplear personal perteneciente a minorías, bajo sanción de resolver los contratos celebrados con el gobierno federal. Con posterioridad a ello, se implementaron diversas medidas federales para fomentar la implementación de planes tendentes a la igualdad en el plano laboral y educativo[27]. A mayor abundamiento, es importante señalar que existe un amplio desarrollo jurisprudencial sobre la materia, en donde el la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha ratificado la naturaleza puntual y excepcional de las referidas medidas[28].

Autores como Veloso y Ruiz, indican que el sistema de cuotas es un mecanismo por el cual se pretende alcanzar la igualdad material de diferentes grupos sociales en el acceso a cargos de decisión o elección popular debido al desequilibrio existente que impide una igualdad de oportunidades efectiva entre grupos e individuos[29]. Conforme se desprende de la definición referida, las cuotas de género tienen por objeto corregir la situación de desigualdad material de las mujeres en ciertos ám-

---

25 CARMONA CUENCA, Encarnación. "El Principio de Igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. S4. Abril-Junio 1994. p. 265.

26 Si bien es cierto a nivel legislativo no existe una definición del término acción afirmativa, la Comisión Norteamericana de Derechos Civiles ha señalado que el mencionado termino hace alusión a cualquier medida más allá de la terminación de una práctica discriminatoria

27 Véase orden ejecutiva 11246 de 1965 promulgada por el presidente Lyndon B. Jhonson; también plan "Goals and timetables" para la recolección de financiamiento de universidades durante la administración de Richard Nixon.

28 Sobre el particular puede revisarse los casos Regents of the University of California v. Bakke (1978); Wygan v. Jackson Board of Education (1986); Jhonson v. Transportation Agency (1987); Adarand Constructors, Inc. v. Peña (1995); Grutter v. Bollinger (2003)

29 VELOSO Y RUIZ. "Cuotas de género democracia y representación". International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) Santiago de Chile: FLACSO. 2006. p.32

bitos fuertemente masculinizados de la sociedad, siendo, pues, su fundamento el reconocimiento de la desigualdad histórica de poder y de goce de derechos entre mujeres y hombres.

Debe advertirse que quienes propugnan la implementación de un sistema de cuotas de género consideran que el carácter sistémico de la discriminación contra las mujeres hace que sea imposible su eliminación sin medidas compensatorias o de naturaleza excepcional, por cuanto la histórica y generalizada distribución desigual de beneficios y poder requiere una asignación desigual de determinados instrumentos[30].

No obstante, ciertos autores señalan que la implementación de cuotas de género en los espacios públicos en los que se advierte la sub-representación de la mujer, no solo resulta una medida inadecuada para corregir la referida situación de desigualdad, sino que conlleva consecuencias negativas para su efectiva participación. Rodríguez Peñaloza y Arriaga Álvarez señalan que las cuotas de género no sólo no solucionan el problema de sub-representación, sino que generan un fenómeno de simulación[31]. Bajo la misma lógica, Franceschet, manifiesta que las cuotas de género únicamente responden a una concepción de democracia formal y representación descriptiva[32], por cuanto las referidas medidas no aseguran, en última instancia, que los organismos sindicales adopten medidas acordes con los intereses de las mujeres.

Ahora bien, conforme se señalara al inicio del presente acápite, algunos autores sostienen que el establecimiento por vía legislativa de una cuota de género al interior de las organizaciones sindicales importa una vulneración grave del derecho a la libertad sindical, en su vertiente referida a la representación y reglamentación.

Respecto al derecho a la libertad sindical de representación, Villavicencio, sostiene que este consiste en el derecho de las organizaciones de trabajadores a elegir libremente sus representantes, debiendo abstenerse las autoridades públicas de toda intervención que tienda a limitar o entorpecer su ejercicio[33]. En la misma línea, Dávalos señala que la libertad sindical de representación importa la capacidad

---

30 SOTO, CLYDE, "Acciones positivas, formas de enfrentar la asimetría social", en Bareiro, Line y Torres, Isabel (edit. y coord.) Igualdad para una democracia incluyente, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2009, pp. 69-84.

31 RODRÍGUEZ PEÑALOZA Y ARRIAGA ÁLVAREZ. Cultura democrática de género: discriminación, cuotas de género y simulación. Espacios Públicos. Universidad Autónoma del Estado Mexicano. 2013. p. 58.

32 FRANCESCHET, SUSAN. ¿Promueven las cuotas de género los intereses de las mujeres? En *Mujer y Política*. El impacto de las cuotas de género en América Latina. Idea Internacional. 2008. p. 71.

33 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Stc. Recaida en el Exp. N.° 02974-2010-PA/TC citado en VILLAVICENCIO, RÍOS. ALFREDO. La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. Plades. 2010. p. 130.

de los mismos sindicatos para autogobernarse libremente sin interferencia alguna por parte del Estado o el empleador[34].

En ese sentido, tanto la normativa internacional como nacional, condena y prohíbe no solo los actos intromisión en la libre designación de dirigentes sindicales y/o representantes, sino también los que tengan por objeto regular las condiciones de elegibilidad, así como, reglamentar los procedimientos de elección interna[35]. En esa línea, adviértase que existe una fuerte relación entre la libertad sindical de reglamentación – por cuanto los estatutos y reglamentos contienen las normas relativas a la elección y duración de las directivas sindicales— y la de representación. De ahí que resulta menester tutelar comprensivamente los referidos aspectos de la libertad sindical.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe señalarse que la libertad de los sindicatos para elaborar sus propios estatutos se ve limitada por los derechos fundamentales de los trabajadores que decidan afiliarse a las organizaciones sindicales. Así, pues, no resulta irrestricto el derecho de las organizaciones sindicales a reglamentar sus procedimientos de elección. De ello se desprende que, en determinados supuestos, se encontrará justificada la promulgación de determinadas normas mínimas para la adecuada protección de los derechos fundamentales de los trabajadores y la promoción de valores constitucionales, sin que ello importe la conculcación del derecho a la libertad sindical.

En el caso particular del Perú, la Constitución recoge el principio de ejercicio democrático del derecho a la libertad sindical. En el plano de las ciencias políticas, se distingue diferentes concepciones del término democracia. En el presente trabajo se analizará las principales definiciones del referido término, las cuales son: (i) la democracia procedimental; (ii) la democracia sustantiva. Se entiende por democracia procedimental a aquel sistema de gobierno caracterizado por el establecimiento de normas, reglas o procedimientos formales de expresión y concreción de la voluntad del pueblo. Así, esta hace hincapié en las principales reglas del juego de la democracia representativa: el sufragio universal, la división y autonomía de poderes y la garantía de alternancia en el gobierno.[36] Desde una concepción sustantiva se alega que la democracia no se agota con el procedimiento de elección de autoridades. Por eso, la legitimidad de la democracia depende también del cumplimiento de ciertos valores sociales y principios constitucionales.

En el ámbito estrictamente jurídico, Villavicencio señala que el carácter democrático de la organización estatal justifica la exigencia de tal cualidad al resto de instituciones que conforman la sociedad civil, como garantía de su correcto

---

[34] DÁVALOS MORALES, J., "La democracia sindical", Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, vol. XXVI, mayo-agosto de 1993, p. 451.

[35] VILLAVICENCIO. Loc. Cit. p.130 – 131.

[36] FERNÁNDEZ BUEY. F. "Sobre Democracia Representativa" Revisado en http://www.upf.edu/materials/polietica/_img/demo2.pdf. el 18 de junio de 2015.

funcionamiento y respeto a los derecho fundamentales de sus asociados[37].De igual manera, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, manifiestan el principio de ejercicio democrático de la libertad sindical hace referencia, "al derecho de los miembros del sindicato a una efectiva participación en la marcha del sindicato, evitándose todo tipo de injerencia externa pero también la consolidación oligárquica de la posición de los grupos dirigentes"[38].

Por otro lado, Gallardo Moya manifiesta que en tanto el término democracia es propio de la esfera de los estudios políticos, cuenta con un significado inherentemente ideológico. De ahí que no pueda extrapolarse el significado esbozado en el campo de las ciencias políticas al campo jurídico[39]. En consecuencia, y a efectos de sustraer el contenido político del término democracia para la determinación del contenido del principio de ejercicio democrático de la libertad, deberá únicamente tomarse en cuenta los aspectos y garantías procedimentales del término democracia, a efectos de evitar no solo la imposición de ideologías a las organizaciones sindicales, sino también cualquier intromisión a la autonomía colectiva.

A mayor abundamiento, de acuerdo a la referida autora, lejos de que el principio de ejercicio democrático de la libertad sindical importe un contenido indefinido o difuso, el mismo se traduce en una serie de derechos de titularidad de los afiliados, los cuales tienen por objeto favorecer no solo su adecuada participación dentro de la estructura sindical, sino también su protección frente al poder que detentan las autoridades dentro de la organización. Así, el principio democrático consagrado en nuestra Constitución, exige la protección de los siguientes derechos específicos: a) la libre elección de los dirigentes sindicales; b) el reparto de competencias entre la asamblea y los órganos ejecutivos; c) la duración del mandato representativo y la libre revocación del mismo antes de finalizarse su período de duración; d) la toma de decisiones por mayoría (simple o cualificada); e) el derecho de las bases a recibir información completa sobre los asuntos sindicales y el paralelo derecho a una formación sindical y laboral[40]. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la exigencia constitucional de que la organización y el funcionamiento internos de los sindicatos sean democráticos se concreta al incorporarse estas garantías en los estatutos de las organizaciones sindicales[41].

De lo expuesto se desprende que en el plano de la libertad sindical de representación, el principio de ejercicio democrático importa el derecho de todos los afiliados a elegir y ser elegidos como representantes dentro de los órganos de representación en la medida que cumplan con los requisitos establecidos estatu-

---

37 VILLAVICENCIO. Ídem. p. 62 – 63.

38 RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER y VILLAVICENCIO RÍOS. La libertad sindical en las Constituciones latinoamericanas, Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo. p. 32.

39 Ídem. p. 101.

40 SALA FRANCO, Tomás y ALBIOL MONTESINOS, Ignacio (1994). Derecho Sindical, Tirant lo Blanch, Valencia. p. 54.

41 STC 186/1992, de 16 de noviembre de 1992.

tariamente, siempre que estos resulten compatibles con el marco Constitucional. En ese sentido, resulta posible advertir que el establecimiento de un sistema democrático —en términos procedimentales— dentro de una organización sindical impide —por lo menos en el plano teórico— el establecimiento de una oligarquía y burocracia institucionalizada, en tanto este garantizaría el derecho de los afiliados no solo a escoger libremente a sus representantes y dirigentes, sino también a acceder a los referidos cargos.

Sin embargo, cabe preguntarse si la sola exigencia constitucional de cautelar el ejercicio democrático de la libertad sindical —en su vertiente procedimental— asegura el ejercicio pleno y en el mismo grado del derecho a la libertad sindical de representación de los afiliados y afiliadas a un sindicato, máxime cuando, conforme se indicara precedentemente, la propia estructura sindical reproduce situaciones de desigualdad en detrimento de las trabajadoras afiliadas. Vale decir, ¿la garantía "general" y "neutral" de elegir libremente y poder ser elegido es suficiente como para asegurar que todos y cada uno de los afiliados y afiliadas, puedan ejercer plenamente el referido derecho? La respuesta a la pregunta planteada, ciertamente es negativa.

Considero que el principio de ejercicio democrático de la libertad sindical —contrariamente a lo que plantean algunos autores – debe ser interpretado a la luz de una concepción material. De ahí que, el referido principio no se agote en el reconocimiento del derecho del afiliado a participar, sino que también importe el establecimiento de medidas y garantías destinadas a corregir situaciones de desigualdad que restrinjan en los hechos el pleno derecho de las afiliadas a participar activamente en los cargos de representación y de dirección dentro de los organismos sindicales.

En ese sentido, las cuotas de género califican como medidas democratizadoras, en tanto favorecen la modificación paulatina de un contexto discriminatorio y por consiguiente califican como una medida necesaria para la eliminación paulatina de las causas subyacentes al problema de sub-representación y participación efectiva de las mujeres al interior de las organizaciones sindicales, la cual debería ser adoptada por el Estado peruano a efectos de garantizar los derechos fundamentales de las trabajadoras sindicalizadas y de generar las condiciones necesarias para aprovechar todo el potencial transformador de la negociación colectiva en materia de igualdad de género.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante reiterar que la sola implementación de una ley de cuotas de género en el ámbito sindical no solucionará de manera definitiva el problema de sub-representación femenina dentro de los órganos de decisión de las organizaciones sindicales, ni mucho garantizará la reivindicación de temas relacionados a la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva, por cuanto las referida medida solo atiende —en principal medida— las necesidades de representación descriptiva y simbólica del colectivo femenino, mas no necesariamente las referidas a la representación sustantiva, de acuerdo a

la clasificación de Pitkin[42]. De ahí que sea necesaria la implementación de medidas paralelas destinadas a la adopción de una agenda género-sensitiva, conforme se tratará en el siguiente punto.

### IV.2. Sobre la incorporación del mainstreaming de género al interior de las organizaciones sindicales para la creación de una agenda género— sensitiva

La efectiva incorporación de los temas de género a la negociación colectiva, importa que éstos sean tratados como de interés neurálgico para todo el colectivo sindical, y no sólo para las trabajadoras afiliadas. Así, la construcción de una de una agenda de género está estrechamente vinculada a la visibilización de las nocivas consecuencias de la discriminación de género tanto para hombres como mujeres, y del efecto emancipador —respecto de los roles de género— que conlleva la inclusión de una perspectiva igualitaria en todos los ámbitos de la vida pública.

Para poder lograr ello, resulta necesario desterrar los estereotipos de género[43], así como la resistencia de los propios representantes de los trabajadores, que son poco sensibles a estos temas[44]. Vale decir, resulta necesario fomentar un cambio de mentalidad respecto a los discursos de masculinidad y feminidad imperantes.

Una de las estrategias más extendidas y de mayor eficacia para la transformación y la redirección de la agenda sindical en materia de igualdad es el "mainstreaming de género". De acuerdo al Grupo de Expertos de la Unión Europea el mencionado término hace referencia a "la organización, mejora, desarrollo y la evaluación de los procesos políticos, de modo que la perspectiva de igualdad de género, se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en su adopción"[45]. De lo expuesto se desprende, pues, que no se trata de la aplicación esporádica de medidas puntuales sino de la aplicación de políticas conjuntas y coordinadas en materia de género a efectos de propiciar y asegurar un cambio estructural y social.

Con base a la definición esbozada por el Grupo de Expertos de la Unión Europea sobre el mainstreaming de género, a continuación se enunciarán propuestas específicas destinadas a propiciar la creación de una agenda de género al interior de las organizaciones sindicales:

---

42 PITKIN, Hanna Fenichel. "El Concepto de Representación". Universidad de California Berkley. Los Angeles. 1985. p.127.

43 Cook y Cusack definen el término "estereotipo" como una visión o idea preconcebida generalizada de atributos o características que integrantes de un grupo particular poseen o deberían llevar a la práctica.

44 MAURICIO, Roxana Enfoque de género en las instituciones laborales y las políticas del mercado de trabajo en América Latina. CEPAL: Chile. 2010.

45 CONSEJO DE EUROPA, Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de "buenas prácticas". Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS), (versión español e inglés), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, p. 26.

- Creación y/o fortalecimiento de unidades de género al interior de las organizaciones sindicales.
- Establecimiento de un sistema de cuotas de género para los cargos de representación y las comisiones negociadoras a efectos de fomentar la participación directa de las trabajadoras afiliadas.
- Capacitación en materia de igualdad de género de los actores sindicales que participen los procesos de negociación colectiva.
- Implementación de una estrategia de levantamiento de información, análisis e incidencia sobre el ejercicio de los derechos de las mujeres en el ámbito laboral y al interior de las organizaciones sindicales como mecanismo de sensibilización para la reducción de las desigualdades de género.
- Creación de una guía para la eliminación del lenguaje discriminatorio en los convenios colectivos.
- Creación y consolidación de espacios para compartir experiencias exitosas de las organizaciones sindicales en favor de la igualdad de género.
- Creación de sistemas de certificación para favorecer la transversalidad de género en las organizaciones sindicales y el cierre de brechas en el mercado de trabajo.
- Fomento del dialogo entre empresas, gobiernos y sindicatos para impulsar alianzas para la implementación de políticas laborales que contribuyan a la igualdad de género.

Las medidas propuestas son solo algunas de las buenas prácticas que vienen implementándose en diverso países de la región bajo el consenso de trabajadores, empleadores, la sociedad civil y el Estado. Precisamente, debido a la complejidad de la problemática referida a la inequidad de género en el ámbito laboral y sindical, resulta necesario crear sinergias entre los diferentes actores sociales a efectos de establecer estrategias, metas e indicadores a corto y largo plazo para superar la situación de abierta desigualdad a la que se enfrentan las trabajadoras en el Perú.

En esa línea, resulta menester no solo reconocer el potencial transformador de la negociación colectiva en materia de igualdad de género, sino también construir las bases para aprovechar las oportunidades que como institución jurídica ofrece en la lucha por la eliminación de la discriminación de género.

## V. CONCLUSIONES

En el ámbito laboral peruano, las mujeres se encuentran sujetas a limitaciones sistémicas determinadas por la categoría sexo-género, las cuales reproducen una situación de inequidad y desprotección en detrimento de éstas. En el plano sindical, la situación de las trabajadoras afiliadas también está marcada por una situación de desigualdad, la cual limita las posibilidades de acceso de las mujeres a puestos dentro de las comisiones negociadoras y de dirección en las organizaciones sindicales.

Desde una perspectiva de género, la negociación colectiva se erige como un instrumento poderoso para la promoción de la igualdad de género en el mundo del trabajo por cuanto, a través de éste, puede implementarse medidas supletorias o complementarias a la ley en materia de igualdad de género, estableciendo en muchos casos mayores niveles de protección que las normas heterónomas.

A partir de la revisión de la experiencia comparada se puede advertir que en muchos casos la potencialidad transformadora de la negociación colectiva en materia de igualdad de género se ve limitada debido a la masiva incorporación de cláusulas de naturaleza declarativa o que reproducen estereotipos de género. En el caso peruano los principales factores que impiden las reivindicaciones de género en los procesos de negociación colectiva son: (i) la falta de participación de las mujeres en las comisiones negociadoras y en los puestos de dirigencia de los sindicatos; y (ii) la falta de perspectiva de género al interior de las organizaciones sindicales.

Dos propuestas idóneas para superar los obstáculos detectados y aprovechar la oportunidad que representa la negociación colectiva para la defensa y promoción de los derechos de las trabajadoras son: (i) el establecimiento por la vía legislativa de un sistema de cuotas de género de conformidad con el principio de ejercicio democrático del derecho a la libertad sindical; y (ii) la implementación del mainstreaming de género en los sindicatos.

Las cuotas de género califican como medidas democratizadoras en los sindicatos, en tanto favorecen la modificación paulatina de un contexto discriminatorio en detrimento de las mujeres trabajadoras. Por consiguiente, califican como una medida necesaria para la eliminación paulatina de las causas subyacentes al problema de sub-representación y participación efectiva de las mujeres al interior de las organizaciones sindicales, la cual debería ser adoptada por el Estado peruano a efectos de garantizar los derechos fundamentales de las trabajadoras sindicalizadas y de generar las condiciones necesarias para aprovechar todo el potencial transformador de la negociación colectiva en materia de igualdad de género.

El "mainstreaming de género" es una estrategia de organización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos, de modo que la perspectiva de igualdad de género se incorpore en todas las políticas, a todos los niveles y en todas las etapas, por los actores normalmente involucrados en su adopción, con el fin de garantizar un cambio estructural y social en pos de la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres. En el plano sindical, esta estrategia resulta un mecanismo idóneo para erradicar los estereotipos de género y elaborar una agenda sindical género sensitiva y, en última instancia, lograr la reivindicación de las demandas de las trabajadoras en los procesos de negociación colectiva.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMO, LAÍS Y MARTA RANGEL.

2003 "Negociación colectiva y equidad de género en el contexto del MERCOSUR" En. *NAFTA y MERCOSUR. Procesos de apertura económica y trabajo*. Colección Grupos de Trabajo de CLACSO. Buenos Aires: CLACSO.

BASTIDAS ALIAGA, MARÍA.

2015 "Economía del Cuidado Empleo Femenino y Sindicalismo en el Perú". 1era Ed. Lima: Asociación de Desarrollo Comunal.

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN.

1994 "El Principio de Igualdad material en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. S4.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

2008 Sentencia C-465/08. Revisada en http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-465-08.htm

DÁVALOS MORALES, JOSÉ.

1993 "La democracia sindical". Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, vol. XXVI.

ERRO, M. y SANZ DE PABLO, P.

2009 "La Igualdad de Género en los Convenios Colectivos". Castilla de la Mancha: Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

FRANCESCHET, SUSAN.

2008 "¿Promueven las cuotas de género los intereses de las mujeres?" En *Mujer y Política*. El impacto de las cuotas de género en América Latina. Idea Internacional.

FERNÁNDEZ BUEY. F.

2015 "Sobre Democracia Representativa" Revisado en http://www.upf.edu/materials/polietica/_img/demo2.pdf

GALLARDO MOYA, ROSARIO.

1996 "Democracia sindical interna. Un análisis jurídico". Editorial Trotta, Madrid.

GUZMÁN GALLANGOS, FLERÍDA.

2002 "Segregación ocupacional por género: Cambios y persistencia" Ciudad de México: Demos.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA.

2009 Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población, 1950 – 2050". Boletín de Análisis Demográfico N° 36.

2010 Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población Económicamente Activa, Urbana y Rural por Sexo y Grupos de Edad, según Departamento, 2000 – 2015. Boletín Especial Demográfico N° 20.

2013 Características y Condición de Actividad de la Población en Edad de Trabajar. Consulta: 15 de mayo de 2015 http://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1105/cap01.pdf

LÓPEZ, MERCEDES.

1993 "Mujeres, sindicalismo y poder". En FERNÁNDEZ, Ana María (editor). *Las mujeres en la imaginación colectiva. Una historia de discriminación y resistencias*. Buenos Aires: Paidos.

MEJIA, CARLOS.

2009 "Autoreforma Sindical y género". En Instituto Sindical para América Central y el Caribe. Consulta: 15 de mayo de 2015.

http://www.isacc-instituto.org/es/boletines/articulos/239/

OFICINA DE ESTADÍSTICA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO.

2013 Anuario Estadístico 2013. Lima.

PALOMEQUE, MANUEL CARLOS.

1986 "Derecho Sindical Español", Ed. Tecnos. Madrid.

PITKIN, HANNA FENICHEL.

1985 "El Concepto de Representación". Universidad de California. Los Angeles: Berkley.

RODRÍGUEZ PEÑALOZA Y ARRIAGA ÁLVAREZ.

2013 "Cultura democrática de género: discriminación, cuotas de género y simulación". Espacios Públicos. Ciudad de México: Universidad Autónoma del Estado Mexicano.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO-FERRER y ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS.

1995 "La libertad sindical en las Constituciones latinoamericanas". Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo.

SALA FRANCO, TOMÁS Y ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO

1994 "Derecho Sindical". Valencia: Tirant lo Blanch

SOTO, Clyde.

2009 "Acciones positivas, formas de enfrentar la asimetría social", en Bareiro, Line y Torres, Isabel (edit. y coord.) Igualdad para una democracia incluyente. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

TORRES LÓPEZ, JUAN; MATUS LÓPEZ MAURICIO; CALDERÓN VÁZQUEZ, GÓMEZ NARVÁEZ, ANA.

2008 "Sesgo de género en la negociación colectiva de medidas de conciliación". http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/Revista/numeros/71/est09.pdf

ULSHOEFER, PETRA.

1994 "Igualdad de oportunidades para las mujeres en los años 90: Desafíos para la legislación del trabajo, la seguridad social y las relaciones laborales". OIT, Santiago.

UNI GLOBAL UNION.

2011 "La equidad en la cultura sindical – Cuadernillo de buenas prácticas en equidad de género en las organizaciones sindicales". Nyon: UNG.

VELOSO Y RUIZ.

2006 "Cuotas de género democracia y representación". International Institute for Democracy and Electoral Assistance (IDEA) Santiago de Chile: FLACSO.

VIDA SORIA, José; MONEREO PEREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; MORENO VIDA, María Nieves.

2004 "Manual de Derecho Sindical". Edición Comares, Granada.

VILLAVICENCIO, RÍOS. ALFREDO.

2010 "La Libertad Sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación. Lima: Plades.

WEBB, B. y WEBB, S.

2004 "La Democracia industrial". Madrid: Biblioteca Nueva. Fundación Francisco Largo Caballero.

# La negociación colectiva en el nuevo escenario del teletrabajo


## Luis Serrano Díaz

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos-UNMSM; CPC. UNAC; Maestría en Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú-PUCP. Posgrado de Gerencia en la Administración Pública-ESAN. Estudios Avanzados en Derecho Social Universidad Salamanca de España; Participante de la Escuela Complutense Latinoamericana; Inspector del Trabajo – Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral SUNAFIL. Docente Universitario CEUPS-FCC-UNMSM, Integrante de ILTRAS, AIDTSS AIJDTSS Guillermo Cabanellas, CIELO. Contacto: lserrano@sunafil.gob.pe


***SUMARIO***


*Introducción. Capítulo I: aspectos generales de la negociación colectiva. 1.1. Marco legal. 1.2. Que implica la negociación colectiva. 1.3. Niveles de negociación colectiva. 1.4. Inicio de la negociación colectiva. 1.5. Plazo de presentación del Pliego. 1.6. Requisitos para la constitución de un sindicato. Capítulo II: aspectos relevantes del teletrabajo. 2.1. Definición. 2.2. La tecnología y su impacto en el Teletrabajo. 2.3. Elementos del Teletrabajo. 2.4. Tipos de Teletrabajo. 2.5. Marco Jurídico en el ámbito nacional. 2.6. Carácter subordinado del teletrabajo. Capítulo III: el derecho colectivo y el teletrabajo. 3.1. Es posible que un teletrabajador sea parte de un sindicato. 3.2. Que beneficios puede recibir un teletrabajador que forma parte del sindicato. 3.3. El fuero sindical en el caso del teletrabajador. 3.4. Recomendaciones en materia de negociación colectiva en el teletrabajo. 3.5. Temas o materias que pueden ser incluidos en la negociación colectiva en el teletrabajo. 3.6. Problemática sobre derechos colectivos de los teletrabajadores. 3.8. Potencial impacto negativo del Teletrabajo en la Inspección del Trabajo. Reflexiones finales a manera de conclusiones. Bibliografía consultada.*

## INTRODUCCIÓN

La velocidad de los cambios que experimentamos en los tiempos actuales, el avance de la tecnología y de la información, han modificado muchas de las estructuras de las relaciones laborales tradicionales y los procesos productivos, así este avance de la tecnología en el ámbito laboral ha creado una nueva forma de contrato denominada Teletrabajo, este nuevo escenario de contratación conlleva también un cambio en la forma y el ejercicio de los derechos fundamentales en el trabajo, así en el caso del Derecho Colectivo el cual es un Derecho Fundamental si bien se mantiene, pero el ejercicio del mismo se dará en un nuevo espacio y con otros mecanismos, en el cual la regulación es todavía escaza en el mundo y en nuestro país, por lo que plantea algunas dificultades en la práctica a la hora de materializarse, sobre todo cuando se confronta la realidad con la protección normativa y el carácter tuitivo del derecho del trabajo.

La negociación colectiva es un derecho recogido al más alto nivel normativo en nuestra Constitución Política y en el Convenio Fundamental de la OIT n° 98, por tanto constituye un elemento esencial del Derecho Colectivo y un derecho fundamental de los trabajadores, por lo que en un escenario diferente al tradicional en este caso en el del Teletrabajo, contrariamente a lo que plantean algunos autores quienes sugieren su desaparición, consideramos que sí es posible ejercerlo y materializarlo, mediante el uso de la tecnologías de información y comunicación (TIC).

Veamos a continuación en el presente artículo algunos aspectos relevantes de la negociación colectiva en el nuevo escenario del Teletrabajo.

## CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

### 1.1. Marco legal

En el ámbito nacional la Negociación Colectiva es un derecho reconocido por el Estado conforme al Artículo 28º de la Constitución Política de 1993[1], encontrándose regulada por el Texto Único Ordenado de la Ley de relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante LRCT), aprobado mediante Decreto Supremo Nº 010-2003-TR., así como el Decreto Supremo Nº 011-92-TR, modificado por el Decreto Supremo Nº 009-93-TR, en calidad de disposición reglamentaria

A nivel internacional principalmente por el Convenio N° 98, Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949. Convenio OIT Nº 154, Convenio sobre el fomento de la negociación colectiva[2].

---

[1] Artículo 28°.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: 1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación (...).

[2] Convenio aun no ratificado en el Perú.

### 1.2 Que implica la negociación colectiva

La negociación colectiva es el proceso de diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empleador, con el objeto de llegar a un acuerdo destinado a regular las relaciones laborales entre unos y otros, tales como remuneraciones y condiciones de trabajo, teniendo fuerza vinculante entre las partes que la adoptaron, en el sentido de obligar a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable.

Son sujetos negociadores, por una parte, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o de no haberlas, los representantes debidamente elegidos y autorizados por éstos; y de otra un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores.

**Palomeque,** indica que la negociación colectiva es: "(...)una institución esencial para ordenar las relaciones entre trabajadores y empresarios, y, con tal consideración, se prima, por una parte, la regulación autónoma de las relaciones laborales, dejando a un lado toda intervención continua, omnipresente, del Estado en la regulación de las condiciones de trabajo, y, por otra, es el resultado de la presencia de un libre pluralismo sindical. Será así, en razón a que las partes logren una negociación equilibrada, como se autorregulen las relaciones de trabajo, acercando los iniciales intereses contrapuestos (...)"[3]

**Rendón,** señala "que la negociación colectiva es un procedimiento laboral por el cual los trabajadores pueden plantear aumentos de remuneraciones, la fijación de remuneraciones mínimas, la modificación de las condiciones de trabajo y la creación la creación de cualquier otro derecho de carácter social. Para llegar a una convención colectiva (...)"[4]

**Villavicencio**, señala que el derecho fundamental a la libertad sindical se compone de la sindicación, entendida como el aspecto organizativo, material o estático de la libertad sindical y el elemento causal o dinámico, que se traduce en la actuación del sujeto colectivo dirigida a obtener la promoción y tutela de los intereses económicos del trabajador, por lo que podemos aquí encuadrar a la negociación colectiva y a la huelga como esas manifestaciones dinámicas"[5]

### 1.3. Niveles de negociación colectiva

Se dan por el ámbito de aplicación de la convención colectiva:

- Nivel de empresa
- Nivel de rama de actividad
- Nivel de gremio

---

[3] PALOMEQUE, Manuel C. Derecho Sindical Español. Madrid: Tecnos, 1986.

[4] RENDON VASQUEZ, Jorge Derecho del Trabajo Colectivo, Lima Grijley 2014.

[5] VILLAVICENIO RÍOS, Alfredo. La Libertad Sindical en el Perú. Organización Internacional del Trabajo. 1999.

### 1.4 Inicio de la negociación colectiva

La negociación colectiva se inicia con la presentación del pliego de reclamos, directamente al empleador en el caso de una negociación a nivel de empresa, o a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo, si es a nivel de rama de actividad o gremio.

En la presentación del Proyecto de Convenio Colectivo, debería contener lo siguiente:

- Denominación, número de registro y domicilio del organismo sindical que suscribe el proyecto de convenio colectivo. De no existir este último, las indicaciones que permitan identificar a la coalición de trabajadores que lo presenta.
- La nómina de los integrantes de la comisión negociadora con los requisitos establecidos por el Artículo 49° de la LRCT.
- Nombre o denominación social y domicilio de cada una de las empresas u organizaciones de empleadores comprendidas.
- Las peticiones que se formulen sobre remuneraciones, condiciones de trabajo y otros factores propios de la relación laboral que se planteen, las que deberán tener forma de cláusula e integrarse armónicamente dentro de un sólo proyecto de convención.
- Copia de la comunicación remitida al empleador tratándose de negociaciones en el ámbito de empresa.
- Firma de los dirigentes sindicales designados para tal fin por la asamblea, o de los representantes acreditados, de no haber sindicato.

### 1.5 Plazo de presentación del Pliego

El pliego de reclamos debe presentarse no antes de 60 ni después de 30 días calendarios anteriores a la fecha de caducidad de la convención vigente.

Si se presenta con posterioridad al plazo señalado, su vigencia se postergará en forma directamente proporcional al retardo.

### 1.6 Requisitos para la constitución de un sindicato

Según lo señalado en el Art. 14 de a LRCT, Para constituirse y subsistir los sindicatos deberán afiliar por lo menos a veinte (20) trabajadores tratándose de sindicatos de empresa; o a cincuenta (50) trabajadores tratándose de sindicatos de otra naturaleza.

## CAPÍTULO II: ASPECTOS RELEVANTES DEL TELETRABAJO

### 2.1 Definición

El teletrabajo surgió en estados unidos en la década del 70 del siglo XX luego fue abarcando otros continentes, y cobro más fuerza con el desarrollo de la tec-

nología, veamos las definiciones más interesantes dejando en claro que no existe definición única, ni jurídica establecida lo que si podemos indicar es su origen etimológico de dos voces *"teleu"* (griega) y *"tripaliare"* (latin) que significan lejos y trabajar, por tanto podríamos señalar que significa trabajar a lejos o a distancia.

A continuación cito algunas definiciones referidas al teletrabajo:

**Thibault Aranda**, indica que el teletrabajo puede definirse como "una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de las técnicas informáticas y/o de telecomunicaciones"[6], lo hace luego de aclarar que éste "debe llevarse a cabo por una persona física, ya sea por cuenta propia o ajena, sin que pueda ser prestado por una persona jurídica".

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante **OIT)** en el Manual de Buenas Prácticas del Teletrabajo brinda varias definiciones sobre el teletrabajo: "El teletrabajo es la forma de organizar y realizar el trabajo a distancia mediante la utilización de las TIC en el domicilio del trabajador o en lugares o establecimientos ajenos al empleador. (Declaración de lineamientos y compromisos en materia de teletrabajo, para la promoción de trabajo decente y como garantía de calidad laboral, firmada en Buenos Aires en 2010.)"[7].

**El acuerdo Marco Europeo** sobre El Teletrabajo[8]: clausula 2ª: indica que "se trata de una forma de organización y/o realización del trabajo, con el uso de las tecnologías de la información en el marco de un contrato de trabajo o de una relación de trabajo que también hubiera podido ser realizada igualmente en los locales del empleador, se realiza fuera de dichos locales de manera regular"

Rodríguez Piñeiro indica: una definición jurisprudencial, que viene de la sentencia de la Sala Social de la Audiencia Nacional de 2004, la cual establece cuatro requisitos para que se considere que existe teletrabajo. (*Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 2004)*" 1.-El operario realiza un trabajo fuera de la empresa, normalmente en su domicilio particular. 2.-Esto conlleva la modificación de la estructura organizativa tradicional del trabajo y de la empresa, tanto en los aspectos físicos como materiales. 3.-La utilización de nuevos instrumentos de trabajo cuales pueden ser videoterminales, videoconferencia, telefax, etc. 4.-Una red de telecomunicación que permita el contacto entre la sede de la empresa y el domicilio del trabajador.

Por otra parte "el teletrabajo supondría un rompimiento con los tradicionales paradigmas fordistas del concepto de empresa y relación de trabajo, el mismo que se manifestaría mediante la prestación de servicios por parte del trabajador

---

6 THIBAULT ARANDA, Javier. El Teletrabajo. Análisis Jurídico— Laboral. Consejo Económico Social, Madrid España 2000.

7 Manual de buenas prácticas en teletrabajo. 1ra. Ed. Buenos Aires: Oficina Internacional del Trabajo, Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, Unión Industrial Argentina, 2011

8 Bruselas, 16 de julio 2002.

desde cualquier lugar fuera de la empresa (en su casa, en centros de teletrabajo o de manera itinerante) utilizando las nuevas tecnologías de la información, ya sea para efectos de la recepción de instrucciones, la comunicación con su empleador o la entrega de resultados o inclusive para el propio ejercicio de sus derechos laborales"[9].

La Ley 30036[10], Ley del Teletrabajo señala: el teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en la empresa con la que mantiene vinculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores.

El reglamento de la Ley del Teletrabajo aprobado por el D.S. 017-2015-TR, indica sobre el Teletrabajo: "consiste en la prestación de servicios subordinada, sin presencia física en el centro de trabajo o entidad pública, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales, a su vez, se ejerce el control y la supervisión de las labores"[11].

Luego de revisar diferentes definiciones planteadas por la doctrina y la Ley es posible postular la definición siguiente: ***"El teletrabajo es aquel realizado de manera voluntaria e itinerante y a distancia o fuera del área central o principal de la empresa que implica necesariamente el uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación y cuya organización del desarrollo del trabajo asignado es flexible para la entrega del resultado o producto".***

### 2.2. La tecnología y su impacto en el Teletrabajo

La tecnología, la informática ha tenido una influencia muy marcada en la deslocalización de las empresas y en el surgimiento del teletrabajo.

La progresiva transformación de la sociedad tradicional en una sociedad de información incide en la forma de trabajo en las relaciones interpersonales configurándose nuevas formas de trabajo entre ellas el teletrabajo donde uno de sus principales elementos caracterizadores es el uso intensivo de tecnología de información. Así el uso de programas informáticos, cámaras de video, software de control de tiempo activo frente a la computadora, línea telefónica, fax, internet, etc., son instrumentos muy importantes en el teletrabajo pues sin ello no podría haber teletrabajo.

---

9 Puntriano Rosas, Cesar. El Teletrabajo, Nociones Básicas y Breve Aproximación Al Ejercicio De Los Derechos Colectivos de Los Teletrabajadores. Lima Perú.

10 Ley que regula el teletrabajo, promulgada por el congreso de la Republica Peruana el 04.06.2013.

11 Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30036, Ley que regula el teletrabajo DECRETO SUPREMO Nº 017-2015-TR

### 2.3 Elementos del Teletrabajo

Aranzazu Roldan Martínez, plantea citando a Thibault tres elementos siguientes que nos permiten establecer que nos encontramos frente al teletrabajo:

a) La localización

   El teletrabajo se realiza en casa, un telecentro, en lugares distintos, el elemento del trabajo a distancia engloba distintas formas de trabajo como el teletrabajo. Esta distancia está en función del lugar en donde se espera el resultado.

b) Empleo de nuevas tecnologías

   El uso de las tecnologías y la informática debe ser intensivo, pues implica el envío de información algo inmaterial a diferencia de lo tradicional que es el intercambio de un bien material.

c) Cambio en la organización y realización del trabajo

   Implica un modo o forma nueva de organización y de ejecución de la actividad laboral diferente.

Estos elementos son interdependientes entre sí, por ello deben darse simultáneamente para que en rigor pueda hablarse de teletrabajo.

### 2.4 Tipos de Teletrabajo

En este punto solo mencionaré algunos tipos de teletrabajo en función a los criterios de lugar, comunicación y de organización, a saber:

- **Conforme al criterio de lugar**: Teletrabajo a domicilio, Teletrabajo en centros de teletrabajo, Teletrabajo móvil o itinerante.
- **Conforme el criterio comunicativo**: Teletrabajo *off line*,Teletrabajo *on line* o conectado el cual puede ser unidireccional y bidireccional.
- **Conforme al criterio organizativo**: Teletrabajo alternativo combina la presencia del trabajador en el telecentro y el centro de trabajo; Teletrabajo transnacional, la prestación se realiza en diferentes estados de la empresa matriz o del centro de trabajo al que pertenece; Teletrabajo ocasional, Teletrabajo habitual o regular, individual o colectivo y a tiempo parcial.

En nuestro país el D.S. 017-2015-T.R Reglamento de la Ley de Teletrabajo nos indica como formas de teletrabajo las siguientes:

**a)** **Forma completa**: el teletrabajador presta servicios fuera del centro de trabajo o del local de la entidad pública; pudiendo acudir ocasionalmente a estos para las coordinaciones que sean necesarias.

**b)** **Forma mixta**: el teletrabajador presta servicios de forma alternada dentro y fuera del centro de trabajo o local de la entidad pública. No se considera teletrabajador al trabajador o servidor civil que ocasionalmente presta servicios fuera del centro de trabajo o entidad pública.

### 2.5. Marco Jurídico en el ámbito nacional

El teletrabajo en el ámbito nacional se encuentra regulado por la Ley del Teletrabajo, Ley N° 30036 publicada el 04.06.2013, la misma es muy sucinta (sólo cuenta con cinco artículos), ante esto mediante la publicación del D.S. 017-2015-T.R., del 03.11.2015, se aprobó el Reglamento de la Ley de Teletrabajo ( Ley 30036), que aclara y desarrolla la Ley.

Vale mencionar algunos apuntes en cuanto a la legislación comparada o a nivel internacional, en el caso de Europa o la Unión Europea, la confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión Europea de Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), con fecha 16 de julio del año 2002 firmaron el Acuerdo Marco Europeo sobre el teletrabajo con la finalidad de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la Unión Europea. Este marco se realizó tomando en consideración las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores[12].

En Suecia se ha creado un comité que oficial que proponga a la legislatura la regulación del teletrabajo. Y la OIT tiene el Manual de Buenas Prácticas del Teletrabajo.

Portugal con en el reciente Código del Trabajo de hace tres años, menciona en uno de sus artículos al teletrabajo, pero ha sido la negociación colectiva más que la ley quien lo ha utilizado.

### 2.6 Carácter subordinado del teletrabajo

De los conceptos brevemente desarrollados y recordando los elementos esenciales de la relación laboral prestación personal, remuneración y subordinación tenemos que su carácter es dependiente por lo que siempre que exista la subordinación estaremos frente a una relación laboral y no civil.

Los controles a los teletrabajadores no se dan de la manera tradicional con un registro de control de asistencia o con un vigilante o supervisor pero si mediante instrumentos técnicos como indica THIBAULT[13], el empleador puede implementar toda una serie de instrumentos técnicos de control a distancia. “En el teletrabajo interactivo, el trabajador se encuentra expuesto en tiempo real a la vigilancia directa del empresario mientras que en aquellos otros supuestos sin conexión telemática este control es también posible, aunque diferido mediante la utilización de determinados programas (In accounting)”.

El propio Thibault ofrece un ejemplo de control en una empresa española de tele encuestas, en la que se registra la hora en que el teletrabajador empieza, su

---

12 GARCIA FLORES, Jacinto. El Teletrabajo en México, Editorial ISEF 2015. p 54.

13 THIBAULT. op.cit. p.121

hora de finalización, las llamadas que realiza y su duración, cuantos le cuelgan, se graba hasta su voz, el ordenador vigila hasta los tiempos de descanso de los teletrabajadores.

La jurisprudencia española ha confirmado la existencia del contrato de trabajo en los supuestos de teletrabajo on line o interactivo en lo que el trabajador opera sobre un programa informático proporcionado por el empresario, quedando de propiedad de este los trabajos realizados[14].

Por tanto podemos señalar que la subordinación continua presenté en el teletrabajo, debido a que el teletrabajador es un trabajador por cuenta ajena, *supone incluso la posibilidad de vigilancia superior a la fiscalización realizada en el trabajo presencial como en el caso de la teledisponibilidad,* por ello el velo protector del derecho del trabajo se le debe hacer extensivo, de manera que le sean aplicables los derechos tanto individuales como colectivos que corresponden a cualquier trabajador.

## CAPÍTULO III: EL DERECHO COLECTIVO Y EL TELETRABAJO

En esta parte señalaremos los aspectos vinculados al derecho colectivo y principalmente al de la negociación colectiva sobre la base de la doctrina y de la legislación laboral vigente en nuestro ordenamiento, al tiempo que absolveremos algunas inquietudes referidas al ejercicio del derecho colectivo en el Teletrabajo

### 3.1 Es posible que un teletrabajador sea parte de un sindicato

Respecto a esta pregunta debemos la respuesta es afirmativa, sí es posible que el teletrabajador forme parte de un sindicato, cuyo sustento legal a nivel legislativo está en el reglamento de la ley de teletrabajo D.S. 017-2015-TR, Capítulo II: Derechos y Obligaciones del Teletrabajador, Artículo 6°.- Derechos y beneficios del teletrabajador el cual señala lo siguiente:

> "*El teletrabajador tiene los mismos derechos y beneficios que los trabajadores que prestan servicios bajo la modalidad convencional, de acuerdo al régimen al que pertenezca cada teletrabajador, salvo aquellos vinculados a la asistencia al centro de trabajo. Entre los derechos que serán garantizados se encuentran: (..) e) Libertad sindical, de acuerdo al régimen que resulte aplicable. En ningún caso, la aplicación o el cambio de modalidad de prestación de servicios de un trabajador o servidor civil a la modalidad de teletrabajo podrá afectar el ejercicio de sus derechos colectivos*".

Por tanto claro está que si pueden ser parte de una organización sindical y por tanto gozar de todos los beneficios que obtengan como consecuencia de ello".

[14] Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Abril de 1996.

### 3.2 Que beneficios puede recibir un teletrabajador que forma parte del sindicato

Gozará de los beneficios que son negociados por los sindicatos así tenemos: salarios, condiciones de trabajo, jornada de trabajo, vacaciones, capacitaciones, bonos, temas de seguridad y salud en el trabajo, etc. En suma todo aquel beneficio que se haya obtenido de la negociación colectiva.

### 3.3 El fuero sindical en el caso del teletrabajador

El reglamento del teletrabajo nos refiere que los teletrabajadores no deben ver disminuidos su derechos individuales ni colectivos en ese sentido, tenemos que se aplicaría las normas señaladas en la Ley de relaciones colectivas así tenemos:

> **Artículo 31.**- Están amparados por el fuero sindical: a) Los miembros de los sindicatos en formación, desde la presentación de la solicitud de registro y hasta tres (3) meses después. b) Los miembros de la junta directiva de los sindicatos, federaciones y confederaciones, así como los delegados de las secciones sindicales. En el marco de la negociación colectiva se podrá ampliar el ámbito de protección del fuero sindical. – El estatuto señalará qué cargos comprende la protección. c) Los delegados a que se refiere el artículo 15 y los representantes a que se refiere el artículo 7 de la presente norma. d) Los candidatos a dirigentes o delegados, treinta (30) días calendario antes de la realización del proceso electoral y hasta treinta (30) días calendario después de concluido éste. e) Los miembros de la comisión negociadora de un pliego petitorio, hasta tres (3) meses después de concluido el procedimiento respectivo. Las partes podrán establecer en la convención colectiva el número de dirigentes amparados. A falta de acuerdo los dirigentes amparados en sindicatos de primer grado, no excederán de tres (3) dirigentes si el sindicato tiene hasta cincuenta (50) afiliados, agregándose un (1) dirigente por cada cincuenta (50) afiliados adicionales, hasta un máximo de doce (12) dirigentes. En las federaciones dos (2) dirigentes multiplicados por el número de sindicatos afiliados, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de quince (15) dirigentes ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. En la Confederación hasta dos (2) dirigentes multiplicados por el número de federaciones afiliadas, no pudiendo sobrepasar en cualquier caso de veinte (20), ni comprender más de un (1) dirigente por empresa. Mediante convención colectiva se podrá fijar un número mayor de dirigentes amparados por el fuero sindical. No podrá establecerse ni modificarse el número de dirigentes amparados por el fuero sindical por acto o norma administrativa.

### 3.4 Recomendaciones en materia de negociación colectiva en el teletrabajo

La OIT en su Manual de Buenas Practicas en el Teletrabajo, plantea lo siguiente:

- Que las empresas y organizaciones sindicales prevean y acuerden la temática asociada al teletrabajo e incorporen la misma en la convención colectiva de la actividad, oficio o empresa de que se trate.

- Las personas empleadas en la modalidad del teletrabajo tienen los mismos derechos colectivos que quienes trabajan en los establecimientos de la persona empleadora. Se recomienda que las empresas faciliten y brinden las mejores posibilidades de acceso a la comunicación con los representantes de los trabajadores.
- Es conveniente que los representantes de los teletrabajadores participen desde el inicio, sean informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo y las experiencias que se organicen para llevarlo a la práctica.
- Dadas las peculiaridades del teletrabajo, podrán ser necesarios acuerdos complementarios, colectivos o individuales. En tal sentido, es relevante escuchar y abrir la participación a los trabajadores que ya cuentan con experiencia en la modalidad del teletrabajo, en la misma empresa o en otra.
- La temática a incluir debe partir de la premisa de la igualdad efectiva de derechos entre un trabajador presencial y un teletrabajador, respetando las exigencias, derechos y obligaciones de los marcos legales vigentes.

### 3.5 Temas o materias que pueden ser incluidos en la negociación colectiva en el teletrabajo

Las materias son las que el sindicato considere entre ellas: Remuneración; Compensación adicional; Jornada de trabajo; Formación y capacitación; Evaluación y desarrollo profesional; Derecho de información-Comunicación; Instalaciones y equipamiento; Manual de buenas prácticas en teletrabajo; Confidencialidad y protección de los datos de la empresa; Protección de la salud, seguridad e higiene; Sistema de control, protección del derecho a la intimidad del teletrabajador; Visitas al domicilio del teletrabajador; etc.

Vale mencionar que existen convenios colectivos de teletrabajadores que ya se celebraron en otros países como Argentina, dichos convenios se dan sobre la modalidad de teletrabajo, las condiciones de trabajo, la capacitación, la reversibilidad, los medios, prevención de seguridad y salud en el trabajo, responsabilidad del teletrabajador, compensaciones económicas, protección de datos, etc.

En nuestro país aún no existe este tipo de convenios a la fecha, pero está abierta la posibilidad a que se produzca y con seguridad se producirá en los próximos años, en las diferentes materias referidas en los párrafos precedentes, y así mismo será factible exigir su cumplimiento mediante los mecanismos que la LRCT y la Constitución Política prevén entre ellos la huelga.

### 3.6 Problemática sobre derechos colectivos de los teletrabajadores

Se consideraba que el teletrabajo llevaría a precarizar más aun las relaciones laborales, por la flexibilidad en su organización y por las distancias entre los trabajadores evitando las comunicaciones fluidas, logrando desarticular las organizaciones sindicales incluso desaparecerlas. No obstante los sindicatos frente

a las nuevas formas de producción y organización del trabajo como el teletrabajo han desarrollado medios diferentes de comunicación con sus afiliados así como la publicidad de sus reivindicaciones. Para ello usan las páginas web, correo electrónico, Facebook, whatsapp, blogs, groups, etc. El teletrabajador on line es una persona que está toda la jornada de trabajo conectado al ordenador y pendiente del correo electrónico para todas sus operaciones, que vive en un mundo prácticamente virtual es más accesible para una organización sindical que uno que está en una empresa tradicional. Por lo que la problemática y potencial afectación puede tornarse también en una oportunidad de organización virtual más dinámica, a través del uso de las TIC.

A continuación veamos cuál es su incidencia en la manifestación de tipo dinámica del derecho colectivo:

**a. En la negociación colectiva**.- Los teletrabajadores gozan del derecho de la negociación colectiva con sus teleempleadores, en cuanto al proceso de negociación será necesario el empleo de videocámaras o algún instrumento tecnológico que permita a los dirigentes que sean teletrabajadores nómades por ejemplo, participar directamente de las negociaciones a efectos de resguardar los intereses de la clase trabajadora. Aquí nos encontramos ya ante el supuesto de las "telenegociaciones colectivas".

Los teletrabajadores podrían negociar en cualquiera de los niveles establecidos en la LRCT, sea infra o supra empresarial, incluso llevar negociaciones en más de un nivel mediante la negociación articulada.

En lo referente al convenio colectivo es importante a decir de Thibault, que se pacte condiciones distintas respecto a los trabajadores en general, en función de las necesidades de los teletrabajadores, se pacte colectivamente unas condiciones de trabajo distintas y de acuerdo a las necesidades de los teletrabajadores y de la empresa en particular, como por ejemplo la facilitación por parte del empleador de los equipos informáticos y el uso que el teletrabajador deba asignarles, la asunción de algunos gastos por parte del empleador como los de la línea telefónica, etc., ello en desarrollo de un mandato legislativo mínimo que disponga que el empleador debe otorgar facilidades a los teletrabajadores para el ejercicio de sus derechos laborales.

**b. En huelga.**- Dentro de una relación laboral los teletrabajadores gozan del derecho a la huelga, adoptando formas de ejercerla que difieren totalmente del ejercicio tradicional de la misma.

Según entiende Thibault, los distintos estadios de la huelga pueden ser realizados por vía telemática, iniciándose la misma con la convocatoria, la administración y luego la adhesión de los teletrabajadores interrumpiendo su prestación mediante el apagado del videoterminal[15]. Los teletrabajadores tendrían más facilidad a efectos de tomar conocimiento de la huelga y coor-

[15] THIBAULT. op. cit. 247.

dinar las medidas de fuerza a realizar para que sus demandas sean acogidas por el empleador. Sin embargo, los teletrabajadores pueden presentar formas anómalas o abusivas de huelga, las cuales no deben ser amparadas por el ordenamiento, *"como la neurálgica cuando se ha limitado con fines estratégicos a esta franja de trabajadores, y la articulada o rotatoria que, por la propia estructura del teletrabajo, en red, podría encontrar un terreno abonado mediante el apagado alterno de los distintos terminales"*.

En el supuesto de una huelga de teletrabajadores, es siempre importante una labor de monitoreo entre el personal que esté dispuesto a participar en la misma, siendo una garantía el estricto control sindical a efectos de evitar abusos o formas anómalas de la misma. En relación a este punto la realidad supera lo establecido en la norma por cuanto el ejercicio de la huelga no se ajusta a los cánones o parámetros tradicionales como el abandono del centro de trabajo, pues los teletrabajadores ya están físicamente fuera del centro de trabajo, están en su domicilio, telecentro o en cualquier parte si son itinerantes, por lo que el concepto tradicional de huelga parece quedar ciertamente rezagado.

### 3.7. Potencial impacto negativo del Teletrabajo en la Inspección del Trabajo

En el teletrabajo nos encontramos ante una prestación de servicios flexible que escapa a los rígidos modelos del pasado, de manera que el análisis debe ser más realista, la Inspección de Trabajo debe acudir a nuevos indicios de laboralidad, como la dependencia de tipo económica, la vinculación económica, dejando los típicos rasgos de la subordinación clásica.

Así mismo la Inspección de Trabajo, debe observar que el teletrabajo se realice de manera voluntaria y no obligatoria, que sea de mutuo acuerdo y no una alternativa para evitar el cumplimiento de los beneficios laborales y derechos fundamentales del trabajador, de manera que estaría mal el uso abusivo de la flexibilidad cuando al teletrabajador se le supervisa las veinticuatro (24) horas por ejemplo y sin pago de horas extras, el problema sería mayor cuando un contrato de teletrabajo esta en el ámbito civil, por ejemplo un teletrabajador con recibos por honorarios, con un contrato civil, cuando en realidad es un trabajador sometido a las directrices del empleador máxime si quien le otorga los equipos o el programa informático es el empleador, con lo que su contrato estaría desnaturalizado.

En cuanto a las limitaciones con las que se encontraría la inspección del trabajo una de las más importantes sería la obstrucción o impedimento en el ingreso al domicilio donde labora el teletrabajador, para verificar las condiciones de trabajo cuando su lugar de trabajo sea un domicilio, bajo la invocación de un derecho de inviolabilidad de domicilio, por lo que en dicho caso la ley de inspección del trabajo, debería sufrir una modificación para que en compañía del Ministerio Publico o quien corresponda, se pueda ingresar si existe flagrancia de vulneración a los derechos fundamentales del trabajo, como podría ser el trabajo infantil o trabajo forzoso, o peligros y riesgos que afecten la seguridad y salud del trabajador, por mencionar algunos ejemplos.

Finalmente debe cuidarse que se concrete como ha dicho José Manuel Oliveros, la sospecha del uso del teletrabajo como un mecanismo para deslaboralizar prestaciones de servicios, aquí la presencia de la Inspección del Trabajo es fundamental[16].

## REFLEXIONES FINALES A MANERA DE CONCLUSIONES

- La negociación colectiva es un derecho recogido en nuestra Constitución Política y en el Convenio Fundamental de la OIT n° 98 denominado Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, junto al convenio 87 constituyen elementos esenciales del Derecho Colectivo y derechos fundamentales de los trabajadores por lo que en un escenario de trabajo diferente al tradicional como los es el caso del Teletrabajo, gracias a estos derecho los sindicatos pueden exigir el cumplimiento de los derechos de los teletrabajadores y así mismo será el que les exija el cumplimiento de sus obligaciones sindicales, por lo que vemos que ningún teletrabajador se encuentra excluido ni reducido, pues la posibilidad de ejercer su derechos se mantienen siempre incólumes.
- Los cambios en la organización productiva y la tecnología han influenciado en las relaciones laborales flexibilizándolas, externalizándolas y destrozando los paradigmas tradicionales en busca de competitividad, generando el nacimiento, en este caso, del Teletrabajo, donde la subordinación y el poder de dirección del empleador se ejercen de manera diferente a lo clásico, sea por que el teletrabajador está deslocalizado a distancia o sea por que utiliza medios de comunicación como el internet las web cam, el Facebook, whatsapp, you tube, twitter o cualquier otro software que permita el control del teletrabajador. Estando de esta forma presente el vínculo laboral aun cuando el trabajador físicamente no está en las instalaciones de la empresa.
- Los teletrabajadores gozan del derecho de la negociación colectiva con sus teleempleadores, en cuanto al proceso de negociación será necesario el empleo de videocámaras o algún instrumento tecnológico que permita a los dirigentes que sean teletrabajadores participar directamente de las

[16] *En el mundo laboral, la inspección del trabajo es el instrumento más importante de la presencia e intervención del estado para diseñar, estimular y contribuir al desarrollo de una cultura de prevención que abarque todos los aspectos que potencialmente están bajo su competencia: relaciones laborales, salarios, condiciones generales de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, y cuestiones relacionadas con el empleo y la seguridad social. Actualmente, las inspecciones del trabajo realizan sus funciones en un ambiente desafiante, con importantes cambios en el contexto económico y social; en los desarrollos industriales; en la organización del trabajo y relación laboral; en las expectativas sociales y políticas; en la tecnología y la naturaleza de los riesgos laborales.* SERRANO DIAZ, Luis Alberto; La Inspección Laboral y su problemática en el Perú, Soluciones Laborales— Año 6, número 65, 2013— Gaceta Jurídica-Lima Perú 2013.

negociaciones a efectos de resguardar los intereses y la defensa de los trabajadores. Es decir la tecnología si bien cambia la forma de trabajo pero también cambia la forma de organizarse para ejercer el derecho colectivo.

- La negociación colectiva en el nuevo escenario del teletrabajo está garantizada por nuestra regulación en la Ley del Teletrabajo, Ley N° 30036 (04.06.2013), y su Reglamento el D.S. 017-2015-TR (03.11.2015), por tanto el teletrabajador puede afiliarse, ejercer su derecho a negociar colectivamente, estar dentro del fuero sindical, gozar de los beneficios derivados de la negociación colectiva, así como ejercer su derecho de huelga. Por lo que el teletrabajador debe ser considerado tan igual como otro trabajador vale decir tiene todo la potestad para ejercer sus derechos de naturaleza individual como colectiva, aun cuando existe mayor flexibilidad y físicamente no está en las instalaciones de la empresa.
- Existen convenios colectivos de teletrabajadores que ya se celebraron en otros países como Argentina, dichos convenios se dan sobre la modalidad de teletrabajo, las condiciones de trabajo, la capacitación, la reversibilidad, los medios, prevención de seguridad y salud en el trabajo, responsabilidad del teletrabajador, compensaciones económicas, protección de datos, etc. En nuestro país aún no existe este tipo de convenios a la fecha, pero está abierta la posibilidad a que se produzca y con seguridad se producirá en los próximos años y así mismo será factible exigir su cumplimiento mediante los mecanismos que la LRCT y la Constitución Política prevén, entre ellos la huelga.
- En este nuevo escenario la Inspección de Trabajo tiene el reto de verificar este nuevo tipo de relación laboral, debe observar con pericia cuales son las circunstancias y condiciones que rodean el Teletrabajo, para que no implique una alternativa para evitar el cumplimiento de los beneficios laborales y derechos colectivos y fundamentales del trabajador, que terminen precarizando el trabajo o pretendiendo deslaborizar prestaciones de servicios subordinadas.

## BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BOZA PRÓ, GUILLERMO y otros. *Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada*. Lima. Consultores Jurídicos Asociados S.A. 1994.

GARCIA FLORES, Jacinto. El Teletrabajo en México, Editorial ISEF 2015.

PALOMEQUE, Manuel C., *Derecho Sindical Español,* ed. Tecnos, Madrid, 1986

PUNTRIANO ROSAS, César Alfredo, "El Teletrabajo, Nociones Básicas y Breve Aproximación Al Ejercicio De Los Derechos Colectivos de Los Teletrabajadores. Lima Perú.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires. De Palma. 2° Edición. 1978.

SELLAS I BENVINGUT, Ramón; *El Régimen jurídico del teletrabajo en España* / Ramón Sellas i Benvingut ; con prólogos de: José Ignacio García Ninet, Luca Nogler. Elcano: Aranzadi, Cop. 2001

SERRANO DIAZ, Luis Alberto; *La Inspección Laboral y su Problemática en el Perú, en Soluciones Laborales*— Año 6, número 65, 2013— Gaceta Jurídica-Lima Perú 2013.

THIBAULT ARANDA, Javier. *El Teletrabajo. Análisis Jurídico— Laboral*. Consejo Económico Social (CES), Madrid España 2000.

TRINO ZAMORA ZUMBADO, WALTER FERNANDEZ GUEVARA, *El Teletrabajo: Una Forma Alternativa de Trabajar*; San José de Costa Rica.

VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La Libertad Sindical en el Perú*. Organización Internacional del Trabajo. 1999.

YONE, Frediani; SAVIO ZAINAGHI, Domingos. Relaciones de Derecho Colectivo Brasil Italia Editora LTR Sao Paulo Brasil 2004.

Manual de Buenas Prácticas en el Teletrabajo Organización Internacional del Trabajo —OIT.

# El reducido espacio para el ejercicio de la negociación colectiva en Perú que puede generarse por una aceptación irreflexiva del arbitraje potestativo incausado

**Daniel Ulloa Millares**

Doctor por la Universidad de Castilla-La Mancha.
Profesor de derecho laboral en PUCP y ESAN.

En los últimos años se viene hablando de un nuevo escenario de las relaciones colectivas de trabajo en Perú[1], creado por la irrupción (o reaparición en realidad) del arbitraje potestativo, utilizando como hito lo que —equivocadamente— muchas personas entienden como "*reiterada jurisprudencia*" del Tribunal Constitucional. En realidad este tema solamente ha sido revisado en dos casos puntuales:

- En el expediente N° 3561-2009 (el conocido como "caso portuarios"), donde la discusión fue sobre el nivel de negociación, y
- En el expediente N° 3243-2012 (el conocido como "caso Fetratel"), donde la discusión fue también sobre el nivel de negociación.

Cabe destacar que ambas sentencias no fueron calificadas como precedentes vinculantes pues ellas resolvieron dos casos específicos vinculados al inicio de una primera negociación colectiva en los cuales existieron actos cometidos por una de las partes (el empleador) que fueron calificados como manifestaciones de mala fe y que no coinciden con todos los casos de entrampamiento que puedan darse en una negociación colectiva, lo cual el Estado debe claramente evitar según el mandato previsto en el artículo 28 de nuestra Constitución. De ahí que entendamos que resulta incongruente que lo señalado en dos sentencias —y además, para un supuesto en particular— se establezca como regla para todo tipo de fracasos de negociaciones y, peor aún (y con ello adelantamos la conclusión de este trabajo), que se permita que una de las partes pueda **imponer** a la otra una solución heterónoma a la negociación colectiva **sin haber realizado previamente** una objetiva, razonable o correcta etapa de negociación colectiva y de conciliación, dado que en este caso **ambas partes** tienen el mismo derecho constitucional a negociar. Esto es, con el arbitraje potestativo incausado se permitiría que la parte que no haya respetado previamente el principio de buena fe[2] durante la etapa anterior a su decisión pueda imponer el arbitraje a la otra.

Se menciona también que esta posición habría sido confirmada por la decisión N° 5132-2014 de fecha 13 de agosto de 2015 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante la cual se confirmó la sentencia emitida por primera instancia que declaró infundada la demanda de acción popular presentada por la Sociedad Nacional de Industrias contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo por la cual buscó cuestionar la vigencia del Decreto Supremo N° 014-2011-TR, norma que, según la demanda, incorpora de manera inconstitucional al reglamento de la ley de relaciones colectivas de trabajo el arbitraje potestativo. Sin embargo, no creemos eso porque el proceso buscó discutir la regulación de las dos causales de procedencia del arbitraje potestativo y, si se leen los considerandos de la sentencia de segunda

---

1 UGAZ OLIVARES, Mauro y OSORIO VÉLIZ, Rosa, "*La heterocomposición de las negociaciones colectivas de trabajo: análisis del arbitraje potestativo en los últimos años*", en revista "Ius et Veritas" N° 51, diciembre de 2015, p. 298-312.

2 GERNIGON, Bernard, ODERO, Alberto y GUIDO, Horacio, "*Principios de la OIT sobre la negociación colectiva*", en "Revista internacional del trabajo", vol. 119 (2000), núm. 1, p. 44-47.

instancia (en especial los que van del décimo octavo en adelante) se admite el arbitraje potestativo en nuestro ordenamiento —lo cual aceptamos— solamente *"si fracasa la negociación directa, la conciliación o mediación, si lo hubiera habido*[3]*"* pues *"la negociación colectiva es la herramienta primordial para una construcción concertada del derecho del trabajo*[4]*"*.

En otras palabras, la Corte ratifica que el arbitraje previsto en la ley de relaciones colectivas de trabajo es de carácter potestativo. Y en eso estamos de acuerdo como así también lo sostiene la doctrina nacional mayoritaria. Pero consideramos que su uso no debe ser discrecional, incausado y, peor aún, cuando no se acredite el cumplimiento de una etapa previa de negociación o se vulnere el principio de buena fe negocial. Por tanto, y sin que sea un juego de palabras, el arbitraje potestativo siempre debería ser causado.

En efecto, creemos que el arbitraje potestativo incausado resulta incompatible con el convenio OIT N° 98, norma ratificada por el Perú y que por ello forma parte del ordenamiento nacional, pues su artículo 4 establece lo siguiente:

> "*Artículo 4*
>
> *Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra,* ***el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria****, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo*" (el énfasis es nuestro).

Este artículo del convenio describe claramente uno de los tres principios de la negociación[5], esto es, que ella sea libre y voluntaria, el cual —a criterio de los órganos de control de la OIT— se ve trasgredido cuando se impone el arbitraje como medio **preferencial** para solucionar una negociación colectiva.

Y es que resulta claro que el arbitraje potestativo incausado no puede suponer la vulneración del derecho a la negociación colectiva que tienen ambas partes. Por tanto, una conducta cerrada, de no querer escuchar la propuesta de la otra o de no discutir los puntos del pliego sino solamente imponerse no puede calificar como negociar. Y frente a esto, permitir el uso irreflexivo del arbitraje potestativo incausado puede suponer el bloqueo al acceso a un efectivo derecho a la negociación colectiva de la otra parte, un derecho *en sentido estricto* en términos de los profesores Boza y Aguinaga[6].

---

3 Vigésimo sexto considerando de la sentencia N° 5132-2014 citada.

4 Trigésimo segundo considerando de la sentencia N° 5132-2014 citada.

5 Ibid.

6 BOZA, Guillermo y AGUINAGA, Ernesto, *"El deber de negociar y el arbitraje potestativo como parte del contenido del derecho constitucional de negociación colectiva"*, Derecho PUCP N° 71, 2013, p. 302.

Queda claro por definición que si el arbitraje potestativo es incausado, no requiere motivo alguno para su existencia. Por tanto, aceptarlo supone admitir la arbitrariedad y desconocer el deber de negociar que tienen ambas partes[7]. Y eso es justamente lo que consideramos inadecuado en el ejercicio del derecho constitucional de negociación colectiva (y en realidad en el ejercicio de cualquier derecho) dado que en este caso ambas partes se encuentran jurídicamente en un mismo plano.

Lo anterior se ratifica si leemos la recomendación OIT N° 92, recomendación sobre la conciliación y el arbitraje voluntarios[8], que en todo momento resalta como elemento esencial el consentimiento de todas las partes interesadas para utilizar estos medios de solución de conflictos. Asimismo, en la reticencia de la OIT a aceptar el arbitraje obligatorio[9].

Imaginemos el siguiente supuesto luego de presentado un proyecto de convenio colectivo y en el cual ambas partes asisten a las reuniones convocadas:

ETAPA DE TRATO DIRECTO:

- Primera fecha: instalación.
- Segunda fecha: fijación de reglas de negociación.
- Tercera fecha: ruptura de trato directo por una de las partes.

**No se acordó ningún punto.**

ETAPA DE CONCILIACIÓN ANTE LA AUTORIDAD DE TRABAJO:

- Primera fecha de instalación.
- Segunda fecha de nueva fijación de reglas.

---

7 BOZA y AGUINAGA, ibid.

8 Se puede encontrar en http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R092 Última revisión: 29 de agosto de 2016.

9 Según puede verse en el capítulo IV de su guía sobre legislación del trabajo (http://www.ilo.org/legacy/spanish/dialogue/ifpdial/llg/noframes/ch4.htm#13): "El arbitraje se considera obligatorio cuando un conflicto puede someterse a este procedimiento sin el acuerdo o consentimiento de todas las partes involucradas (ya sea a instancia de parte, del gobierno o de un organismo independiente), y la controversia se ha de resolver mediante laudo arbitral obligatorio. El arbitraje obligatorio de conflictos de intereses resulta controversial en la medida que, por regla general, se relaciona con restricciones al derecho de huelga, y limita la libertad de las partes de negociar colectivamente. A menudo se considera que el arbitraje obligatorio tiende a socavar la negociación colectiva y a disminuir la voluntad de las partes de aceptar llegar a establecer compromisos, cuya realización son indispensables para la negociación colectiva eficaz.

Una cuidadosa consideración de las razones detrás de la política de arbitraje obligatorio es suficiente para desestimarla y, a la vez, afirmar el innegable interés de promover la negociación colectiva. Sin embargo, el éxito del arbitraje obligatorio en muchos países depende esencialmente del respaldo general de las partes, de aquí la importancia de la realización de consultas con los interlocutores sociales antes de instituir tal sistema." El resaltado es nuestro. Última revisión: 29 de agosto de 2016.

- Tercera fecha: una de las partes rompe el diálogo y manifiesta su deseo de acudir al arbitraje.

**No se acordó ningún punto.**

Bajo este escenario ¿Cómo es posible hablar de ejercicio de la negociación colectiva si una de las partes tiene la posibilidad de bloquear el procedimiento y no negociar en momento alguno, actuando de repente de manera altanera o prepotente, suspendiendo las reuniones y rompiendo —o propiciando la ruptura— del diálogo en ambas instancias? ¿Cómo poder negociar o presentar una contrapropuesta razonable si normalmente la propuesta presentada por la parte sindical incluye pedidos elevados que no requieren contar con sustento alguno? ¿Cómo negociar con un empleador que, previendo que lo van a llevar a arbitraje y lo van obligar a presentar una propuesta final, no muestra su posición real durante toda la negociación sino una exageradamente menor sin que se preocupe en mejorarla? ¿No estamos acaso ante una imposición del derecho de acudir al arbitraje que menosprecia el derecho a la negociación colectiva, y principalmente la buena fe negocial, porque impide que las partes tengan interés en escuchar sus propuestas? ¿No estamos propiciando continuar con esta cultura muy nacional de negociar propuestas extremas (gráficamente el sindicato pide el cielo y el empleador comienza en el centro de la tierra para encontrarse ambos —de ser el caso— en la superficie)? ¿No estamos propiciando la negociación desconfiada o de "póker", porque si una de las partes se sincera, nunca le van a creer?

Si bien consideramos que las tres sentencias arriba indicadas sustentan el arbitraje potestativo, ninguna de ellas permite o ha autorizado expresamente la utilización de la modalidad incausada en desmedro del ejercicio efectivo de la negociación colectiva. Por tanto, ningún árbitro debería admitir su competencia si la parte que lo invoca no acredita haber hecho todos los esfuerzos e intentado llegar a un acuerdo, esto es, haber negociado de manera efectiva antes de acudir al arbitraje.

En efecto, lo que afirmamos es que la sentencia del caso portuarios resuelve un supuesto particular al igual que la sentencia Fetratel (3243-2012), **donde se discute el supuesto específico de una primera negociación**. Y, por tanto, no puede ser tomado como origen o sustento de la modalidad incausada para todo tipo de negociación.

En efecto, para que no quepan dudas citamos literalmente las partes pertinentes del supuesto de hecho de ambas sentencias (lo resaltado es nuestro):

"EXP. N.° 03561-2009-PA/TC

CALLAO

SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES MARÍTIMOS Y PORTUARIOS DEL PUERTO DEL CALLAO (SUTRAMPORPC)

**§.4.1. COMPORTAMIENTO DE LAS ASOCIACIONES EMPLAZADOS**

23. De la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes en autos y de los alegatos expuestos por las partes, este Tribunal concluye que las Asociaciones emplazadas han **abusado** de su libertad para negociar, pues, actuando de mala fe, han inasistido injustificadamente a la gran mayoría de reuniones convocadas por la División para negociar el pliego de reclamos presentado por el Sindicato demandante.
24. Asimismo, las Asociaciones emplazadas han **abusado** de su libertad para decidir el nivel de la negociación, pues a pesar de que el Sindicato demandante ha solicitado que la negociación se desarrolle por rama de actividad, las Asociaciones emplazadas se han negado a negociar con él, y además han tenido conductas que han dificultado o hecho imposible la negociación colectiva.
25. Por estas razones, este Tribunal considera que las Asociaciones emplazadas han vulnerado el derecho de negociación colectiva del Sindicato demandante, toda vez que han **abusado** de sus libertades para negociar y para decidir el nivel de la negociación, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 103° de la Constitución; a ello debe agregarse que las Asociaciones emplazadas no se han comportado de buena fe, ya que han hecho todo lo posible para que la negociación colectiva no se realice."

La aclaración de dicha sentencia, de fecha 10 de julio de 2010 estableció:

"RESUELVE

**PRECISAR** que el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61º del Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste.

Queda claro que el **abuso** realizado por las demandadas sustentó la decisión del Tribunal Constitucional en un caso en el que debió decidirse el nivel de la negociación.

Y en la otra sentencia, el caso Fetratel, se indica (el subrayado también es nuestro) lo siguiente:

"EXP. N.° 03243-2012-PA/TC

LIMA

FEDERACIÓN DE TRABAJADORES DEL SECTOR COMUNICACIONES DEL PERÚ – FETRATEL PERÚ

8. En atención a lo antes expuesto cabe resaltar que de la valoración conjunta de los medios probatorios obrantes a fojas 20 a 43 y del propio tenor de los escritos presentados por la sociedad emplazada durante el presente proceso, este Tribunal concluye que ésta ha realizado práctica **abusiva**, entorpeciendo la negociación colectiva pues, se niega a negociar mediante arbitraje con la federación recurrente, adoptando una conducta que dificulta el proceso de negociación colectiva reflejada en su negativa de someter a arbitraje los puntos del Pliego de Reclamos del periodo 2009 – 2010, aduciendo que no

> puede ser obligada a aceptar el arbitraje ya que éste sólo tiene el carácter de voluntario y porque se requiere que previamente las partes hayan suscrito un compromiso arbitral.
> 9. Por estas razones, este Tribunal considera que la sociedad emplazada ha vulnerado el derecho de negociación colectiva de los afiliados a la federación recurrente, toda vez que ha **abusado** de su libertad para negociar, lo cual se encuentra prohibido por el artículo 103° de la Constitución.

Nuevamente el Tribunal Constitucional resuelve un caso de determinación de nivel de negociación propiciado por el **abuso** de la parte empleadora, quien se negó a negociar con la otra parte.

Sin embargo, pueden existir otros casos en los que no haya existido en momento alguno negativa a negociar sino que una de las partes se oponga en todo momento a **negociar de buena fe**, buscando cualquier excusa (demora en la instalación de la negociación, imposición de reglas de negociación, exigencia de propuesta integral, cuestionamiento de los miembros de la comisión negociadora, reclamo de información económica, inasistencia a reuniones, falta de interés, por citar algunas) para negar y bloquear la negociación.

Debe repararse que muchas veces podemos estar ante un supuesto de abuso del derecho[10], no solo de la parte empleadora, que es la más proclive a bloquear una negociación (y por ello sus actos de mala fe son los que razonablemente sustentan en la norma el arbitraje potestativo) sino también por parte de la organización sindical, especialmente cuando no es mayoritaria, quien con su simple decisión puede imponer un arbitraje al suponer que un tercero resolverá mejor lo que ellos no desean intentar (y que no pueden presionar porque recurrir a la huelga no les favorecería estratégicamente)[11]. Y creemos que ello no puede tutelarse ni ampararse pues el derecho a la negociación colectiva **está reconocido para ambas partes y no solo para una de ellas.** Pensar lo contrario nos llevaría a una dictadura sindical (luego de haber pasado por una etapa de indefensión frente al abuso de algunos empleadores) y no a la maduración o el ejercicio democrático de las relaciones laborales. Esto es, el conocido péndulo como metáfora de nuestras regulaciones.

Al revisar las dos sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional se puede ver claramente que los supuestos regulados implicaron **un abuso del derecho** cometido por las empresas demandadas en el ejercicio de la negociación colectiva, supuesto que no necesariamente ocurre en todos los casos en que una parte opte por el arbitraje potestativo incausado.

---

[10] Con lo amplia que puede ser la definición de este concepto.

[11] Para una primera revisión de los arbitrajes como procedimiento de solución de negociaciones colectivas puede revisarse la tesis de magister de Carol NEYRA SALAZAR, "El arbitraje potestativo como forma de solución de conflictos laborales", 2014, en el siguiente link: http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/5613/NEYRA_SALAZAR_CAROLE_ARBITRAJE_POTESTATIVO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cabe señalar que el profesor Elmer Arce afirma[12]:

"Desde nuestra opinión, la interpretación del artículo 61 LRCT que redunda en la voluntariedad del arbitraje es claramente inconstitucional. Y nuestro Tribunal Constitucional, en la Resolución Aclaratoria de la Sentencia recaída en el Expediente 03561-2009-PA/TC, no dudó en señalar que el arbitraje del artículo 61 es uno de tipo potestativo. Es decir, si los trabajadores requieren ir al arbitraje, entonces "arrastran" al empleador al mismo. Ya el mismo Poder Judicial reconoció el arbitraje potestativo en el caso FETRATEL contra TELEFONICA DEL PERU SA, cuando obligó a la empresa a firmar un compromiso arbitral luego de 5 años. Podría parecer un poco excesiva la medida, sin embargo mucho dependerá de la ponderación de los árbitros para no dejar que el proceso arbitral degenere en una solución arbitraria. La ponderación de los árbitros evitará que todos los trabajadores quieran acudir al arbitraje y permitirá que los empleadores sean más inteligentes y promuevan un clima de diálogo con sus trabajadores." (el subrayado es nuestro).

Asimismo, Sebastian Soltau señala[13]:

"La pregunta que tendríamos que hacernos es si la consagración de un arbitraje potestativo incausado resuelve este problema. En mi opinión, no. Ciertamente elimina los conflictos abiertos, pero a costa de no inculcar en los sujetos del conflicto (organización sindical y empresa), la importancia del diálogo y los beneficios de una solución acordada.

Por eso decimos que esta fórmula desincentiva la negociación directa. Y es que propicia que los sujetos del conflicto piensen en cualquier cosa, menos en esforzarse por llegar a un acuerdo. El arbitraje potestativo incausado permite que la organización sindical piense en él como objetivo desde el día uno y trate la negociación directa como una mera formalidad previa. Por otro lado, permite que la empresa se convenza de que no vale la pena apostar por la negociación directa, pues —al fin y al cabo— el sometimiento del conflicto a arbitraje va a depender de una decisión puramente subjetiva de la organización sindical.

**¿Qué solución propongo?**

Un arbitraje potestativo causado como el que regula el D.S. 014-2011-TR. En mi opinión, se trata de una fórmula que: (i) compatibiliza los dos mandatos contenidos en el numeral 2 del artículo 28 de la Constitución; y, (ii) es compatible con la postura de la OIT." (el subrayado es nuestro)

La solución, por tanto, no es la aplicación del arbitraje potestativo incausado de manera automática sino verificar si ello es la última opción, si el procedimiento

---

12 El artículo se puede leer en http://www.parthenon.pe/columnistas/elmer-arce/el-arbitraje-laboral-voluntario-o-potestativo/

13 El artículo se puede leer en http://www.ius360.com/publico/procesal/critica-al-arbitraje-potestativo-incausado/

ya no puede seguir su vía normal y si la intervención del tercero es pertinente para solucionar el conflicto. En otras palabras, que se cumplan debidamente los pasos anteriores de negociación colectiva, conciliación y mediación (de ser el caso) que menciona la Corte Suprema. Para ello todo árbitro o Tribunal Arbitral deberá conocer el caso, evaluar la práctica de negociación de cada parte y ponderar, tal como afirma Arce. Y si queda claro que una de las partes no quiso negociar con la otra, que no hubo interés en llegar a un acuerdo, no debería aceptarse la solución heterónoma.

De lo contrario, declarar procedente el arbitraje de manera automática en todos los casos en que los solicite una parte supondría ratificar que la posible mala fe con la cual actúe una de las partes en la negociación es una conducta válida, situación que ningún Tribunal debería permitir para no incentivar estas conductas.

Cabe destacar que el profesor Javier Neves comparte esta posición en un voto en minoría emitido en una resolución arbitral del año 2014[14], en la cual señaló expresamente en el numeral 12 de su decisión que:

> "En mi concepto, solo debería quedar excluido el arbitraje potestativo incausado cuando la parte que lo solicita no haya tenido verdadero interés de negociar efectivamente (por ejemplo, ruptura casi inmediata de la negociación directa y la conciliación, para llegar a arbitraje). Es decir, la parte que hubiera actuado de mala fe, no debería poder solicitar el arbitraje potestativo."

Esta sabia conclusión debería ser la regla. Y no el discrecional y autoritario arbitraje potestativo incausado que se viene dando en algunas prácticas negociales y que perjudica la madurez de nuestra práctica negocial laboral pues ningún empleador tendrá incentivos para negociar si sabe que su conflicto lo resolverá un tercero[15].

## CONCLUSIÓN

Un sistema normativo que proclama el fomento de la negociación colectiva debería educar, persuadir e instruir a las partes para que siempre negocien de buena fe y así puedan alcanzar, ellas mismas, las soluciones a sus conflictos. Caso contrario, mantendremos la dependencia decisoria del tercero que caracteriza a nuestro sistema, donde el Estado suple el poder normativo de las partes laborales.

La promoción de formas de solución pacífica no debería ser la excusa para aceptar la intervención obligatoria de un tercero salvo casos extremos de, justamente, mala fe de una de las partes, esto es, la falta de respeto al derecho constitucional de la otra o el incumplimiento del deber de negociar.

Lima, agosto de 2016

---

[14] Resolución arbitral de fecha 18 de octubre de 2014 suscrita por los abogados Luis Vinatea Recoba, Germán Ramírez-Gastón y Javier Neves.

[15] Un conocido banco del país ha resuelto los tres últimos años su negociación colectiva mediante arbitraje.

# La ratificación de la legalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y sus implicancias en la negociación colectiva

**Michael Vidal Salazar**

Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Gerente Senior del Área Laboral de EY (Ernst & Young).
Contacto: michael.vidal@pe.ey.com

***SUMARIO***

*I. Centrando el tema y retomando antecedentes. II. El carácter potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del tuo lrct: el tema que se habría cerrado. 2.1. Marco legal vigente del arbitraje como parte de la negociación colectiva en el ordenamiento peruano. 2.2. Tipología del arbitraje en la negociación colectiva. 2.3. Naturaleza del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT. a) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como voluntario. b) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como potestativo. La posición del TC. b.1) Los alcances de la facultad de someter la negociación a arbitraje. b.2) El contenido del artículo 63° del TUO LRCT. b.3) La decisión bilateral de someter la negociación colectiva a arbitraje. b.4) La huelga como medio alternativo de solución del conflicto. b.5) La obligatoriedad de suscribir el compromiso arbitral y el deber de negociar de buena fe. III. Arbitraje potestativo incausado versus arbitraje potestativo por mala fe: lo que queda por definir. IV. Conclusiones.*

## I. CENTRANDO EL TEMA Y RETOMANDO ANTECEDENTES

En el año 2009, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) devolvió a un primer plano nuevamente un tema siempre interesante como es el del arbitraje como medio de solución de conflictos laborales de intereses o económicos. Como se recuerda, con relación a la materia en discusión, los conflictos laborales pueden ser clasificados en dos grupos: los conflictos de derecho o jurídicos y los conflictos de interés o económicos. Mientras los primeros giran en torno a la aplicación o interpretación de una norma, los segundos implican la creación de una norma. En este último caso, quien resuelve el conflicto debe pronunciarse sin poder recurrir a una norma que le brinde la solución, es más, debe de crear una regulación aún inexistente.

El conflicto laboral de interés o económico por excelencia es la negociación colectiva, que a su vez constituye su propio medio de solución. En la misma, los actores sociales buscan poner fin a un conflicto que a lo único que apunta (o por lo menos, debe apuntar) es a la creación de una norma a la que se le denominará convenio colectivo. Dicha negociación, como su propio nombre lo indica, tiene como fase principal el trato directo entre las partes, en el que las mismas están obligadas a sentarse a negociar y realizar todos los actos posibles para arribar a un acuerdo. A ello se denomina, el deber de negociar de buena fe. Sin embargo, nada obliga a las partes a celebrar un convenio, es decir, a pactar condiciones con las que no están de acuerdo.

Ahora bien, considerando que el ordenamiento jurídico debe apuntar a cerrar el conflicto, se brindan mecanismos complementarios para acercar a las partes, obligarlas a retomar la negociación o, simplemente, obtener un resultado. Así por ejemplo, las legislaciones regulan como mecanismos a seguir frente a la conclusión del trato directo sin llegar a un acuerdo, la conciliación, la mediación, el arbitraje e, incluso, la huelga.

Dentro de ese abanico de posibilidades, el arbitraje constituye la alternativa más polémica. Y es que, como sabemos, por el arbitraje, un tercero ajeno al conflicto, emite una solución al mismo (denominada "laudo") de obligatorio cumplimiento por la partes. Es así como, a diferencia de la conciliación y la mediación, en el que el tercero simplemente acerca a las partes (en la primera) o propone una solución (en la segunda), en el arbitraje la decisión del árbitro es de cumplimiento obligatorio.

Asimismo, la utilización del arbitraje es percibida muchas veces como una limitación al ejercicio de la huelga, medida de fuerza reconocida como derecho fundamental y consagrada a nivel constitucional. Ello debido a que, comúnmente, es regulado como un medio alternativo frente a la acción directa de los trabajadores.

En esa medida, el punto más polémico del arbitraje siempre ha resultado ser su obligatoriedad, es decir, la posibilidad o no que tienen las partes de negarse a acudir al mismo. El tema resulta tan relevante que la misma Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha concluido que el arbitraje obligatorio, es decir, aquel impuesto por ley sin dar la posibilidad de que las partes se nieguen a someter su

diferendo a otro medio de solución, solo procede cuando la negociación involucra a empresas que desarrollan servicios públicos esenciales (aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o en parte de la población)[1].

Y es que el arbitraje dentro del procedimiento de negociación colectiva constituye un mecanismo en que un tercero no sólo impone una solución a las partes, sino que, a diferencia de lo sucede en el arbitraje de conflictos jurídicos, lo hace sin que exista una norma a ser aplicada o interpretada. El árbitro crea la norma.

En ese contexto, el TC en su Sentencia de fecha 17 de agosto de 2009, emitida en el Expediente N 035612009PATC[2], retomó el tema. En este caso, en la búsqueda de solucionar la controversia sobre la determinación del ámbito de la negociación colectiva y los alcances de lo previsto en el artículo 45º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo ("TUO LRCT")[3] – del que se desprendía que a falta de acuerdo sobre el nivel de negociación, la misma debe llevarse a nivel de empresa —, inaplicando el citado dispositivo legal, y en un marco de situaciones que consideró como mala fe negocial por parte de las organizaciones empleadoras emplazadas, declaró que *"a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste deberá ser determinado mediante arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga"*.

Posteriormente, mediante Sentencia Aclaratoria de fecha 10 de junio de 2010, emitida en el mismo expediente[4], el TC estableció que *"el arbitraje a través del cual deberá decidirse el nivel de negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleador, es aquél al que hace alusión el artículo 61º del Decreto Supremo N° 0102003TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste"*.

El citado pronunciamiento despertó nuevamente la polémica sobre el arbitraje como medio de solución de conflictos de intereses, primero, por su idoneidad como mecanismo de determinación del nivel de negociación, pero en especial, por la ratificación de su carácter potestativo.

Como consecuencia de ello, en el año 2011 se publicó el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, por el cual se modificó el artículo 61° del Reglamento de la Ley

---

1 Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT de 1996, párrafo 860; 320º. Informe, caso núm. 2025, párrafo 408; 327º. Informe, caso núm. 2145, párrafo 305; 332º. Informe, caso núm. 2261, párrafo 665 y 335º. Informe, caso núm. 2305, párrafo 506.

2 Proceso de amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agente Marítimos y la Asociación Marítima el Perú.

3 Aprobado por Decreto Supremo N° 0102003TR.

4 Proceso de amparo seguido por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios, la Asociación Peruana de Agente Marítimos y la Asociación Marítima el Perú.

de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 011-92-TR (en adelante, "RLRCT"), disponiendo la procedencia del arbitraje potestativo cuando: (i) las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y, (ii) durante la negociación del pliego, cuando se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. Asimismo, se establecieron las reglas para la tramitación[5]. La citada norma se sustentó en la Sentencia emitida en el Expediente N° 03561-2009-PA/TC, alegando que en las mismas *"el Tribunal Constitucional ha interpretado que cuando se trate de determinar el nivel de la negociación o resolver situaciones de manifiesta mala fe negocial que entorpecen, dilatan o tienen por objeto evitar la solución del conflicto, rige el arbitraje potestativo"*[6]. Posteriormente, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, emitiría la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, en la que estableció un listado abierto de actos de mala fe que facultarían a solicitar el arbitraje potestativo.

La legalidad del citado Decreto Supremo ha sido cuestionada a nivel judicial, mediante la acción popular presentada por la Sociedad Nacional de Industrias, y apoyada por la Asociación de Exportadores – ADEX, en calidad de tercero coadyuvante. El resultado de dicha acción ha sido la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014-LIMA, de fecha 13 de agosto de 2015, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, que confirmó la Sentencia de Primera

---

5 *"Artículo 61-A.- Arbitraje potestativo*

*Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos:*

*a) Las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y,*

*b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo.*

*Ocurridos los supuestos referidos, las partes deben designar a sus árbitros en un plazo no mayor de cinco (05) días hábiles. De no hacerlo una de ellas, la Autoridad Administrativa de Trabajo designa al árbitro correspondiente, cuyo costo asume la parte responsable de su designación. El arbitraje potestativo no requiere de la suscripción de un compromiso arbitral.*

*Si por alguna circunstancia alguno de los árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada debe sustituirlo en el término no mayor de tres (03) días hábiles. En caso de no hacerlo, el presidente del tribunal solicita a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución.*

*Constituido el Tribunal Arbitral, dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, las partes entregan al tribunal su propuesta final, de ser el caso, en forma de proyecto de convenio colectivo, con copia para la otra parte, que le será entregado a éste por el presidente del Tribunal Arbitral. Dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes, las partes podrán formular al tribunal las observaciones debidamente sustentadas, que tuvieran respecto del proyecto de fórmula final presentado por la otra parte.*

*Resultan aplicables al arbitraje potestativo las reglas del procedimiento arbitral establecidas en los artículos 55, 56, 57, 58, 59, 60 y 61 del Reglamento. En el caso de la regla de integralidad establecida en el artículo 57, ésta no se aplicará cuando sólo exista una propuesta final presentada, pudiendo el Tribunal Arbitral establecer una solución final distinta.*

*En ningún caso, el arbitraje potestativo puede ser utilizado en desmedro del derecho de huelga".*

6 Quinto párrafo de los Considerandos del Decreto Supremo N° 014-2011-TR.

Instancia, que declaró infundada la demanda de acción popular que dio origen al proceso.

En la Sentencia bajo mención, la Corte Suprema, basándose en los establecido en la Sentencia emitida en el Expediente N° 3561-2009-PA/TC, y además en las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2566-2012-PA/TC[7] y N° 3243-2012-PA/TC[8], ratifica una vez más el carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, descartando la tesis de las organizaciones empresariales demandantes con relación a un arbitraje voluntario, y con ello, declaran la legalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR.

Tal pronunciamiento, ha dejado cerrada parte de la discusión que hoy se sostiene en relación al arbitraje en negociación colectiva, pero deja abiertas otras interrogantes que son importante analizar, y que tiene una trascendencia importante en el manejo de la negociación colectiva por ambas partes.

## II. EL CARÁCTER POTESTATIVO DEL ARBITRAJE REGULADO EN EL ARTÍCULO 61° DEL TUO LRCT: EL TEMA QUE SE HABRÍA CERRADO

Mencionamos al inicio que, con la Sentencia emitida en el Expediente N° 3561-2009-PA/TC, el TC devolvió protagonismo al arbitraje laboral como medio de solución de conflictos de interés. Pero ello vino acompañado de una discusión que tenía antecedentes previos.

En efecto, la declaración del carácter potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del TUO LRCT, confirmó una posición que había venido perdiendo fuerza y aceptación por parte, especialmente, de los órganos administrativos.

Así pues, durante los primeros años de vigencia de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (texto original previo al TUO LRCT), a partir del carácter potestativo del arbitraje regulado en su artículo 61°, se tuvo como regla el nombramiento del árbitro del empleador por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social (hoy, Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo) o la coacción a la parte empleadora para que suscriba el acta de compromiso.

En ese sentido, por ejemplo, el Auto Directoral Nº 033 del 03 de marzo de 1994 (emitido en los seguidos entre Grifos y Estaciones de Servicios contra 25 estaciones de servicios y el Sindicato Único de Trabajadores en Grifos y Estaciones de Servicios, Expediente Nº 1806-92-3DV-NEC), resolvió señalando que *"la decisión de las empresas apelantes de no desear someter la negociación colectiva a arbitraje, carece de sustento legal, toda vez que ésa es la forma de solucionar el petitorio*

---

[7] Proceso de amparo seguido por el Sindicato Nacional de la Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SINAUT-SUNAT) contra la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT).

[8] Proceso de amparo seguido por la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú – FETRATEL PERU contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos S.A.C. (TGSC).

*colectivo contemplado en la norma especial que es el Decreto Ley 25593, máxime si no se plantean alternativas para su solución y no existiendo acuerdo, es de aplicación lo establecido en el primer párrafo del artículo 64º del Decreto Ley acotado"*[9].

También son ejemplos de este criterio las Resoluciones del 14 de junio de 1994 (Exp. No. 751-93: Papelera Especiales S.A.)[10] y de 5 de setiembre de 1994 (Caso No. 983-93: Editora Perú), en las cuales además se recoge al deber de negociar de buena fe como fundamento de la obligación del empleador de someterse al arbitraje[11].

Dicha práctica dejó de ser común a mediados de los noventas, existiendo incluso opiniones en contra de la facultad de la AAT en esta materia[12]. En efecto, el criterio inicial fue variado por la Resolución de fecha 06 de febrero de 1995, emitida en el Expediente Nº 414-94 (Avícola Esquivel S.A.), en la cual se estableció que *"del análisis del Decreto Ley No. 25593 se establece que la parte empresarial no está obligada a someter el diferendo a arbitraje, y por lo tanto suscribir un acta de compromiso arbitral, de tal manera que al afirmar el inferior en grado que la recurrente está en la obligación de firmar dicha acta, mandando nueva citación para su*

---

9 Citada en: Negociación Colectiva. Volumen V. N° 49. Lima, diciembre 1994. p. 6.

10 La citada resolución señala que: "no habiéndose suscrito hasta la fecha el Acta del Compromiso Arbitral ordenado en fecha 5 de abril de 1994, pese al tiempo transcurrido; siendo que en la presente negociación las partes no han logrado ponerse de acuerdo para solucionar el petitorio no obstante que el art. 46° del D.S. 011-93-TR, expresa que al término de la negociación directa o de la conciliación cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten alternativamente por ejercer el derecho de huelga y según el estado de los actuados los trabajadores han optado por el arbitraje, no siendo necesaria en este caso la aceptación escrita del empleador, que sólo se requiere cuando sus servidores se encuentran en huelga, por tanto, está obligado el empleador a suscribir el 'Acta de Compromiso Arbitral' conforme se ha ordenado en fecha 5 de abril; tanto más teniendo en cuenta lo ordenado en el segundo párrafo del artículo 54° del D.L. 25593 que obliga a negociar de buena fe y abstenerse de toda acción que pueda ser lesiva a la contraria". (Citada en: BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. *"Relaciones colectivas de trabajo: entre la flexibilidad y el intervencionismo estatal"*. En: AAVV. Estudios sobre la flexibilidad laboral. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000. p. 239).

11 Dicho pronunciamiento indica que *"en observancia del segundo párrafo del art. 54° del D.L. 25593, las partes están obligadas a negociar de buena fe, de modo que la empresa no puede sustraerse de la obligación de la negociación colectiva con el sindicato correspondiente, por lo que estando a la vía de solución adoptada por la parte laboral, corresponde a las partes suscribir el acta de compromiso arbitral (...), toda vez que el art. 46° sanciona que el término de la negociación directa o de la conciliación cualquiera de las partes podrá someter la decisión de diferendo a arbitraje"*. (Citada en: BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. p. 239-240).

12 En ese sentido, se señala que *"nuestro ordenamiento no ha conferido al Ministerio de Trabajo tales facultades"* (FERRO DELGADO, Víctor. *"El arbitraje en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo"* En: Asesoría Laboral Nº 38. Lima, febrero 1994. p. 13).

*suscripción, está incurriendo en causal de nulidad prevista en el inc. c) del art. 1 del Decreto Supremo 001-03-TR"*[13].

Así pues, la teoría de que el arbitraje antes mencionado tenía carácter voluntario, y no potestativo, para el año 2009, se había constituido en la posición oficial en las instancias administrativas. Sin embargo, no se trataba de una posición absoluta ni ajena a cuestionamientos.

### 2.1. Marco legal vigente del arbitraje como parte de la negociación colectiva en el ordenamiento peruano

Para tener claro la relevancia de la declaración del TC, debemos empezar por indicar que el arbitraje como medio de solución de controversias derivado del fracaso de la negociación directa se encuentra regulado en nuestro ordenamiento por el TUO LRCT y el RLRCT.

Las normas antes citadas siempre han previsto dos supuestos en que se puede producir un arbitraje[14]. El primero es el regulado por el artículo 61° del TUO LRCT y, el segundo, el regulado en el artículo 63° de la misma norma.

En el primer caso, el arbitraje se materializa en los supuestos en que no se ha llegado a un acuerdo durante la negociación directa o en la conciliación. En ese sentido, el TUO LRCT señala en su artículo 61° que *"si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje"*.

El segundo caso, recoge el supuesto en que, habiendo los trabajadores optado por la huelga, desean someter el diferendo a arbitraje. Sobre el particular, el artículo 62° del TUO LRCT establece que *"durante el desarrollo de la huelga, los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador"*.

Las disposiciones citadas son complementadas con distintos artículos del RLRCT, siendo importante destacar los artículos 46°, 47°, 48° y 49° de la citada norma.

En primer lugar, el artículo 46° reglamenta lo señalado por el artículo 61° del TUO LRCT, puntualizando que la decisión de someter la materia controvertida al arbitraje puede ser de *"cualquiera de las partes"*. En ese sentido, señala que *"Al*

---

[13] BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. p. loc cit.

[14] En el texto original de la LRCT (Ley N° 25592), el artículo 68° regulaba la obligatoriedad de acudir al arbitraje cuando la controversia involucraba a una empresa encargada de prestar servicios públicos esenciales (*"Artículo 68°.- En el caso de servicios públicos esenciales, de no haber acuerdo en negociación directa o en conciliación, la controversia será sometida a arbitraje obligatorio a cargo de un tribunal integrado por un árbitro designado por cada parte y un presidente designado por la Autoridad de Trabajo")*. El citado artículo fue derogado por la Ley N° 27912 (publicada el 08 de enero de 2007).

*término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el Artículo 61° de la Ley,* ***cualquiera de las partes*** *podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el Artículo 62° de la Ley".*

Por su parte, el artículo 47° complementa el artículo 63° de la LRCT, desarrollando las reglas referidas a la aceptación del empleador, indicando que *"en el caso contemplado por el artículo 63° de la Ley, los trabajadores o sus representantes podrán proponer por escrito al empleador el sometimiento del diferendo a arbitraje, requiriéndose la aceptación escrita de éste".* A ello agrega *que "si el empleador no diera respuesta por escrito a la propuesta de los trabajadores en el término del tercer día hábil de recibida aquélla, se tendrá por aceptada dicha propuesta, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas al procedimiento arbitral. El arbitraje procederá si se depone la huelga".*

De otro lado, el artículo 48° del RLRCT regula la fijación de la materia a ser sometida al árbitro o tribunal, estableciendo textualmente que *"las partes de común acuerdo, están facultadas para fijar aspectos puntuales de discrepancia respecto a los causales debe pronunciarse el árbitro. De no producirse esta situación, la decisión arbitral debe comprender todos aquellos aspectos de la controversia que no hubieran sido solucionados durante la negociación directa".*

Finalmente, el artículo 49° está referido al "compromiso arbitral" que deben suscribir las partes antes de dar inicio al arbitraje, así como las reglas para nombrar al árbitro o tribunal[15].

La regulación antes citada resulta fundamental para establecer si, una vez concluida la negociación directa o la conciliación, supuesto recogido por el artículo 61° del TUO LRCT, la decisión de los trabajadores de someter la controversia a un arbitraje resulta vinculante para el empleador. Para tales efectos, resulta importante analizar no solo lo previsto en el artículo antes citado, sino también lo dispuesto por el artículo 63° del TUO LRCT.

---

[15] *"Artículo 49·.- La decisión de someter la controversia a arbitraje constará en un acta denominada compromiso arbitral, que contendrá el nombre de las partes, los de sus representantes y sus domicilios, modalidad de arbitraje, información sobre la negociación colectiva que se somete a arbitraje; monto y forma de pago de las costas y honorarios de los Árbitros; lugar de arbitraje y facilidades para el funcionamiento del Tribunal, que deberá asumir el empleador, de no ser posible, será solicitada por las partes al Ministerio de Trabajo y Promoción Social.*

*Las partes que suscribieron el compromiso arbitral, deberán designar sus Árbitros en un plazo no mayor de 5 días hábiles. De no hacerlo una de ellas la Autoridad Administrativa de Trabajo designará al Árbitro correspondiente, cuyo costo asumirá la parte responsable de su designación.*

*Si por alguna circunstancia cualquiera de los Árbitros dejara de asistir o renunciara, la parte afectada deberá sustituirlo en el término no mayor de tres días hábiles. En caso de no hacerlo, el Presidente del Tribunal solicitará a la Autoridad Administrativa de Trabajo su sustitución".*

### 2.2. Tipología del arbitraje en la negociación colectiva

Para determinar la naturaleza del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, debe empezarse por indicar que la doctrina ha definido hasta tres tipos de arbitraje: obligatorio, voluntario y potestativo.

Como hemos adelantado previamente, hablamos de arbitraje obligatorio cuando *"por mandato expreso de la normativa, terminadas las etapas en las que se busca una solución autónoma (sin o con intervención de tercero), se pasa inmediatamente a la de una solución heterónoma, en la que un tercero resuelve el conflicto"*[16]. Este es el caso del arbitraje que estaba regulado en el texto original de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para el supuesto de negociación con intervención de empresas que prestan servicios públicos esenciales (artículo 68°).

En este supuesto las partes no tienen otra opción que, ante el fracaso de la negociación o conciliación, llevar la controversia al arbitraje, aún cuando ambas no lo deseen.

Por su parte, el arbitraje voluntario es aquel que depende de la decisión de las partes de someter la discusión al arbitraje, decisión que además debe ser adoptada de mutuo acuerdo. En ese sentido, se señala que *"el arbitraje es voluntario cuando la decisión nace del consenso de ambas partes"*[17]. Este sería el caso del supuesto regulado por el artículo 63° del TUO LRCT (referido al supuesto en que los trabajadores ya optaron por la huelga), el mismo que expresamente exige la conformidad de ambas partes para someter la materia al árbitro o tribunal. En ese sentido, se ha sostenido que *"no existe la menor duda que estamos aquí ante un supuesto de arbitraje voluntario"*[18].

Por último, nos encontramos ante un arbitraje potestativo cuando *"ambas partes pueden adoptar conjuntamente acudir al arbitraje, pero también está facultada una de las partes, por su sola decisión y en las condiciones establecidas en la norma, de someter el conflicto a arbitraje, arrastrando a la otra a dicha solución"*[19]. Incluso, siguiendo la experiencia en legislaciones comparadas, hay quienes señalan que en el arbitraje potestativo resulta *"obligatorio para el empleador y facultativo para el trabajador"*[20].

### 2.3. Naturaleza del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT

Como hemos mencionado, la naturaleza del supuesto regulado por el artículo 61° ha sido siempre sumamente discutida debido a que existen posiciones que

---

16 CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. *"El arbitraje laboral ¿voluntario o potestativo?"*. En: Revista del Foro. Año LXXXI, N° 1. Lima, 1994. p. 90.

17 PASCO COSMÓPOLIS, Mario. *"Solución de los conflictos colectivos de trabajo: la conciliación y el arbitraje"*. En: Derecho N° 37. Lima, 1983. p. 130.

18 BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. p. 222.

19 CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. Op. cit. loc cit.

20 CHANGALA, Ricardo y FERNÁNDEZ, Hugo. *"Medios de solución de conflictos colectivos de trabajo"*. Montevideo: Editorial Fondo de Cultura Universitaria, 1985. p.31.

lo consideran un arbitraje de tipo voluntario, mientras otras lo califican como potestativo.

En esta discusión resulta relevante lo señalado por el artículo 46º del RLRCT cuando señala que, en el supuesto del artículo 61° del TUO LRCT *"cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje"*, considerando de esta manera la posibilidad de que el arbitraje sea impuesto a una de las partes por decisión de la otra.

***a) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como voluntario***

Sin embargo, y pese a lo señalado en el punto anterior, siempre han existido posiciones para las cuales el artículo 61° del TUO LRCT regula un supuesto de arbitraje voluntario, es decir, en el cual se requiere de la voluntad de ambas partes para someter la controversia al arbitraje.

Para tales efectos el argumento es que, cuando el RLRCT otorga la posibilidad a una de las partes para que decida si una controversia es sometida a arbitraje, excede lo dispuesto en el TUO LRCT, de mayor jerarquía, por lo que resultaría inaplicable.

Así pues, se afirma que *"el Reglamento contiene una disposición contraria a la Ley, convirtiendo el arbitraje en una decisión unilateral del sindicato (arbitraje potestativo), en lugar de un acto que exige el consentimiento de ambas partes"*[21]. A ello se agrega que *"la norma reglamentaria contraviene, pues, lo dispuesto en la norma que es de mayor jerarquía"*[22].

A lo antes señalado, se ha sumado la inexistencia de un mecanismo expresamente regulado que pueda obligar a la parte que se opone al arbitraje a someterse al mismo. Así pues, se sostiene que hace falta *"un mecanismo compulsivo que haga suponer la existencia de arbitraje de tipo potestativo, es decir; que pueda operar por sola decisión de una de las partes"*[23].

Otros argumentos que se han elaborado están basados en la naturaleza del arbitraje y la exigencia de suscripción del compromiso arbitral (citada en el artículo 49º del RLRCT). En ese sentido, se ha sostenido *que "la vía arbitral debía ser una de las varias opciones para la solución de la negociación colectiva y quedar reservada solamente a los casos que fuera aceptada expresamente por las partes pues tal es la esencia del procedimiento arbitral"*[24], agregando que, de acuerdo a nuestro ordenamiento, *"las partes deben celebrar 'un compromiso arbitral' que no hace sino*

---

21 ZAVALA COSTA, Jaime. *"El arbitraje como solución de los conflictos colectivos económicos"*. En: ADVOCATUS Primera Entrega. Lima, 1998. p. 81.

22 Ibid.

23 VINATEA RECOBA, Luis. *"El Arbitraje Facultativo como Medio de Solución de Conflictos de Intereses en la LRCT"*. En: Asesoría Laboral, Nº 37. Lima, 1994. p. 15.

24 ELÌAS MANTERO, Fernando. *"Comentario al reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo"*. En: Actualidad Laboral Nº 199. Lima, enero 1993. p. 24.

*ratificar el carácter contractual del arbitraje"*[25]. A partir de ello se ha sostenido que, lo regulado en el artículo 46º del RLRCT distorsiona lo señalado en la ley *"al precisar que el arbitraje puede ser solicitado por una de las partes convirtiendo la decisión (bilateral) en una unilateral"*[26].

***b) Argumentos a favor de considerar el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT como potestativo. La posición del TC***

En contra de lo señalado en el punto anterior, existen varios argumentos para sostener el carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61º del TUO LRCT.

*b.1) Los alcances de la facultad de someter la negociación a arbitraje*

En primer lugar, se ha considerado que *"acertadamente, la Ley traslada el ejercicio de la opción a los trabajadores y no exige consenso de las partes para que el arbitraje pueda llevarse a cabo"* [27].

En ese sentido, se ha sostenido que *"si bien el artículo 61º de la Ley pudiera llevar a considerar que cualquier las partes puede someter el diferendo a arbitraje si no se hubiera arribado a un acuerdo en negociación directa o conciliación, una lectura más cuidadosa de las normas pertinentes conducen inequívocamente a la conclusión de la alternativa de escoger entre una u otra vía ha sido otorgada a los trabajadores (...) por ello el artículo 62º a que si no ha mediado acuerdo, los trabajadores podrá alternativamente declarar la huelga (...) ello quedo nítidamente corroborado con el artículo 46º del Reglamento"* [28]. De la cita realizada, podemos rescatar el carácter alternativo de la huelga como fundamento de la naturaleza potestativa del arbitraje.

*b.2) El contenido del artículo 63° del TUO LRCT*

De otro lado, se resalta lo establecido por el artículo 63º del TUO LRCT. Como se ha mencionado anteriormente, este último dispositivo regula un arbitraje de tipo voluntario, es decir, en el que se exige el acuerdo de ambas partes para su materialización.

La existencia de un arbitraje voluntario, con referencia expresa a la posibilidad de una aceptación tácita por parte del empleador (desarrollada por el artículo 47º del RLRCT[29]), haría cuestionable la tesis de que la regla impuesta por la LRCT exige el común acuerdo. Sobre el particular, se ha afirmado que *"si el arbitraje consignado*

---

[25] Ibid.

[26] Ibid.

[27] FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit. Loc. cit.

[28] Ibid.

[29] El cual se remite exclusivamente al artículo 63º de la LRCT.

*en el art. 61 fuera voluntario o facultativo para ambas partes, por qué el art. 63 hace mención a la necesidad de la aprobación expresa o tácita del empleador, por qué no realizar una remisión al art. 61, o por qué exigir la aceptación del empleador, si era la premisa de cualquier arbitraje"*[30].

En relación a lo dispuesto por el artículo 63° del TUO LRCT, se ha señalado también que *"habría que resaltar que este precepto, concordado con el artículo 61° de la ley, reforzaría la interpretación de que este último consagra el arbitraje unilateral, en razón de que no tendría sentido establecer la misma figura jurídica en dos artículos, a pesar de que actúen en dos momentos distintos"*[31].

De hecho, la Aclaratoria de la Sentencia emitida en el Expediente N° 3561-2009— potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del TUO LRCT, *"solo así cobra sentido la especificación realizada por el artículo 63° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, conforme a la cual 'durante el desarrollo de la huelga los trabajadores podrán, asimismo, proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje, en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador'"*. (F.7).

A ello, la Aclaratoria agrega que *"abona al sentido de esta interpretación el hecho de que el artículo 46° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (...) disponga que 'al término de la negociación directa, o de la conciliación, de ser el caso, según el Artículo 61° de la Ley, **cualquiera de las partes** podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje, salvo que los trabajadores opten por ejercer alternativamente el derecho de huelga, de conformidad con el Artículo 62° de la Ley'"*. (F.7)

Así pues, si bien de una interpretación literal del artículo 61º del TUO LRCT puede desprenderse que regula un arbitraje de tipo voluntario que exigiría la aceptación de ambas partes para que se pueda materializar, de una interpretación sistemática de nuestro ordenamiento, se desprende una conclusión distinta.

En efecto, la existencia de una regulación expresa sobre un supuesto de arbitraje voluntario (artículo 63º) pondría en duda que tal situación sea la regla general. Ello, más aún, si se establecen reglas para determinar si existió aceptación del empleador (artículo 47º del RLRCT) aplicables únicamente para este último supuesto.

*b.3) La decisión bilateral de someter la negociación colectiva a arbitraje*

Sobre la naturaleza bilateral del arbitraje, que supuestamente no haría viable el arbitraje potestativo, un argumento sólido estaría en que la decisión de acceder al arbitraje *"puede ser bilateral, es decir, provenir del acuerdo de parte, que sería lo ideal, pero también es posible y por ello no perdería su naturaleza de arbitraje, que la*

30 CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. Op. cit. p. 97.

31 BOZA PRÓ, Guillermo y CANESSA MONTEJO, Miguel. Op. cit. Loc. cit.

*decisión de acceder a un arbitraje venga impuesta por la ley, o sea una de las partes la que decida el sometimiento"*[32].

Así pues, el carácter de potestativo de un arbitraje, no le suprime su naturaleza de arbitraje.

*b.4) La huelga como medio alternativo de solución del conflicto*

También constituye un elemento a tener en consideración en el análisis la consecuencia de considerar que el empleador tiene que aceptar el arbitraje cuando los trabajadores han decidido someter la controversia a dicho medio de solución. En efecto, en tal situación, de acuerdo al texto mismo del artículo 61º del TUO LRCT, los trabajadores tendrían como única opción posible la materialización de una huelga, mecanismo que no siempre será un elemento coercitivo para el empleador. En ese sentido, se ha manifestado que la consagración de un arbitraje potestativo resulta coherente considerando que, en algunos supuestos, al empleador *"la huelga puede resultarle beneficiosa ya que le evitaría continuar incurriendo en los costos propios del proceso productivo"*.[33]

En este punto, es importante la referencia a lo señalado por el artículo 62º del TUO LRCT sobre el carácter alternativo de la huelga para los trabajadores en el caso del supuesto regulado por el artículo 61º del citado cuerpo legal, utilizado como sustento para alegar el carácter facultativo del arbitraje regulado por esta última disposición.

Lo cierto es que, el espíritu del TUO LRCT parece apuntar a no dejar abierto el conflicto, y a tratar de reducir las posibilidades de llegar a soluciones de contraposición absoluta, como sucede en el caso de la huelga. De considerarse que el arbitraje regulado por el artículo 61º del TUO LRCT es de tipo voluntario, el conflicto, por regla general, quedaría inconcluso, o la huelga se convertiría en el medio de solución de controversia por excelencia.

En ese sentido, debe tenerse presente que en la interpretación de las normas se debe tener presente que éstas siempre tienen un objetivo, en este caso, que se resuelva la negociación colectiva, ya sea en trato directo, conciliación, mediación o a través del arbitraje; de ningún modo que no se resuelva, más aún si la Constitución establece que el Estado fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales (artículo 28°, numeral 2).

En esta materia, la Aclaratoria basó buena parte de su decisión. Es así como señaló que *"aunque es evidente que el derecho a huelga es un derecho fundamental reconocido por el artículo 28 de la Constitución, y que no forma parte de su contenido constitucionalmente protegido el pretender ejercerlo de forma violenta, también lo es que la huelga es representativa de la agudización del desacuerdo con el empleador, y,*

---

[32] CORTÉS CARCELEN, Juan Carlos. Op. cit. p. 98.

[33] FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit. Loc. cit.

*denotativa de haberse llegado a un tramo álgido de conflicto. De ahí que sea imperativo interpretar las normas laborales de forma tal que, respetándose el derecho fundamental a la huelga, se facilite, promueva y garantice métodos alternativos para la solución de conflictos"* (F.7).

Es así como, el considerar que el arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT es voluntario, llevaría a obligar a los trabajadores a optar por la huelga, cuando no es la alternativa que debe ser considerada como regla.

En ese sentido, en la Aclaratoria el TC indicó que *"una interpretación contraria llevaría a la inconstitucional conclusión de que en caso que los trabajadores optarán por acudir al arbitraje, el empleador tendría plena capacidad con su negativa, de frustrar esta vía heterocompositiva de solución, obligando a los trabajadores a acudir a la huelga. Como es evidente, ello no solo se opondría al debe del Estado de promover y fomentar formas pacíficas de solución de conflicto, sino que además haría de la huelga no un derecho fundamental libremente ejercido por el trabajador, sino una vía obligatoria impuesta por el empleador, vaciando de contenido a este derecho fundamental"*.

Y es que, si la huelga busca coaccionar al empleador para obtener una respuesta de éste, consideramos que solo buscara conducir a los trabajadores a su declaración cuando se encuentre seguro que la medida no va a causarle daño alguno, y por tanto, carecerá de efectividad.

En este punto, solo quedaría hacer una reflexión sobre lo señalado por el TC en la Aclaratoria, en relación a que *"ante la falta de acuerdo, y manifestada la voluntad de una de las partes de acudir al arbitraje, la otra tiene la obligación de aceptar esta fórmula de solución de conflicto"*. De ello se desprende que tanto los trabajadores como el empleador pueden solicitar el arbitraje y, con ello, obligar a la otra parte a acudir al mismo. Claro está que, tal posibilidad de optar, en el caso del empleador, está sometida al ejercicio o no del derecho de huelga por parte de los trabajadores.

*b.5) La obligatoriedad de suscribir el compromiso arbitral y el deber de negociar de buena fe*

Finalmente, sobre la exigencia de celebración de un "compromiso arbitral" como un elemento que puede desvirtuar la naturaleza potestativa del arbitraje regulado en el artículo 61º del TUO LRCT. El primer elemento que consideramos importante resaltar es que, de acuerdo al artículo 49º del RLRCT, *"la decisión de someter la controversia a arbitraje deberá constar en un acta denominada 'compromiso arbitral'"*. Es evidente pues que, en el supuesto de un arbitraje potestativo la decisión del empleador puede estar ausente, como también podría estar presente. De esta manera, la celebración del denominado "compromiso arbitral" sólo sería exigible en el segundo caso, sin que su ausencia pueda ser considerada como un obstáculo para la materialización del arbitraje, más aún si se trata de un requisito contenido en el Reglamento y no en la Ley (que es la que consagraría el arbitraje potestativo).

Una interpretación contraria llevaría a concluir que el arbitraje, pese a su naturaleza potestativa, puede ser neutralizado por la decisión del empleador. En

ese sentido, se ha señalado en su momento que *"el reglamento ha conferido una importancia excesiva a esta acta de compromiso arbitral, a pesar de que el arbitraje no es facultativo para el empleador —salvo el caso de la huelga—. Este puede, sin embargo, neutralizarlo por su simple negativa a celebrar el compromiso"*[34].

A ello puede agregarse que, siendo el arbitraje parte de la negociación colectiva, le alcanzan los principio aplicables a la misma, tal como es el caso del deber de negociar de buena fe consagrado en el artículo 54º de la TUO LRCT[35], que si bien, como se ha mencionado anteriormente, no comprende la obligación de arribar a un producto de la negociación, obliga a las partes a hacer todos los esfuerzos para que ello suceda, siendo contrario a ello la negativa de someterse al arbitraje cuando así está prescrito legalmente.

Al respecto, se ha señalado que *"implica que la mesa negociadora debe hacer todos los esfuerzos que estén a su mano para llegar a un final positivo, o en otras palabras, que el simple cambio de proposiciones no es suficiente(...)"*[36]. De esta manera, ateniendo a que nuestra legislación considera que, dentro del procedimiento de negociación colectiva, cualquiera de las puede someter el diferendo a arbitraje por haber fracasado la negociación directa o conciliación, la otra parte está obligada a realizar todos los actos que hagan viable dicha opción, como por ejemplo la suscripción de un compromiso arbitral o el nombramiento del árbitro correspondiente.

Varios de los argumentos expuestos han sido recogidos, en mayor o menor medida, por la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014, la misma que habría dejado cerrada la discusión sobre el carácter potestativo del arbitraje regulado en el artículo 61° del TU LRCT. En efecto, estamos ante una posición no solo consagrada por el TC (en las sentencias ya mencionadas), sino ahora por la Corte Suprema. Es decir, la posición se ha ratificado en las dos instancias jurisdiccionales que existen en el ordenamiento peruano. De ahí para adelante, sostener el carácter voluntario del citado arbitraje carece de sentido.

## III. ARBITRAJE POTESTATIVO INCAUSADO VERSUS ARBITRAJE POTESTATIVO POR MALA FE: LO QUE QUEDA POR DEFINIR

Si bien la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014 ha cerrado el tema del carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, parece no haber optado por alguna de las dos posturas que hoy se manejan con relación a la procedencia del mismo.

---

34 Ibid. p. 14

35 *"Artículo 54º.- (...)*
*Las partes están obligadas a negociar de buena fe ..."*

36 OJEDA AVILÉS, Antonio. Derecho Sindical. Octava edición. Madrid: Tecnos, 2003. p. 773.

Al respecto, debemos recordar que actualmente, los distintos tribunales arbitrales que han tenido que resolver la procedencia o no del arbitraje, vienen acogiendo dos posturas:

a) La primera, se basa en lo señalado por el Decreto Supremo N° 014-2012-TR y en la Sentencia expedida en el Expediente 3561-2009-PA/TC, y exige la comisión de actos de mala fe por parte de quien es obligado a ir al arbitraje (excepto si se trata de la primera negociación).

   Esta posición desarrolla lo señalado en el citado Decreto, aplica sus disposiciones, y las complementa con lo dispuesto en la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR.

b) Para tal efecto, el tribunal realiza una evaluación de las causales de mala fe alegadas por la parte que solicita el arbitraje, y de verificar su configuración, declara procedente el arbitraje.

   La segunda, sostiene la tesis del arbitraje potestativo incausado, es decir, de aquel que procede sin necesidad de que se configure algún acto de mala fe, sino por el solo mérito del derecho a negociación colectiva, consagrado en la constitución.

   Esta posición se basa en las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2566-2012-PA/TC y N° 3243-2012-PA/TC, las cuales consagran el carácter potestativo del arbitraje, sin condicionarlo a algún supuesto de mala fe. Además, se sostiene en la afirmación que el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, deriva de una indebida lectura del Poder Ejecutivo de la Sentencia expedida en el Expediente 3561-2009-PA/TC, que es *"incorrecta y mutila sus alcances, dejando abierta la puerta a la prolongación de los conflictos derivados de la negociación colectiva, cuando no se puede acreditar que la falta de solución a los mismos obedece a la mala fe del empleador, lo que marcha en sentido contrario al deber constitucional que tiene el Estado de fomentar la negociación colectiva y promover la solución pacífica de los conflictos laborales"*[37].

   Según esta posición, el artículo 61° del TUO LRCT, no establece condición alguna para que proceda el arbitraje potestativo, con lo cual, lo establecido por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR, sería contrario a ley.

   Así pues, BOZA PRÓ, haciendo una lectura conjunta del TUO LRCT y el artículo 28° de la Constitución, concluye que *"lo que termina siendo controvertido es que el arbitraje potestativo – por acción del Decreto Supremo N° 014-2011-TR y la Resolución Ministerial N° 284-2011-TR, se circunscriba únicamente a supuestos de determinación de nivel o a las negociaciones*

[37] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *"Naturaleza, rol y dificultades del arbitraje en la negociación colectiva"*. En: Libro de Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2015. p. 170-171.

> *realizadas con contravención al principio de mala fe, porque (...) resulta inconsistente considerar al arbitraje potestativo como una figura excepcional"*[38].
>
> Los dos principales argumentos en contra de esta posición, además de la expedida en el Expediente 3561-2009-PA/TC, son (i) que lesiona el principio de la negociación voluntaria y (ii) que desincentiva la negociación directa. Las respuestas a estos cuestionamientos pueden resumirse en lo señalado por CARRILLO CALLE. En relación a la primera crítica, el citado autor señala que *"quienes critican el arbitraje potestativo incausado, intentan oponer el arbitraje a la negociación directa, cuando esta modalidad de arbitraje a lo que es alternativo es a la posibilidad de que la negociación se quede sin resolver, es decir, se mantenga abierto de manera indefinida"*[39] En cuanto a la segunda crítica señala *"si el arbitraje potestativo desincentivara la negociación directa, serían más las negociaciones colectivas que acaban con un laudo, que aquellas que lo hace con un convenio colectivo"*, lo que en la práctica no sucede[40].

Sin perjuicio del debate que se genera a partir de estas posiciones, matizadas por posiciones intermedias[41], podemos concluir que se trata de dos teorías que son contradictorias entre sí. En efecto, no es posible conciliarlas, lo que sumado a la forma de determinación de la procedencia del arbitraje, basada en el principio *kompetenz kompetenz* (según el cual cada tribunal define su competencia)[42], presenta a las partes que participan en una negociación colectiva una situación bastante incierta.

Bajo el contexto mencionado, la procedencia del arbitraje potestativo dependerá de la constitución del tribunal arbitral. De esta manera, el sometimiento de la negociación colectiva al arbitraje presenta un nivel de incertidumbre que puede generar costos de tiempo y dinero innecesarios a las partes. Así pues, ni la sustentación constitucional del arbitraje potestativo, ni la buena fe negocial, garantizaran la procedencia o improcedencia de dicho medio de solución de con-

---

38 BOZA PRÓ, Guillermo. *"Negociación colectiva y arbitraje potestativo"*. En: Laborem N°14. Lima, 2015. p.193.

39 CARRILLO CALLE, Martín. *"El arbitraje laboral potestativo incausado"*. En: Libro de Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2015. p. 240.

40 Ibid. p. 241.

41 De hecho, ya se han encontrado pronunciamientos arbitrales que, desconociendo la posibilidad de un arbitraje incausado, y no existiendo actos de mala fe configurados, han admitido la procedencia del arbitraje en virtud de lo que el tribunal ha denominado *"bloqueo de las negociaciones"*, derivado de la extensión del trato directo por varios meses.

42 Principio reconocido por la Autoridad Administrativa de Trabajo como aplicable al arbitraje potestativo en la Resolución Directoral General N° 001-2012-MTPE/2/14 y en el Informe N° 52-2012-MTPE/2/14.

flictos. El tema estará supeditado al criterio de los árbitros, que además, pueden tener criterios distintos.

Tal situación produce un desgaste que incluso puede terminar por entorpecer el resultado del procedimiento arbitral, y la negociación en general. En efecto, además de que la determinación de los miembros del tribunal habría tomado una trascendencia mayor a la que ya tenía, no existe una mediana seguridad de que el sometimiento al arbitraje proceda y termine cerrando el conflicto, que es lo que constituye el principal sustento del arbitraje potestativo.

En ese sentido, constituía un aspecto relevante saber si es que la legalidad ratificada del Decreto Supremo N° 014-2011-TR por la Corte Suprema, podría tener alguna repercusión en esta discusión.

Al respecto, lo primero que debemos indicar es que la acción popular sobre la que se pronuncia la Corte Suprema, y que es declarada infundada, está sustentada en el supuesto carácter voluntario del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, y la ilegalidad, e incluso, supuesta inconstitucionalidad, del arbitraje potestativo. Es decir, no se ha evaluado la legalidad o no de colocar supuestos de mala fe como filtro para el arbitraje a partir de la segunda negociación. En ese sentido, no podríamos decir que lo señalado por la Corte Suprema descarta la teoría del arbitraje potestativo incausado.

En segundo lugar, podría sumar a la conclusión antes expuesta, la referencia que la Sentencia de la Corte hace a las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2566-2012-PA/TC y N° 3243-2012-PA/TC, las cuales consagran el carácter potestativo del arbitraje, sin condicionarlo a algún supuesto de mala fe, y son el principal estandarte jurisprudencial de quienes defienden la teoría del arbitraje potestativo incausado (aun cuando tales sentencias no se pronuncian sobre la validez de las limitaciones impuestas por el Decreto Supremo N° 014-2011-TR).

Ahora, lo antes señalado tampoco podría llevar a alegar la ilegalidad del Decreto Supremo N° 014-2011-TR en la parte que somete la procedencia del arbitraje potestativo a la configuración de un acto de mala fe. Ello, primero, pues no se trata de un tema que haya sido materia de discusión. Segundo, pue la misma Sentencia señala que el Decreto viabiliza la concreción del artículo 28° de la Constitución (Considerando Trigésimo Tercero). Y, finalmente, pues mientras no se declare su ilegalidad, el citado decreto debería presumirse legal (sin perjuicio de la evaluación jurídica que en cada caso concreto podría hacerse de su constitucionalidad o legalidad).

Lo cierto es que, al parecer, nos encontraríamos como al principio, pero ante una necesidad de que esta discusión se cierre. Ello permitirá a las partes presentar mejores propuestas, aterrizar mejor sus intereses y, posiblemente, cerrar el conflicto en un tiempo menor. Todo ello, sin dejar de considerar que dentro de la negociación colectiva, como regla, la solución directa es la ideal.

## IV. CONCLUSIONES

Con la Sentencia Acción Popular N° 5132-2014, se habría cerrado la discusión del carácter potestativo del arbitraje regulado por el artículo 61° del TUO LRCT, declarado primero por el Tribunal Constitucional, y ahora ratificado por la Corte Suprema.

La citada Sentencia no cierra la discusión sobre la procedencia del arbitraje potestativo, basada en las posiciones existentes basadas en la teoría del arbitraje potestativo incausado y la teoría del arbitraje potestativo sometido a la comisión de actos de mala fe de una de las partes.

El contexto actual del arbitraje potestativa nos manifiesta la necesidad de cerrar la discusión antes citada, a efectos de que las partes que participan en la negociación tengan una mayor predictibilidad de lo que sucederá con su conflicto, puedan elaborar mejores propuestas, y concluyan la discusión en un menor tiempo, pero sin dejar de considerar que, como regla, la mejor solución para ambas partes estaría en la negociación directa.

*Capítulo tercero*

# LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL

# *Ponencias oficiales*

# La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites

**Mónica Pizarro Díaz**

Socia Coordinadora del Área Laboral del Estudio Echecopar, Asociado a Baker & McKenzie International. Profesora contratada del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

***SUMARIO***

*I. Las decisiones judiciales y la creación del derecho.- II. Los límites a la creación judicial.- III. El respeto a los límites a la interpretación judicial: análisis de casos.- 3.1. El análisis del petitorio implícito.- 3.2. La modificación del petitorio hasta en la Audiencia de Juzgamiento.- 3.3. Jubilación obligatoria y pago de indemnización por despido arbitrario.*

## I. LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA CREACIÓN DEL DERECHO

La tradición de nuestro sistema legal romano germánico nos ha enseñado que el derecho proviene esencialmente de norma-ley, creada por los poderes Legislativo o Ejecutivo[1] y cuya aplicación está a cargo del Poder Judicial. En este contexto, cuando hablamos, por ejemplo, de la flexibilidad o rigidez de nuestro sistema de relaciones laborales, la discusión suele desenvolverse alrededor de cuan flexibles o rígidas son nuestras normas laborales. Sin embargo, si hacemos una revisión de las modificaciones que ha sufrido este sistema en los últimos 15 años, tendremos que admitir que los cambios generados desde la interpretación judicial (como las nuevas formas de protección frente al despido) han sido tan o más relevantes que aquellos que pueden haberse producido desde la norma-ley (como las restricciones a la intermediación laboral o la creación de un nuevo sistema de intermediación laboral). Inclusive, hemos constatado casos en los que se ha promovido la modificación legislativa para respaldar la aplicación general de una interpretación judicial[2].

Ahora bien, con relación al carácter de fuente de derecho de las decisiones judiciales, Neves[3] distingue entre la sentencia común, que resuelve un caso concreto y solo tiene efecto entre las partes, y la sentencia normativa, que establece un precedente vinculante, lo que implica que las reglas utilizadas para resolver el caso concreto deberían ser aplicadas a cualquier supuesto similar. Este tipo de sentencias son emitidas en virtud de una especial habilitación en nuestro sistema legal. Así, tenemos:

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional emitidas con carácter de precedente vinculante, conforme a lo previsto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional[4].
2. Las sentencias que dan solución a casos concretos, emitidas por los Plenos Casatorios de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que adopten de acuerdo a lo indicado por el artículo 40° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo[5].

---

1 En el caso particular del derecho del trabajo, tendríamos que agregar como creadores de derecho a la Autonomía Colectiva a través del convenio colectivo y a la voluntad unilateral del empleador que se manifiesta por medio de los reglamentos internos.

2 Es el caso del Decreto Supremo N° 014-2011-TR que regula el arbitraje potestativo y que fue expedido como consecuencia de la expedición de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 03561-2009-PA/TC.

3 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP. Lima: 2009. pp. 101 y 102.

4 *Artículo VII.- Precedente Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa Juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.*

5 *Artículo 40º.- Precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República.- La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso*

3. Las resoluciones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en materia contencioso administrativa que fijen principios jurisprudenciales, tal como indica el primer párrafo del artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo[6].
4. En general, todas las Ejecutorias emitidas por las Salas de la Corte Suprema de Justicia de la República que establezcan principios jurisprudenciales y sean publicadas en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a lo señalado por el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial[7].

Si aplicamos la noción clásica de fuente de derecho, entendida como hecho o acto normativo de validez abstracta y general, concluiremos que las sentencias normativas deben ser consideradas fuente de derecho. ¿Qué ocurre entonces con las sentencias comunes que carecen de ese alcance abstracto y general? Como indica Neves[8], las sentencias comunes no constituyen una fuente del derecho, aunque el propio autor admite que forman "*precedentes indicativos*". Así, el hecho de que las sentencias comunes no califiquen como fuente de derecho en sentido estricto no implica que las mismas no creen derecho, ya que contienen soluciones que eventualmente pueden ser aplicadas a casos similares. En efecto, como ha señalado Barbagelata: "*Es un hecho bastante general que la interpretación e integración del derecho operada en sede judicial y administrativa posee un cierto efecto normativo aun en los países en que no se reconoce a la jurisprudencia como fuente formal de derecho, ni el precedente judicial planea sobre todo el proceso de su interpretación y aplicación*"[9].

---

*de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.*

6 *Artículo 37°.- Principios jurisprudenciales. Cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema fije en sus resoluciones principios jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, constituyen precedente vinculante.*

7 *Artículo 22°.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial. Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.*

*Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.*

8 Op cit. p. 99.

9 BARBAGELATA, Hector Hugo. Fuentes del Derecho del Trabajo. Revista del Colegio de Abogados del uruguay. TXI, dic. 1998, p. 8. Citado por: FONT BERTINAT, Bismark. La

De lo anterior, debemos admitir que, sea como fuente de reglas de aplicación general o a través de interpretaciones que dan solución sólo a casos concretos, las decisiones judiciales crean derecho. Esto ocurre porque "*la ley no contiene todo el Derecho que, en cada instante, necesita para su vida normal la sociedad. Por ello, quien tiene a su cargo la misión de interpretar y aplicar la ley realiza en muchos casos una función verdaderamente creadora*[10]".

## II. LOS LÍMITES A LA CREACIÓN JUDICIAL

En el punto anterior hemos concluido, como regla general, que las decisiones judiciales tanto de alcance general como particular tienen la posibilidad de crear derecho. Corresponde ahora referirnos a los límites que los órganos jurisdiccionales deben respetar al momento de realizar esta actividad creadora.

Con este fin, estimamos pertinente recordar, en primer lugar, que la creación judicial no se realiza en el vacío. Al contrario, los órganos jurisdiccionales generan derecho a partir de la interpretación de las normas legales (tema que nos ocupa) y, en caso de vacío o deficiencia de la ley, aplicando las reglas de la integración, conforme a lo previsto por el literal 8 del artículo 139° de nuestra Constitución. Por esta razón se ha indicado que "*la afirmación de que los jueces crean Derecho no se debe identificar necesariamente con una negación del sometimiento del juez a la ley (...) La atribución de capacidad normativa al juez no implica a) afirmación de la autonomía de la actividad judicial respecto al producto normativo del legislador; b) irresponsabilidad del juez; c) reconocimiento de una posición de primacía genérica de la jurisprudencia en la organización de las fuentes del Derecho*[11]". De esta manera, **la sujeción a la ley se configura como el primer límite a la interpretación en tanto mecanismo de creación judicial**.

Un segundo elemento a tener en consideración es que el mandato conferido a los órganos jurisdiccionales no se limita a interpretar la norma aplicable al caso. Los jueces están obligados también a **resguardar que la interpretación que elijan respecto de la norma aplicable no entre en contradicción con las disposiciones de rango superior que forman parte del sistema legal**.

Esta última obligación viene impuesta por el artículo 138° de la Constitución que establece la facultad de los jueces de ejercer control difuso, al disponer que "*En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre*

---

Jurisprudencia laboral como fuente del derecho. En: Grupo de los Miércoles. Treinta y Seis Estudios sobre las Fuentes del Derecho del Trabajo. Montevideo: FCU. 1995. p. 373.

10 PUIG BRUTAU, José. La jurisprudencia como fuente de derecho. Barcelona: Bosch. 1952. p. 8

11 ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier. Creación Judicial del Derecho: Crítica de un Paradigma. En: VVAA, El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al profesor Mario G. Losano. Madrid, IDHBC-Dykinson, 2006, p. 519-554. p. 522.

*toda otra norma de rango inferior*". En el caso del proceso laboral, esta obligación ha sido reforzada por el artículo IV del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo que "*establece el sistema de fuentes propios del Estado constitucional en el que el juez debe fundamentar sus decisiones. De esta manera, se rompe con aquella concepción de que tiene que hacerlo con base sólo en la ley, pues ésta ha de ser sometida ante todo al juicio de constitucionalidad por el que toda norma debe pasar antes de ser aplicada por el juez*[12]".

Esta facultad/obligación es la que permite que el conjunto de la regulación en la que nos desenvolvemos pueda ser calificada como un sistema y, a nuestro entender, **constituye el segundo límite a la interpretación judicial.**

Hasta aquí tenemos que los jueces se encuentran obligados a cuidar que la interpretación que deseen aplicar al caso concreto: (i) pueda ser válidamente extraída de la norma interpretada y (ii) respete el principio de jerarquía normativa. Sin embargo, es común que una misma norma permitan extraer válidamente varias interpretaciones y que más de una de ellas sea conforme al principio de jerarquía normativa. En un escenario de esta naturaleza, el órgano jurisdiccional en cuestión puede elegir cualquiera de esas interpretaciones válidas, pero deberá cumplir con justificar adecuadamente su decisión. Este es pues **el tercer y último límite a la interpretación judicial: la obligación de motivar debidamente las resoluciones**, contemplada en el numeral 5 del artículo 139° de la Constitución[13].

Este último límite ha sido aquel que ha sido objeto de mayor desarrollo jurisprudencial. Al respecto, nos parece interesante lo resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Casación Laboral N° Nº 2965-2013-CALLAO:

> "las garantías judiciales previstas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos suponen que cualquier autoridad pública, incluso judicial, debe respetar al emitir sus resoluciones que determinen derechos y obligaciones de las personas. En efecto, respecto a la motivación de las decisiones la referida instancia supranacional, estableció que: "(...) el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso; que la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión"; asimismo, refirió que: "(...) la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el

---

12 PRIORI POSADA, Giovanni F. Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Lima: Ara Editores, 2011, p. 50.

13 "*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:*
*(...)*
*5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos.*"

conjunto de pruebas ha sido analizado(...)", además de demostrar a las partes que han sido oídas (...)."

Conviene también revisar lo resuelto en la Casación Laboral 4709-2012-DEL SANTA:

> QUINTO.- Que, en ese sentido, habrá motivación de las resoluciones judiciales siempre que exista: 1) Fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas aplicables al caso, sino, la explicación y justificación de que tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; 2) Congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, 3) Por sí misma la resolución judicial exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa, o dicho en otras palabras, que las razones que respaldan una determinada resolución judicial puedan desprenderse de su simple lectura y no de suposiciones o interpretaciones forzadas por parte de los destinatarios de ellas,

De lo anterior tenemos que el requisito de la adecuada motivación de las resoluciones judiciales se considerará cumplido cuando:

1. Exista una justificación razonada que permita llegar a la conclusión adoptada.
2. Se haya explicado porque el caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan las normas que se ha decidido aplicar.
3. Se muestra que han sido oídos los argumentos de las partes.
4. Se desprenda que se ha valorado el conjunto de pruebas presentado.
5. Exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto.

De estos elementos que componen la adecuada motivación judicial, dos se encuentran estrechamente ligados a la interpretación judicial. En primer lugar, una resolución adecuadamente motivada debe explicar la secuencia lógica que ha permitido asignar a la norma la interpretación elegida. Cabe precisar aquí que esta secuencia lógica no sólo deberá ser válida desde el punto de vista de la argumentación, sino que tendrá que resultar razonable a la luz de los principios y valores constitucionales vigentes. Por ello, se ha indicado que: "*no es suficiente que una decisión judicial esté ajustada a lo prescrito por el texto de una ley para considerarse justificada y satisfactoriamente argumentada, sino que también deberá pasar el test de razonabilidad, bajo pena de ser tachada de irrazonable, ergo arbitraria, aunque ésta sea legalmente pulcra. Cabe hablar de una justificación formal de los argumentos (cuando un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuando puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable o razonable).*"[14]

---

[14] MORALES GODO, Juan. "La función del juez en una sociedad democrática". En: *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, Lima, volumen 4, número 1, 2010, p. 27.

Una vez efectuado este razonamiento, será necesario explicar de qué manera los hechos verificados se adecuan a los supuestos de hecho de esa norma.

En resumen, hemos encontrado tres límites a la interpretación judicial generadora de derecho: el propio contenido de la ley interpretada que limita las interpretaciones posibles, el respeto al principio de jerarquía normativa que garantiza la coherencia del sistema y la adecuada motivación. En este contexto, a continuación, analizaremos algunos casos emblemáticos de interpretaciones judiciales en materia laboral, con el fin de verificar si en cada uno de ellos se han respetado dichos límites.

## III. EL RESPETO A LOS LÍMITES A LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL: ANÁLISIS DE CASOS

### 3.1. El análisis del petitorio implícito

El principio de congruencia recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil[15] es una de las garantías del debido proceso y en particular del respeto al derecho de defensa de la contraparte. Éste obliga a los jueces a resolver únicamente aquello que ha sido solicitado por las partes sobre la base de los hechos expuestos por ellas.

Sin embargo, desde la entrada en vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, se observa que los jueces laborales han venido relativizando este principio, resolviendo asuntos que no habían sido expresamente planteados por las partes.

Esta posición se consolidó en el Pleno Nacional Laboral Superior realizado en septiembre del año 2013, en el cual el conjunto de los magistrados decidió mayoritariamente que era posible resolver sobre un petitorio implícito en el proceso laboral. La cuestión en controversia era determinar qué debía hacer el Juez cuándo, en una demanda laboral tramitada en la vía del proceso laboral abreviado, se planteaba como pretensión única la reposición del trabajador, pero de los fundamentos de la misma se desprendía una pretensión implícita. Es el caso, por ejemplo, de un trabajador que demanda su reposición al haber sido objeto de un despido incausado pues se prescindió de sus servicios alegando el término del contrato de trabajo sujeto a modalidad, no obstante haberse desnaturalizado el mismo. Es claro que para poder determinar si, efectivamente, correspondía su reposición, debería primero determinarse si existió o no una desnaturalización de su contrato sujeto a modalidad, pero es frecuente que este asunto previo no sea expresamente planteado como petitorio por el trabajador.

Si efectuamos una aplicación estricta del principio de congruencia y no se plantea como una pretensión independiente la desnaturalización del contrato de trabajo, tendríamos que admitir que el juez debería declarar infundada la demanda.

---

[15] "*El Juez* (...) *no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes*".

En efecto, al no haberse cuestionado la validez del contrato a plazo fijo, el juez debería limitarse a pronunciarse únicamente sobre la existencia de una causa válida para la extinción de la relación laboral y el vencimiento del plazo del contrato es una causa válida. Caso contrario, se incurriría en un supuesto de pronunciamiento *extra petita* y, por tanto, de una afectación al derecho a la debida motivación y al debido proceso.

No obstante, el Pleno no efectuó tal aplicación del principio de congruencia y acordó por mayoría que:

> "Cuando una de las partes en su escrito postulatorio, respectivo (demanda o contestación, según sea el caso) alegue hechos claros y concretos, debe considerarse válidamente como un pedido o petitorio implícito, como resultado de una interpretación integral de los actos postulatorios de las partes. Si en la demanda aparece de forma expresa que se han desnaturalizado los contratos de trabajo por naturaleza específica, por haberse desarrollado labores permanentes en la Institución demandada, como es la de Asistente Social, este hecho debe ser tomado con un pretensión implícita, en la medida que en virtud al principio tuitivo a los que se contraen los procesos laborales y los que está obligado a observar el Juzgador.
>
> Siendo así, debió ser objeto de pronunciamiento, en consecuencia, no resultaba válida la postura de la Juzgadora en el sentido que el actor no había invocado la desnaturalización de los contratos laborales. La emisión del pronunciamiento respecto a la desnaturalización de los contratos modales en forma alguna afecta el derecho de defensa de la demandada, pues dicha parte en su escrito de contestación de demanda, de fojas 40 a 50, se ha pronunciado expresamente sobre dicha pretensión (...)"

Es decir, de acuerdo a lo acordado por este Pleno, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de pronunciarse sobre una pretensión implícita, en los casos en los que de los fundamentos se pueda extraer de forma clara y concreta este pedido. Esta interpretación efectuada por el Pleno, desde luego, es un ejemplo de la creación de derecho por parte de los órganos jurisdiccionales, pues no existe una disposición normativa en el ordenamiento laboral que estipule dicha obligación, flexibilizando a tal medida el principio de congruencia procesal.

Corresponde entonces analizar si se han respetado aquí los límites a la interpretación judicial vistos anteriormente. Al respecto, se observa en primer lugar que ni el Acuerdo del Pleno Jurisdiccional en cuestión, ni la sentencia que se uso de base para esta decisión (Voto en discordia contenido en la Resolución de la Cuarta Sala Laboral de Lima Expediente N° 00225-2013-04-NLPT) indican cuál es el marco legar que interpretado permite aplicar la regla del petitorio implícito.

Sin embargo, el autor de dicho voto en discordia ha explicado posteriormente que su interpretación se apoya al menos en la siguiente base legal:

1. El artículo 12.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo que dispone que en los procesos laborales las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas.
2. El artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo que seña que, a efectos de evitar que la desigualdad entre las partes afecte el resultado del proceso, los jueces deben preferir el fondo sobre la forma.
3. El artículo 139, inciso 3 de la Constitución que establece como garantía de la administración de justicia la tutela jurisdiccional efectiva, la cual no se alcanzaría si se obligase al trabajador a seguir un proceso distinto para obtener primero la declaración de desnaturalización de su contrato de trabajo y luego otro para su reposición en el empleo[16].

Al respecto, coincidimos con Toledo cuando sostiene que la interpretación de las normas legales citadas, en particular aquellas contenidas en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, permite resolver sobre un petitorio implícito. No obstante, en los casos en los que el petitorio implícito se discuta en un proceso abreviado laboral, es necesario explicar también las razones por las cuáles se ha dejado de aplicar el extremo del artículo 2.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, de acuerdo con el cual la reposición se tramita en proceso abreviado laboral como pretensión principal única. En efecto, es claro que si existe una pretensión implícita de desnaturalización de contrato de trabajo a plazo fijo, ésta es una también una pretensión principal, con lo cual en el caso bajo comentarios existirían dos pretensiones principales: la de desnaturalización y la de reposición. Resultaría entonces que el caso no podría ser tramitado en un proceso laboral abreviado, sino en un proceso ordinario. Esta posición obligaría al juez que advierte la existencia del petitorio implícito a reconducir el proceso a la vía adecuada y eventualmente a declarar nulidades que dilatarían aún más el proceso. En este contexto, consideramos pertinente recordar que estas pretensiones no se tramiten en la vía del proceso abreviado por ser más simples (por el contrario, muchos casos en los que se analiza únicamente el despido pueden ser sumamente complejos). Así, el objetivo de propio artículo 2.2. es permitir que los trabajadores accedan a la reposición (considerada como un supuesto que requiere de tutela urgente) de una manera más rápida. Por ende, pese al texto expreso del artículo 2.2. haga referencia una "pretensión principal única", nuestra opinión es que una interpretación sistemática y ratio legis de esta misma norma permite concluir que, si el petitorio implícito es únicamente un paso previo a resolver antes de analizar la pretensión de reposición, el proceso puede continuar en la vía del proceso abreviado laboral.

Además, observamos que esta interpretación no afecta el principio de jerarquía normativa y que es posible llegar a estas conclusiones a través de una

---

[16] TOLEDO TORIBIO, Omar. El petitorio implícito y otras hipótesis de flexibilización en el marco de la Nueva Ley Procesal del trabajo. Lima: 2013. p. 10-11. Publicado en: derechoycambiosocial.com

adecuada motivación. Por lo tanto, debe concluirse que el admitir el tratamiento del petitorio implícito en el marco del proceso laboral, no transgrede los límites de la interpretación judicial.

Sin perjuicio de lo indicado hasta aquí, nos parece pertinente aclarar que, como ha señalado el propio Toledo[17], para que un petitorio implícito pueda ser analizado: éste debe desprenderse claramente de lo solicitado por las partes verbalmente o por escrito y debe haberse garantizado a la contraparte el ejercicio de su derecho de defensa. En atención a esto último, consideramos que si el petitorio implícito se hace evidente recién al momento de la audiencia única, ésta deberá suspenderse para permitir al demandado ejercer adecuadamente su defensa.

### 3.2. La modificación del petitorio hasta en la Audiencia de Juzgamiento

En el mismo Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral Superior del año 2013, se acordó que la modificación o reformulación del petitorio en los procesos laborales podría realizarse hasta en la Audiencia de Juzgamiento. En efecto, el acuerdo señala expresamente que:

> "Si es posible reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento, porque en el proceso laboral, las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no afectándose el derecho a la defensa (contradicción) de las partes porque en la misma audiencia el juez como director del proceso, puede correr traslado de la reformulación indicada, para que la absuelva en la misma audiencia, o suspender la audiencia para tal finalidad y volver a citar a las partes para la continuación correspondiente"

El Pleno Nacional ha adoptado esta interpretación, inaplicando una norma expresa que prevé tal situación y que señala que dicha posibilidad precluye con la notificación de la demanda. La norma a la que nos referimos es el artículo 428° del Código Procesal Civil, cuerpo normativo aplicable al proceso laboral en virtud de lo señalado en la Primera Disposición Final y Transitoria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Con relación a este asunto, estimamos pertinente recordar en primer lugar que **"***la aplicación supletoria del ordenamiento civil está condicionada a que no exista incompatibilidad de naturaleza entre los ordenamientos vinculados*[18]**"**. En este sentido, no puede perderse de vista que el nuevo proceso laboral no es un proceso completamente dispositivo, como el contemplado en el Código Procesal Civil, sino un proceso dispositivo atenuado. En consecuencia, ciertas normas del proceso civil pueden oponerse a la naturaleza del nuevo proceso laboral, pudiendo ser éste precisamente el caso del artículo 428° referido a la oportunidad de modificación de la demanda.

---

17 Ibid. p. 12.

18 Neves, op. cit. p. 155.

En efecto, como ha sostenido Vidal, **"***un punto considerado en la discusión es lo dispuesto en el artículo III de la NLPT donde se establece que, en el proceso laboral, los jueces "privilegian el fondo sobre la forma". ¿Ello podría habilitar la admisión de una actualización de la demanda con posterioridad a la determinación del asunto en litigio?*[19]**"**

De lo anterior, tenemos que admitir que existe una interpretación posible según la cual el artículo 428° del Código Procesal Civil no es aplicable al proceso laboral, mientras el artículo III del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, permite la modificación de la demanda con posterioridad a la notificación de la demanda. Por ende, la interpretación adoptada por el referido Pleno Jurisdiccional sí cumple con el primer límite a la interpretación judicial: existe una norma legal que permite extraer esta interpretación.

Toca entonces analizar si se ha respetado el segundo límite, es decir, si no existe ninguna disposición de rango superior que haya sido vulnerada. Lo más evidente es suponer que una modificación de la demanda puede constituir una afectación del derecho de defensa del demandado reconocido en el artículo 139° de la Constitución. Esto en la medida que el demandado ha preparado sus argumentos en función a la demanda recibida, la cual no necesariamente permite prever la modificación (no es un petitorio implícito). Respecto de este asunto, nuestra opinión es que, cuando la modificación de la demanda se efectúe en la propia Audiencia de Juzgamiento, la única manera de garantizar el ejercicio del derecho de defensa del demandado es suspender la audiencia por un plazo por lo menos igual al mínimo que se otorga para la contestación a la demanda, es decir, por no menos de 10 días hábiles y permitir eventualmente al demandado la presentación de nuevas pruebas. Lo contrario, implicaría colocar al demandado en una situación de indefensión, posibilidad que debe ser rechazada.

Por lo tanto, consideramos que cuando el Pleno sostiene que se puede correr traslado de la modificación de la demanda para que sea absuelta en la propia Audiencia de Juzgamiento y solo contempla la suspensión de la Audiencia como una posibilidad, más no como una obligación, excede el segundo límite de la interpretación judicial al que hemos hecho referencia anteriormente.

### 3.3. La necesidad de que el trabajador califique el despido que impugna

**En la Casación Laboral N° 4596-2012-Lambayeque, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante Juan Carlos Mío Briceño y, en consecuencia, nulo todo lo actuado hasta el auto admisorio, ordenando al Juez proceder a calificar nuevamente la demanda interpuesta. En este caso, el demandante había solicitado** *"la nulidad del despido fraudulento encubierto bajo la forma de extinción del vínculo*

[19] VIDAL SALAZAR, Michael. "La Oralidad y el Nuevo Proceso Laboral Peruano". En: Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis, Primera Edición, Lima, marzo 2015, p. 887.

*laboral como consecuencia del término del Contrato Administrativo de* ***Servicios"*** **y la Sala declaró** ***"improcedente la demanda por cuanto en la demanda se ha denunciado dos figuras de despido diferentes (despido nulo y despido fraudulento), lo cuál resultaría jurídicamente imposible".***

Esta decisión emitida por la Sala Suprema también supone un ejemplo de la tendencia actual por parte de los órganos jurisdiccionales de crear derecho mediante sus pronunciamientos. En efecto, la mencionada Casación, aunque señala que el Juez al calificar la demanda debió haber solicitado la precisión del petitorio (con lo cual nos encontraríamos frente a un supuesto de modificación de la demanda) también señaló, en los considerandos quinto y décimo tercero, lo siguiente:

> *"QUINTO: En ese orden de exposición, los Jueces al calificar las demandas laborales deben tener en cuenta el contenido esencial de la fundamentación fáctica y jurídica en ellas desarrollada a fin de identificar lo pretendido, y el grado de afectación de los derechos invocados, lo contrario desnaturalizaría al nuevo proceso laboral predominantemente oral y eficaz.*
>
> *[(...)]*
>
> *DÉCIMO TERCERO: (...) conforme a los lineamientos procesal y constitucionales contenidos en las Resoluciones del Tribunal Constitucional, se deja resuelto el tema cuestionado, y el deber de los jueces constitucionales y laborales de resolver la controversia planteada ante una denuncia de afectación a los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso, y la pretensión de reposición del trabajador, determinando si efectivamente se produjo el despido sea nulo, fraudulento, arbitrario o incausado, y la reposición pretendida; lo contrario, centrar la atención en la atención en la denominación errada o en la utilización de dos figuras de despido, vulnera los derechos fundamentales a un debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva".*

De los extractos citados anteriormente, se desprende que la Sala Suprema crea la obligación del órgano jurisdiccional de pronunciarse sin importar la calificación del despido que haya realizado el trabajador en su escrito de demanda, en virtud de los principios *pro actione* (interpretación de los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso) y celeridad procesal, recogidos en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, y en salvaguarda de los derechos al trabajo y a la tutela jurisdiccional efectiva del trabajador. Nuevamente, en este caso, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional flexibiliza la aplicación del principio de congruencia procesal.

¿Se respetaron en este caso los límites a la interpretación judicial que hemos visto anteriormente? Con respecto a la necesidad de que el órgano jurisdiccional apoye su interpretación en una lectura posible de la norma, la ejecutoria alude a principios recogidos en el título preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y a derechos reconocidos por el artículo 139° de la Constitución, siendo en efecto posible interpretar que estos principios y derechos se verían afectados si se desestima una demanda de reposición sólo porque el trabajador ha calificado

incorrectamente el despido del cuál ha sido objeto. Inclusive, estimamos que aun cuando el trabajador no cumpla con precisar adecuadamente la figura jurídica invocada (por ejemplo, despido fraudulento vs. despido nulo), esta precisión podría ser efectuada por el propio órgano jurisdiccional, en aplicación del principio según el cual el juez conoce el derecho, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil20. Claro está, para que esto último sea viable será necesario que la calificación jurídica realmente aplicable al caso resulte evidente a partir de los hechos expuestos por el demandante. Nos referimos, por ejemplo, al caso de un trabajador que solicita su reposición por despido incausado alegando haber sido a raíz de una falta imaginaria creada por su ex empleador, supuesto que correspondería calificar como un despido fraudulento.

A hora bien, se podría sostener que la posibilidad de que sea el juez quien aclare o determine la causa de pedir afecta el derecho al contradictorio del demandado, quien, por ejemplo, se podría haber preparado para refutar un tipo se despido y se ve enfrentado a otro. Esto implicaría afirmar que la decisión judicial ha trasgredido el segundo límite a la interpretación, al resultar contraria a una norma de rango superior. Sin embargo, no puede dejarse de lado que la Corte ordena que se efectúe nuevamente la calificación de la demanda, lo que implica que el demandado tendrá la oportunidad de contestar nuevamente la demanda atendiendo a la real causa de pedir, en irrestricto respeto a su derecho de defensa.

A lo anterior habría que agregar que al adoptar su decisión la Corte cumple con exponer el razonamiento lógico de su decisión, respetando así el tercer límite al que hemos hecho referencia.

Es menester mencionar, sin embargo, que el criterio que se desprende de la Casación Laboral N° 4596-2012-Lambayeque antes mencionada, ha sido variado por la misma Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema (conformada aun por 4 de lo 5 miembros que emitieron la anterior casación), en la Casación Laboral N° 1969-2014-PIURA, en la que se ha señalado expresamente que:

> *"resulta evidente la vulneración del principio de congruencia procesal y, consecuentemente, del deber de motivación de las resoluciones judiciales, toda vez que, no obstante haber formulado el demandante como pretensión principal la de despido nulo, la Sala Superior revocando la sentencia apelada, declaró fundada la demanda por despido fraudulento, pese a que esto no formó parte del petitorio de la demanda incoada (...) debiendo quedarse claramente establecido que el petitorio de la demanda es el que determina la congruencia del fallo, por lo que, aun cuando (...) se encuentra probado su despido fraudulento, debió emitirse pronunciamiento congruente en relación al petitorio, tal y como ha sido planteado"*.

---

[20] Artículo VII.- *El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente...*

De esta manera, la Sala abre la posibilidad de que la incorrecta calificación del despido perjudique al demandante, en lugar de imponer a los órganos jurisdiccionales la obligación de calificar correctamente el petitorio. Si bien esta decisión se apoya en una interpretación posible de una norma legal (artículo 428° del Código Procesal Civil) y se ha llegado a ella a través de un razonamiento formalmente correcto, no puede perderse de vista que, conforme hemos indicado anteriormente, el razonamiento que lleva a una decisión no sólo debe ser formalmente correcto, sino que también debe resultar razonable a la luz de los principios y valores constitucionales vigentes. En este sentido, somos de la opinión que esta segunda decisión no cumple con tener una adecuada motivación material, ya que afecta los principios que, en resguardo del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, inspiran el nuevo proceso laboral.

### 3.4. Jubilación obligatoria y pago de indemnización por despido arbitrario

Otro caso relevante en la jurisprudencia nacional que está referido a la creación de derecho mediante interpretación judicial está constituido por los pronunciamientos contradictorios respecto a la jubilación obligatoria del trabajador al cumplir 70 años de edad. En un primer momento, mediante el pronunciamiento contenido en la Casación N° 2501-2009-ICA, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema estableció lo siguiente:

> "(...) si bien es cierto que el artículo 21 parte final del Decreto Supremo N° 003-97-TR, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, dicho pacto tácito puede extinguirse en cualquier momento, el mismo que quedó sin efecto, cuando el empleador le curso la carta notarial de fecha dieciséis de enero de 2007, por el comunica su decisión de "aplicar la causal de extinción del contrato por la causal de jubilación obligatoria y automática" (...)".

Sin embargo, la Sala Suprema cambió de criterio en la Casación N° 1533-2012-Callao, pues, en este pronunciamiento, señaló que no era posible la extinción del vínculo laboral por la simple decisión del empleador, en la medida que al haber superado el trabajador los 70 años de edad hace 10 meses, existía un pacto tácito de permanencia. En efecto, la Sala Constitucional y Social Permanente señalo lo siguiente:

> "En efecto, si bien el artículo 21 párrafo último, contempla la posibilidad que se celebre un pacto en contrario, que permita al trabajador continuar luego de cumplida la edad para jubilarse; sin embargo es evidente que dicho "pacto" debe haberse establecido de manera expresa, clara e inequívoca; de tal suerte que resulte indubitable la voluntad del empleador de continuar con la relación de trabajo con el trabajador una vez superados los setenta años de edad. Tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que la jubilación automática debe interpretarse en sentido estricto y, que, por ende, procede únicamente al cumplimiento de la edad. (...) Anótese en ese sentido que, toda decisión unilateral del empleador de prescindir de los servicios del

trabajador en este periodo se entenderá arbitraria si es que no se basa en la comprobación objetiva de la comisión de falta grave o incapacidad para la realización de la labor".

Este criterio fue ratificado por la Sala Suprema en la Casación N° 532-2014-Callao, en la cuál, aun cuándo sólo habían transcurrido 20 días desde que el trabajador cumplió setenta años de edad, se concluyó que existía un pacto en contrario tácito y, por tanto, ya no era posible acogerse a la jubilación obligatoria como causal de la extinción del vínculo laboral.

No obstante, este criterio no ha sido acogido por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, pues en la Casación N° 9155-2015-Lima ha señalado lo siguiente:

> "En efecto, el artículo 16° inciso f) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo TUO fue aprobado por D.S. 003-97-TR, establece que es causa de extinción del contrato de trabajo 'la jubilación'. Más aún, en el último párrafo del artículo 21° del mismo texto normativo se dispone que 'la jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad', por consiguiente, si como dice la Ley, de modo automático y obligatorio se ha extinguido el contrato de trabajo dentro del cual se reconoce la protección de eficacia resarcitoria, luego de la extinción no podría continuar operando la misma protección.
>
> [(...)]si el trabajador, hubiera permanecido en el trabajo más allá de los setenta años, el empleador mantiene la facultad de comunicarle la extinción del vínculo laboral, manteniendo el trabajador incólume su derechos laborales por el periodo de trabajo que excedió a la edad de jubilación, sin embargo sin protección de eficacia resarcitoria es decir, sin derecho a la indemnización por la extinción o conclusión de su actividad laboral.
>
> i) Tal conclusión se sustenta en el hecho de que si bien existe norma expresa que prevé que si el trabajador cumple los setenta años se extingue su vínculo laboral de manera automática y obligatoria, es decir, ex lege, por tanto tal término de la relación laboral no da derecho a la protección de eficacia resarcitoria, sin embargo no existe norma legal expresa que disponga qué sucede si el trabajador continuó laborando más allá de los setenta años, y si la terminación de la relación laboral en esas condiciones requeriría o no de causa justa de despido.
>
> j) Lo cierto es que frente a situaciones de vacío normativo como el indicado tenemos que si a los setenta años se puede dar por extinguida el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a la indemnización por despido arbitrario, con mayor razón (argumento a fortiori) se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años siendo la causa de la terminación de la relación laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es, en protección del trabajador, establecer un límite temporal final al ciclo laboral, favoreciendo la jubilación del trabajador, de lo que se desprende la

autorización al empleador a poner fin a la relación laboral por razón de la edad sin que medie causa justa ni obligación de indemnización."

En este pronunciamiento la misma Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria señala que, a falta de una disposición normativa expresa, es posible que el órgano jurisdiccional establezca cuál sería la correcta interpretación del ordenamiento jurídico a efectos de dar una solución al caso en concreto, inclinándose por interpretar que la disposición legal permite cesar a los trabajadores sin indemnización en cualquier momento a partir de los 70 años de edad, opción que a juicio de la Sala es más protectora con el trabajador.

Con relación a este último caso, debe admitirse que la norma aplicable a los casos permite ambas interpretaciones. Sin embargo, consideramos que interpretar que el artículo 21° de la LPCL incluye un supuesto de despido libre aplicable por tiempo indefinido a partir de los 70 años de edad vulnera el principio de jerarquía normativa, al afectar el derecho del trabajador a una adecuada protección contra el despido arbitrario reconocido por el artículo 27° de la Constitución. Asimismo, estimamos que la última resolución bajo comentario no cuenta con una adecuada motivación, toda vez que no resulta razonable sostener que establecer el despido libre a partir de los 70 años se justifica en la protección del propio trabajador cesado. Es decir, esta última decisión afecta dos de los tres límites a la interpretación judicial que hemos revisado aquí.

En efecto, es pertinente insistir en que carece de sentido afirmar que se protege al trabajador despojándolo involuntariamente de su puesto de trabajo. Más aún teniendo en cuenta que nuestro sistema legal permite la renuncia del trabajador en cualquier momento imponiendo como única carga la obligación de otorgar un plazo de preaviso. En consecuencia, el trabajador que estime que requiere la protección del desempleo puede efectuar su renuncia, sin esperar a que el empleador lo proteja despidiéndolo.

# La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites


## Omar Toledo Toribio

Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM), Magister en Derecho (UNMSM), Juez Superior Titular, Juez Supremo (P) de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. Ex Presidente de la Cuarta Laboral Permanente de Lima, encargada de conocer la Nueva Ley Procesal de Trabajo, con estudios en Litigación Oral Laboral en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Colombia. Catedrático de la Facultad de Derecho — Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Delegado en Perú de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010.


***SUMARIO***


*1. Introducción.- 2. La demanda inteligente.- 2.1. Los requisitos de la demanda laboral.- 2.2. La necesidad de expresar en la demanda laboral la finalidad de los medios probatorios ofrecidos.- 2.3. El ofrecimiento y la presentación de las pruebas.- 2.4. La inclusión en la demanda de la pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso.- 3. La improponibilidad e improcedencia de la demanda.- 4. La suplencia indirecta de la demanda.- 5. El petitorio implícito como hipótesis de flexibilización al principio de congruencia.- 5.1. Razones que justifican el petitorio implícito.- 5.2. Condiciones del petitorio implicito.- 6. Otros supuestos de flexibilización del principio de congruencia.- 6.1. El iura novit curia.- 6.2. Fallo ultra petita.- 6.3. Fallo extra petita. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la Nueva Ley Procesal del Trabajo 29497, en adelante NLPT, constituyó un cambio completo de los paradigmas en lo que se refiere al enfoque del proceso laboral. Sin embargo, es en la aplicación práctica del citado instrumento normativo y en la actuación de los sujetos procesales y la autoridad jurisdiccional que se hizo necesaria la adopción de un conjunto de medidas que pueden ser catalogadas como "buenas prácticas" destinadas a que se realmente se concrete la finalidad última de todo proceso, esto es, alcanzar la paz social en justicia. Se trata de un conjunto de decisiones en el marco del proceso que partían de interpretar las disposiciones de la NLPT en función a los principios recogidos en su Título Preliminar para resolver distintas situaciones que se pueden presentar durante la tramitación de la litis y que ciertamente no han sido previstas de manera expresa en la ley. Es allí donde se desarrolla la actividad interpretativa del Juzgador que debe estar presidida por el escrupuloso respeto de los derechos fundamentales vinculados al debido proceso y la interdicción de la arbitrariedad.

En la presente ponencia queremos destacar algunas decisiones jurisdiccionales emitidas a propósito de la aplicación de la NLPT en el Distrito Judicial de Lima, concretamente en la Cuarta Sala Laboral de Lima que estuvo bajo la presidencia del suscrito, y que consideramos constituyen formas de actuación en un ámbito de oralidad a partir de la interpretación de las disposiciones legales que esperamos constituyan un aporte en esta labor permanente de construir los contornos de un proceso que aún se encuentra perfilándose y encontrando el camino de su consolidación.

## II. LA DEMANDA INTELIGENTE

A diferencia de la Ley 26636, cuyo artículo 15 establecía de manera expresa y taxativa cada uno de los requisitos que debía contener la demanda laboral, la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497 (en adelante NLPT) cuenta con una redacción más concisa (artículo 16) y más bien contiene una remisión a lo regulado en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil que, como sabemos, regulan lo atinente a los requisitos y anexos, respectivamente, que debe contener la demanda civil.

Sin embargo, la parquedad de la redacción no se condice con lo realmente importante que constituye la demanda y, en su momento, la contestación de la demanda, en un ámbito de oralidad. En efecto, los citados actos procesales son los que fijan los términos de la controversia y de su adecuada formulación y de la precisión de los mismos dependerá que el nuevo proceso laboral se encause correctamente y permita emitir un pronunciamiento de fondo justo y oportuno, resguardándose los principios que lo inspiran como son la inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad y sin dejar de lado las garantías del debido proceso.

En ese sentido, el doctor Javier Fernández Sierra, profesor universitario y magistrado de la Sala Laboral del Tribunal de Justicia de Cundinamarca-Colombia, ha tenido el acierto en denominar *demanda inteligente* y *respuesta inteligente* para referirse a la formulación de la demanda y contestación, respectivamente, bajo ciertos parámetros y condiciones que permitan encausar debidamente el proceso oral, aspectos cuya observancia no solamente corresponde a las partes sino que compete al órgano jurisdiccional verificar su debido cumplimiento a través del control de la demanda y la contestación.

En el presente artículo desarrollaremos algunos temas vinculados a los requisitos de la demanda laboral y la manera cómo debe enfocarse el planteamiento de la misma de tal forma que el proceso pueda encausarse de la manera más óptima. En ese sentido se reseña y transcribe, en parte, algunos pronunciamientos de la judicatura laboral que están vinculados precisamente a estos tópicos con el objeto de ilustrar al lector de la forma como se está generando jurisprudencia al respecto.

Por otro lado, en este trabajo revisamos algunos aspectos vinculados a la calificación de la demanda por parte del juez, calificación que debe estar orientada no con la perspectiva inmediata sino con miras a proyectarse a la futura sentencia o pronunciamiento definitivo por parte del órgano jurisdiccional. En tal forma se aborda la problemática de la improponibilidad e improcedencia de la demanda, la suplencia indirecta de la demanda y el petitorio implícito en la evaluación del acto postulatorio por parte del juez.

### 2.1. Los requisitos de la demanda laboral

La primera parte del artículo 16 de la NLPT establece que la demanda se presenta por escrito y debe contener los requisitos y anexos establecidos en la norma procesal civil, con las siguientes precisiones: a) debe incluirse, cuando corresponda, la indicación del monto total del petitorio, así como el monto de cada uno de los extremos que integren la demanda; y b) no debe incluirse ningún pliego dirigido a la contraparte, los testigos o los peritos; sin embargo, debe indicarse la finalidad de cada medio de prueba. El demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso.

### 2.2. La necesidad de expresar en la demanda laboral la finalidad de los medios probatorios ofrecidos.

la necesidad de señalar la finalidad de cada medio de prueba está directamente ligado a lo preceptuado en el artículo 46.1 de la NLPT que establece que *el juez enuncia los hechos que no necesitan de actuación probatoria por tratarse de hechos admitidos, presumidos por ley, recogidos en resolución judicial con calidad de cosa juzgada o notorios; así como los medios probatorios dejados de lado por estar dirigidos a la acreditación de hechos impertinentes o irrelevantes para la causa.*

Desde esta perspectiva, la formulación de la *teoría del caso* por la parte demandante y, en su caso, por la parte demandada, tendrá como uno de sus componentes esenciales el conocimiento, no solo de los medios probatorios que servirán para respaldar la estrategia trazada por cada parte, sino además el cabal entendimiento de la finalidad y utilidad de los mismos pues en un proceso oral resulta innegable la necesidad que desde el inicio del mismo se tenga que controlar que los medios probatorios ofrecidos estén destinados a un objetivo. En ese sentido, la exigencia de la NLPT de señalar la finalidad de los medios probatorios no constituye un requerimiento intrascendente o baladí sino que está estrechamente vinculado con los principios y fines que impulsan el proceso.

En efecto la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, en el expediente ***Nº 28235-2012 (03),*** mediante resolución de fecha 30 de enero de 2013, bajo nuestra ponencia, se ha pronunciado en los siguientes términos:

> *12. En el presente caso, conforme es de verse del escrito de subsanación de fojas 112 a 127, descrito líneas arriba, el demandante ha cumplido con indicar la finalidad de cada medio ofrecido pues señalado que fuera la finalidad de los medios probatorios en el acto postulatorio el análisis y enjuiciamiento de la finalidad invocada será efectuada en la etapa de actuación probatoria prevista en el artículo 46.1 de la NLPT, antes citado, esto es al momento de decreto de pruebas, oportunidad en la cual las pruebas ofrecidas serán objeto del test de pertinencia, conducencia y relevancia.*

### 2.3. El ofrecimiento y la presentación de las pruebas

Respecto al derecho fundamental a la prueba el Tribunal Constitucional ha precisado que "tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales —*límites extrínsecos*—, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión —*límites intrínsecos*—." (*cf*. STC010-2002-AI/TC, FJ 133-135).

Asimismo, en el fundamento 6 de la STC 4831-2005-PHC/TC ha señalado que "No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o

procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa".

A ello cabe agregar que el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 02576-2010-PA/TC de fecha 03 de marzo de dos mil once sobre el derecho constitucional a probar, ha señalado que "*supone no sólo la capacidad para que las partes que participan de un proceso determinado puedan aportar los medios que acrediten las pretensiones que sustentan, sino a que las que son actuadas o valoradas por parte del juzgador, lo sean de una manera compatible con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad*". Agrega también que "*el derecho a probar no es pues, un atributo que sólo recae sobre los justiciables, sino un principio de observancia obligatoria que impone sobre los juzgadores (sean jueces o tribunales) un determinado modo de actuación, que aunque en principio es autónomo en cuanto a la manera de ejercerse (no en vano se trata de una competencia judicial), no puede sin embargo desarrollarse o ponerse en práctica de una manera absolutamente discrecional, pretendiendo legitimar conductas arbitrarias o grotescas*".

Consideramos que el derecho fundamental a probar tiene una doble vertiente, esto es, la positiva, que implica la posibilidad de ofrecer los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor y, la vertiente negativa, que puede definirse como la facultad de no ofrecer medios probatorios, caso en el cual el propio justiciable será responsable por las consecuencias legales de carácter procesal en aquellos casos en los que la carga de la prueba recae sobre él, aspecto que expresamente se encuentra regulado en el artículo 200 del Código procesal Civil. En otras palabras, respecto a esto último, no resulta posible obligar compulsivamente al justiciable ofrecer determinada prueba y en tal sentido la no presentación de un medio probatorio con la demanda no puede generar el rechazo del acto postulatorio pues resulta suficiente que el Juzgador deje constancia de su no presentación lo cual generará que en su oportunidad se declare la inadmisión de la citada prueba. En efecto, no resulta posible concebir, de cara a la necesidad de cautelar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, que la no presentación de uno de los documentos ofrecidos como prueba contamine el acto postulatorio de tal forma que lo haga inviable.

Al respecto como magistrado ponente hemos tenido la oportunidad de pronunciarnos respecto a un proceso en que el Juez de la causa dispuso el archivamiento del proceso en virtud a que el demandante no cumplió con presentar el medio probatorio que había sido considerado en la demanda. En efecto, en el EXP. N° 28813-2012-0-1801-JR-LA-05, mediante resolución de fecha 01 de julio de 2013, se ha señalado lo siguiente:

> ***3.10*** *Del estudio de autos se advierte que el Juez de la causa mediante resolución número uno obrante a folios 15, declaró inadmisible la demanda, concediendo el plazo de 5 días hábiles a la parte demandante para que cumpla con adjuntar los medios probatorios signados con los números 1,2,3,4,5 y 6 que fueron citados en su demanda, pero no fueron adjuntados a la misma e indicar la finalidad de*

*cada uno de ellos, bajo apercibimiento de tenerse por no presentada la demanda y ordenarse el archivo correspondiente.*

***3.11** Mediante escrito que obra a folios 25, el demandante solicitó que se le conceda un plazo excepcional de tres días a fin de recabar los medios probatorios mencionados en su demanda y así subsanar las omisiones incurridas.*

***3.12** A fojas 27, el Juez de la causa, proveyendo el escrito mencionado, resuelve tener por no presentada la demanda, haciendo efectivo el apercibimiento decretado en la resolución número uno, al no haber cumplido el demandante con la subsanación correspondiente.*

**3.13** *De lo expuesto, se ha podido verificar que la decisión adoptada por el a quo al rechazar la demanda no se condice con los fines y propósitos de este nuevo modelo procesal laboral, pues colisiona con el derecho fundamental a la prueba en su vertiente negativa ya que no resulta razonable ni constitucional exigir compulsivamente al justiciable ofrecer determinada prueba, tanto más, si conforme es de verse a folios 3, el actor anexó a su demanda el medio probatorio señalado en el numeral 3 referido a la Resolución Administrativa que crea la Corte Superior de Justicia de Lima Sur a la cual corresponde el Juzgado donde se encontraba laborando; asimismo, presentó un escrito mediante el cual adjuntó el Certificado de Trabajo que obra a folios 23, documento que no ha sido proveído por el Juzgado.*

**3.14** *Por otro lado, en todo caso, el justiciable será responsable por las consecuencias de no ofrecer las pruebas que sustenten sus pretensiones, tal y conforme se tiene anotado en el fundamento 3.10.*

***3.15** Asimismo, resulta pertinente señalar que la no presentación de un medio probatorio conjuntamente con la demanda no puede generar el rechazo del acto postulatorio pues será suficiente que el Juzgador deje constancia de su no presentación lo cual generará que en su oportunidad se declare la inadmisión de la citada prueba. En efecto, no resulta posible concebir, de cara a la necesidad de cautelar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, que la ausencia de algún medio probatorio inicialmente ofrecido como prueba, contamine el acto postulatorio de tal forma que la haga inviable.*

### 2.4. La inclusión en la demanda de la pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso

El segundo párrafo del artículo 16° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo - Ley N° 29497, contempla que *"El demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso". (sic)*.

Esta disposición ha tenido en el ámbito forense diversas interpretaciones en lo que se refiere a que si resulta posible peticionar en una demanda laboral tanto el pago de los honorarios profesionales y además el pago los costos del proceso. Ello a propósito de la disposición contenida en el artículo 411° del Código Procesal Civil que establece que *"son costos del proceso el honorario del abogado de la parte*

*vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de Auxilio judicial".*

Nosotros consideramos que es perfectamente posible que en una demanda laboral se puede solicitar el reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso y además el pago de los costos del proceso, pues hay que precisar que el Juez de trabajo sólo fijará el monto de los honorarios del abogado del demandante, cuyo pago es obligación del propio demandante quien podrá recuperar dicho gasto con el pago de los costos a cargo de la parte demandada, si esta fuera vencida, pues no hay que olvidar que de conformidad con el artículo 412 del Código Procesal Civil las costos y los costos se cobran a título de reembolso.

Esta explicación termina con lo que algunos consideran un doble pago si se solicita el reconocimiento de honorarios profesionales y la condena en costos. En efecto, la finalidad de la NLPT al legislar en el artículo 16 la posibilidad facultativa del demandante de solicitar el reconocimiento de los honorarios profesionales ha sido el de cautelar el pago de los honorarios de los abogados y evitar que proliferen los procesos de pago de honorarios profesionales interpuestos por los letrados frente al incumplimiento de sus clientes, lo cual sobrecarga el aparato judicial y distrae la atención de la judicatura.

El otro tema colateral es el referido a los parámetros y consideraciones que el juzgador laboral debe tomar en cuenta al momento de la fijación de los honorarios profesionales.

Siendo que los honorarios del abogado tienen la misma naturaleza que los costos, pues se retribuye la labor del abogado patrocinante, para la determinación de los mismos debe tomarse en cuenta las incidencias del proceso conforme a lo establecido en el artículo 414º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en virtud de la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 29497. En efecto se tendrá en cuenta la duración del proceso, la actividad desplegada por el abogado patrocinante, así como el monto reconocido por concepto de capital e intereses aproximados si se trata de una pretensión de carácter económico.

Respecto a la determinación de los honorarios profesionales en el EXP. N° EXP. N° 21365-2013-0-1801-JR-LA-14 (S), mediante resolución de fecha 09 de diciembre de 2014, la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo la ponencia nuestra, se ha pronunciado en la siguiente forma:

> *3.26. En cuanto al agravio 2.6. de la demandada, referida al pago de los honorarios profesionales del abogado de la parte demandante, se tiene que el segundo párrafo del artículo 16° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley N° 29497, contempla que "El demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso". (sic).*
>
> *3.27. Por otro lado, corresponde precisar que el artículo 410° del Código Procesal Civil, señala que "Las costas están constituidas por las tasas judiciales, los honorarios de los órganos de auxilio judicial y de los demás gastos judiciales*

*realizados en el proceso". Asimismo el artículo 411° del Código Adjetivo indica que "Son costos del proceso el honorario del abogado de la parte vencedora, más un cinco por ciento destinado al Colegio de Abogados del Distrito Judicial respectivo para su Fondo Mutual y para cubrir los honorarios de los abogados en los casos de Auxilio judicial"; costos que serán fijados teniendo en cuenta el artículo 414° del Código Adjetivo.*

*3.28. Asimismo, el Pleno Jurisdiccional Nacional en materia civil, realizado en los días 6 y 7 de junio del 2008, adopta por mayoría el siguiente acuerdo: "Los costos procesales se fijan sin ser necesario para el juez que se haya acreditado el pago del tributo correspondiente, el cual únicamente es exigible para hacer efectivo el cobro del depósito judicial".*

*3.29. Que, siendo que los honorarios del abogado tienen la misma naturaleza que los costos, pues se retribuye la labor del abogado patrocinante para la determinación de los mismos debiendo tomarse en cuenta las incidencias del proceso conforme a lo establecido en el artículo 414º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en virtud de la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 29497.*

*3.30. En ese sentido, corresponde regular los honorarios respecto del tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda, esto es desde el 31 de mayo de 2013 (fojas 1) conforme del escrito de demanda, obrante de fojas 13 a 23, subsanada con fecha 12 de junio de 2013, conforme se aprecia del escrito de fojas 28 a 30, hasta el 30 de enero de 2014, que se expidió la sentencia que obra de fojas 508 a 517. Asimismo, teniendo en cuenta la instancia recurrida, que en el presente caso los actuados han sido elevados el 21 de marzo de 2014 conforme se aprecia del oficio a fojas 540, y se ha señalado fecha para la Vista de la Causa para el día 09 de diciembre de 2014 según resolución de fojas 541 a 542, y el esfuerzo desplegado por la defensa y lo obtenido en juicio.*

*3.31. Que, siendo así y teniendo en cuenta las incidencias del proceso antes indicadas, este Colegiado Superior considera que los honorarios fijados por el a quo en la suma de S/.5,000.00 (cinco mil nuevos soles con 00/100) son prudenciales, así como el monto de S/.250.00 nuevos soles, que ésta debe entregar al Colegio de Abogados de Lima, debiéndose desestimar el agravio 2.6. de la emplazada.*

## 3. LA IMPROPONIBILIDAD E IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

En materia de improcedencia de la demanda, la antigua Ley Procesal del Trabajo en su artículo 18° establecía que el Juez puede declarar la improcedencia de la demanda mediante resolución especialmente fundamentada, cuando la misma no reúna los requisitos de procedibilidad señalados en la Ley y en el Código Procesal Civil. Dicha disposición nos remitía al artículo 427° de la norma adjetiva que expresamente señala las causales de improcedencia de la demanda laboral.

A diferencia de la Ley N° 26636, La Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497 (en adelante NLPT) en su artículo 17° establece que excepcionalmente, en el caso

de que la improcedencia de la demanda sea notoria, el juez la rechaza de plano en resolución fundamentada.

Sin embargo, la Nueva Ley Procesal del Trabajo no establece parámetro objetivo que nos permita definir cuando nos encontramos ante una improcedencia notoria de la demanda, situación que en modo alguno puede llevarnos a sostener que la facultad de rechazo *in límine* puede ser entendida como una opción absolutamente discrecional de los jueces, sino por el contrario es una alternativa que solo cabe elegir cuando no exista ningún margen de duda respecto de la configuración de alguna causal de improcedencia, es decir, que no se presente controversia alguna con relación a las variables de improcedencia, lo que supone, por el contrario, que cuando existan elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, tal dispositivo resulta impertinente.

En ese sentido resulta necesario convenir en un criterio objetivo para definir las causales de improcedencia de la demanda y no incurrir en situaciones que nos puedan llevar a la aplicación de la ***improponibilidad de la demanda*** como causal de improcedencia, figura que no se halla expresamente reconocida en nuestra legislación, esto es, no es posible que en el auto calificatorio el Juzgador analice el contenido de la petición inicial y su fundabilidad, aspecto que consideramos debe ser materia de pronunciamiento de fondo en la sentencia.

En ese orden de ideas, consideramos que un criterio objetivo para definir las causales de improcedencia de la demanda lo constituye el artículo 427° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente por mandato de la Primera Disposición Complementaria de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, que establece que en los supuestos enumerados por el citado artículo la demanda puede ser rechazada de plano.

En los seguidos por SERGIO ALEXANDER ESCALANTE PALOMINO contra MINISTERIO DE AGRICULTURA, EXP N° 6953-2013-0-1801-JR-LA-01, la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, bajo la ponencia nuestra, se ha pronunciado sobre un caso en el que el Juez de primera instancia declaró improcedente la demanda aplicando, sin decirlo, la causal de improponibilidad de la demanda, lo cual afecta el derecho constitucional del debido proceso en su vertiente del acceso a la tutela jurisdiccional. En efecto en la resolución de fecha 31 de julio de 2013 se ha expresado lo siguiente:

> *11. Que, en la venida en grado el Juez de la causa declara improcedente la demanda por considerar que el caso de autos se subsume en la causal de improcedencia establecida en el artículo 427° numeral 6 del Código Procesal Civil, norma que prevé que es causal de improcedencia cuando el petitorio es jurídica o físicamente imposible.*
>
> *12. Sin embargo, de los fundamentos expuestos por el Juzgador de primera instancia se aprecia que ha considerado relevante el hecho de la última prestación de servicios mediante Contratos Administrativos de Servicios conforme se advierte de los fundamentos dieciocho, diecinueve y veinte de la resolución recurrida,*

*señalando que los conflictos derivados del Contrato Administrativo de Servicios corresponden al Proceso Contencioso Administrativo. Esto es, si bien el Juez declara la improcedencia de la demanda por imposibilidad jurídica se puede colegir de los fundamentos de la resolución impugnada que se hace mención a la incompetencia del Juez para conocer la presente causa.*

*13. Bajo dicho contexto, debe precisarse además que la competencia (junto a la capacidad procesal de las partes y los requisitos de la demanda) resulta ser un presupuesto procesal de vital importancia para la configuración de una relación jurídica procesal válida.*

*14. El primer párrafo del artículo 6° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente a la materia laboral, ha determinado que el Principio de Legalidad de la competencia y esta sólo puede ser establecida por Ley, y la competencia para los Juzgados Laborales está determinada en el artículo 2° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo y la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

*15. Siendo que el principio del juez natural es parte esencial del derecho al debido proceso, corresponde controlar de oficio el respeto de la competencia legal en este proceso, de conformidad con el artículo 35 del Código Procesal Civil, norma de desarrollo constitucional respecto de dicho principio contenido en el artículo 139, inciso tercero de la Constitución Política del Estado.*

*16. Efectivamente, el artículo 35° del Código Procesal Civil establece enfáticamente que la incompetencia por razón de materia se declara de oficio en cualquier estado y grado del proceso. De esta forma, dentro del marco constitucional descrito, el vicio de incompetencia resulta de tal trascendencia que el órgano jurisdiccional al advertir su existencia no debe realizar nuevas actuaciones procesales sino cumplir inmediatamente el mandato legal, sin que sea necesario esperar un estado procesal específico.*

*17. De los actuados, se aprecia que el actor en un inicio a partir de mayo del 2001 estuvo vinculado con la emplazada bajo la suscripción de contratos de locación de servicios y a partir de agosto del 2008 fue contratado mediante Contrato Administrativo de Servicios, solicitando en los presentes actuados la desnaturalización de sus contratos y el reconocimiento de un contrato a plazo indeterminado, además peticiona la nulidad del despido efectuada el 31 de enero del 2013, su reposición y el traslado de la Compensación por Tiempo de Servicios.*

*18. El inciso 1 del artículo 2° de la Ley N° 29497 prescribe, como competencia de los juzgados especializados de trabajo: "En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.". Por lo que, estando al petitum de la demanda y a los considerandos que preceden resulta competente el Juzgado Especializado de Trabajo para el conocimiento de la presente causa en vía ordinaria laboral.*

*19. Por otro lado, si bien es cierto que el Tribunal Constitucional mediante sentencia expedida en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC ha reconocido la constitucionalidad de los Contratos Administrativos de Servicios, pues tiene características de un contrato de trabajo y no de un contrato administrativo, resulta menester señalar que por jerarquía de normas el Decreto Legislativo N° 1057 prima sobre su Reglamento Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, por lo que no resulta obligatorio el agotamiento de la vía administrativa para acudir a la vía jurisdiccional hecho que concuerda con lo manifestado por referido Tribunal en el Expediente N° 00925-2011-PA/TC.*

*20. Siendo esto así, habiendo el Tribunal Constitucional establecido que no resulta obligatorio el agotamiento de la vía administrativa ante un conflicto derivado de un Contrato Administrativo de Servicios, debemos concluir que en el presente caso corresponde su tramitación en la vía laboral ordinaria y no en la vía Contencioso Administrativa.*

*21. Finalmente, corresponde señalar que la disquisición efectuada por el Juzgador de primera instancia respecto al régimen laboral del Contrato Administrativo de Servicios en relación a la pretensión del actor esbozada en la demanda, constituyen consideraciones respecto a la fundabilidad o no de la demanda que serán materia de pronunciamiento respecto al fondo de la controversia de lo contrario nos llevaría a implantar una causal de improcedencia, esto es la improponibilidad de la demanda, que no está recogida en nuestro sistema procesal como se tiene anotado líneas arriba.*

*22. Que, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 30 de enero de 2004 expedida en el expediente número 1049-2003-AA citando a PICO I JUNOY, JOAN. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Bosh. 1997, en el fundamento número cinco ha hecho referencia al principio favor actionis o pro actione, según el cual "se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo (Pág.49)".*

*23. En ese sentido, el Juzgador ha emitido un pronunciamiento prematuro al declarar la improcedencia de la demandada y el archivamiento de la presente causa; por lo que en aplicación del principio pro actione y de acuerdo a los considerandos previamente expuestos la presente resolución el conocimiento de la presente causa debe tramitarse en la vía laboral ordinaria. En consecuencia, corresponde estimar los agravios expuestos por la parte apelante, debiendo declararse la nulidad de la resolución apelada y disponer que al a quo proceda a calificar nuevamente la demanda y emitir pronunciamiento de acuerdo los considerandos previamente expuestos.*

Por otro lado, y en relación a la causal de improcedencia de la demanda por imposibilidad jurídica, en el proceso seguido por LUIS ARMANDO APESTEGUIA GANDULLIA contra EL MINISTERIO DE DEFENSA y LA COMANDANCIA GENERAL DEL EJERCITO *(EXP. Nº 01807-2013-0-1801-JR-LA-11 (A),* sobre

indemnización por despido arbitrario, la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo nuestra ponencia, ha señalado lo siguiente:

*8. Que, en el caso de autos, la A-quo resuelve rechazar la demanda indicando en el Quinto considerando de la resolución recurrida, que: "No obstante que la pretensión invocada,* ***se deriva de una actuación administrativa, que hubiera propiciado la formulación de una demanda bajo las reglas del proceso contencioso administrativo,*** *según los alcances del artículo 2° numeral 4 de la Ley N° 29497; tenemos que propiamente el presente proceso ha sido planteado exigiéndose única y exclusivamente la aplicación de una norma aplicable, como ya se ha expuesto, a una relación de trabajo bajo los alcances del régimen laboral de la actividad privada, lo que hace insostenible la remisión del mismo a uno de los Juzgados Laborales con Subespecialidad Contenciosa Administrativa que conocen de procesos según las disposiciones previstas en el TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (aprobado por Decreto Supremo N° 013-2008-JUS), en atención a la naturaleza del sustento de la pretensión planteada." (subrayado es agregado).*

*9. Que, conforme es de verse del escrito de demanda presentada con fecha 21 de enero del año en curso, obrante de fojas 11 a 15, el actor formula supetitum en los siguientes términos: "Que, a tiempo hábil interpongo* ***DEMANDA DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO ASCENDENTE A LOS 12 SUELDOS DE ACUERDO AL ART. 38 DEL D.S. 003-97-TR, T.U.O. DEL DEC. LEG. 728, ascendente a la suma de S/. 82,920.00 (OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTE Y 00/100 NUEVOS SOLES), más los intereses, costas y costos del proceso."***

*10. En ese sentido, la Jueza del Décimo Primer Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, a efectos de rechazar de plano la demanda y no disponer la remisión de los actuados al órgano jurisdiccional competente, tal como lo dispone el artículo 7.1 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, N° 29497; sostiene que la pretensión ha sido planteada exigiendo única y exclusivamente la aplicación de una norma que corresponde al régimen de la actividad privada.*

*11. Criterio que este colegiado comparte, en la medida que la naturaleza de la pretensión formulada por el demandante, referida a la indemnización por despido arbitrario a que se refiere el artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, resulta jurídicamente imposible, pues la misma sólo resulta de aplicación a los trabajadores del régimen privado. En ese sentido al haber laborado el actor como oficial del Ejército Peruano, se trata de un servidor sujeto al régimen público regulado por la Ley N° 28359, quien no le alcanza la norma prevista en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, que regula el régimen laboral de la actividad privada.*

*12. Sin embargo, cabe señalarse que la Jueza de Primera Instancia omite realizar la subsunción referida a la causal de improcedencia que corresponde aplicar, que a criterio de este colegiado, el caso de autos se ubica en la causal de improcedencia establecida en el artículo 427° numeral 6) del Código Procesal Civil, cuya norma prevé que es causal de improcedencia cuando el petitorio es jurídica o físicamente imposible.*

## 4. LA SUPLENCIA INDIRECTA DE LA DEMANDA

Por otro lado, uno de los rasgos de carácter dispositivo del proceso laboral[1] es que los términos de la demanda son fijados por el actor lo cual delimita los extremos de la controversia.

Sin embargo, por la naturaleza de los derechos en controversia en el proceso laboral, pues se tratan de derechos contenidos en normas de orden público y se encuentran vinculados al ejercicio de derechos fundamentales, al Juez laboral se le ha dotado de la facultad de ***suplencia indirecta de la demanda***. En virtud de esta facultad, siendo que los derechos laborales son de orden público el Juez puede adecuar la calificación efectuada en la demanda si de los hechos que forman parte de la *causa petendi*[2] expuesta por el actor se puede concluir de manera categórica

---

[1] Si bien el proceso laboral tiene un tinte marcadamente inquisitivo no hay que olvidar que posee algunos rasgos dispositivos como el señalado. Estos conceptos han sido analizados por el Vocal Ponente en el artículo "El Principio de Congruencia en el Proceso Laboral", en el Artículo publicado en Revista ACTUALIDAD JURÍDICA N° 193, diciembre de 2009, pp. 263-266.

[2] Respecto a la distinción entre el petitorio de la demanda (*petitum)* y la razón de pedir (*causa petendi)*, Juan Monroy Gálvez señala que *"Estos dos elementos de la pretensión, los fundamentos de derecho y de hecho, apreciados de manera conjunta, se conocen con el nombre genérico de causa petendi, iuris petitum o iuris petitio. (...) Asimismo, la pretensión procesal tiene un elemento central, este es el pedido concreto, es decir, aquello que en el campo de la realidad es lo que el pretensor quiere sea una actuación del pretendido o, sea una declaración del órgano jurisdiccional. Este elemento de la pretensión procesal recibe el nombre de petitorio, aun cuando en doctrina suele llamársele también petitum o petitio. Inclusive un sector de la doctrina identifica este petitorio con lo que se denomina el objeto de la pretensión"[2]. (sic)* (énfasis es nuestro). En esa misma línea, el profesor Aníbal Quiroga León sostiene que *"Dentro del ejercicio del derecho de acción se manifiestan dos intereses, uno en el proceso y otro en el obrar. Dentro de lo segundo, se presentan dos figuras, por un lado la causa de la pretensión particular que el sujeto activo de la relación jurídico procesal hace relieve, aquella que se origina en la expectativa —legitima o no— de la relación jurídica sustancial que se ha invocado y que le sirve de fundamento para solicitar la tutela jurisdiccional efectiva. Tal pretensión de carácter particular y privado es la causa petendi. En otras palabras, es el impulso que se otorga a la pretensión subjetiva del actor y que le da sustento a su interés en el obrar. Por otro lado, existe el petitum o petitio, que se refiere concretamente a lo que es objeto de pedido en virtud de la causa petendi, es decir, la propuesta de dispotitio que se hace al Órgano Jurisdiccional, a la autoatribución de una posición en la relación jurídica sustancial que el pronunciamiento jurisdiccional ha de establecer finalmente meritumcausae. Toda causa petendi condiciona un petitum, y todo petitum presupone una causa petendi"[2]. (sic)* (énfasis es nuestro). Por su parte, Enrique Vescovi sostiene que *"(...) El elemento objetivo de la pretensión es el bien de la vida que solicita el actor; la utilidad que quiere alcanzar con la sentencia: será el pago de un crédito, al entrega de una cosa mueble o inmueble, la prestación de un servicio, una acción u omisión, la declaración de que un contrato está rescindido, etc. Constituyen la finalidad última por la cual se ejerce la acción, el pedido (petitum) que tiene la demanda. (...) El tercer elemento es la causa, o fundamento jurídico de la pretensión. Es la razón de esta, la causa de pedir (causa petendi). Se trata de los hechos jurídicos en los que el actor funda su petición. Generalmente se distinguen el hecho histórico y sus consecuencias jurídicas. Esto es, que en la razón se distingue una razón de hecho y una de derecho"[2]. (sic)* (énfasis es nuestro). De las citas doctrinarias antes revisadas podemos concluir que el petitorio y la razón de pedir constituyen elementos de la pretensión.

cual es realmente la calificación jurídica que corresponde a lo pretendido por el demandante lo cual no es sino, en principio, la aplicación del principio de *iuranovit curia*.

Por otro lado, la *suplencia indirecta de la demanda laboral* constituye una hipótesis de flexibilización del principio de congruencia en un estado democrático y social de derecho que encuentra sustento, no solamente en la necesidad de garantizar el derecho al acceso a la justicia componente fundamental del derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, garantizado en el artículo 139 inciso 3 de la Carta Política, sino en los principios que inspiran al nuevo proceso laboral regulado por la Ley N° 29497 cuyo artículo III del Título Preliminar proclama que en todo proceso laboral los jueces privilegian el fondo sobre la forma e interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso.

En ese sentido y en armonía con los principios descritos resulta vital que la prosecución del nuevo proceso laboral debe estar orientado a que el Juez, despojándose de las formalidades ingrese al análisis de lo sustancial o medular siempre que se garantice los derechos de ambas partes, esencialmente, el derecho de defensa, sustento básico del debido proceso.

En los seguidos por **Jherlin Wilmer Suarez Milian** contra **Hilandería Andina S.A.C**; sobre reposición y otros, *Exp. N° 30711-2012-0-1801-JR-LA-03 (A)* la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo la ponencia nuestra, mediante mandato de fecha 27 de diciembre de 2013, ha resuelto **REVOCAR** la resolución número dos, de fecha 18 de enero de 2013, obrante de fojas 61 a 63, que declara improcedente la demanda; y **REFORMÁNDOLA** se dispuso la adecuación de la demanda y que el juez de la causa admita a trámite la demanda de reposición por despido fraudulento y prosiga la causa conforme a su estado, bajo los siguientes fundamentos:

17. Se advierte del escrito de demanda que el actor presentó ante el 03° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de Lima, como petitorio (*petitum) "(...) se ordene a la demandada se deje sin efecto el DESPIDO INCAUSADO que sufriera el 08 de noviembre de 2012, y consiguientemente se ordene mi reposición en el mismo puesto y en el cargo de Hilandero que venía ostentando hasta antes de ser despedido, por considerar que estamos ante un típico despido incausado, ya que la demandada so— pretexto de comisión de falta grave me ha despedido del trabajo, sin que mi persona haya cometido falta alguna", (sic)*.

18. Asimismo, en el escrito de subsanación de demanda que obra de fojas 58 a 60, el accionante precisa que en su caso se ha producido un despido arbitrario ya que considera que en el presente proceso la demandada no podrá demostrar la supuesta falta contenida por su persona, hecho que de acuerdo a lo establecido en el artículo 34 del Decreto Supremo N° 003-97-Tr, hay arbitrariedad cuando en un proceso no se puede probar la falta atribuida.

19. Por otro lado, como *causa petendi* señala que su persona en ningún momento ha cometido falta grave que amerite su despido y que es falso que su persona

haya agredido al señor YanTaijinNagkai, y que solo se trata de actos de represalia por su condición de trabajador sindicalista.

20. De lo antes expuesto, se colige que los hechos expuestos por el demandante como *causapetendi* encuadrarían dentro de la figura del despido fraudulento, esto es, cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad. Definición del despido fraudulento aportada por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 976-2001-AA/TC, Caso Eusebio Llanos Huasco.

21. En ese sentido, si bien el accionante solicita como petitorio señalando que en su caso se ha producido un despido arbitrario y como consecuencia de ello solicita la reposición a su centro de labores, conforme lo ha expresado en su escrito de subsanación de demanda, obrante de fojas 58 a 60, de los hechos expuestos como causa de pedir puede colegirse meridianamente que el *petitum* de reposición está respaldado por hechos que configurarían un despido fraudulento que, como hemos sostenido en este colegiado en pronunciamientos anteriores, no constituye sino una modalidad de despido arbitrario.

22. Por lo tanto, por aplicación del principio del ***iuranovit curia*** y por ***suplencia indirecta de la demanda*** y en la labor de optimizar la protección de los derechos fundamentales este Colegiado considera que la tutela pretendida en este proceso es de naturaleza restitutoria (reposición) por despido fraudulento siendo que corresponderá al pronunciamiento en la sentencia luego de cumplirse con las reglas del contradictorio y el debate probatorio, establecer si efectivamente los hechos expuestos por el demandante tienen asidero.

En esta orientación con mucha satisfacción hemos constatado que el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del año 2014, celebrado el 24 y 25 de octubre en la ciudad de Tacna ha acordado por mayoría en el tema 2, referido a la calificación jurídica de los hechos expuestos en la demanda que ***"Si puede el juez calificar los hechos expuestos en la demanda sobre reposición eligiendo entre los diferentes supuestos de despido inconstitucionales (incausado, fraudulento y nulo) en virtud de la aplicación de principios como son: Suplencia de queja deficiente, IuraNovit Curia y Prevalencia de fondo sobre la forma, siempre y cuando haya sido sometido a contradictorio ".***[3]

---

[3] En: Materiales proporcionados en el TALLER DE INTERCAMBIO DE EXPERIENCIAS SOBRE LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO, realizado el 01 de diciembre 2014, en la provincia constitucional del Callao y organizado por PPR 099-Celeridad en los Procesos Judiciales Laborales.

## 5. EL PETITORIO IMPLÍCITO COMO HIPÓTESIS DE FLEXIBILIZACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

En nuestros pronunciamientos jurisprudenciales en la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, Sala de Oralidad, hemos tenido la oportunidad de expresar opinión en el sentido de que es perfectamente posible que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición pues se configura un auténtico ***petitorio implícito*** que es un supuesto de flexibilización del principio de congruencia[4]. Este planteamiento reposa en consideraciones vinculadas a los principios que fundamentan el nuevo proceso laboral implantado con la NLPT, como son la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, prevalencia del fondo sobre la forma, economía procesal, eficacia del proceso, tutela judicial efectiva y razonabilidad.[5]

La aplicación de la figura del petitorio implícito en el proceso abreviado laboral conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha sido expuesta por vez primera en nuestro voto (voto en discordia) emitido en la sentencia de fecha 17 de julio de 2013 (Expediente N° 00225-2013-04— NLPT, Cuarta Sala Laboral de Lima), seguido por ROBERTO VICTOR ROJAS BARRAGAN, sobre reposición al centro laboral. Si bien la opinión nuestra resultó un voto en discordia, posición minoritaria, la citada sentencia fue materia de análisis en su integridad en el Pleno Jurisdiccional Nacional Superior realizado en Lima los días 06 y 07 de setiembre de 2013, siendo que la ponencia que reflejaba nuestra posición resultó ganadora por mayoría en el citado certamen judicial (56 votos frente a 17).

Posteriormente, en la sentencia de fecha 02 de octubre de 2013, emitida en el exp. N° 08057-2013-0-1801-JR-LA-16, la Cuarta Sala Laboral de Lima, bajo

---

[4] En efecto en el voto en discordia emitido por el suscrito en el Expediente 00225-2013, su fecha 17 de julio de 2013 hemos señalado que " al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponde emitir pronunciamiento respecto a este y determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización expuesta y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, su cese sólo podía darse por causa justa, relacionada a su conducta o capacidad, conforme a lo preceptuado por el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR que aprueba Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728."

[5] Acerca del tratamiento del petitorio implícito en el nuevo proceso laboral peruano, las razones que lo justifican, las condiciones que se requieren para su aplicación y la evolución jurisprudencial puede consultarse nuestros trabajos anteriores: 1) "El Petitorio Implícito y otras Hipótesis de Flexibilización en el Marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo", publicado en la revista Dialogo con la Jurisprudencia – Gaceta Jurídica – N° 182 – Noviembre 2013 – Lima – Perú, pág 130 – 142; 2) "Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento, y la problemática de la competencia del juzgado de paz letrado, al influjo del II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral 2014" publicado en la revista SOLUCIONES LABORALES – Gaceta Jurídica – N° 83 – Noviembre 2014 – Lima – Perú, págs 58-72.

ponencia nuestra, ha ingresado a analizar la estructura de la pretensión y determinar que efectivamente los hechos referidos a la determinación de la relación laboral por primacía de la realidad o la desnaturalización de un contrato modal constituyen o forman parte de la *causa petendi*, o la razón de pedir, y por lo tanto no constituyen la reposición por lo que es perfectamente posible que en esos términos pueda ser tramitado en la vía de proceso abreviado laboral y ser materia de pronunciamiento por el órgano jurisdiccional.[6] A continuación veamos algunos párrafos de la citada sentencia:

3.19 De la lectura de la demanda presentada por el actor, se advierte que su petitorio (petitum) consiste que se declare la nulidad de su despido y se disponga su reposición, así como el pago de las remuneraciones devengadas y los intereses que se han generado, más el pago de costas y costos. Por otro lado, del escrito de la demanda y del escrito de subsanación de fojas 82, el actor señala como causa petendi que los contratos de trabajo sujetos a modalidad por incremento de actividad suscritos con la demandada se encuentran desnaturalizados conforme lo había establecido la Autoridad de Trabajo en el Acta de Infracción N° 63-2012 de fecha 31 de julio de 2012 originada por Orden de Inspección N° 100-2012—MTPE/2/16.

3.20 La citada causa de pedir ha sido ratificada por el demandante en la Audiencia de vista de la causa realizada ante este Tribunal, oportunidad en la que además ha señalado que había suscrito contratos temporales por incremento de actividad cuya copia de los mismos no le fueron entregados.

3.21 De este modo, se colige que la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad suscritos entre las partes constituye un petitorio implícito a la pretensión de nulidad de despido.

3.22 Por lo antes expuesto, este Colegiado arriba a la conclusión que al configurarse el petitorio implícito (desnaturalización de los contratos de trabajo), corresponderá al pronunciamiento de fondo determinar si efectivamente se produjo la desnaturalización alegada y como consecuencia de ello, si antes del cese del actor existía una contrato a plazo indeterminado, establecer si se ha configurado la nulidad de despido alegada por el demandante.

Posteriormente la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación Laboral N° 7353-2013-Cusco, mediante resolución de fecha quince de noviembre de dos mil trece se ha referido, aunque sin mencionarlo, a la aplicación del petitorio implícito en los procesos abreviados de reposición. En efecto el Supremo Tribunal ha señalado que "(...)ya sea por la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad, como ocurre en el presente

---

[6] Sobre la vinculación entre el petitorio implícito y la *causa petendi* hemos hecho referencia en nuestro trabajo anterior titulado "El Petitorio Implícito y otras Hipótesis de Flexibilización en el Marco de la Nueva Ley Procesal del Trabajo", publicado en la revista Dialogo con la Jurisprudencia – Gaceta Jurídica – N° 182 – Noviembre 2013 – Lima – Perú, pág 130 – 142.

caso, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, no constituye una pretensión autónoma e independiente de la pretensión de reposición, sino que forma parte de la causa petendi de esta última, existiendo para su verificación por parte del juez, una norma específica que en el proceso laboral coadyuva a la misma (artículo 23.2 de la Ley N° 29497)"

Más adelante y para ratificar el cambio de temperamento del Supremo Tribunal se ha señalado que:

***DÉCIMO**: Lo discernido en los fundamentos ut supra, conlleva a esta Sala Suprema a dejar establecido como **un criterio de procedencia y tramitación de una demanda de reposición en la vía procedimental del proceso abreviado laboral**, la posibilidad de que en el seno de éste, si pueda debatirse la "existencia de una relación laboral de duración indeterminada", ya sea por desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o por aplicación del principio de primacía de la realidad como ocurre en el caso sub examiné; como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición, todo ello en aras de garantizar la efectiva tutela judicial del derecho fundamental al trabajo en su manifestación principal que se constituye en la consecución de los principios que inspiran el nuevo proceso laboral regulado por la Ley N° 29497.*

***UNDÉCIMO**: Se deja constancia que las precisiones efectuadas por esta Sala Suprema en la presente resolución, respecto a la procedencia y tramitación de una demanda de **reposición** en la vía procedimental del proceso abreviado laboral; se efectúan en mérito a la dinámica jurisprudencial que permite al colegiado la intensidad de los criterios que éste emita, fijando y perfilando las reglas contenidas en su jurisprudencia; siendo necesario citar para efectos de su emisión y observancia lo previsto en el tercer párrafo del artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS.*

### 5.1. Razones que justifican el *petitorio* implícito

#### *a) Prevalencia de lo oral sobre lo escrito*

Conforme expresamente lo establece el artículo 12.1 de la NLPT en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia.

En tal sentido, en un ámbito de oralidad, si el Juez de la causa aprecia que en los fundamentos fácticos (*causa petendi)* que sustentan la pretensión, el accionante está haciendo referencia precisamente a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad o a la existencia de una relación laboral oculta bajo el disfraz de un contrato civil o mercantil o de otra naturaleza, puede aprovechar las bondades de la inmediación en las audiencias, sea de conciliación, juzgamiento o audiencia única, si se trata del proceso abreviado, a efectos de poder esclarecer debidamente los contornos del petitorio implícito, bajo las condiciones que más adelante señalaremos, y considerarlo como materia de pronunciamiento en la sentencia.

### *b) Prevalencia del fondo sobre la forma*

Constituye fundamento del nuevo proceso laboral, contemplado en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad.

Bajo esta orientación, resulta necesario que en el nuevo esquema procesal se tienda a evitar pronunciamientos inhibitorios o nulificantes que tienen efectos perniciosos no solamente en la imagen sino en la propia subsistencia del modelo. En efecto, si tenemos en cuenta de que el número de personal es limitado y la carga procesal agobiante —producto entre otras razones de la expectativa que genera un nuevo proceso laboral célere y eficaz— quienes se encuentran al frente de los procesos laborales deben estar mentalizados en la tendencia de emitir pronunciamientos respecto al fondo de la controversia en todos los casos, salvo excepciones muy contadas, evitando de esa formas las críticas que siempre se formulan en contra de la institución judicial, situación que lleva a que se deslegitime el modelo.

### *c) Economía procesal*

En virtud de este principio el Juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

Ciertamente el pronunciamiento del órgano jurisdiccional respecto al petitorio implícito evita que se pueda generar nuevos procesos judiciales. De no ser así, ingresaríamos a un escenario en el los casos vinculados a la reposición del trabajador por despido nulo, fraudulento o incausado, para ser instrumentalizados en la vía abreviada, supondrían que antes el trabajador tenga que accionar en un primer proceso a efectos de que se declarare la existencia de una relación laboral de carácter indeterminada y, luego solicitar, en un nuevo proceso laboral abreviado, la reposición como pretensión única, lo cual definitivamente constituye una negación al acceso a la tutela judicial efectiva teniendo en cuenta que las acciones de reposición están sujetas a un plazo de caducidad. Por otro lado, exigir que el trabajador acuda al proceso ordinario laboral no solamente afecta el principio de economía procesal sino que vacía de contenido completamente la finalidad que trasunta la regulación contenida en el artículo 2.2. de la NLPT que precisamente consiste en establecer un proceso ágil que signifique que el trabajador pueda ver resuelto su pedido de reinstalación de manera más célere teniendo en cuenta que estamos ante la afectación del derecho fundamental al trabajo.

**d) Eficacia del proceso**

La eficacia tiene que ver con el logro de la finalidad de todo proceso judicial que es el de resolver los conflictos para alcanzar la paz social.

Resulta evidente que dar solución a una controversia si necesidad si duplicar procesos o trámites constituye una demostración de la eficacia del proceso

**e) Tutela judicial efectiva**

El artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Estado establece como garantía de la administración de justicia la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

La exigencia de trasuntar por dos procesos judiciales para lograr la reposición de un trabajador o pretender seguir un proceso ordinario laboral, existiendo previsto un proceso más rápido y ágil como es el proceso abreviado, afecta definitivamente al principio constitucional antes citado, es más, implica, en otras palabras, la negación de la tutela jurisdiccional.

### 5.2. Condiciones del petitorio implicito

Estimamos que si bien es posible que se pueda desarrollar la figura del petitorio implícito en el escenario del proceso laboral abreviado y, con mayor razón, en el proceso ordinario, por la naturaleza y extensión del mismo, ello requiere que se den determinadas condiciones como presupuesto necesario. En efecto, de manera resumida señalaremos que solo se podrá aplicar la citada figura si: a) aparecen hechos claros y concretos respecto a la petición implícita; b) garantía del derecho de defensa y del contradictorio, esto es, en virtud de la garantía de la observancia del debido proceso, el demandado debe haber tenido la posibilidad de hacer valer su derecho de defensa frente a dicha petición, derecho que incluye la posibilidad de ofrecer medios de prueba que respalden su posición.

## 6. OTROS SUPUESTOS DE FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

### 6.1. El *iura novit curia*

Sobre este principio, Gustavo Calvinh[7] o señala que: "Entonces, cabe sostener otra razón: la obligación de la autoridad de aplicar el derecho vigente más allá del que invoquen los litigantes y su deber de conocerlo —rectius, la imposibilidad de excusarse en su aplicación aduciendo ignorancia— es una garantía para las partes. Garantía de seguridad jurídica, en cuanto la resolución se basará en el derecho

[7] Gustavo Calvinho, *"Estudios Procesales – Enfoque sistemático pro-homine"*, Editorial San Marcos, Agosto 2008, página 71.

vigente. Y no en otra cosa. La sociedad, a fin de mantener la paz social erradicando el uso privado de la fuerza para solucionar los conflictos, ha instaurado como alternativa que un tercero, siguiendo un método —proceso— resuelva el litigio. Para ello ha delegado una fracción de su poder en la autoridad constituida —juez o árbitro—, Pero, para no quedar sometido al arbitrio del poder constituido, se reserva ciertas garantías como resguardo de su poder no delegado. Con esta perspectiva, el aforismo iuranovit curia encuentra su motivo en la sujeción a las reglas de juego que la autoridad debe respetar para resolver los litigios."

En nuestro ordenamiento legal este principio ha sido positivizado en el VII del Título Preliminar del Código Civil que establece que: " Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda". Norma concordante con el principio juez y derecho que prevé el Art. VII del T.P. del C.P.C. que prescribe que juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, norma que la sido replicada en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El máximo Intérprete de la Constitución en la sentencia recaída en el Expediente N° 05652-2007-PA/TC de fecha 06 de noviembre de 2008, (Rosa BethzabéGambini Vidal) fundamento 4., señala lo siguiente: "Sin embargo, en aplicación del principio iuranovit curia, establecido en el Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el Tribunal tiene el poder-deber de identificar la norma jurídica que sirve de fundamento a la pretensión solicitada, aun cuando ésta no se encuentre expresamente invocada en la demanda. En efecto, corresponde a este Tribunal subsanar el error de derecho cometido por la demandante en el extremo que pretende su reposición en aplicación de la Ley N.º 24041, ya que estuvo sujeta al régimen laboral de la actividad privada." (resaltado es agregado).

Así también lo ha reiterado en la sentencia recaída en el Expediente N° 03731-2010, de fecha 07 de octubre de 2011, fundamento 8. al señalar: "No obstante lo anterior, este Colegiado estima que a efectos de evitar un perjuicio innecesario a la parte demandante, procede la aplicación del principio iuranóvit curia, consagrado en el artículo VIII del Código Procesal Constitucional. En consecuencia, en el presente caso la configuración legal del derecho a la pensión del recurrente deberá ser analizada según lo dispuesto por las normas que regulan el régimen general de jubilación establecido en el Decreto Ley 19990." (negrita y subrayado es del suscrito).

En esa línea ha opinado el suscrito, a propósito del análisis de la STC recaída en el Exp. N° 01048-2011-PA/TC, caso Sindicato de Trabajadores de la Empresa StarPrint, sobre un supuesto despido por problemas económicos del empleador o por evaluación de personal, señalando que: "Esto significa que una vez más el TC, en virtud del principio iuranovit curia, previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se pronunció sobre un hecho que

no formaba parte —por lo menos eso parece de los datos que se pueden extraer de la resolución— de la causa petendi invocada por la parte actora."[8]

La aplicación de este principio en un proceso abreviado laboral de reposición ha sido destacada en nuestro voto (voto en discordia) emitido en la sentencia de fecha 04 de octubre 2013 (Exp.N° 4119-2013, Cuarta Sala Laboral de Lima), seguido por LUIS HABACUC ROJAS GAVINO con INSTALACIÓN DE TENDIDOS TELEFÓNICOS DEL PERÚ S.A. – ITETE PERU S.A.; sobre reposición al centro laboral, el cual por sus propios términos resulta revelador en cuanto a la aplicación del iuranovit curia en los procesos de reposición.

En efecto, nosotros somos de la opinión que si el actor en su demanda ha invocado una causal de desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, como puede ser la falta de señalamiento de la causa objetiva de contratación o la inobservancia de la formalidad escrita, si de los hechos expuestos como sustento de su demanda (causa petendi) se aprecia que se ha configurado alguna otra causal de desnaturalización de los contratos modales prevista en el artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, y dicha causal ha sido materia de debate y actividad probatoria, es perfectamente posible que el Juez se pronuncie sobre dicha otra causal en aplicación del principio en comento. En el caso citado, se verificó que el contrato sujeto a modalidad para obra o servicio fue suscrito recién el 17 de agosto de 2009, es decir casi un mes después de la fecha que se estipuló como inicio de la vigencia del contrato modal, lo cual permite concluir que durante tal periodo el actor laboró sin que medie algún tipo de contrato de trabajo de naturaleza modal, al haberse especificado que la relación laboral se inició el día 13 de julio de 2009, por lo que se impone la aplicación de presunción de laboralidad prevista en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, según la cual en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Igualmente, en virtud del citado principio consideramos si el actor invoca haber sido objeto de un despido fraudulento, nulo o incausado, si de los hechos expuestos en la demanda se verifica que se ha configurado una modalidad distinta de despido, y dichos hechos han sido materia del contradictorio y de actividad probatoria, el Juez puede pronunciarse sobre el despido que se ha configurado siempre que se viabilice el tipo de tutela invocada por el actor frente al despido —tutela restitutoria o tutela resarcitoria, esto es, la reposición o la indemnización.

En el caso materia de comentario, el actor en los fundamentos de hecho de su demanda señala que ha sido víctima de un despido fraudulento, agregando que la demandada lo despidió el 01 de enero de 2013 aduciendo un supuesto término del

---

[8] Omar Toledo Toribio – Comentario de la STC Exp. N° 01048-2011-PA/TC, caso Sindicato de Trabajadores de la Empresa StarPrint, Gaceta Constitucional, Tomo 50, Febrero 2012, página 197.

contrato modal a pesar que a esa fecha era un trabajador a plazo indeterminado, por lo que sólo podía ser despedido por causa justa relacionada a su capacidad o conducta. Sin embargo, a la luz de los elementos fácticos aportados, el suscrito ha sido de la opinión de que en aplicación del principio iuranovit curia correspondía determinar si los hechos enunciados por el demandante enmarcan más bien es el supuesto de despido incausado.

A continuación transcribo parte de los fundamentos de nuestro voto en discordia que, si bien al final quedó en minoría, ilustra perfectamente nuestra posición expresada líneas arriba:

"ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

> 10. En el caso de autos, si bien es cierto conforme a los argumentos expuesto en la sentencia materia de alzada, el A quo, sostiene como uno de los fundamentos para desestimar la demanda que: " 8. Respecto de estas exposiciones orales que se han repetido además en la actuación probatoria y en los alegatos de cierre, se aprecia que traen al escenario del presente proceso hechos nuevos no invocados expresamente en la demanda. En lo atinente, conviene señalar que si bien la Nueva Ley Procesal del Trabajo establece en el artículo 12.1 relacionado con el principio de la oralidad que en los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobe las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia; tal estipulación de la ley en modo alguno puede vulnerar la prohibición establecida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el que reza: El Juez[(...)] no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes. Y esta prohibición constituye la observancia del debido proceso porque se relaciona con el principio de congruencia que tiene desarrollo y preeminencia constitucional, en desmedro del principio de oralidad que tiene desarrollo legal en la Nueva Ley Procesal del Trabajo." (resaltado es agregado).

No obstante lo expuesto por el A quo en la sentencia recurrida, corresponde a esta instancia efectuar un análisis de los hechos materia de controversia a la luz del principio iuranovit curia; toda vez que en efecto conforme lo expusiera el Magistrado de Primera Instancia, el demandante ha invocado la desnaturalización de los contratos modales suscritos entre las partes "lo que ocurrió específicamente en el año 2010"; no obstante ello, corresponde analizarse si en efectos se produjo la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad para obra determinada o servicio específico desde el inicio de las labores del actor, esto es, desde el 13 de julio de 2009, así como verificar si los contratos de trabajo sujetos a modalidad se han llevado a cabo con las formalidades establecidas en el artículo 63° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR).

En el caso materia de análisis, se advierte que obra a fojas 45 y 45 vuelta, el CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO DETERMINADO PARA OBRA O SERVICIO

ESPECÍFICO, suscrito por el demandante y por la empresa Instalación de Tendidos Telefónicos del Perú S.A. (Itete S.A.), detallándose que se contrataba al actor a efectos desarrolle labores de Técnico, por el periodo comprendido entre el 13 de julio de 2009 al 30 de setiembre de 2009, dejando constancia dicho contrato que: "En señal de conformidad las partes suscriben este documento en la ciudad de Lima, a los 17 días del mes de Agosto de 2009" (énfasis nuestro).

En efecto, conforme se advierte del contenido del contrato antes citado, este fue suscrito recién el 17 de agosto de 2009, es decir casi un mes después de la fecha que se estipuló como inicio de la vigencia del contrato modal. En tal sentido de lo anterior se puede colegir que durante tal periodo el actor laboró sin ningún tipo de contrato de trabajo de naturaleza modal, al haberse especificado que la relación laboral se inició el día 13 de julio de 2009.

En ese sentido, se infiere la aplicación de presunción de laboralidad prevista en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, según la cual en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, lo cual ha sido incluso recogido con mayor ventaja para el trabajador en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, al señalar: "Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.". Consecuentemente desde el inicio de la relación laboral, esto es, el 13 de julio de 2009, se desarrolló entre las partes un contrato de trabajo de naturaleza indeterminada.

EN RELACIÓN AL DESPIDO.

Conforme lo hemos venido señalando en los considerandos que preceden, en virtud del principio "iuranovit curia" los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda. En tal sentido, si bien es cierto, conforme a los términos de la demanda sostiene en sus fundamentos de hecho que ha sido víctima de un despido fraudulento, sin embargo, agrega que la demandada lo despidió el 01 de enero de 2013 aduciendo un supuesto término del contrato modal a pesar que a esa fecha era un trabajador a plazo indeterminado, por lo que sólo podía ser despedido por causa justa relacionada a su capacidad o conducta.

Por lo tanto, en aplicación del principio citado en el considerando anterior, corresponde determinar si los hechos enunciados por el demandante enmarcan más bien es el supuesto de despido incausado.

En relación al despido incausado, la Constitución Política de 1993 en su artículo 27 prevé que "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". En función al mandato constitucional el Decreto Legislativo 728 ha establecido tres tipos de despido ilegal diseñando un sistema de protección del trabajador de tal forma que en algunos supuestos procede la tutela resarcitoria como es el caso del despido arbitrario y el despido indirecto, en los que sólo cabe

el pago de una indemnización tasada (artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el D.S. 03-97-TR) en tanto que solo cuando se configura el despido nulo procede la reposición o reinstalación del trabajador.

En el caso concreto, la demandada ha manifestado tanto en su escrito de contestación de demanda, así como en la Audiencia Única que no existe despido alguno, lo que ocurrió es la finalización del plazo pactado del contrato sujeto a modalidad, sustentado en el literal c) del artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

De lo que se deduce, evidentemente que el supuesto cese por vencimiento de contrato a plazo fijo, era realmente un despido, toda vez que el contrato de trabajo a plazo fijo que mantuvo con el demandante se desnaturalizó convirtiéndose en un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Por lo que, estando a que la relación laboral entre las partes era de carácter indeterminado, el actor únicamente podía ser despido por causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, lo cual no ha ocurrido conforme lo advierte expresamente la demandada, por lo que en consecuencia se produjo el despido incausado o también denominado ad nutum.

De otro lado, en la sentencia venida en grado, se aprecia que el juez ha desestimado la demanda de reposición; sin embargo, al haberse determinado en la presente sentencia, conforme a los considerandos antes expuestos, si resulta procedente la reposición del actor en el cargo de Técnico de la empresa INSTALACIÓN DE TENDIDOS TELEFÓNICOS DEL PERÚ S.A. – ITETE PERU S.A., conforme a lo esgrimido por el Máximo Intérprete de la Constitución en las sentencias acotadas; por tal motivo, corresponden estimarse los agravios expuestos y revocarse la sentencia venida en grado.

Máxime si la demandada, no ha cumplido con acreditar que se haya cumplido con las formalidad de la extinción del contrato de trabajo carga de la prueba que le corresponde, de conformidad con el artículo 23.4° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, N° 29497, que textualmente señala: "De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.".

Finalmente, con el respeto que se merecen mis colegas no comparto la posición de las mismas, pues en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en el Título Preliminar artículo III, se establece que: "En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad." (énfasis agregado). En ese sentido declarar la nulidad de la sentencia lo único que conllevaría es repetir nuevamente los actos procesales con la consecuente utilización de recursos humanos y materiales, lo cual va a contrapelo de los propósitos delineados por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, esto es, la de alcanzar una justicia pronta,

célere y oportuna. En el presente caso, los extremos materia de controversia se encuentran debidamente definidos y los medios probatorios son suficientes para emitir pronunciamiento, por lo que sólo justificaría la realización de una Proceso Ordinario Laboral si hubiera necesidad de realizar actividad probatoria, lo cual no se presenta en el caso de sub materia.

A mayor abundamiento cuando la Nueva Ley Procesal del Trabajo prevé las acciones de reposición deben tramitare en el Proceso Abreviado, no hace sino más que resaltar que en estos procesos se ventilan pretensiones que tienen que ver con la defensa de los Derechos Fundamentales del Trabajador, pauta basilar de una Estado Constitucional de Derecho. Nulificar este proceso para ser reiniciado bajo un Proceso Ordinario Laboral implicaría postergar la solución del mismo." (sic.)

### 6.2. Fallo *ultra petita*

Una de las manifestaciones de carácter inquisitivo del proceso laboral consiste en que el Juez Laboral se encuentra facultado para expedir sentencias que vayan más allá del petitorio contenido en la demanda, posibilidad que se encuentra proscrita en el proceso común o proceso civil en virtud de que en el mismo impera el principio de congruencia contemplado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil[9].

Refiriéndose a esta facultad del juzgador laboral el profesor de la Universidad Católica Mario Pasco Cosmópolis sostiene que "por economía procesal, por suplencia indirecta de la demanda, por protección de los derechos irrenunciables del trabajador, por prevalencia del fondo y de la verdad real sobre la verdad formal o aparente, el Derecho procesal del Trabajo admite pues, la posibilidad de un fallo que, despojándose de ataduras formales excesivas, desborde lo demandado. Cuando tal exceso es cuantitativo se denomina ultra petita, más allá de lo pedido; cuando es cualitativo se denomina extra petita, distinto de lo demandado"[10]

Nos encontramos frente a un fallo ultra petita, cuando el Juez ordena el pago de un monto mayor a lo demandado si advierte errores aritméticos o de cálculo o errores en la fundamentación jurídica de la demanda o cuando percibe que se ha aplicado indebidamente una norma legal que tiene implicancia en el monto del fallo. Es decir, estamos ante un fallo ultra petita cuando la sentencia sobrepuja o excede a la demanda en términos cuantitativos. Nuestro sistema procesal laboral

---

[9] El principio de congruencia tiene las siguientes manifestaciones: El objeto del proceso (*Themadecidendum*) lo fijan las partes y es dentro de esos límites como el Juez debe decidir; el Juez deberá fallar de conformidad con lo alegado y probado por las partes (*secundumallegata e probata) y; l*a sentencia debe fijarse dentro de los límites de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o controvierte el demandado. En otras palabras el Juez debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más, esto es, conforme (congruente) con lo solicita por la parte. *En eatjudex ultra petitapartium*

[10] Pasco Cosmópolis, Mario.-"Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo", Lima Aele, 1997, p. 55

confiere al Juzgador la facultad ultra petita, esto es, la posibilidad de expedir sentencias que en términos cuantitativos excedan a la demanda.

Según Ernesto Krotoschin: "La jurisprudencia, por lo general, ha comprendido en el sentido que acaba de exponerse, la faculta de sentenciar ultra petita. Aplicando este, criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aun cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o que corresponde disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización en cambio, si sólo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltante para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de trabajo." (sic)[11]

Por su parte para el doctor Mario Pasco Cosmópolis "Los requisitos para la incorporación en la sentencia de cantidades superiores o materias distintas son taxativos e inexcusables, a saber:

a. Que, aunque no aparezcan o aparezcan de modo distinto en la demanda, hayan surgido a debate en el curso del proceso.

b. Que, hayan quedado acreditadas, probadas de modo tan incuestionable que hayan podido producir convicción absoluta en el juez sobre la precedencia del derecho.

c. Que el derecho se amparado, esto es, que la faculta se ejerza pro operario.

d. Que versen sobre derechos irrenunciables."(sic)[12]

La Nueva Ley Procesal de Trabajo 29497, que fuera resultado de estudio y revisión por el grupo de trabajo creado por Resolución Ministerial N.° 006-2009-TR, el que tuvimos la satisfacción de integrar, igualmente ha previsto esta figura en el artículo 31º cuando establece que "La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. Si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero, la misma debe estar indicada en monto líquido. El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables."(lo resaltado es nuestro). La norma legal citada

---

[11] Ernesto Krotoschin, "Tratado práctico de derecho del trabajo".4ta. ed. Buenos Aires, Ed. Desalma, 1981, pp. 639-693 (cuarta parte). Citado por el Centro Interamericano de Administración del Trabajo (CIAT/OIT) en el libro "Fichas para la Investigación". 1era. edición, diciembre de 1986.

[12] Pasco Cosmópolis, Mario.- "El Principio Protector en el Proceso Laboral". En "Trabajo y Seguridad Social Estudios Jurídicos en Homenaje a Luis Aparicio Valdez". Lima. Editorial Grijley. 2008. pp.530-531.

tiene su antecedente en el artículo 48, inciso 3 de la Ley 26636 que establece que el juez puede ordenar el pago de sumas mayores a las reclamadas, si de lo actuado apareciere error en los cálculos de las liquidaciones demandadas. Precepto que se origina en base al c) del artículo 50 del Decreto Supremo No. 03-80-TR, norma legal con rango de ley que reguló el Proceso Laboral Judicial hasta la entrada en vigencia de la Ley 26636.[13]

De esta manera en virtud de la facultad ultra petita el Juez Laboral puede otorgar un mayor monto por Compensación por Tiempo de Servicios en caso de que el actor incurra en un error al no considerar determinados rubros que legalmente forman parte de la Remuneración Computable (remuneración que se toma como base de cálculo para establecer la Compensación por Tiempo de Servicios, conforme a lo regulado por los artículos 9 a 20 del Decreto Supremo No. 01-97-TR —Texto Único Ordenado de la Ley de CTS). De otro lado, en términos generales dicha facultad resulta igualmente aplicable en el caso de que exista algún error aritmético en la determinación de los beneficios sociales o en la sumatoria del total adeudado. Finalmente, consideramos que la citada atribución podría ser ejercitada si el actor reclama el pago de las gratificaciones de los meses de julio y diciembre considerando erróneamente que el monto de cada gratificación asciende al 50% de la Remuneración del actor cuando de conformidad con la Ley 27735 la gratificación equivale a un sueldo íntegro por cada oportunidad.

### 6.3. Fallo *extra petita*

En cambio nos encontramos frente a un fallo extra petita cuando la sentencia rebasa el marco de la demanda en términos cualitativos, es decir, se pronuncia otorgando pretensiones que no han sido materia de la demanda, esto es, cuando se otorga conceptos o derechos que no formaban parte del petitorio de la demanda.

Nuestro sistema procesal laboral no ha contemplado la posibilidad de que el Juez pueda en la sentencia exceder el marco de la demanda en términos cualitativos (facultad extra petita), esto es, el Juzgador no está facultado para disponer el otorgamiento de conceptos que no han sido materia de demanda, esto es, no podrá conceder pretensiones que no se encuentran contenidas en el acto postulatorio.

A guisa de ejemplo: si la demanda comprende las pretensiones acumuladas de pago de Compensación por Tiempo de Servicios y Vacaciones Truncas, el Juez no puede ordenar el pago de las gratificaciones aunque resulte evidente de la simple verificación del libro de planillas que dicho pago por las festividades contempladas en la Ley 27735 (Aniversario Patrio y Navidad) no ha sido efectuado.

---

[13] "Artículo 50. La sentencia declarará fundada la demanda: c) Respecto de los hechos constatados por el Juez Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales que constituyan violación de las normas legales o convencionales, objeto de la demanda, pudiendo ordenar también el pago de sumas mayores a las reclamadas, si de lo actuado apareciere error en los cálculos de las liquidaciones demandadas".

Algunos autores consideran que existe un caso en que en nuestro medio podría considerarse como fallo extra petita, legalmente admitido. Es el caso referido a los procesos por nulidad de despido en cuyo caso la ley permite la reinstalación o readmisión del trabajador en la empresa con el subsecuente pago de las remuneraciones devengadas, esto es, las remuneraciones dejadas de percibir como consecuencia de la resolución unilateral del contrato de trabajo (despido). De esta forma se estima de que estaríamos ante un fallo extra petita cuando el Juez ordena el pago de las remuneraciones devengadas no obstante que el trabajador demanda únicamente la impugnación del despido nulo y su reposición en el empleo obviando reclamar las remuneraciones devengadas.

Sin embargo, nosotros consideramos que siendo que el pago de las remuneraciones devengadas constituye consecuencia necesaria de una demanda de nulidad de despido declarada fundada, como lo establece el artículo 40 del Decreto Supremo No. 03-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el otorgamiento de dichos sueldos caídos no resulta sino de la aplicación del principio jurídico de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, tanto más si como lo establece el artículo 87, in fine, del Código Procesal Civil, —aplicable supletoriamente al proceso laboral—, cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

Si bien en el ámbito laboral no existe la posibilidad de emitir pronunciamientos extra petita algunos instrumentos legales si han previsto esa posibilidad. Es el caso de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley 27584, cuyo Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo Nº 013-2008-JUS en su artículo 41 se establece que "La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente: 2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.(...)".(lo resaltado es nuestro).

## CONCLUSIONES

A diferencia de la Ley 26636, cuyo artículo 15 establecía de manera expresa y taxativa cada uno de los requisitos que debía contener la demanda laboral, la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497 (en adelante NLPT) cuenta con una redacción más concisa (artículo 16) y más bien contiene una remisión a lo regulado en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil que, como sabemos, regulan lo atinente a los requisitos y anexos, respectivamente, que debe contener la demanda civil.

2. Sin embargo, la parquedad de la redacción no se condice con lo realmente importante que constituye la demanda y, en su momento, la contestación de la demanda, en un ámbito de oralidad. En efecto, los citados actos procesales son los que fijan los términos de la controversia y de su adecuada formulación y de la precisión de los mismos dependerá que el nuevo proceso laboral se encause

correctamente y permita emitir un pronunciamiento de fondo justo y oportuno, resguardándose los principios que lo inspiran como son la inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad y sin dejar de lado las garantías del debido proceso.

3. Desde esta perspectiva, la formulación de la *teoría del caso* por la parte demandante y, en su caso, por la parte demandada, tendrá como uno de sus componentes esenciales el conocimiento, no solo de los medios probatorios que servirán para respaldar la estrategia trazada por cada parte, sino además el cabal entendimiento de la finalidad y utilidad de los mismos pues en un proceso oral resulta innegable la necesidad que desde el inicio del mismo se tenga que controlar que los medios probatorios ofrecidos estén destinados a un objetivo. En ese sentido, la exigencia de la NLPT de señalar la finalidad de los medios probatorios no constituye un requerimiento intrascendente o baladí sino que está estrechamente vinculado con los principios y fines que impulsan el proceso.

4. El derecho fundamental a probar tiene una doble vertiente, esto es, la positiva, que implica la posibilidad de ofrecer los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor y, la vertiente negativa, que puede definirse como la facultad de no ofrecer medios probatorios, caso en el cual el propio justiciable será responsable por las consecuencias legales de carácter procesal en aquellos casos en los que la carga de la prueba recae sobre él, aspecto que expresamente se encuentra regulado en el artículo 200 del Código procesal Civil.

5. No resulta posible obligar compulsivamente al justiciable ofrecer determinada prueba y en tal sentido la no presentación de un medio probatorio con la demanda no puede generar el rechazo del acto postulatorio pues resulta suficiente que el Juzgador deje constancia de su no presentación lo cual generará que en su oportunidad se declare la inadmisión de la citada prueba. En efecto, no resulta posible concebir, de cara a la necesidad de cautelar el acceso a la tutela jurisdiccional efectiva, que la no presentación de uno de los documentos ofrecidos como prueba contamine el acto postulatorio de tal forma que lo haga inviable.

6. Consideramos que es perfectamente posible que en una demanda laboral se puede solicitar el reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso y además el pago de los costos del proceso, pues hay que precisar que el Juez de trabajo sólo fijará el monto de los honorarios del abogado del demandante, cuyo pago es obligación del propio demandante quien podrá recuperar dicho gasto con el pago de los costos a cargo de la parte demandada, si esta fuera vencida, pues no hay que olvidar que de conformidad con el artículo 412 del Código Procesal Civil las costos y los costos se cobran a título de reembolso.

7. Siendo que los honorarios del abogado tienen la misma naturaleza que los costos, pues se retribuye la labor del abogado patrocinante, para la determinación de los mismos debiendo tomarse en cuenta las incidencias del proceso conforme a lo establecido en el artículo 414º del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en virtud de la Primera Disposición Complementaria de la Ley N° 29497.

En efecto se tendrá en cuenta la duración del proceso, la actividad desplegada por el abogado patrocinante, así como el monto reconocido por concepto de capital e intereses aproximados si se trata de una pretensión de carácter económico.

8. La Nueva Ley Procesal del Trabajo no establece parámetro objetivo que nos permita definir cuando nos encontramos ante una improcedencia notoria de la demanda, situación que en modo alguno puede llevarnos a sostener que la facultad de rechazo *in límine* puede ser entendida como una opción absolutamente discrecional de los jueces, sino por el contrario es una alternativa que solo cabe elegir cuando no exista ningún margen de duda respecto de la configuración de alguna causal de improcedencia, es decir, que no se presente controversia alguna con relación a las variables de improcedencia, lo que supone, por el contrario, que cuando existan elementos de juicio que admitan un razonable margen de debate o discusión, tal dispositivo resulta impertinente.

9. Resulta necesario convenir en un criterio objetivo para definir las causales de improcedencia de la demanda y no incurrir en situaciones que nos puedan llevar a la aplicación de la ***improponibilidad de la demanda*** como causal de improcedencia, figura que no se halla expresamente reconocida en nuestra legislación, esto es, no es posible que en el auto calificatorio el Juzgador analice el contenido de la petición inicial y su fundabilidad, aspecto que consideramos debe ser materia de pronunciamiento de fondo en la sentencia.

10. Por la naturaleza de los derechos en controversia en el proceso laboral, pues se tratan de derechos contenidos en normas de orden público y se encuentran vinculados al ejercicio de derechos fundamentales, al Juez laboral se le ha dotado de la facultad de ***suplencia indirecta de la demanda***. En virtud de esta facultad, siendo que los derechos laborales son de orden público el Juez puede adecuar la calificación efectuada en la demanda si de los hechos que forman parte de la *causapetendi* expuesta por el actor se puede concluir de manera categórica cual es realmente la calificación jurídica que corresponde a lo pretendido por el demandante lo cual no es sino, en principio, la aplicación del principio de *iuranovitcuria*.

11. Es perfectamente posible que en el proceso abreviado laboral se pueda discutir la desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad, o el reconocimiento de la relación laboral en virtud del principio de primacía de la realidad, como presupuesto previo al pronunciamiento respecto a la pretensión de reposición pues se configura un auténtico *petitorio implícito* que es un supuesto de flexibilización del principio de congruencia. Este planteamiento reposa en consideraciones vinculadas a los principios que fundamentan el nuevo proceso laboral implantado con la NLPT, como son la prevalencia de lo oral sobre lo escrito, prevalencia del fondo sobre la forma, economía procesal, eficacia del proceso, tutela judicial efectiva y razonabilidad.

# *Ponencias libres*

# Indemnizacion por concepto de daño moral como consecuencia de un despido arbitrario


## Gabriel Acurio Salazar

Abogado y Maestro en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco - UNSAAC. Candidato a doctor en "Sociedad, Democracia, Estado y Derecho": Universidad del País Vasco - España UPV/EHU. Ex Magistrado de la Corte Superior de Justicia del Cusco – Perú. Docente de la Maestría en Medicina Ocupacional y Medio Ambiente – Universidad Peruana Cayetano Heredia.


***SUMARIO***


*1. Introducción. 2. Derecho al trabajo y despido arbitrario. 3. Una aproximación a la responsabilidad civil. 4. Competencia y vía procesal. 5. Jurisprudencia sobre indemnización por daño moral a consecuencia de un despido arbitrario. 5.1. CAS. Nº 2677-2012 LIMA. 5.2. CAS. Nº 699-2015 LIMA. 5.3. CAS. Nº 5423-2014 LIMA. 5.4. CAS. Nº 7095-2014 LIMA. 5.5. CAS. Nº 8152-2015 LIMA. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador, es quizás uno de los temas más controversiales del derecho del trabajo; sin embargo la Constitución Política del Estado establece, que el trabajo es un deber y un derecho, es base del bienestar social, un medio de realización de la persona, y que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Esta última parte recogida en lo dispuesto por el artículo 27 de nuestra Carta Magna, es muy polémica, toda vez que existen diferentes posiciones al respecto, la primera que señala que frente a un despido arbitrario solo procede el pago de una indemnización tasada, la cual se encuentra recogida en lo dispuesto por el artículo 38 de la LPCL que prescribe: "La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba".

Por otra parte un importante grupo de procesalistas —y que viene siendo tendencia en nuestros tribunales, a la cual me adhiero— sostenemos, que frente a un despido arbitrario, es posible reclamar indemnización por daño moral, en los casos donde la relación de causalidad entre la conducta antijurídica y el daño, este debidamente probado.

A continuación, desentrañaremos, cada uno de estos aspectos partiendo del derecho del trabajo, el despido arbitrario, abordaremos la responsabilidad civil, competencia, vía procedimental y finalmente la jurisprudencia en materia de indemnización por daño moral a consecuencia de un despido arbitrario.

## 2. DERECHO AL TRABAJO Y DESPIDO ARBITRARIO.

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución, que establece: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".

El Tribunal Constitucional, estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. "El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa (...) cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo 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. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa".

En el primer aspecto relacionado con acceder a un puesto de trabajo, es necesario que ambas partes celebren un contrato de trabajo (verbal o escrito), en-

tendido como la manifestación de voluntad de dos partes, una de ellas denominada empleador y la otra denominada trabajador, por la cual, una de ellas (trabajador) se compromete a prestar sus servicios en forma personal y subordinada, la otra parte (empleador) se compromete y está obligado al pago de una remuneración. Ambas partes, por el simple mérito de este acuerdo, tienen la plena obligación de cumplir las obligaciones antes indicadas, así como dar cumplimiento a la normatividad vigente en nuestro país.

El segundo aspecto referido al derecho a no ser despedido sino por causa justa, al respecto, un despido será justificado o injustificado en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión de causa o sin ella, es decir, cuando se indican (o no) los hechos que motivan y justifican la extinción de la relación laboral. Entonces, el despido será legítimo sólo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso.

Para que el despido sea justo, legal, y no sea arbitrario, debe existir correspondencia entre la infracción, la prueba y el grado de sanción, debido a que la facultad disciplinaria del empleador debe encuadrarse en los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por tanto, para ser legítima la causal de resolución del contrato, tal decisión debe observar la forma prescrita por la ley, respetando el debido proceso sancionador.

En referencia al despido el profesor ALONSO GARCÍA define: "el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual, éste, decide poner fin a la relación de Trabajo".

Por mi parte, considero que el despido es aquel acto proveniente de la voluntad del empleador, el cual de manera legal respetando el debido proceso, o sin respetarlo en forma arbitraria, pone fin a la relación laboral.

**Tipos de despido**:

- Despido incausado: Se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique.
- Despido fraudulento: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.° 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación

laboral con vicio de voluntad (Exp. N.° 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas".

- Despido nulo: Se produce el denominado despido nulo, cuando:
  - Se despide al trabajador por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales.
  - Se despide al trabajador por su mera condición de representante o candidato de los trabajadores (o por haber actuado en esa condición)
  - Se despide al trabajador por razones de discriminación derivados de su sexo, raza, religión, opción política, etc.
  - Se despide a la trabajadora por su estado de embarazo (siempre que se produzca en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto).
  - Se despide al trabajador por razones de ser portador de Sida (Cfr. Ley N.° 26626).
  - Se despide al trabajador por razones de discapacidad (Cfr. Ley 27050).

## 3, UNA APROXIMACIÓN A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

**Concepto:** La disciplina de la Responsabilidad Civil se clasifica en responsabilidad contractual y responsabilidad civil extracontractual. La primera se origina frente a la ocurrencia de un daño como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, mientras que la segunda se trata de daños que serán resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden contractual, en este caso es la ley que hace que el daño sea reparado.

El daño puede ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial. El daño patrimonial está referido a la pérdida de un bien material o que pueden ser verificados con facilidad por existir una merma en el patrimonio del sujeto dañado. El segundo, se caracteriza por lesionar a la persona en si misma entendida como un valor espiritual, psicológico o inmaterial.

Dentro del daño denominado patrimonial encontramos a la figura del daño emergente y el lucro cesante, es todo menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona. Al respecto el autor TABOADA CÓRDOVA, la define de la siguiente manera:

> "En la doctrina existe unanimidad es que existen dos categorías de daño patrimonial, que son aplicación tanto al campo contractual como extracontractual: el daño emergente y el lucro cesante. Se entiende por daño emergente la pérdida patrimonial efectivamente sufrida y lucro cesante la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir"

Dentro de la sistemática actual del Código Civil, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo, comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas, expresada en sentimientos de ansiedad, angustia, sufrimiento tanto físico como psíquico, padecidos por la víctima, que por lo general son pasajeros y no eternos. Este tipo de daño se denomina también "daño no patrimonial", "daño extrapatrimonial", "daño extraeconómico", "daño biológico", "daño a la integridad psicosomática", "daño a la vida de relación", entre otros. El daño a la persona conocido también como daño subjetivo, sería "el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial."

El daño extrapatrimonial se encuentra referido a las lesiones a los derechos no patrimoniales, dentro de los cuales se encuentran los sentimientos, considerados socialmente dignos o legítimos, y por ende, merecedores de tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral; comprende el daño a la persona y el daño moral. El daño a la persona según ESPINOZA ESPINOZA es:

> "aquel que lesiona los derechos y legítimos intereses de naturaleza no patrimonial"
> El daño moral es definido por el mismo autor como el "ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima".

El daño moral puede ser concebido como un daño no patrimonial inferido sobre los derechos de la personalidad o en valores, que pertenecen más al ámbito afectivo que al fáctico y económico; en tal sentido, el daño moral es todo menoscabo proveniente del incumplimiento de cualquier obligación que se pueda valorar en función de su gravedad objetiva. Asimismo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses tutelados, reconocidos como derechos no patrimoniales.

**Requisitos.-** Los requisitos comunes tanto de la responsabilidad civil contractual como de la extracontractual son: la conducta antijurídica o antijuridicidad, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución.

La conducta antijurídica puede definirse como todo aquel proceder contrario al ordenamiento jurídico, y en general, contrario al derecho. Modernamente existe consenso en que una conducta es antijurídica, no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico, es arbitraria y carente de toda razón lógica.

Daño causado: El daño es todo menoscabo a los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el derecho ha considerado merecedores de tutela legal.

El nexo causal viene a ser la relación de causa – efecto existente entre la conducta antijurídica y el daño causado a la víctima, pues, de no existir tal vinculación, dicho comportamiento no generaría una obligación legal de indemnizar. Por último, los factores de atribución, los cuales se encuentran constituidos por el dolo, la culpa inexcusable y la culpa leve.

Factor de atribución, el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulado en el artículo 1969° del Código Civil, cuyo texto señala lo siguiente: "Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"

## 4. COMPETENCIA Y VÍA PROCESAL

A elección del demandante es competente el juez especializado de trabajo del lugar del domicilio principal del demandado o el del último lugar donde se prestaron los servicios, en el proceso ordinario laboral. De conformidad con el artículo 2, numeral 1 inciso b) de la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece: "Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo. Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: b) La responsabilidad por daño patrimonial o extramatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio".

## 5. JURISPRUDENCIA SOBRE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL A CONSECUENCIA DE UN DESPIDO ARBITRARIO

A continuación desarrollaremos los aspectos más importantes relacionados con la indemnización por daño moral, recogidas en las casaciones que siguen:

### 5.1. CAS. Nº 2677-2012 LIMA

**Comentarios previos:** El señor Humberto Terrelonge Palomino interpone demanda de indemnización contra la Universidad Nacional Federico Villarreal, solicitando el pago ascendente a la suma de S/. 190,000.00 (ciento noventa mil con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios, por responsabilidad contractual irrogados a consecuencia del cese sufrido el día dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y tres y dejado sin efecto en el mes de mayo de dos mil uno. La resolución que lo reincorpora señala que este fue arbitrariamente despedido sin aplicación del debido proceso, reconociéndose la vulneración de derechos fundamentales del trabajador mucho más si la demandada no ha acreditado de forma alguna que el actor haya cometido la falta grave que aduce. Tanto el juzgado de primera instancia como la Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, le otorgan por concepto de lucro cesante la suma de S/. 40,080.00 (cuarenta mil

ochenta con 00/100 Nuevos Soles) y por daño moral la suma de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados desde la fecha en que se produjo el daño e infundada la demanda en cuanto al proyecto de vida.

**Antecedentes:** El demandante, Humberto Terrelonge Palomino interpone demanda de indemnización contra la Universidad Nacional Federico Villarreal, solicitando el pago ascendente a la suma de S/. 190,000.00 (ciento noventa mil con 00/100 Nuevos Soles), por concepto de daños y perjuicios, por responsabilidad contractual irrogados a consecuencia del cese sufrido el día dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y tres y dejado sin efecto en el mes de mayo de dos mil uno; asegura que el daño causado por el carácter arbitrario e injustificado de su cese y por ende su obligación de resarcirlo fue reconocido por la propia Universidad demandada al expedir la referida Resolución que dispuso su reincorporación, al indicar que: "todos los procesos evaluativos llevados a cabo por la Comisión Reorganizadora de la Universidad Nacional Federico Villarreal, fueron ejecutados, sin la correcta aplicación del debido proceso, perjudicando a los servidores administrativos que se vieron separados arbitrariamente de esta Casa Superior de Estudios". También tal irregularidad se verifica con la expedición de la Resolución número 5809 de la referida Universidad, que rectificó las anteriores Resoluciones números 5541 y 5807, mediante la que se dispone reconocer el tiempo de permanencia en calidad de separados de la Universidad, como tiempo de servicios reales y efectivos para efectos pensionarios y de promoción de categoría docente inmediata superior, según sea el caso, constituyendo esta resolución un reconocimiento del daño causado con los ceses producidos en el lapso 1992 – 2000, esto es, en el mismo periodo en que ocurrió su cese y de la necesidad de su resarcimiento. Por ello solicita se le cancele por daño patrimonial la suma de S/.70,000.00 (setenta mil con 00/100 Nuevos Soles) y por daño extrapatrimonial la cantidad de S/. 120,000.00 (ciento veinte mil con 00/100 Nuevos Soles).

**Sentencia de primera instancia**: El Juez de primera instancia, mediante sentencia de fojas doscientos sesenta y cinco, su fecha treinta de setiembre de dos mil once, declaró fundada en parte la demanda, en el extremo que se solicitó daño moral y ordenó que la Universidad Nacional Federico Villarreal cumpla con pagar al demandante, por concepto de lucro cesante la suma de S/. 40,080.00 (cuarenta mil ochenta con 00/100 Nuevos Soles) y por daño moral la suma de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados desde la fecha en que se produjo el daño e infundada la demanda en cuanto al proyecto de vida. La sentencia considera que en el caso de autos se trata de una responsabilidad contractual, por lo que la antijuricidad está en función al incumplimiento de las obligaciones por una de las partes, tal como está determinado en el artículo 1321 del Código Civil. La sentencia señala que si bien se dispone cesar al demandante por medida disciplinaria, la resolución que lo reincorpora afirma que este fue arbitrariamente destituido sin aplicación del debido proceso, reconociéndose la vulneración de derechos fundamentales del trabajador mucho más si la deman-

dada no ha acreditado de forma alguna que el actor haya cometido la falta grave que aduce.

**Sentencia de vista**: La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista de fojas trescientos veinticuatro, del dos de mayo de dos mil doce, confirma la sentencia apelada, en el extremo que ordena que la Universidad Nacional Federico Villarreal cumpla con pagar al demandante por concepto de daño moral la suma de S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados desde la fecha en que se produjo el daño; la revoca en el extremo que ordenó que la demandada cumpla con pagar a favor del demandante por concepto de lucro cesante la suma de S/. 40,080.00 (cuarenta mil ochenta con 00/100 Nuevos Soles) y, reformándola, la declararon infundada; considerando en este último extremo que en autos no obra documentación alguna que permita tomar como referencia las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir por el demandante en la fecha en que no se encontraba laborando, por lo que no corresponde otorgarle al demandante indemnización por este concepto.

**Pronunciamiento de la Corte Suprema**: La Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, integrada por los magistrados Almenara Bryson, Huamaní Llamas, Estrella Cama, Rodríguez Chávez, Calderón Puertas, centró el debate, en determinar si la Sala Superior se ha pronunciado sobre materia que no fue apelada y si, en su caso, corresponde indemnizar al demandante por lucro cesante. Siendo los considerandos más importantes los siguientes: "**Noveno:** Que, estando a lo señalado, se observa que la Sala Superior menciona que no obra referencia a las remuneraciones y demás derechos dejados de percibir por el demandante, a pesar que a fojas diecisiete existe una boleta de pago, que fue admitida como medio probatorio y que informa el monto de su remuneración al momento del despido. Tal monto, sin duda, no es el que debe computarse para efectos de la reparación, pues el hecho del despido no significó que las horas que se encontraba libre —dada la inexistencia de vínculo laboral— no pudiera utilizarlas para obtener determinadas ganancias; es decir, dejó de percibir las remuneraciones que le entregaba mensualmente la universidad, y ese es un daño que debe ser reparado, pero no con el sueldo que se dejó de percibir porque ello: (i) significaría otorgarle al demandante pago por labor no efectuada; y, (ii) constituiría un enriquecimiento indebido, pues lo que presumiblemente percibió en el tiempo libre en que estuvo vinculado laboralmente con la impugnante, no lo hubiera obtenido de mantenerse la referida relación laboral". **Décimo: "**Que, en ese sentido, este Tribunal Supremo concluye señalando: (i) que el despido arbitrario efectuado en contra del demandante le ocasionó daño patrimonial, en la modalidad de lucro cesante, dado que hubo una "falta de ingresos de determinados bienes o derechos al patrimonio de la víctima", quien se vio privado de beneficios que hubiera obtenido de haber continuado laborando para la recurrente; (ii) que el pago del lucro cesante no puede asimilarse a las remuneraciones no canceladas, pues ello constituiría enriquecimiento indebido y pago por labor no efectuada; (iii) que siendo ello así es posible acudir a lo dispuesto en el artículo 1332 del Código

Civil (dispositivo que ha sido expresamente ignorado por la Sala Superior), norma que expresamente refiere que si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto, el juez deberá fijarlo con valoración equitativa; (iv) que dicha valoración equitativa no entraña una decisión arbitraria e inmotivada, pues ello repugna nuestro ordenamiento constitucional, por lo que debe ser necesariamente justificada, utilizando para ello algunos parámetros que le permitan arribar a una decisión que permita restablecer, en lo posible, la situación a los límites anteriores al daño, confrontado ello con los hechos sucedidos; y, (v) que ello, precisamente, ha ocurrido en la sentencia de primera instancia cuando utiliza como término de cuantificación la remuneración mínima vital al momento del despido, que representa una cantidad proporcional entre lo que se ganaba y lo que se dejó de percibir". **Undécimo**: "Que, por consiguiente, la Sala Superior debió tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1332 del Código Civil; ello en consonancia con lo prescrito en el artículo 1984 del Código Civil, que indica que el lucro cesante es un daño indemnizable". **DECISION**: "Por estas consideraciones y conforme a lo establecido en el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon **FUNDADO** el recurso de casación de fojas trescientos cincuenta y seis, interpuesto por Humberto Terrelonge Palomino; en consecuencia, NULA la sentencia de vista de fecha dos mayo de dos mil doce, obrante a fojas trescientos veinticuatro; y actuando en sede de instancia: **CONFIRMARON** la sentencia de primera instancia de fecha treinta de setiembre de dos mil once, obrante a fojas doscientos sesenta y cinco, en el extremo del lucro cesante, con lo demás que contiene(...)".

### 5.2. CAS. Nº 699-2015 LIMA.

**Comentarios previos:** En el presente caso, se otorga al demandante Manuel Adalberto Granados Tejerina una indemnización por daño moral, por la suma de setenta y cinco mil nuevos soles (S/.75,000.00); no así por conceptos de indemnización por lucro cesante ni daño emergente. Al respecto cabe hacer la siguiente observación, esta casación contiene dos fundamentos que son totalmente contradictorios (decimo y décimo primero), en vista que en el primero de ello señala que "no resulta viable establecer un monto indemnizatorio por los conceptos de lucro cesante ni daño emergente, de lo contrario, se generaría un enriquecimiento o pago indebido, contrario a nuestro ordenamiento jurídico; por lo tanto, tales conceptos demandados deben ser declarados infundados"; más tarde en el siguiente considerando deja entrever, que es factible su solicitud en juicio del daño emergente, al señalar que: "(...) Siendo así, se puede concluir que tratándose el daño emergente la pérdida o menoscabo que se produce en el patrimonio de la persona, tal concepto no se ha acreditado en el presente proceso; por consiguiente, este extremo denunciado también corresponde sea declarado infundado".

**Antecedentes**: El demandante Manuel Adalberto Granados Tejerina interpone demanda contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, a fin que esta lo indemnice con la suma de un millón quinientos noventa y un mil cuatrocientos treinta y ocho nuevos soles con dos céntimos (S/1´591,438.02) por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral. Funda su pretensión en que: **1)** Ingresó a laborar en SEDAPAL el dos de julio de mil novecientos ochenta y cuatro hasta el veinticinco de junio de dos mil tres, fecha en que fue despedido arbitrariamente, por habérsele imputado dos faltas graves cuando ostentaba el cargo de Gerente de Finanzas que desempeñó entre el año dos mil hasta el dos mil dos, faltas que consistieron en: **a)** Actuar negligente ante los requerimientos efectuados por SUNAT para brindar información sobre los periodos del año mil novecientos noventa y siete y mil novecientos noventa y ocho, por supuestamente no brindar la información oportunamente, lo que originó que multaran a la empresa demandada, y **b)** No tener en su poder la *laptop* asignada para su uso; **2)** Ante ello, interpuso demanda de indemnización por despido arbitrario, la cual fue declarada fundada por el juez de primera instancia, quien además dispuso como indemnización por despido arbitrario el pago de la suma de ciento treinta y siete mil cuatrocientos sesenta nuevos soles con noventa y Céntimos (S/1 37,460.96), más intereses legales, con costas y costos; que dicha decisión fue confirmada en segunda instancia, siendo luego declarada improcedente el recurso de casación interpuesto por SEDAPAL; 3) Antes de haber sido despedido, percibía una remuneración de doce mil trescientos noventa y cinco nuevos soles con cincuenta y cinco céntimos (S/.12,395.55); que al verse privado de dicha remuneración, a los cincuenta y dos años de edad, se endeudó con entidades bancarias y financieras, con las universidades de sus hijos, con el colegio de su hijo que sufre de autismo, su esposa se fue a EEUU en el año dos mil cuatro, para conseguir mejores ingresos donde permanece hasta la fecha, se le embargó su propiedad por Diners Club, dejó de ser socio del Club Unión, la madre de su hijo autista (extramatrimonial) lo demandó por alimentos, tuvo que vender el vehículo de su propiedad, todo lo que califica como daño emergente; **4)** Por lucro cesante debe tenerse en cuenta las remuneraciones que dejó de percibir, las utilidades, y los importes para el fondo de pensión futura; **5)** Por daño moral debe considerarse la calidad de vida que tuvo que dejar, los problemas familiares, personales y judiciales que tuvo que afrontar, así como el menoscabo a su imagen como trabajador, pues el proceso laboral duró cinco años.

**Sentencia de primera instancia**: El Juez de primera instancia, mediante sentencia, ha declarado **fundada** en parte la demanda; en consecuencia, fija la indemnización por **lucro cesante** en la suma de cuatrocientos ochenta y siete mil setenta y cinco nuevos soles con ochenta y dos céntimos (S/. 487,075.82) y, por daño moral, la suma de setenta y cinco mil nuevos soles

(S/. 75,000.00), que en total suman quinientos sesenta y dos mil setenta y cinco nuevos soles con ochenta y dos céntimos (S/. 562,075.82); e **infundada respecto al daño emergente,** más intereses legales, con costas y costos del proceso.

**Sentencia de vista**: La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, **revoca** la sentencia apelada que declara **fundada** en parte la demanda, en los extremos que fija como lucro cesante la suma de cuatrocientos ochenta y siete mil setenta y cinco nuevos soles con ochenta y dos céntimos (S/.487,075.82) y, por daño moral, la suma de setenta y cinco mil nuevos soles (S/.75,000.00), totalizando quinientos sesenta y dos mil setenta y cinco nuevos soles con ochenta y dos céntimos (S/.562,075.82), por responsabilidad contractual a favor del demandante; **reformándola** la declara **infundada** por dichos conceptos; y **confirma** la misma sentencia en el extremo que declara **infundada** la demanda respecto al daño emergente.

**Pronunciamiento de la Corte Suprema**: La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica, al emitir la casación estableció lo siguiente: "**SÉTIMO.-** Que al haberse puesto fin a la relación laboral entre el demandante y su empleador, sin que medie causa justa de despido conforme a ley, renuncia o acuerdo consensual entre las partes, resulta claro que SEDAPAL no habría respetado el contrato de trabajo, lo cual implica entonces que se haya incurrido en la inejecución de la obligación contractual, acto que constituye una conducta antijurídica y causa adecuada de daño injusto e indemnizable. **NOVENO.-** Se aprecia de la sentencia expedida en sede laboral por el Juez de primer grado y confirmada por el Superior Jerárquico, que para fijar el punto indemnizatorio se ha tenido en cuenta la información remunerativa de las boletas de pago del actor que ascienden a la suma de once mil cuatrocientos cincuenta y cinco nuevos soles con ocho céntimos (S/.11,455.08), que comprenden: por haber siete mil ochocientos cincuenta nuevos soles (8/.7,850.00), remuneración personal mil doscientos veintidós nuevos soles con ochenta y uno céntimos (S/.1,222.81), remuneración familiar cuarenta y uno nuevos soles (S/.41.00), incremento 10.23%-AFP doscientos veintiocho nuevos soles con veintiséis céntimos (S/.228.26), incremento 3% AFP setenta y tres nuevos soles con setenta y nueve céntimos (S/.73.79) y promedio mensual por Cred Productividad Sem de dos mil treinta y nueve nuevos soles con veintidós céntimos (S/.2,039.22) —12,235.32/06—; y efectuándose la liquidación conforme a lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto Supremo 03-97-TR, por el récord laboral del actor le corresponde el monto máximo de doce remuneraciones, que ascienden a ciento treinta y siete mil cuatrocientos sesenta nuevos soles con noventa y seis céntimos (S/.137,460.96), más intereses legales, suma todas que deberá el demandado abonar a favor del demandante. **DÉCIMO.-** Habiendo el demandante optado por la indemnización, como se aprecia del proceso laboral, cuyo monto se encuentra sustentado debidamente

conforme al citado Decreto Supremo, no resulta viable establecer un monto indemnizatorio por los conceptos de lucro cesante ni daño emergente, de lo contrario, se generaría un enriquecimiento o pago indebido, contrario a nuestro ordenamiento jurídico; por lo tanto, tales conceptos demandados deben ser declarados infundados. **DÉCIMO PRIMERO.-** Que a mayor abundamiento, se tiene en cuenta que, el demandante en su escrito de demanda, sostiene que el daño emergente consisten en: **1)** El pago de honorarios profesionales del abogado que lo patrocino en el proceso laboral, **2)** Las deudas contraídas por servicios públicos, instituciones del sistema financiero y, otras que no son del sistema financiero, y **3)** La venta forzosa del vehículo de su propiedad. **Respecto al primero punto,** no obra en autos el contrato por prestación de servicios profesionales que acredite la suma pactada ni el recibo de honorarios correspondiente que acredite la suma pagada o lo adeudado en tal contrato. **En cuanto al segundo punto,** si bien es cierto que existieron obligaciones impagas a entidades financieras que luego de los requerimientos correspondientes se han judicializado, afectándose lógicamente en algunos casos bienes del actor; también es cierto que, no existe pérdida patrimonial que se califique como daño emergente, en razón que algunas de estas obligaciones han sido canceladas, además que no obra en autos que dichos bienes hayan sido objeto de remate judicial. La obligación alimentaria que el demandante tendría con su menor hijo, no constituye daño emergente, puesto que esta deriva de una relación familiar que necesariamente debe acudirse haya sido o no despedido. Tampoco constituye daño emergente el pago de pensiones a la universidad, por tratarse obligaciones familiares. Finalmente, **en cuanto al tercer punto,** no obra en autos medios probatorio idóneo que acredite que el demandante se haya visto forzado a vender el vehículo de su propiedad; ni se acredita que haya sufrido pérdida de alguno de los bienes muebles o inmuebles de su patrimonio descrito en la Declaración Jurada de Bienes y Rentas que obra a fojas trescientos dos. ***Siendo así, se puede concluir que tratándose el daño emergente la pérdida o menoscabo que se produce en el patrimonio de la persona, tal concepto no se ha acreditado en el presente proceso; por consiguiente, este extremo denunciado también corresponde sea declarado infundado.*** (subrayado y negrita mío). **DÉCIMO SEGUNDO.-** Finalmente, en cuanto a la pretensión por daño moral, teniendo en cuenta que éste consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso, en el presente caso, resulta amparable tal concepto peticionado como indemnización, ya que el hecho mismo de ser despedido sin causa justa produce sufrimiento en el demandante, quien puede ver un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general; por lo tanto, corresponde fijar de manera prudencial el monto indemnizatorio del concepto indicado. **DESICIÓN.-** (...) **CONFIRMARON** la sentencia apelada de fojas ochocientos veintisiete, de fecha cinco

de junio de dos mil catorce, en el extremo que fija como indemnización por daño moral la suma de setenta y cinco mil nuevos soles (S/.75,000.00); la **REVOCARON** el extremo que fija como indemnización por lucro cesante la suma de cuatrocientos ochenta y siete mil setenta y cinco nuevos soles con ochenta y dos céntimos (S/.487,075.82); **y reformándola:** declaran **INFUNDADO** este extremo; asimismo **CONFIRMARON** la sentencia, en cuanto declara **infundada** la demanda por concepto de daño emergente; más intereses legales, con costas y costos del proceso.

### 5.3. CAS. Nº 5423-2014 LIMA.

**Comentarios previos:** El demandante Agapito Fortunato Vásquez Vargas, obtiene una sentencia estimativa del Juez del Sexto Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada en parte la demanda, ordenando el pago de treinta mil con 00/100 nuevos soles (S/. 30,000.00) por concepto de daño moral; sosteniendo básicamente que al haberse resarcido al demandante con una indemnización por despido arbitrario, no le corresponde percibir suma alguna por concepto de daño emergente y lucro cesante. Asimismo, en relación al daño moral, el despido inmotivado del cual fue objeto el demandante, ha creado una desestabilización emocional, por cuanto pone en duda su capacidad profesional, afectando su autoestima. La Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de Corte Suprema confirma la resolución de primera instancia, por haber encontrado suficientes elementos que acreditan el actuar calumnioso del empleador, al haberle imputado la comisión de faltas graves consistentes en haber fraguado operaciones de importación, falsificación de documentos, simulación de importaciones ante terceros y abuso de las facultades conferidas por el empleador, las cuales derivaron no solo en la pérdida de su trabajo, sino también en el menoscabo de su dignidad, honor y reputación como persona, pues se le atribuyó conductas delictivas; lo cual evidencia un comportamiento doloso, orientado a perjudicar al trabajador, con la finalidad de incumplir sus obligaciones laborales.

**Antecedentes**: El demandante Agapito Fortunato Vásquez Vargas, interpone demanda contra Distribuidora Bolivariana S.A., sobre indemnización por daños y perjuicios, solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios, por la suma de ciento cincuenta mil con 00/100 dólares americanos ($ 150,000.00) o su equivalente en moneda nacional, por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral, derivados del despido arbitrario del cual fue objeto.

**Sentencia de primera instancia**: El Juez del Sexto Juzgado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia contenida en la resolución de fecha dieciocho de octubre de dos mil once, que corre en fojas trescientos sesenta a trescientos setenta y dos, declaró fundada en parte la demanda, ordenando el pago de treinta mil con 00/100 nuevos soles (S/. 30,000.00) por

concepto de daño moral; sosteniendo básicamente que al haberse resarcido al demandante con una indemnización por despido arbitrario, no le corresponde percibir suma alguna por concepto de daño emergente y lucro cesante. Asimismo, en relación al daño moral, el despido inmotivado del cual fue objeto el demandante, ha creado una desestabilización emocional, por cuanto pone en duda su capacidad profesional, afectando su autoestima.

**Sentencia de vista**: La Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia Lima, confirmó en parte la Sentencia apelada; ordenando el pago de ciento treinta mil con 00/100 nuevos soles (S/. 130,000.00), amparando el extremo referido a la existencia de lucro cesante y daño emergente; tras considerar que en el caso de autos ha existido un daño adicional, el cual es consecuencia directa del incumplimiento de obligaciones por parte de la empresa demandada.

**Pronunciamiento de la Corte Suprema**: La Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica, al emitir la casación estableció lo siguiente: "**Décimo Tercero.-** Conforme a lo previsto en el artículo 318° del Código Civil, procede con dolo aquel que de forma deliberada incumple una obligación. Asimismo, el artículo 1321° del referido Código, señala que la indemnización por daños y perjuicios debe ser abonada por quien no ejecuta una obligación por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, quedando comprendido dentro de estos conceptos el daño emergente y lucro cesante, en cuanto son consecuencia inmediata y directa de la inejecución de una obligación. Por otra parte, conforme al artículo 1330° del citado Código Adjetivo, corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, el acreditar el dolo y la culpa inexcusable. **Décimo Cuarto.-** En el caso concreto, el demandante sufrió la ruptura del vínculo laboral de una manera no arreglada a derecho, imputándole la comisión de faltas graves, consistentes en haber fraguado operaciones de importación, falsificación de documentos, simulación de importaciones ante terceros y abuso de las facultades conferidas por el empleador; hechos que no fueron acreditados en su oportunidad; motivo por el cual mediante Sentencia de fecha veintiséis de octubre de dos mil cinco, que corre en fojas cuatro a nueve, confirmada mediante Sentencia de Vista de fecha quince de junio de dos mil seis, que corre en fojas setenta y cuatro a setenta y siete [1]vuelta, se declaró fundada su demanda, ordenándose el pago de una indemnización – por despido arbitrario, la cual adquirió calidad de cosa juzgada al haberse declarado improcedente el recurso de casación interpuesto por la empresa demandada, mediante resolución de fecha catorce de diciembre de dos mil seis, que corre en fojas setenta y siete a setenta y nueve. **Décimo Sexto.-** Conforme a lo expuesto, resulta pertinente señalar que todo despido injustificado, trae consigo daños a la persona que lo sufre, por cuanto de una manera u otra, deja de percibir remuneraciones y queda en el desamparo económico; más aún en un país como el nuestro donde los puestos de trabajo son escasos. **Décimo Sétimo.-** En tal sentido, para evitar que el trabajador afectado por un despido arbitrario tenga que recurrir a la vía judicial para discutir sobre la existencia o no, de daños y perjuicios en su contra,

incluido el daño moral, es que la ley ha considerado establecer una indemnización tarifada, que comprende los daños patrimoniales; así como, los extrapatrimoniales originados por el despido. En consecuencia, el Colegiado de mérito al reconocer el pago de una indemnización por lucro cesante y daño emergente, ha incurrido en una interpretación errónea del artículo 1321° del Código Civil, pues no ha considerado que la indemnización tarifada prevista por el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, la cual le fue reconocida al actor mediante sentencia judicial, cubre la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador; motivo por el cual la causal denunciada deviene en fundada. **Décimo Octavo.-** Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado Supremo considera que existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada se encuentra prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario, no encontrándose comprendidos dentro de la misma, los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa del empleador; esto es, aquella conducta que genera una afectación especialmente dañosa sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador. **Décimo Noveno.-** En ese contexto, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, al resolver la **Casación N° 399-99 LIMA,** mediante Ejecutoria Suprema de fecha quince de junio de mil novecientos noventa y nueve, en su **Cuarto Considerando,** ha establecido lo siguiente: ***"Cuarto.-*** *Que, las legislaciones modernas acogen restringidamente el daño moral por las dificultades que ella presenta como el determinar el quántum de la reparación, la valoración de los sentimientos para estos no sean objeto de tráfico pecuniario, sin embargo en nuestro caso el daño moral se encuentra imbuido dentro de los alcances del Artículo mil novecientos ochenta y cuatro del Código Civil, esto es que queda limitado a la posibilidad de iniciar una acción de reparación por daño moral al caso de un acto ilícito, que como hemos analizado en el primer considerando de esta resolución no se da en estos actuados, toda vez que la reparación reviste de un carácter francamente excepcional procediendo solamente cuando el incumplimiento fuere totalmente malicioso, es decir cuando por sus propias características resulta de un verdadero acto ilícito, como sería el daño moral probado por la falsa denuncia del empleador, quien habría imputado* a *su trabajador sin fundamento alguno la comisión de un hecho delictuoso, pues como sustentan Katez de Echazarreta, lo que se ordena indemnizar no es el despido sino las consecuencias de su abusiva publicidad; hipótesis éstas que no han acontecido en los actuados".* En conclusión, este Colegiado Supremo considera pertinente dejar en claro que todo despido arbitrario, declarado como tal por un juez competente, no origina *per se* una indemnización por daños y perjuicios distinta a la prevista en la vía laboral, si es que no se establece y acredita la conducta dañina, agravada por la actitud maliciosa del ex empleador. **Vigésimo.-** En ese contexto, en el caso concreto le corresponde al actor el pago de una indemnización por daño moral; toda

vez que dicha indemnización deriva del comportamiento calumnioso del empleador, al haberle imputado la comisión de faltas graves consistentes en haber fraguado operaciones de importación, falsificación de documentos, simulación de importaciones ante terceros y abuso de las facultades conferidas por el empleador, las cuales derivaron no solo en la pérdida de su trabajo, sino también en el menoscabo de su dignidad, honor y reputación como persona, pues se le atribuyó conductas delictivas; lo cual evidencia un comportamiento doloso, orientado a perjudicar al trabajador, con la finalidad de incumplir sus obligaciones laborales; hecho que ha quedado acreditado con los medios probatorios que corren en autos; motivo por el cual las causales referidas a la interpretación errónea del artículo 1318° y la inaplicación del artículo 1330° del Código Civil, devienen en **infundadas. FALLO** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, **Distribuidora Bolivariana S.A.,** mediante escrito de fecha trece de noviembre de dos mil trece que corre en fojas quinientos diecinueve a quinientos cincuenta y siete; en consecuencia. **CASARON** la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha trece de setiembre de dos mil trece, que corre en fojas cuatrocientos ochenta y siete a quinientos diecisiete: ***y actuando en sede de instancia:*** **CONFIRMARON** la Sentencia emitida en primera instancia contenida en la resolución de fecha dieciocho de octubre de dos mil once, que corre en fojas trescientos sesenta a trescientos setenta y dos, que declaró fundada en parte la demanda, ordenando el pago de treinta mil con 00/100 nuevos soles (S/. 30,000.00) por concepto de indemnización por daño moral, y lo demás que contiene, (…)".

**5.4. CAS. Nº 7095-2014 LIMA.**

**Comentarios previos:** La demandante Eryka San Miguel Wong, mediante escrito de fecha cuatro de febrero de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos cincuenta a quinientos cincuenta y siete, contra la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha dos de agosto de dos mil trece, que corre en fojas quinientos treinta y ocho a quinientos cuarenta y ocho, que revocó la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha nueve de abril de dos mil doce, que corre en fojas cuatrocientos setenta y uno a cuatrocientos ochenta, que declaró fundada en parte la demanda; reformándola la declararon infundada; en el proceso seguido con la empresa demandada, Deportes Aventura S.A.C., sobre pago de indemnización por daños y perjuicios. La Corte Suprema señaló que, en el campo del Derecho, todo acto o declaración de voluntad debe emitirse de buena fe, es decir debe expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere. Por esa razón, la ley protege esta clase de actos, y sanciona los fraudulentos, que contrarían no solo las estipulaciones de la ley, de la moral y de la ética, sino también la voluntad en ellos expresada. En consecuencia, la infracción del deber de buena fe contractual

origina el derecho de la parte afectada a exigir una indemnización. Asimismo, el Colegiado aclaró que la pretensión materia de proceso, no era que se le indemnice por despido arbitrario, sino que se le abone una indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual laboral. Por ello, la Suprema aseveró que para resolver esta causa no resultaba aplicable la norma sobre el periodo de prueba, así como constató que la demandada no solo frustró las expectativas laborales de la demandante, la cual se vería reflejada en mejoras salariales y estatus laboral (se le ofreció el puesto de gerente), sino también se frustró su proyecto laboral que tenía respecto a su exempleadora (Tiendas Ripley), a la cual renunció motivada por la promesa de una mejor oportunidad profesional. En consecuencia, la Corte declaró fundado el recurso de casación, sin embargo no concedió una indemnización mayor, porque no fue solicitada.

**Antecedentes**: La demandante Eryka San Miguel Wong interpone demanda contra Deportes Aventura S.A.C., sobre indemnización por daños y perjuicios por la suma de quinientos sesenta y seis mil cuatrocientos noventa y ocho con 76/100 nuevos soles (S/. 566,498.76), por incumplimiento y ruptura contractual injustificada, pretensión que se sustenta en el hecho que la empresa demandada, al haber cesado a la actora con fecha veinticinco de enero de dos mil diez bajo el argumento de no haber cumplido con los requisitos de un trabajador de confianza, procedió a cesarla sin razón alguna, pese a contar con nivel profesional y experiencia laboral, *máxime,* después de haberla motivado a rescindir el contrato laboral de carácter indeterminado que la unía a su ex empleadora Tiendas Ripley, debido a una mejor oferta contractual ofrecida por la empresa emplazada.

Pronunciamiento de la Corte Suprema: La Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica, al emitir la casación estableció lo siguiente: " **Quinto.-** Todo contrato, incluido el de trabajo, debe celebrarse y ejecutarse de buena fe, siendo de aplicación el artículo 1362° del Código Civil que prescribe: *"Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"*. **Sexto.-** El autor **CAMPOS RIVERA** respecto de la buena fe nos dice lo siguiente: *"En el campo del derecho, todo acto o declaración de voluntad debe emitirse de buena fe, es decir, debe expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere. Por esa razón, la ley protege esta clase de actos, y sanciona los fraudulentos, que contrarían no solo las estipulaciones de la ley, de la moral y de la ética, sino también la voluntad en ellos expresada"*. En consecuencia, la infracción del deber de buena fe contractual origina el derecho de la parte afectada a exigir un resarcimiento a la parte afectante. **Noveno.-** No obstante lo indicado en el considerando anterior, la pretensión de la actora no es que se la abone la indemnización por despido arbitrario a que se refiere el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sino que se le abone una indemnización por daños y perjuicios causada por la ruptura de la relación laboral, respetar su experiencia y capacidad profesional

para ejercer el cargo de gerente de tienda para la cual fue contratada, al haber laborado por más de seis años para su ex empleadora Tiendas Ripley, ocupando el cargo de Supervisor Integral, todo lo que ha sido verificado con los correos y tomas fotográficas que demuestran que cumplió con habilitar e implementar la tienda ubicada en la venida Santa Cruz N° 398 San Isidro, lo que demuestra su capacidad y conocimiento en las labores encomendadas. **Décimo.-** Por otro lado, debemos indicar que el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, no resulta aplicable al caso de autos por no estar referido a un supuesto en que la empresa demandada no solo ha truncado las expectativas laborales que tenía la demandante para con e a parte, la cual se vería reflejado en una mejor retribución económica y un mejor estatus laboral (gerente), sino también ha frustrado su proyecto laboral que tenía con respecto a su ex empleador Tiendas Ripley, empresa a la cual renunció motivada por la empresa de una mejor oportunidad profesional, y con la cual venía laborando por espacio de seis (06) años y un (01) mes, conforme se corrobora del certificado de trabajo, que corre en fojas ocho, documento del cual fluye que renunció con fecha nueve de noviembre de dos mil nueve, habiendo iniciado sus labores al servicio de la empresa demandada el doce de noviembre del citado año; resultando por esta cercanía entre ingreso y nueva contratación, creíble que dejó su anterior empleo para acceder al que le ofrecía la empresa demandada, sufriendo un perjuicio, al no respetar esta última empresa la buena fe contractual, por lo que en este caso la norma aplicable resulta ser el artículo 1321° del Código Civil que señala que queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, añadiendo que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial o tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante cuando fuese consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. **Décimo Primero.-** Pese a ser fundado el recurso interpuesto, esta Sala Suprema no puede ordenar el pago de una suma mayor a la fijada en la Sentencia de primera instancia porque no ha sido solicitada en el escrito de casación por la parte recurrente, hecho que es de su entera responsabilidad a pesar de haber estado debidamente patrocinada por letrado. **FALLO**.- Declararon FUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandante, Eryka San Miguel Wong, mediante escrito de fecha cuatro de febrero de dos mil catorce, que corre en fojas quinientos cincuenta a quinientos cincuenta y siete; en consecuencia, CASARON la Sentencia de Vista contenida en la resolución de fecha dos de agosto de dos mil trece, que corre en fojas quinientos treinta y ocho a quinientos cuarenta y ocho que revocó la Sentencia apelada y revocándola, declararon infundada; *y actuando en sede de*

*instancia;* **CONFIRMARON** la Sentencia contenida en la resolución de fecha nueve de abril de dos mil doce, que corre en fojas cuatrocientos setenta y uno a cuatrocientos ochenta, que declaró **fundada en parte** la demanda; (…)".

**5.5. CAS. Nº 8152-2015 LIMA.**

**Comentarios previos:** La demandante Sofía Judith Espinoza Soto, interpone demanda, contra Administradora Clínica Ricardo Palma S.A., peticionando que esta le abone la suma de S/.116,801.64 nuevos soles, por concepto de Indemnización por daños y perjuicios.

**Antecedentes**: Señala que es trabajadora de la demandada bajo la condición de Empleada, con cargo de Auxiliar Enfermería, con contrato de trabajo indeterminado vigente, desde el 24 de noviembre de 1976 a la fecha, con una suspensión imperfecta por despido nulo del 17 de marzo de 2010 al 10 de setiembre del 2010, por actividad sindical de 15 de febrero de 2010, percibiendo una remuneración de S/.3,688.30 mensual a la fecha de su despido, tendiendo la condición de afiliada al Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. ocupando el cargo de Secretaria General, agrega que interpone la demanda por indemnización por daños y perjuicios contra la demandada por incumplir obligaciones de respetar la vigencia del contrato de trabajo indeterminado, que conforme al Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 2008 que establece indemnización en proceso laboral como consecuencia de acción de amparo, teniendo sentencia originaria emitida por el Quinto Juzgado Constitucional de Lima que declara fundada su demanda de amparo ordenando su reposición, por Sentencia de vista emitida por la Segunda Sala Civil de Lima que confirma la Sentencia, Resolución del Tribunal Constitucional que declara improcedente el recurso de queja interpuesto por la demandada, Resolución número uno emitida por el Quinto Juzgado Constitucional que concede la medida cautelar, Acta de diligencia de reposición que acredita su reposición provisional, y resolución número seis emitida por la Segunda Sala Civil de Lima que confirma la resolución número tres que ha resuelto declarar improcedente la nulidad interpuesta contra la resolución número uno que concede la medida cautelar; que las precitadas sentencia, resoluciones y acto procesal llevado a cabo en sede de proceso constitucional acreditan plenamente el incumplimiento de la demandada respecto a obligaciones laborales vigentes de su contrato de trabajo indeterminado y derechos laborales de sindicación, libertad sindical y otros.

**Sentencia de primera instancia**: El Vigésimo Tercer Juzgado de Trabajo Transitorio de Lima **FALLO:** Declarando **FUNDADA EN PARTE** la demanda de fojas 160 a 174, por consiguiente **ORDENO:** que la empresa demandada **ADMINISTRADORA CLÍNICA RICARDO PALMA S.A.** cumpla con abonar a favor de la demandante **SOFÍA JUDITH ESPINOZA SOTO**, la suma de **S/.25,299.86 (VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE CON 86/100 NUEVOS SOLES),** por concepto de Indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante y

daño moral) más intereses legales que serán calculados en ejecución de sentencia, con costas y costos e INFUNDADO los demás conceptos indemnizatorios. **TÓMESE RAZÓN y HÁGASE SABER.-**

**Pronunciamiento de la Corte Suprema**: La Segunda Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la Republica, al emitir la casación estableció lo siguiente: " **Sexto:** Sobre [lo invocado en el ítem i), se debe precisar que dicha causal, así descrita, no se encuentra prevista en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021; deviniendo en **improcedente** cuando se denuncia la causal de inaplicación de una norma material, se debe Sétimo: Respecto a las causales denunciadas en el ítem ii), se debe señalar que demostrar la pertinencia de la norma a la relación fáctica establecida en la sentencia recurrida y cómo su aplicación modificaría el resultado del juzgamiento. En el caso concreto, debemos decir que la parte recurrente no explica por qué debieron aplicarse al caso concreto las normas invocadas, ni cómo incidirían en el resultado del proceso, toda vez que se limita a cuestionar los fundamentos del Colegiado Superior, por lo que no cumple, con el requisito previsto en el inciso c) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021; deviniendo en **improcedente.** Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandante, **Sofía Judith Espinoza Soto de Arrasco,** mediante escrito presentado el seis de abril de dos mil quince, que corre en fojas trescientos cuarenta y nueve a trescientos cincuenta y nueve; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido con la empresa demandada, **Administradora Clínica Ricardo Palma S.A.,** sobre indemnización por daños y perjuicios; (...)".

## 6. CONCLUSIONES

En toda relación obligacional conforme señala el artículo 1321° del Código Civil queda sujeto a la indemnización por daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, añadiendo que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial o tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante cuando fuese consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Es competente el juez especializado de trabajo del lugar del domicilio principal del demandado o el del último lugar donde se prestaron los servicios, en la vía del proceso ordinario laboral.

Para una demanda de indemnización por daño moral sea amparada, es requisito esencial, que, en un anterior proceso o en el mismo proceso (acumulación objetiva), se haya declarado que el demandante haya sido objeto de un despido arbitrario sin aplicación del debido proceso, así como demostrar el daño moral

conocido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, padecidos por el demandante.

Las casaciones objeto de análisis, dejan abierta la posibilidad de que el trabajador despedido ilegítimamente pueda acudir a los tribunales, no solamente para peticionar su reincorporación, sino también la indemnización por daño moral y daño emergente.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Alonso García, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*

Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las Personas*

Taboada Córdova, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*

Expediente N.° 00263-2012-AA/TC

Expediente N°. 0976-2001-AA/TC

Expediente N.º 04229-2005-PA/TC

# Consideraciones en torno a la actividad probatoria en el proceso judicial laboral y en el procedimiento inspectivo laboral


## Juan Andrés Dueñas Escobar

Abogado por la UNSA. Licenciado en Educación por la UCSM. Egresado del Doctorado en Derecho UAP. Egresado de la Maestría en Derecho Civil de la UNSA. Diplomado en Derecho Fundamentales en el Trabajo por la PUCP. Actualmente labora como Inspector Auxiliar de Trabajo de la SUNAFIL. Docente Universitario UAP. Contacto: juandues1@gmail.com.


***SUMARIO***


*1. Marco Contextual. 2. La prueba en el derecho laboral. 3. La prueba en el proceso laboral. 4. La prueba en el procedimiento de fiscalización laboral. 5. Deslinde de la valoración probatoria. 6. Conclusiones.*

## 1. MARCO CONTEXTUAL

Uno de los temas ejes de este Séptimo Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, está relacionado con la interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites. Criterios judiciales uniformes de interpretación de la prueba afirmarán la predictibilidad del Sistema. Un sistema judicial laboral en el que la predictibilidad de los fallos sea la nota característica, contribuirá enormemente no solo a la finalidad abstracta del sistema, cual es la paz social en justicia, sino que revaluará sustancialmente la imagen del Poder Judicial en la opinión colectiva de la ciudadanía.

No es, sin embargo, la única variable en juego cuando se trata de mejorar la desprestigiada imagen que tiene en la colectividad el Poder Judicial. Otra y muy importante también, se refiere a la celeridad procesal. Justamente una de las motivaciones más importantes de la nueva Ley Procesal de Trabajo Nro. 29497, estuvo en mejorar los tiempos de resolución en los procesos laborales, porque si bien la excesiva demora en obtener justicia mella derechos de quién se ve obligado a accionar judicialmente, esta verdad se hace más dolorosa y perjudicial en los procesos de naturaleza laboral, en donde generalmente quién acciona es un trabajador burlado que no puede darse el lujo de afrontar un proceso judicial costoso y largo; pero quién se ampara en la ineficacia, la falta de predictibilidad y la demora en resolver, es el mal empleador que no niega el derecho del trabajador, simplemente se niega a otorgárselo.

No obstante lo analizado, la verdad es que la Nueva Ley Procesal de Trabajo que auspiciosamente anunciaba en sus albores una drástica reducción de los tiempos procesales, actualmente, afectada por la sobrecarga procesal y por el insuficiente número de órganos jurisdiccionales, empieza a mostrar falencias, justamente en lo que fue quizá el punto más débil de la Ley 26636: La demora excesiva en la resolución de los procesos.

En otro extremo, tenemos el Sistema Administrativo de Fiscalización Laboral, que durante décadas descansó en la Inspección de Trabajo como titular de la función fiscalizadora y desde el año 2013 con la creación de SUNAFIL por Ley 29981 o más en rigor desde el 01 de abril de 2014, ha pasado en gran medida a la Superintendencia de Fiscalización Laboral – SUNAFIL. El marco de acción del Sistema de Inspección de Trabajo, como sabemos, descansa en la Ley 28806 y su Reglamento sancionado por D.S. 019-2006-TR así como sus modificatorias y demás marco normativo infralegal. El Sistema Nacional de Inspección de Trabajo, a pesar del déficit en el número de inspectores de trabajo, la falta de creación de Intendencias Regionales SUNAFIL a nivel nacional, su escaso presupuesto y otras vicisitudes, es a menudo visto por los trabajadores cuyos derechos han sido vulnerados por un mal empleador, como una opción mucho más interesante, rápida, efectiva y predecible de lograr obtener "justicia laboral".

En efecto, si tenemos en cuenta que un proceso judicial aún dentro del esquema de la Ley 29497 puede durar de un año a un año y medio; y que un procedimiento

inspectivo laboral tiene un plazo de actuaciones inspectivas de 30 días hábiles que se computan desde la primera actuación inspectiva, a lo sumo prorrogables por un máximo de 30 días más (salvo en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuyo plazo es de 30 días improrrogables); es evidente que un camino más corto y fácil, aunque no sea el idóneo previsto por Ley, para lograr "justicia laboral", es optar por promover el inicio de acciones de fiscalización del cumplimiento de obligaciones socio-laborales a nivel de inspección de trabajo, por lo común mediante el simple llenado de un formulario de denuncia; lo que tiene el efecto de poner en juego los mecanismos de fiscalización laboral, y dado que la naturaleza del procedimiento inspectivo laboral es verificar que se cumplan las leyes laborales bajo sanción de multa, el efecto indirecto de la acción fiscalizadora, si el empleador quiere impedir la posible sanción de multa por sus incumplimientos para con el trabajador afectado, no le quedará otra opción que acreditar haber subsanado sus incumplimientos, y para hacerlo, necesariamente deberá cumplir con el trabajador afectado, beneficiándose indirectamente dicho trabajador afectado.

En esta misma direccionalidad, podemos encontrar opinión autorizada de los destacados laboralistas Jorge Toyama Miyagusuku y Alfonso Higa García, en su artículo titulado "**La prueba en el derecho laboral: El proceso inspectivo y la justicia oral":**

> "*Actualmente, y desde hace varios años, el procedimiento inspectivo laboral es el mecanismo más utilizado por las organizaciones sindicales y los trabajadores activos para exigir el cumplimiento de sus derechos laborales.*"[1]

Comparte la idea de que la inspección de trabajo resulta una alternativa célere y eficaz si se la compulsa con el proceso judicial, Vicente Alva Boza:

> "*Incurrir en el proceso judicial es tolerar pacientemente el excesivo lapso de tiempo para obtener un resultado similar o parecido que se podría lograr en una conciliación administrativa o en una inspección de trabajo, si se hubiese optado por una de ellas.*"[2]

En efecto si bien el procedimiento de fiscalización laboral, es uno de oficio en la que el denunciante ni siquiera tiene la calidad de parte, y no tiene por finalidad impartir justicia laboral, sino más bien fiscalizar el cumplimiento de la normativa laboral por parte de las empleadoras del régimen laboral privado[3], lo cierto es

---

1 Jorge Toyama Miyagusuku / Alfonso Higa García, "**La prueba en el derecho laboral: El proceso inspectivo y la justicia oral**",*Revista Derecho & Sociedad. Revista editada por estudiantes de la PUCP*, Nro. 37 (2011): p. 230.

2 Maykol Willington Vicente, "**Justicia Social Eficaz: ¿Mediante una conciliación administrativa, inspección de trabajo o proceso judicial laboral?**",*Soluciones Laborales Publicación especializada laboral editada por Editorial Gaceta Jurídica*, Nro. 87. Año 08 (2015): p. 24.

3 Ley 28806. Edición del 22 de julio de 2006. Diario Oficial El Peruano, Separata de Normas Legales: Art. 4: "En el desarrollo de la función inspectiva, 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: 1.

que los trabajadores optan por la inspección de trabajo, al percibirla como más eficaz, más predecible y más célere. Sin embargo, y es el tema central que motiva el presente trabajo, surge la pregunta: ¿La actividad probatoria y la interpretación de la prueba tiene la misma naturaleza o está sometida a los mismos parámetros en la vía natural de obtener justicia laboral (proceso judicial laboral) que en la vía alternativa (procedimiento inspectivo de fiscalización laboral)?

## 2. LA PRUEBA

Si tuviéramos que teorizar brevemente sobre la prueba, habría que empezar por recordar a Jeremías Bentham, desde la cita de José Rubén Taramona Hernández: "El arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar pruebas".[4]

Si de lo que se trata es de intentar un concepto práctico y simple de la prueba diríamos con Taramona: "La palabra prueba se emplea para designar los medios de prueba, es decir, los instrumentos con los que se pretende lograr el cercioramiento del juzgador acerca de los hechos discutidos en el proceso"[5]; es decir, "la prueba en sentido jurídico y procesal se dirige a suscitar en la mente del juez de la existencia y modo de ser de los hechos, en tiempo y espacio determinados, esto es una representación histórica de lo acaecido"[6].

Ahora, dentro del derecho laboral, como sabemos, la prueba reviste características peculiares, acorde con los principios de esta rama del derecho, que tiene entre sus notas principales, los principios protector o tuitivo, de primacía de la realidad, de in dubio pro operario y de irrenunciabilidad de derechos laborales.

Los principios generales del Derecho Laboral tienen, por lo general, dos funciones fundamentales: Por un lado, tienen la función de fuente supletoria, función

---

Las empresas, los centros de trabajo y, en general, 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"; Art. 10: "*Las actuaciones de la Inspección del Trabajo son diligencias previas al procedimiento sancionador en materia sociolaboral, cuyo inicio y desarrollo se regirá por lo dispuesto en las normas sobre Inspección del Trabajo, no siendo de aplicación las disposiciones al procedimiento administrativo general, contenidas en el Título II de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, salvo por expresa remisión a las mismas.* La Inspección del Trabajo actuará siempre de oficio *como consecuencia de orden superior que podrá derivar de una orden de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo o del Gobierno Regional, de una petición razonada de otros órganos Jurisdiccionales o del Sector Público, de la presentación de una denuncia o de una decisión interna del Sistema de Inspección del Trabajo*".

4 José Rubén Taramona Hernández, "Proceso de Conocimiento en el Derecho Procesal Civil", Ed. Huallaga, primera edición, Lima, junio 1994. P. 277.

5 Ibid. P. 278.

6 José Alfredo Lovón Sánchez, "**Los Sistemas de Valoración de la Prueba en el Proceso de elaboración de la Sentencia Civil**", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista editada por EGACAL Perú*, Nro. 02 (Anuario 2007): p. 227.

que se materializa cuando la ley deja vacíos o lagunas, y no existe jurisprudencia, uso o costumbre aplicable, entonces los principios de derecho del trabajo entran como suplemento, toda vez que el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o defecto de la Ley[7]. Asimismo, estos principios también tienen la función de ser fuente interpretadora del derecho, porque sirven también para interpretar la normativa vigente, cuando esta sea confusa o haya diversas interpretaciones posibles.

Estos principio generales del derecho del trabajo, tienen campo de aplicación tanto dentro del proceso judicial laboral así como dentro del procedimiento inspectivo de fiscalización laboral, porque son principios inherentes a la naturaleza sustantiva del derecho laboral como tal. Por ende, los aplica tanto el juez laboral como el inspector de trabajo. Sin embargo, es necesario puntualizar que dentro del proceso judicial existen principios procesales de aplicación privativa y asimismo dentro del procedimiento inspectivo laboral existen principio particulares y otros relacionados con la naturaleza administrativa de dicho procedimiento que son en nuestro parecer de observancia obligatoria.

## 3. LA PRUEBA EN EL PROCESO LABORAL

En el proceso laboral regulado por Ley 29497, la actividad probatoria está regulada básicamente en los artículos 21 al 29, pero en nuestra opinión el artículo más innovativo y de mayor importancia es el 23, que regula la distribución de la carga probatoria. Así, observamos que en su numeral 1 se preconiza el principio general del "*onus probandi*", es decir que la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos; pero además, en su numeral 2 se establece que "*acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario*". Es aquí donde encontramos dos elementos trascendentes en cuanto a la ponderación de la prueba en el proceso laboral: Por un lado la introducción del principio de presunción de laboralidad *(acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado)* y la inversión de la carga de la prueba *((...)salvo prueba en contrario)*. Por otro lado, el numeral 5 incorpora de forma expresa la posibilidad de valorar y utilizar la prueba indiciaria (*En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad*); y también se establece la posibilidad de extraer conclusiones

[7] Código Procesal Civil, Artículo VII.- Juez y Derecho.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

de las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

Por lo demás, al igual que en la legislación española, la íntima vinculación entre la regulación procesal civil y laboral, permite la aplicación de los principios del proceso civil referidos a la actividad probatoria, entendiendo que tales principios los podemos clasificar en dos grupos: Principios de introducción y principios referidos al desarrollo de la actividad probatoria, tales como principio de oralidad, inmediación, concentración y celeridad.[8] Esto se hace tangible a partir de la primera disposición complementaria de la propia Ley 29497 que señala: "*En lo no previsto por esta Ley son de aplicación supletoria las normas del Código Procesal Civil*".

## 4. LA PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO DE FISCALIZACIÓN LABORAL

Ahora, tal como lo hemos puntualizado líneas más atrás, el procedimiento de fiscalización laboral está orientado por sus propios principios contenidos en la Ley 28806 y por los principios preconizados en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Con respecto a los principios consagrados en la Ley 28806, si bien se encuentran enumerados en el artículo dos[9], es necesario poner énfasis en los de Legalidad,

---

[8] ANTONIO ALVAREZ MONTERO, "**La Prueba en el Proceso Laboral**", en *Temas Actuales de Derecho Laboral* (obra colectiva) *editada por Editora Normas Legales SAC, Perú*, (2005): p. 702.

[9] Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores:

1. Legalidad, con sometimiento pleno a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes.

2. Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.

3. Imparcialidad y objetividad, sin que medie ningún tipo de interés directo o indirecto, personal o de terceros que pueda perjudicar a cualquiera de las partes involucradas en el conflicto o actividad inspectora.

4. Equidad, debiendo dar igual tratamiento a las partes, sin conceder a ninguna de ellas ningún privilegio, aplicando las normas establecidas con equidad.

5. Autonomía técnica y funcional, de los servidores con funciones inspectivas en el ejercicio de sus competencias, garantizándose su independencia frente a cualquier influencia exterior indebida.

6. Jerarquía, con sujeción a las instrucciones y criterios técnicos interpretativos establecidos por la Autoridad Central del Sistema de Inspección del Trabajo para el desarrollo de la función inspectiva, así como cumpliendo las funciones encomendadas por los directivos y responsables de la Inspección del Trabajo, en atención a las competencias establecidas normativamente (a nivel nacional, regional o local).

7. Eficacia, actuando con sujeción a los principios de concepción única e integral del Sistema de Inspección del Trabajo, especialización funcional, trabajo programado y en equipo.

imparcialidad y objetividad y probidad, sin perjuicio del deber de sujeción a los principios mencionados que obliga a los inspectores en su accionar inspectivo.

La otra fuente de principios que debe orientar el accionar de la inspección de trabajo, está dada por los principios contenidos en el artículo 230 de la Ley 27444, en concordancia con el artículo 52 del D.S. 019-2006-TR, e inclusive con el art. 37 de la Ley 28806 in fine, normas según las cuales debe quedar absolutamente claro que la Autoridad Administrativa de Trabajo, está obligada a observar y aplicar los principios vigentes no solo en el procedimiento sancionador, sino en el procedimiento previo al sancionador que es en particular el procedimiento inspectivo:

**a)** **Legalidad**, según el cual sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente *previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado*, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. (Subrayado nuestro);

**b)** **Debido procedimiento**, según el cual las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso;

**c)** **Razonabilidad**.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que *la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción* y la repetición en la comisión de infracción. (Subrayado nuestro);

---

8. Unidad de función y de actuación, desarrollando los inspectores del trabajo, la totalidad de las acciones que tienen comisionadas no obstante su posible especialización funcional.

9. Confidencialidad, debiendo considerar absolutamente confidencial el origen de cualquier queja o denuncia que dé a conocer una infracción a las disposiciones legales, sin manifestar al empleador o a su representante que la visita de inspección se ha efectuado por denuncia.

10. Lealtad, a la Constitución, las leyes, los reglamentos, las resoluciones y a los objetivos de las políticas sociolaborales del Estado.

11. Probidad, debiendo respetar las disposiciones normativas que regulan la función inspectora y ajustarse estrictamente a los hechos constatados durante las actividades de inspección.

12. Sigilo profesional, absteniéndose de divulgar, aun después de haber dejado el servicio, la información, procedimientos, libros, documentación, datos o antecedentes conocidos con ocasión de las actividades inspectivas así como los secretos comerciales, de fabricación o métodos de producción que puedan conocerse en el desempeño de las funciones inspectoras.

13. Honestidad, honrando la función inspectora y absteniéndose de incurrir en actos que sean para beneficio propio o de terceros.

14. Celeridad, para que las diligencias inspectivas sean lo más dinámicas posibles, evitando trámites o dilaciones innecesarias que dificulten su desarrollo.

Los Inspectores del Trabajo, además de observar todas las disposiciones legales que regulan la actividad inspectiva, deberán ejercer las funciones y cometidos que tienen atribuidos de conformidad con los principios antes señalados.

**d) Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.** Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, *sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente*, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. (Subrayado nuestro). Considerando además que la Ley de Inspección Nro. 28806 en su artículo 37 in fine establece con meridiana claridad que *no podrá imponerse sanción económica por infracción que no se encuentre previamente tipificada y contenida en el Reglamento*. (Subrayado también nuestro).

**e) Presunción de licitud.**- Las entidades deben *presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes* mientras no cuenten con evidencia en contrario. (Subrayado nuestro);

**F) Non bis in idem.**- *No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho* en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. (Subrayado nuestro);

Debe entenderse entonces que dentro del desarrollo de las actuaciones inspectivas, los inspectores se encuentran obligados a respetar los principios ya mencionados, y que de su observancia, se deslinda con suma claridad que la actividad probatoria dentro del procedimiento inspectivo corre por cuenta de los inspectores de trabajo, que se encuentran obligados a demostrar la prueba y el derecho en que fundan sus decisiones al interior del procedimiento inspectivo.

## 5. DESLINDE DE LA VALORACIÓN PROBATORIA

A la luz de lo analizado hasta aquí, tenemos por un lado que de cara al proceso judicial laboral, el procedimiento inspectivo —si se toma como elemento diferencial el tiempo que demora y el probable resultado esperado (eficacia)— resulta ventajoso. Sin embargo, debemos tener en cuenta que el procedimiento inspectivo es uno de carácter administrativo en el que en rigor se admiten únicamente dos partes: El empleador, que asume el papel de fiscalizado administrativamente, es decir, el administrado; y el Estado Peruano ejerciendo su potestad fiscalizadora y sancionadora, a través de SUNAFIL (y transitoriamente en las regiones donde no existe intendencia SUNAFIL aún las Gerencias o Direcciones Regionales de Trabajo). Por consiguiente, cuando el trabajador o ex trabajador opta por recurrir a la inspección de trabajo antes que al juzgado laboral en procura de hacer efectivos sus derechos laborales, deberá afrontar la desventaja de no tener la condición de parte en el procedimiento inspectivo, y limitarse a intervenir, aunque tuviese la condición de denunciante, únicamente para aportar al inspector o equipo de inspectores, información privilegiada que les permita ejercer una mejor labor fiscalizadora.

Por consiguiente, en el procedimiento inspectivo no se produce el contradictorio ni la confrontación de elementos probatorios, pues es el inspector de trabajo quién tiene la obligación de obtener e instrumentalizar los elementos probatorios que permitan determinar la existencia de obligaciones laborales a favor de uno o más trabajadores y determinado este presupuesto, a su vez definir si la empleadora inspeccionada cumple o no cumple con sus obligaciones; y verificada la falta de cumplimiento, otorgar un plazo razonable y perentorio, vencido el cual sin que se hayan subsanado los incumplimientos, cabe la propuesta de sanción, es decir la propuesta de multa que se concreta en un Acta de Infracción.

En este mismo orden de ideas, la Corte Superior de Justicia de Juliaca, Puno, ha determinado:

> "(...) la inspección en el trabajo debe contar con pruebas y constataciones específicas que permitan formar una convicción adecuada al inspector sobre el cumplimiento o no de las obligaciones laborales (...). No basta con una fiscalización que apunte a meras declaraciones de los inspectores, es necesario que las conclusiones de una inspección laboral sean debidamente respaldadas."[10]

No se debe perder de vista que dentro del procedimiento inspectivo, al tener la Inspección de Trabajo la condición de entidad administrativa y reputarse el procedimiento de inspección de trabajo como uno previo al procedimiento sancionador, la empleadora inspeccionada se beneficia de los principios contenidos en la Ley 27444, ya abordado en el título precedente, y más aún de la presunción constitucional de inocencia, tal como lo ha puntualizado Morón Urbina:

> *"En virtud de la presunción de inocencia constitucional, la carga de la prueba en los procesos inspectivos recae en la autoridad laboral pues deberá sustentar su posición con aquellos medios probatorios que respalden su manifestación. Así, '(...) ningún administrado, en su relación con las autoridades debe aportar pruebas sobre su inocencia, sino que corresponde esta carga a la Administración (...)'"*[11]

Otra nota distintiva y que es la parte medular del presente trabajo, está directamente relacionada tanto con los distintos roles asumidos por el empleador en el proceso judicial y en el procedimiento inspectivo, pues mientras en aquél el empleador generalmente es el demandado y la propia norma procesal concede una serie de presunciones y ventajas al demandante trabajador en desmedro del demandado empleador; en este, el empleador resulta el administrado y es más bien quién se beneficia como lo hemos analizado, de presunciones a su favor y de la presunción constitucional de inocencia, que en términos legales encuentra su correlato en el principio administrativo de presunción de licitud.

Por consiguiente, la exigencia de cumplimiento de obligaciones laborales bajo la solemnidad de una Medida Inspectiva de Requerimiento de Cumplimiento de

---

[10] Resolución Nº 12-2010. Expediente N° 412-2010 – Corte Superior de Justicia de Puno.

[11] MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General". Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 520.

Obligaciones por parte de la inspección de trabajo dentro de procedimiento inspectivo, solamente puede estar en funciones a hechos objetivamente probados y no en función a suposiciones o conjeturas del inspector, además de tener fundamento legal claro e indubitable en normas legales. Lo contrario, es decir, la decisión del inspector de trabajo o equipo de inspectores de dictar medidas inspectivas de requerimiento sin mayor fundamento legal o fundadas en conjeturas subjetivas "con el fin de favorecer al trabajador como parte débil de la relación laboral y para evitarle tener que ir a juicio para hacer valer sus derechos" o finalmente fundar sus medidas inspectivas de requerimiento de cumplimiento de obligaciones laborales en normas genéricas, mediante artilugios forzados e impertinentes; en el caso de ser incumplidas por el administrado empleador, darían lugar a Actas de Infracción que a su vez darían lugar a Resoluciones Administrativas de multa, que si bien en la vis administrativa pueden ser confirmadas hasta la última instancia, agotada la vía administrativa, si son cuestionadas judicialmente mediante procesos contencioso-administrativos, no serán capaces de soportar un análisis satisfactorio de los principios de legalidadtipicidad, siendo finalmente declarados nulos a nivel judicial con la consiguiente pérdida para el Estado.

A resumidas cuentas, cuando el trabajador opta por promover un procedimiento de fiscalización laboral, que —por cierto de forma indirecta— tenga el efecto de forzar a la empleadora al pago de beneficios laborales o al reconocimiento de derechos que le corresponden, no deberá perder de óptica que si bien dicho procedimiento es más célere, si proceden en respeto de los principios que inspiran el procedimiento inspectivo, los inspectores de trabajo, no podrán aplicar a favor del trabajador presunciones legales contenidas en la Nueva Ley Procesal de Trabajo, esencialmente referidas a la valoración probatoria, y solamente estarán en condiciones de exigir obligaciones legales objetiva e indubitablemente acreditadas, bajo apercibimiento de multa en caso de incumplimiento, solamente si las conductas que considera infractoras están correcta y claramente tipificadas en la norma instrumental (D.S. 019-2006-TR).

Por su lado, el proceso judicial sea ordinario o sea abreviado, previsto por Ley 29497, si bien es más extenso en el tiempo, como vemos, tiene a favor del trabajador una serie de presunciones y ventajas, en cuanto a la interpretación y ponderación probatoria, propias de la condición protectora y tuitiva del derecho laboral.

## 6. CONCLUSIONES

A manera de conclusiones podemos sintetizar lo siguiente:

1. La Nueva Ley Procesal de Trabajo, ha incorporado el principio de presunción de laboralidad y la inversión de la carga de la prueba en los procesos laborales, además de privilegiar ventajas procesales a favor del trabajador demandante, con lo que la justicia laboral ofrece mejores perspectivas de éxito en los procesos judiciales a los trabajadores demandantes.

2. Sin embargo la Nueva Ley Procesal de Trabajo, a pesar de haber acortado el tiempo entre la demandada y la sentencia firme en procesos laborales, continúa presentando como una de sus debilidades, el considerable tiempo que tiene que afrontar el demandante trabajador para conseguir sentencia y más aún para lograr el goce efectivo de los derechos que le corresponden.
3. El procedimiento inspectivo laboral en vía administrativa tiene la ventaja frente al procedimiento judicial, de constituirse en una alternativa mucho más célere (aunque en rigor indirecta) de lograr el goce efectivo de sus derechos laborales que el empleador se niega a otorgárselos.
4. Sin embargo, dentro del procedimiento inspectivo laboral, el trabajador tiene limitaciones dado que por un lado no tiene la condición de parte, y por otro lado la empleadora inspeccionada se beneficia de la presunción constitucional de inocencia, la presunción administrativa de licitud y de una serie de principios que le favorecen como administrado, siendo de cargo de la inspección de trabajo incorporar en el procedimiento la prueba que sustente sus decisiones.
5. Lo que significa que la inspección de trabajo solamente podrá exigir dentro del procedimiento laboral, el cumplimiento de obligaciones relacionadas con hechos objetivamente e indubitablemente acreditados y no en función a conjeturas, suposiciones, ni menos bajo apercibimiento de sanciones que no estén debidamente tipificadas en la normativa pertinente.

Gracias.

# La modificacion de la demanda en la nueva Ley Procesal del Trabajo


## Martín Fajardo Mori

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y, Título de Segunda Especialidad en Procesal Laboral por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso Avanzado en Derecho del Trabajo para Postgraduados por la Universidad de Sevilla. Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales por la Universidad de Castilla-La Mancha. Egresado de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Senior de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Contacto: mfajardo@estudiorodrigo.com


***SUMARIO***


*I. Introducción. II. La preclusión. III. La preclusión de alegación en la NLPT. 3.1. La barrera preclusiva prevista en la NLPT para la modificación de la demanda. 3.2. Delimitación del ámbito factible de la ampliación de la demanda. IV. Las paradójicas justificaciones de los jueces laborales para permitir la reformulación de la pretensión en la audiencia de juzgamiento. V. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 13 y 14 de septiembre de 2013 se celebró en la ciudad de Lima el "*Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral – NLPT*", por el cual los jueces laborales —sorprendentemente— concluyeron por mayoría (Tema N° 3) que "*si es posible reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento, porque en el proceso laboral, las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no afectándose el derecho a la defensa (contradicción) de las partes porque en la misma audiencia el juez como director del proceso puede correr traslado de la reformulación indicada, para que la absuelva en la misma audiencia, o suspender la audiencia para tal finalidad y volver a citar a las partes para la continuación correspondiente*". Ello acaso significa que en el proceso laboral por audiencias ¿no se ha establecido una barrera preclusiva para la modificación de la demanda?, o dicho en otros términos, ¿en la medida que no se afecte el derecho a la defensa (contradictorio) no existe ningún impedimento para que el demandante pueda modificar discrecionalmente su demanda en la audiencia de juzgamiento pues el principio de oralidad genera que las pretensiones precisadas por el juez laboral al final de la audiencia de conciliación sean simplemente una cuestión meramente enunciativa y nada más?

Para dar respuesta a esta interrogante debemos comprender cuál es la preclusión de alegación prevista en la NLPT y los motivos lícitos de flexibilización de nuestro caso. Es así que este artículo está dividido en tres grandes ítems. El primero está dedicado al análisis del concepto de preclusión, toda vez que ningún proceso que sea digno de ese nombre puede prescindir de cierta "*dosis*" de este principio-eje.

En el segundo se abordará la temática del plazo rígido y perentorio previsto en la NLPT para la modificación de la demanda, así como las repercusiones que el factor ideológico tiene en el juez laboral respecto al tratamiento de aquellos actos con los que el demandante hace valer en el proceso sus derechos sustanciales.

Finalmente, se analizará la racionalidad de las justificaciones que presenta el acuerdo plenario en lo relativo al planteamiento de las cuestiones de orden procesal.

## II. LA PRECLUSIÓN

Como se aprecia los jueces laborales concluyen que es posible reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento porque en el nuevo proceso laboral "*las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas*".

Es inevitable preguntarse, pues, qué sucede, en específico, con el principio de preclusión, el cual tiene por objetivo contribuir a que el proceso judicial sea construido como una secuencia de actos consecutivos y coordinados a la emanación de un acto final.

Con el riesgo de pecar de irresponsable por intentar resumir en breves palabras este importante y complejo tema, debemos comprender que el vocablo preclu-

sión fue incorporado a nuestro lenguaje técnico-procesal debido a los estudios de derecho procesal que realizó el profesor Guiseppe Chiovenda. Este "*concepto*" fue madurado por el profesor italiano hasta quedar fijado como la pérdida de una facultad procesal por haberse llegado a los límites fijados por la ley procesal para su ejercicio.[1] Repárese que en esta definición no se señala quién pierde la "*facultad procesal*".

De allí en adelante, este "*concepto*" chiovendano de preclusión fue evolucionando pero siempre teniendo como pilar central su función: el organizar los procesos judiciales en etapas o fases, más o menos rígidas, según la opción que elija el legislador, en aras de lograr (al menos teóricamente) que su desenvolvimiento sea ordenado y rápido. Será rígido si el legislador establece un específico momento-límite en el cual las partes deben realizar todas sus actuaciones, siendo las consecuencias de su inactividad el no poder realizarlas nunca más. Será elástico, en cambio, si se establecen momentos "*regulares*" para que las partes realicen las actividades procesales, sin que ello implique que queden absolutamente impedidas de realizar posteriormente (en todo o en parte) las actividades omitidas en el momento "*ordinario*". Incluso, un legislador puede optar por fórmulas mixtas, es decir, rígidas respecto de algunas actuaciones de las partes y flexibles respecto de otras.

A modo de ejemplo, el Código Procesal Civil de 1993 ha optado por establecer plazos rígidos y perentorios para la posibilidad de alegación y de ofrecer pruebas en base a cuestiones éticas ("*moralizadoras*"), no técnicas. Y ello no es una conjetura, sino una certeza, que queda evidenciado con lo expuesto por el profesor Juan Monroy, principal autor del CPC de 1993, al explicarlos los "*principios*" que inspiran un procedimiento en un sistema "*publicístico*":

> "*Dentro de un proceso afincado en un sistema privatístico, es perfectamente factible que una parte se reserve lo más importante de su material probatorio para el último momento de la etapa de prueba, para reducir la capacidad de contradicción del contrario. ¿Estrategia o chicana?*
>
> *Antes de responder a la pregunta, lo trascedente es identificar la causa de esta situación. En este caso, se trata simplemente de que en el proceso tradicional los plazos y términos para realizar actividad procesal están diseminados en el proceso sin una sanción específica y determinante, al extremo que no es posible para el juez para cumplir el tiempo concedido.*
>
> Usualmente los ordenamientos procesales privatísticos fijan plazos para la actuación de algunos actos procesales, pero no le imponen el rigor —queremos decir perentoriedad— al cumplimiento de dichos plazos. Ante tal situación, la actividad procesal se desplaza sin límites a lo largo del tiempo del proceso y provoca conductas abiertamente maliciosas, a las que —a no estar previstas

[1] Ariano Deho, Eugenia. Hacia un proceso civil flexible. Crítica a las preclusiones rígidas del Código Procesal Civil peruano de 1993. Ara Editores, Lima, primera edición, 2013, p. 30-31.

como tales en la norma procesal— la costumbre o práctica generalizada las han revestido pomposamente de la calidad de "habilidades" o "estrategias".[2]

*(...)*

*El principio de preclusión ha sido incorporado al Código Procesal Civil peruano. Esto se manifiesta, por ejemplo, al haberse regulado la conducta procesal de las partes con su respectivo sistema de sanciones y, asimismo, al haberse asumido como requisito de admisibilidad que todos los argumentos y los medios probatorios se acompañen a las demandas, las defensas y a toda petición que exija prueba en el momento que se postula*".[3]

En conclusión, compartimos la conclusión de la profesora Eugenia Ariano respecto a que la preclusión puede ser entendida como "*la pérdida para las partes de la posibilidad de poder realizar sus actuaciones procesales por no haberlas realizado (o haberlas realizado parcialmente) en la oportunidad establecida por la ley*".[4]

## III. LA PRECLUSIÓN DE ALEGACIÓN EN LA NLPT

De lo anteriormente expuesto se deduce que cada preclusión tiene su propia (y distinta) función en la dinámica del proceso y que su validez (en especial el de las rígidas y prematuras preclusiones) está condicionada a que de la misma se desprenda una consecuencia útil para el proceso. En este contexto, con el objetivo de conocer la oportunidad para modificar la demanda establecida por la NLPT, vamos a analizar los momentos pertinentes de la estructura de este proceso por audiencias.

### 3.1. La barrera preclusiva prevista en la NLPT para la modificación de la demanda

El nuevo proceso laboral inicia mediante la demanda, que es el escrito en que una parte ejercita su derecho de acción, contenido en el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, y formula unas pretensiones ante el juez, produciéndose como consecuencia de ella la sucesión de actuaciones procesales que constituyen, en sí, el proceso.

A efectos del presente artículo, nos interesan las siguientes "*prescripciones*" de alegación que (por remisión) prevé la NLPT (artículo 16): el demandante en su demanda (rigurosamente) escrita, tiene que consignar "*el nombre y dirección domiciliaria del demandado*" (artículo 424.3 del CPC), formular su "*petitorio, que debe comprender la determinación clara y concreta de lo que se pide*" (artículo 424.5 del CPC) y, alegar todos los hechos "*en que se funda el petitorio, expuestos enumera-*

---

2 Monroy Gálvez, Juan. Introducción al proceso civil. Temis – De Belaunde & Monroy, Tomo I, Bogotá, 1996, 107.

3 *Ibidem*, p. 108.

4 Ariano Deho, Eugenia. Ob. Cit., p. 49.

*damente en forma precisa, con orden y claridad*" (artículo 424.6 del CPC), así como "*la fundamentación jurídica del petitorio*" (artículo 424.7 del CPC).

Luego, se debe llevar a cabo la audiencia de conciliación, etapa procesal en la cual finalmente "*de haberse solucionado parcialmente el conflicto, o no haberse solucionado, el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio; requiere al demandado para que presente, en el acto, el escrito de contestación y sus anexos; entrega una copia al demandante; y fija día y hora para la audiencia de juzgamiento*" (primer párrafo del artículo 43.3).

Para terminar, corresponde que se realice la audiencia de juzgamiento, la cual es un acto único que concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia (primer párrafo del artículo 44). De estas etapas, nos interesa la de confrontación de posiciones, toda vez que esta "*inicia con una breve exposición oral de las pretensiones demandadas y de los fundamentos de hecho que las sustentan*" (primer párrafo del artículo 45). Atendiendo a ello, "*el demandado hace una breve exposición oral de los hechos que, por razones procesales o de fondo, contradicen la demanda*" (segundo párrafo del artículo 45).

Con estas pautas, podemos arribar a la conclusión de que la demanda no es, pues, un mero escrito que contiene unos "*proyectos*" de pretensiones dirigidos al juez, sino que está sujeta a requisitos sustanciales y formales de validez. De allí precisamente que, el juez laboral tenga que verificar el cumplimiento de estos requisitos legales y sólo si observa que los mismos se han cumplido admita la demanda (artículo 17).

Desde esta perspectiva, parecería que la NLPT también establece que todas las alegaciones de hecho deben formularse rígidamente por las partes en los momentos previstos por la ley: el demandante en su demanda (artículo 424 del CPC) y el demandado en la contestación (artículo 442 del CPC). *Ergo*, la remisión al CPC conllevaría la imposición a las partes de una severa "*carga de completitud*" de sus alegaciones, bajo sanción de no poder exponerlas nunca más. Esta situación quedaría confirmada por el tratamiento dado para la alegación de "*hechos nuevos*".

Sin embargo, una interpretación tan rigurosa como esta conllevaría a una oposición de naturaleza con el proceso por audiencias, razón por la cual no podría considerarse que la demanda está completa en el sentido del derecho procesal civil. En función de ello, lo lógico sería que la demanda se articule con la regla prevista para los casos en los cuales el conflicto de intereses no concluya anticipadamente por la forma especial de conciliación, por ser el mismo donde el juez recién tiene contacto directo y personal con el demandante (principio de inmediación) y, en consecuencia, puede oírlo (principio de oralidad).

Esto significa que, la NLPT sólo habilita que el actor "*modifique*" su demanda, hasta antes que el juez laboral determine de modo preciso las pretensiones.[5] Esta

[5] "*Es el demandante el único que puede plantear pretensiones en un proceso, pues el proceso laboral se rige por el principio de iniciativa privada. Sin embargo, luego de la etapa de conciliación puede ocurrir que el número de pretensiones que existe en el proceso cambie, razón por la cual se hace*

sería, no cabe duda, respecto de esta alegación, la forma como el legislador habría organizado el proceso y determinado el momento en el cuál se activa la barrera preclusiva. La Corte Suprema de la República lo señaló en estos términos:

> "*QUINTO: Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde además señalar que, una de las reglas esenciales previstas en nuestro nuevo modelo procesal laboral que coadyudan a la observancia irrestricta de este Principio de Congruencia como componente del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, es la contenida en el inciso 3 del artículo 43° de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, referida a la obligación del Juez de precisar las pretensiones que son materia de juicio, acto procesal que es inmediatamente posterior a la culminación de la etapa conciliatoria, en aquellos supuestos en los que el conflicto no llegó a solucionarse o fue solucionado parcialmente. Cabe resaltar que, la principal importancia de este acto en el proceso, es el constituirse en una línea directriz que permita al órgano jurisdiccional no desvincularse del tema central de la controversia; finalidad que se logra a través de sus dos funciones medulares: (i) vincular el pronunciamiento del juez a las pretensiones procesales en los términos en que éstas han sido planteadas por las partes en sus escritos postulatorios; y (ii) delimitar el debate probatorio, respecto a aquellos extremos en que las partes disienten*." (Cas. Lab. N° 10868-2013 LIMA).

Resulta relevante recordar aquí que, el artículo IX del Título Preliminar del CPC establece como regla que todas las normas procesales son "*imperativas*", salvo que la ley diga lo contrario,

Por "*modificación*" de la demanda debería entenderse cualquier cambio de los presupuestos de la pretensión planteada por el demandante, los cuales son:

a) Los sujetos[6]

   Lo que se pide ha de relacionarse con la persona o personas que piden (demandantes o actores), y la persona o personas respecto de las cuales se pide (demandados), es decir, los sujetos jurídicos a los que gravaría la sentencia pretendida. *Ergo*, debe identificarse no sólo a los sujetos por su nombre, sino, además, por su posición procesal.

   El profesor español Andrés De La Oliva señala que "*el objeto del proceso se precisa o concreta también, por tanto, determinando los sujetos jurídicos que solicitan una tutela jurisdiccional y aquellos frente a los que la tutela se pide*".[7]

---

*necesario que el juez fije las pretensiones en esta etapa, pues el proceso, en lo sucesivo, versará sólo sobre ellas*". Priori Posada, Giovanni F. y otros. Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ara Editores, Lima, 2011, p. 237-238.

6 La doctrina no es unánime respecto a considerar a las modificaciones subjetivas como un supuesto de modificación de la demanda. Sin embargo, consideramos que el elemento subjetivo identifica al objeto del proceso, por consiguiente, su modificación también altera sustancialmente la pretensión planteada inicialmente.

7 De La Olivia Santos, Andrés. Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil. Editorial Aranzadi (Thomson Civitas), Navarra, primera edición, 2005, p. 50.

b) El objeto o *petitum*

Es el pedido concreto de tutela jurisdiccional que se plantea en ejercicio del derecho de acción, así como la solicitud de una "*consecuencia jurídica*" prevista en el ordenamiento, ya que necesariamente dicha consecuencia deberá estar sustentada en la afirmación del supuesto de hecho de una norma. El objeto de la pretensión puede ser[8]:

- Inmediato: atiende a la actuación jurisdiccional específica que se plantea con el ejercicio del derecho de acción, es decir, a la forma concreta de tutela jurisdiccional solicitada al juez, la misma que se puede clasificar en las siguientes subclases: de condena, de mera declaración o de constitución.
- Mediato: atiende a un bien jurídico al que se refiere la tutela judicial al caso concreto, dado que ésta no se pide ni puede prestarse sola, en el vacío. Por ello, en el caso de pretensiones de condena está constituido por el bien o conducta respecto del cual se pide actuación jurisdiccional. En cambio, en el caso de las pretensiones declarativas o constitutivas el pedido mediato es la situación o relación jurídica respecto de la cual debe recaer la tutela jurisdiccional.

c) La causa o *causa petendi*

Se encuentra conformada por los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de sustento a la pretensión. Sin embargo, algunos autores[9] son de la opinión que sólo los fundamentos de hecho, basados en los hechos jurídicamente relevantes, constituyen la *causa petendi*, mas no así los fundamentos de derecho, toda vez que el juez por el principio del *iura novit curia* se encuentra obligado a aplicar la norma jurídica al caso concreto.

Como consecuencia, para que el proceso laboral sea lógico y consecuente con su finalidad en la etapa de confrontación de posiciones el demandante podría desarrollar o mejorar la complitud de los hechos contenidos en su demanda, pero siempre respetando el principio de coherencia.[10] En consecuencia, con sus primeras alegaciones el demandante podría[11]:

---

[8] Montero Aroca, Juan y otros. Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 20ª Edición, 2012, pp. 151-153.

[9] Ortells Ramos, Manuel. Derecho Procesal Civil. Editorial Aranzadi, Navarra, 2ª edición, 2001, pp. 279-280.

[10] La doctrina española es aún más rígida puesto que consideran que la enumeración de los hechos sobre los que versa la "*petición o súplica*" es la que "*delimita de manera objetiva el contenido de la pretensión deducida en la litis (objeto del proceso)*". *Ergo*, "*se puede ampliar la demanda, pero no hacer una variación sustancial. Tampoco en conclusiones definitivas se puede alterar los puntos fundamentales y los motivos de pedir invocados en la demanda. Si la sentencia decidiera sobre hechos distintos podría impugnarse por incongruencia*". Monereo Pérez, José Luis (coordinador). Manual de Derecho Procesal Laboral. Teoría y práctica, Editorial Tecnos, Madrid, cuarta edición, 2014, p. 206.

[11] En ese sentido la doctrina española señala que "*conforme al art. 85 LJS las primeras alegaciones —en el proceso ordinario— las efectúa el demandante, al efecto de ratificar o ampliar la*

a) Reducir lo pretendido en la demanda, ya sea desistiéndose o reduciendo la cantidad solicitada inicialmente (siempre que no opere el principio de irrenunciabilidad de derechos en este último caso).
b) Ratificar de manera plena la demanda, esto es, confirmar lo pretendido en todos sus puntos y contenidos.
c) Formular alguna aclaración o alegar fundamentos jurídicos.
d) Además de todo o parte de lo anterior, ampliar la demanda pero sin introducir variaciones sustanciales.

No hay modo de justificar, entonces, que la NLPT permite que la modificación sustancial de la demanda pueda ocurrir luego que "*el juez precisa las pretensiones que son materia de juicio*". Tampoco habría, en rigor, fundamento (técnico) para sustentar que ello puede ocurrir con posterioridad, es decir, en la audiencia de juzgamiento.

La mayoría de nuestros órganos judiciales, no obstante, interpretan actualmente las normas procesales de distinta manera al resolver los conflictos laborales. A modo de ejemplo, en el expediente N° 4485-2014-0-1801-JR-LA-08 el juez laboral permitió que en la Continuación de la Audiencia de Juzgamiento, del 3 de septiembre de 2015, el demandante incluya nuevas pretensiones, con estas palabras: "*En este acto, advirtiendo la deficiencia del abogado de la parte demandante, el juzgado invocando los principios de razonabilidad, sin perjuicio alguno, admitirá la nueva petición de la parte demandante, se dará un plazo para que la demandada responda, asimismo, se incorpora a las codemandadas, en tal sentido, se pide al demandante presente dos juegos de la demanda más sus respectivos anexos, tal como lo tendrá que hacer la parte demandada, se le concede un plazo de 5 días hábiles, quedando notificados los concurrentes en este acto lo expuesto en la presente audiencia señalada, quedando constancia en audio y video dándose por concluida la presente audiencia a horas 12:55 p.m., de lo cual doy fe.*-". Esta decisión del juez laboral es decididamente perniciosa pues no sólo reabre etapas precluidas en el proceso, sino que además el móvil para ello sería el de suplir al "*deficiente*" abogado del demandante (una suerte de abogado suplente del trabajador).

Extraña y peligro mezcla: el demandado amarrado a preclusiones de alegación estranguladoras, por un lado, y, por el otro, el demandante libre de modificar, ¡con la ayuda del juez!, su demanda.

---

*demanda. En efecto, éste en la demanda había fijado unos hechos y una petición y, posiblemente, aunque no estaba obligado a ello, unos fundamentos jurídicos. En este momento podrá razonar al respecto de los hechos, alegar fundamentos jurídicos y fijar su petición, que en la demanda sólo era inicial. Ahora bien, el art. 85.1 LJS permite al demandante ratificar o ampliar la demanda pero sin introducir modificaciones sustanciales, lo que resulta complejo de entender, porque una ampliación, si afecta a la petición o a los hechos esenciales, normalmente supondrá una variación sustancial de la demanda; por otro lado, no puede olvidarse que la obligación de mantener una posición coherente con lo alegado y solicitado en los actos previos sigue vigente; por todo ello hay que buscar una interpretación razonable de lo que la ley permite* (...)". Albiol Ortuño, Mónica y otros. Derecho Procesal Laboral, Tirant Lo Blanch, Valencia, 11° edición, 2015, pp. 179-180.

Para quienes pensamos que son las partes quienes deben convencer al juez de sus propias afirmaciones, este tipo de providencias pone sobre el tapete (y por partida doble) la discusión sobre la imparcialidad y la neutralidad del juez laboral frente a los intereses parciales en conflicto.

### 3.2. Delimitación del ámbito factible de la ampliación de la demanda

Si la modificación de la demanda luego de que el juez "*precisa las pretensiones que son materia de juicio*" está limitada a supuestos en los que no suponga una variación sustancial, la inevitable pregunta es qué se entiende por "*sustancial*".

Ante tal problema, bajo el peligro de brindar una definición tautológica y vaga, lo más lógico sería señalar que esta barrera preclusiva de alegación impide que el demandante altere de manera cualificada y trascendental los puntos esenciales de la pretensión precisada por el juez. Es decir, esta última no podría ampliarse a otros sujetos, no citados o emplazados originalmente, introducirse al proceso "*hechos viejos*", por más relevantes que sean, formular nuevas peticiones ni incrementar lo pedido (salvo algún supuesto excepcional y, los casos de error mecanográfico o aritmético evidente).[12] En cualquier caso, no puede violarse el derecho de defensa del demandado que la Constitución asegura en cualquier estado del proceso.

No parece, sin embargo, que puedan considerarse variaciones sustanciales de la demanda la alegación de hechos que aclaren o complementen las alegaciones vertidas en la demanda, introducir al proceso "*hechos nuevos*" o, argumentaciones que sean una consecuencia lógica o necesaria, siempre que se mantenga la causa de pedir.[13]

Para terminar, el juez laboral debe oír al demandado, a efectos de valorar de manera adecuada y razonada si se ha producido o no una variación sustancial de la demanda. En caso la respuesta sea afirmativa, el juez laboral debería impedir el debate al respecto. Si por el contrario el juez acepta la modificación de la demanda, el demandado debería expresar su disconformidad con esta decisión, a efectos de poder impugnarla.

## IV. LAS PARADÓJICAS JUSTIFICACIONES DE LOS JUECES LABORALES PARA PERMITIR LA REFORMULACIÓN DE LA PRETENSIÓN EN LA AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Pese a que la NLPT establece que la fijación de las pretensiones es el momento límite para la modificación sustancial de la demanda, los jueces laborales que conformaron el pleno jurisdiccional nacional laboral en análisis concluyeron por

---

[12] Baylos Grau, Antonio y otros. Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Editorial Trotta, Vallodolid, segunda edición, 1995, p. 141.

[13] Picó i Junoy, Joan. La modificación de la demanda en el proceso civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 105-144.

mayoría que puede reformularse la pretensión en la audiencia de juzgamiento porque "*las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas (...), no afectándose el derecho a la defensa (contradicción) de las partes porque el juez como director del proceso, puede correr traslado de la reformulación indicada, para que la absuelva en la misma audiencia, o suspender la audiencia para tal finalidad*".

Frente a este pronunciamiento jurisdiccional, habría que aclarar varias cuestiones. La primera es que, efectivamente el principio de oralidad informa el nuevo procesal laboral, por tratarse de un proceso por audiencias. Esto quiere decir que la mayoría de los actos procesales han de realizarse oralmente, aunque luego se registren videográficamente o se documenten en un acta. Este principio es, pues, un postulado organizativo del proceso y, tiene especial repercusión también en lo que se refiere a la valoración de los medios probatorios y a la conducta de las partes por el órgano judicial. Pero no determina, en modo alguno, la exclusión absoluta de un sistema de preclusiones. Esta institución tiene un fundamento distinto: "*establecer, en los tiempos lógicos del proceso, los momentos dentro de los cuales determinadas actividades de las partes deben ser cumplidas, y a sancionar a la parte que no respeta la secuencia predeterminada por la ley* (...)".[14] La imposibilidad que el demandante pueda modificar sustancialmente su demanda luego de fijadas las pretensiones por el juez proviene de un mandato legal, que establece un plazo para ello. Por esta razón, tampoco estaremos ante una afectación a la "*prevalencia*" de las actuaciones orales sobre las escritas cuando el juez, luego de revisar la de demanda, tener cercanía con el demandante y oírlo una vez concluida la etapa de conciliación, procede a precisar las pretensiones que serán materia de juicio.[15] El fundamento de la eliminación de la carga del demandante de alegar sus hechos históricos hasta antes de que el juez determine de modo preciso las pretensiones no podría estar en el principio de oralidad.

La segunda cuestión tiene que ver con la coherencia de la conclusión plenaria. El argumento de que es posible modificar reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento (porque en el proceso laboral las actuaciones orales prevalecen sobre las escritas) se desploma respecto a la imperatividad de las normas procesales y lo previsto en el artículo III del Título Preliminar de la NLPT, el cual declara que el proceso laboral también tiene como principios o postulados el debido proceso, la buena fe procesal y el de veracidad. Si todo proceso (oral o escrito, poco importa) se mueve entre los valores de justicia y rapidez, resulta lógico que el legislador

---

[14] Taruffo, Michele. "*Le preclusione nella reforma del proceso civile*". En: Revista di diritto processuale, 1992, p. 301.

[15] "(...) *la necesaria coexistencia de elementos escritos y de elementos orales; y de ahí que el problema de la oralidad y de la escritura se indica con frecuencia como un problema de predominio, o de coordinación, no de total exclusión. Una concepción que viese el proceso oral un procedimiento del cual fuese eliminado en absoluto el uso de un instrumento hoy en día tan difundido y popular de comunicación y fijación de pensamiento, como es la escritura, no tendría verdaderamente mucha correspondencia con la realidad actual*". Cappelletti, Mauro. La oralidad y las pruebas en el proceso civil, EJEA, Buenos Aires, 1972, p. 10.

establezca un momento rígido en el cual se activa la preclusión, pero aquél debe ser congruente con la finalidad del proceso. Además, la audiencia de juzgamiento tiene varias etapas, las cuales se engarzan de manera ordenada para avanzar (y concluir) la controversia, razón por la cual no es para nada consustancial a la misma que el demandante pueda reabrir discrecionalmente el *thema disputandum* en cualquier momento. Un sistema flexible de preclusiones como el pretendido por el referido pleno jurisdiccional nacional laboral (si se interpreta literalmente) podría tornar al proceso laboral en un negocio privado entre las partes y mermaría la autoridad del juez como director del debate.[16]

La última cuestión tiene que ver con la garantía constitucional de la defensa procesal. El contradictorio (efecto) deriva de la consagración del derecho de defensa (causa)[17] e, implica la posibilidad de ser oído frente a cada actividad llevada a cabo por la contraria durante el transcurso del proceso y la posibilidad de cada parte de ser oída debe ser equivalente a la que se confiere a la contraria.[18] Por consiguiente, la garantía del principio del contradictorio o de la audiencia bilateral como manifestación técnica en el proceso del derecho de defensa debe respetarse en todo el proceso. Caso contrario, se estaría causado indefensión, lo cual se encuentra expresamente proscrito por nuestra Constitución Política. No hay modo de racional de justificar, entonces, que su tutela es discrecional. *Ergo*, el juez laboral no "*puede*", sino que "*debe*" —del verbo "*deber*"—, luego de aceptar la modificación de la demanda, en cualquier escenario (ya sea que se haya optado por un sistema rígido o por un sistema flexible de preclusiones de alegación), pasar a un segundo momento, que es el correr traslado de la misma al demandado para que se defienda probando. Siempre que concurran estas dos circunstancias ante una modificación de la demanda se evitará la indefensión del demandado.[19]

---

16 "*Una vez suprimida de facto cualquier disciplina en la determinación del thema decidendum, una vez admitido que las partes pueden utilizar libremente (con la sola sanción, por lo demás inaplicada, de la no repetición de los gastos de los actos inútiles) todo el transcurso del juicio ante el juez instructor para «modificare le domande eccezioni e conclusioni precedentemente formúlate, produrre nuovi documenti, chiedere nuovi mezzi di provoa e proporre nuove eccezioni» (texto actual del art. 184), es decir, una vez admitido que las partes pueden utilizar deliberadamente todo el transcurso de la instrucción para especificar los hechos constitutivos de la demanda y/o de las excepciones y para solicitar la admisión de los medios de prueba, el proceso ha vuelto a ser un negocio privado entre las partes, donde el juez ha vuelto a asumir la figura del «terzo incomodo o scomodato»*". Proto Pisani, Andrea. "*Tutela jurisdiccional diferenciada y nuevo proceso laboral*". En: La tutela jurisdiccional, Palestra Editores, Lima, primera edición, 2014, p. 81.

17 Carocca Pérez, Alex. Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 313.

18 *Ibidem*, pp. 319-321.

19 Para César Cisneros y José Morales "*admitir que es posible reformular la pretensión en la audiencia de juzgamiento* (...) *vulneraría el derecho de defensa y de contradicción, en el entendido de que las partes asisten al desarrollo de la audiencia de juzgamiento con todos los medios de prueba necesarios para demostrar su posición, la cual ha sido desarrollada en función del contenido de la demanda*". "¿Es posible modificar la pretensión en la audiencia de juzgamiento? El principio

## V. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, esta conclusión plenaria no advierte que la NLPT ha establecido la precisión por parte del juez de las pretensiones que serán materia de litigio como una barrera preclusiva para la posibilidad de modificar la demanda, al menos sustancialmente. Afortunadamente, no es vinculante. Quizás, estando al momento en que vivimos, sería recomendable introducir expresamente, como ocurre con otras normas procesales, como la española, una prohibición de *mutatio libelli*.[20]

No obstante, si hay algo bueno en la parca justificación esgrimida es que permite observar los problemas que plantea esta rígida preclusión a las alegaciones de hecho a la lógica de un proceso por audiencias. Si el nuevo proceso laboral es predominantemente oral no resulta consustancial al mismo que su objeto quede fijado en forma definitiva con dos únicos escritos de parte (demanda y contestación). Si un proceso es predominantemente oral su objeto debería quedar fijado a través de la discusión oral de las partes en la audiencia, en el cual el juez es el director del debate, no por los actos escritos. Esto significaría simplemente postergar el momento preclusivo para que el demandante pueda modificar su demanda hasta antes que el juez fije el *thema disputandum*. Ello, no cabe duda, salvaguardando el derecho de defensa del demandado.[21]

La justificación para ello estaría en el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, no en el principio de oralidad ni en el derecho a la defensa procesal, pues aquélla permitiría que se logre la máxima tutela judicial posible en un único proceso (principio de economía procesal), evitando posteriores litigios sobre cuestiones que racionalmente pudieron resolverse en un proceso anterior.[22]

Por lo pronto, sólo queda esperar que los jueces laborales sean verdaderamente imparciales y apliquen la norma procesal vigente, que es imperativa. En este rol son particularmente decisivos los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República, pues quien mejor que los jueces supremos para garantizar la seguridad jurídica e igualdad ante las decisiones judiciales. Aunque, por ahora, esto último es otra tarea pendiente.

---

de oralidad frente al derecho de defensa". En: II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial El Búho, Lima, primera edición, 2014, p. 441.

[20] El artículo 85.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, Ley 36/2011, de 10 de octubre, establece que, en la audiencia, "*el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial*".

[21] "*La razón prohibitiva de las variaciones sustanciales es clara: si la demanda fija y precisa «el ámbito y el objeto del litigio» e «identifica la pretensión actora», y si de tal fijación depende la contestación y excepciones que pueda oponer el demandado (TS/SOC 28.10.1983), fácilmente se comprende la situación de indefensión que crearía en este último el cambio sobrevenido en el contenido de la demanda. Justamente, «el criterio para distinguir la variación prohibida y la que es admisible estará en ponderar si existe o no indefensión de la parte contraria [...] pues el art. [...] citado no puede interpretarse con un rigor formal excesivo, que no es propio del proceso laboral» (TCT 26.6.1982)*". Montoya Melgar, Alfredo. Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 33 edición, 2012, p. 777.

[22] Picó i Junoy, Joan. Ob. Cit., 65.

# El postergado debut del precedente vinculante del Poder Judicial y el fortalecimiento de los plenos jurisdiccionales

**Gustavo Jorge Rojas**

Abogado de Estudio Duany & Kresalja. Profesor de Derecho Laboral en la USMP y UIGV. Arbitro registrado ante la CCL, PUCP y MTPE

***SUMARIO***

*1. Precedente vinculante. 1.1. Precedente vinculante del TC. 1.2. Precedente vinculante del PJ. 2. ¿Fidelidad al Precedente vinculante?: El Distinguishing y el Control de Convencionalidad. 2.1. El "Distinguishing". 2.2. Control de convencionalidad. 3. Plenos Jurisdiccionales. 3.1. Plenos Jurisdiccionales Supremos. 3.2. Plenos Jurisdiccionales con alcance Nacional en materia laboral. 3.3. Plenos Jurisdiccionales Laborales con alcance Regional. 3.4. Plenos Jurisdiccionales Laborales con alcance Distrital. 4. Conclusiones.*

Conforme lo establece el artículo IV del Título Preliminar (T.P) de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) – Ley N° 29497, los jueces laborales resuelven conflictos, bajo su competencia, teniendo en consideración diversas fuentes de derecho, entre ellas, el precedente vinculante de la Corte Suprema de Justicia de la República. No obstante ello, desde la entrada en vigencia de la referida NLPT hasta agosto del año en curso, la Sala de Derecho Constitucional y Social no ha convocado al pleno de los jueces supremos para dictar un precedente judicial bajo los alcances del artículo 40° de dicho cuerpo legal. Ante tal situación, nuestros Jueces Supremos, utilizando el artículo 116° y 22º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) vienen dictando Plenos Jurisdiccionales Supremos en materia laboral, constituyendo una herramienta utilizada también por nuestros magistrados al momento de resolver un conflicto laboral.

Sobre la noción de lo que es una fuente del derecho, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, ha señalado que la palabra fuente proviene de la voz latina fons – fontis, que significa manantial de agua que brota de la tierra; siendo pues, el fundamento u origen de algo. En el Perú, existe un interesante pronunciamiento dictado por el Tribunal Constitucional (TC) respecto al sistema de fuentes del derecho[1] mediante el cual el referido supremo intérprete ha desarrollado el sistema de fuentes del derecho diseñado desde nuestra Constitución. Respecto a la clasificación de las fuentes del derecho del trabajo y el reconocimiento de cada una de ellas, es preciso referir que existen diversas clasificaciones *(Constitucional, primaria, secundaria y terciaria / Generales y especiales / Nacionales e internacionales, o la que se aprecia en el proyecto de Ley General del Trabajo[2], etc)* que difieren unas de otras. En nuestra opinión, es válida aquella clasificación que se promueva, respetando fielmente el sistema jurídico[3] al que pertenecemos; así como lo señalado en el artículo 51º de nuestra vigente Constitución que consagra la pirámide de Hans Kelsen *(obra: "introducción a la Teoría Pura del Derecho en 1934).* Del mismo modo, se debe tener en consideración y dar un vistazo a lo desarrollado por el supremo intérprete de nuestra Constitución en la sentencia recaída en el expediente Nº

---

1 Expediente Nº 047-2004-PI/TC, sentencia del 24.06.2006 y publicada en el diario oficial El Peruano el 13.05.2006, mediante la cual se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Claver Nina – Quispe Hernández en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley Nº 27971 (Ley que faculta el nombramiento de profesores aprobados en concurso público autorizada por Ley 27491).

2 Proyecto de Ley General del Trabajo: Artículo XIV.- Fuentes del Derecho del Trabajo.- Las relaciones individuales y colectivas de trabajo se regulan por: La Constitución Política del Perú. El tratado aprobado y ratificado. La ley y el decreto legislativo. El reglamento dictado por el Poder Ejecutivo. La convención o convenio colectivo. El reglamento interno de trabajo. La costumbre. La jurisprudencia. El contrato de trabajo.

3 Para Francisco Gómez Valdez: *"Las fuentes del Derecho del Trabajo varían de un país a otro y están relacionadas con el sistema jurídico nacional, así como con el rol jugado por los agentes laborales, el papel jugado por la jurisprudencia, la recepción de la normatividad internacional y el estado institucional de la nación (...)"*.En: Gómez Valdez, Francisco. 2007. *Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales de Trabajo.* Segunda edición. Lima: Editorial San Marcos. p. 56.

047-2004-PI/TC. En ese orden de ideas, siguiendo dichas pautas y atendiendo al concepto de fuentes de derecho del trabajo podríamos asumir también de forma pacífica que las Directivas del Ministerio de Trabajo pueden ser —en la actualidad— debido a sus reiterantes nominaciones y sus particularidades, incorporadas en el sistema de fuentes de derecho del trabajo.[4]

El desarrollo del sistema de fuentes del derecho en general es un tema sensible que en más de una oportunidad ha sido materia de debate entre profesores de Derecho[5] respecto a las particularidades que se resaltan al desarrollar cada una de ellas.

## I. PRECEDENTE VINCULANTE

Precedente vinculante constituye un sólo pronunciamiento expedido por la más alta autoridad jurisdiccional, mediante el cual se concreta la plasmación de una regla jurídica, tomada de un caso particular que tendrá alcances generales para la solución de casos futuros semejantes, con grado de obligatoriedad. Su fundamento, se expresa en el principio-derecho a la igualdad que encuentra respaldo en el aforismo *"donde existe la misma razón existe el mismo derecho"*.

Respecto a la obligatoriedad referida a favor del máximo tribunal, debemos recordar que doctrinariamente la virtualidad de vincular su decisión a un órgano jerárquicamente inferior se le conoce como *stare decisis vertical*. Asimismo, a la autovinculación con sus precedentes se le conoce como *stare decisis horizontal*."*La obligatoriedad del respeto a los precedentes emitidos por los tribunales de superior jerarquía existe sin importar si con la decisión se sigue un criterio que ha sido aplicado en diversos casos, o bien, si solamente se sigue un criterio decidido en una sola sentencia. También resulta irrelevante si las decisiones precedentes se aplicaron durante los últimos años o en el siglo pasado.*[6]*"*.

---

[4] A mayor alcance puede verse: ULLOA MILLARES, Daniel. 2009. "Las directivas del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Una nueva fuente de Derecho Laboral". *Actualidad Jurídica.* Lima, número184, pp. 281-284.

[5] Al respecto, se puede apreciar un interesante debate a raíz de una publicación en la sección Derecho del diario oficial "El Peruano", del 20 de noviembre del 2007, escrita por el Dr. Aníbal Torres Vásquez *"Jurisprudencia y las fuentes del derecho"*. Días más tarde, con fecha 11 de diciembre del 2007, se publicó en el suplemento "Jurídica" del mismo diario oficial, un artículo del Dr. Juan Monroy Galvez *"El Derecho en broma y en serio".(puede verse también en el Blog: Los enemigos del Juez Montenegro. Apuntes sobre derecho, proceso y justicia:* <http://derechoyproceso.blogspot.com/2007/12/el-derecho-en-broma-y-en-serio.html>. Nuevamente, en respuesta a éste último artículo, con fecha 21 de diciembre del 2007, el Dr. Aníbal Torres Vásquez, publicó *"Fuentes formales del derecho"* en el diario "El Peruano". *También puede verse en:* <http://www.etorresvasquez.com.pe/La-Jurisprudencia.html>.Nuestra intención, únicamente, es dar a conocer el intercambio de dos opiniones diferentes sobre un mismo tema, a efectos de que cada uno de los lectores, pueda enriquecerse con dichos comentarios y sacar sus propias conclusiones.

[6] SILVA HUALLANCA, Jesús. 2008. *La influencia del binding of precedent en la formación del precedente constitucional peruano. Lima*. Artículo Inédito.

Robert Alexy nos refiere que *el precedente cumple tres funciones "((...)..) de estabilización, progreso y de descarga ((...)..) con el aseguramiento de la estabilidad, el uso del precedente supone también una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho [7]".*

Es en ese sentido, que si no existiera obligatoriedad en los precedentes vinculantes, no se lograría la tan ansiada justicia predictible, la cual se encuentra relacionada con la seguridad jurídica. Por lo tanto, la predictibilidad de las resoluciones se hace necesaria en la medida que fortalece la credibilidad, confianza y transparencia de los órganos jurisdiccionales frente a los ciudadanos que solamente anhelan que un caso similar pueda ser resuelto en igual forma por el justiciable. Al existir pronunciamientos contradictorios, la imagen institucional se puede ver afectada, al confundir sus motivaciones con actos de corrupción.

*A mayor precisión, el profesor Javier Neves señala que: "Distinta es la situación de las llamadas sentencias normativas. En éstas, un único pronunciamiento— y no una serie de ellos, como en la jurisprudencia— configura un precedente vinculante, cuando en él se interprete la norma aplicable de modo general. En esta hipótesis, la interpretación dada a la norma en el primer caso será obligatoria para los siguientes casos en los que esa misma norma esté involucrada. Pese a todo, cabe también desplazar el precedente del mismo modo que en el supuesto anterior y con los mismos efectos, de hacerlo indebidamente".*[8]

Tal es la importancia del precedente, que en términos de Javier Arévalo Vela, se dice que: *"En el Perú, hoy en día el concepto tradicional de jurisprudencia ha sido superado por el de "precedente vinculante", sea éste originado por la justicia ordinaria (Poder Judicial) o por la justicia constitucional (Tribunal Constitucional)".* [9]

Es así que, en relación a la fuente del derecho denominada "jurisprudencia" podemos apreciar distintas definiciones, encontrando acepciones en sentido amplio y estricto. Entendiendo, por jurisprudencia en sentido amplio, como aquellas: *"((...)..) resoluciones que los magistrados judiciales emiten en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, para solucionar los conflictos a ellos sometidos, que se suscitan entre los individuos o entre éstos y la sociedad".* Por otro lado, se puede decir de la jurisprudencia en sentido estricto, que la misma comprende: *"más propiamente a las resoluciones que emite el máximo tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él".*[10] *((...).)*

---

7 ALEXY, Robert. 2007. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica.* Traducción de Manuel Atienza e Isabel espejo. Lima: Palestra Editores, p. 379 y 380.

8 NEVES MUJICA, Javier. 2009. *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, p. 102.

9 ARÉVALO VELA, Javier. 2016. *Tratado de Derecho Laboral*. Lima: Instituto Pacífico, p. 59

10 RUBIO CORREA, Marcial. 2009. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, p.160.

Neves Mujica refiere que *"La sentencia común, que pone fin a la instancia o al proceso y declara el derecho de las partes intervinientes en este, tiene efectos solo sobre ellas (artículo 121 del Código Procesal Civil), por lo que no constituye un producto normativo. Pero sí forma un precedente indicativo a seguirse en futuros casos semejantes al ya resuelto. Sin embargo, si la respuesta dada a un caso por los organismos jurisdiccionales se repitiera en los siguientes del mismo tipo, entonces se formaría lo que propiamente se conoce como una jurisprudencia."*[11] En virtud a lo antes expuesto, podemos definir a la Jurisprudencia —en sentido estricto— como el conjunto de resoluciones reiteradas y uniformes dictadas por el máximo órgano jurisdiccional.

En virtud a de lo anteriormente expuesto, Adrían Goldin nos recuerda que*"(...) el sistema de fuentes es un elemento central en la configuración del Derecho del Trabajo; tanto lo es, que puede afirmarse que si cambia el sistema de fuentes, es también el Derecho del Trabajo que está cambiando"*.[12] Sobre este punto, podemos aseverar que en virtud al avance protagónico que viene adquiriendo el precedente laboral en nuestro país, de cierta forma— la familia Romano-Germánica a la cual pertenecemos, estaría siendo afectada en cuanto a la ubicación de su principal fuente del derecho. Es así que, no podemos negar que los precedentes vinculantes, vienen adquiriendo en la práctica una importancia tal, que parecen estar desplazando a la citada normatividad, como fuente principal, colocándolos, respecto a su ubicación en el mismo peldaño que esta última. Para graficar ello, podemos recordar que nuestro supremo intérprete de la Constitución, ya hace algunos años, otorgó a sus precedentes vinculantes efectos similares a los de una Ley.[13]

A ello cabe agregar, que del mismo modo, la doctrina constitucional *(Robert Alexy y Bernal Pulido)* ha señalado que el precedente vinculante: *"((...).) tendrá la calidad de una norma constitucional adscrita, es decir, que será una norma que conformará parte de la Constitución. De esta manera, al igual que la Norma Suprema, el precedente constitucional vinculará a todos los operadores jurídicos, pues, en suma, el precedente constitucional no es más que una extensión de la Constitución. La no observancia del precedente constitucional por parte del operador jurídico acarreará,*

---

11 NEVES MUJICA, Javier. Ob. Cit; p.101.

12 GOLDIN, Adrián. 2012. "El derecho del trabajo; identificando claves para un ejercicio explicativo". Ponencia presentada en el V Congreso Nacional organizado por la SPDTSS. Del 24 al 26 de octubre del 2012.

13 Ver: Concepto desarrollado en las consideraciones previas de la sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el expediente Nº 0024-2003-AI/TC, de fecha 10 de octubre del 2005 y publicada en el Diario oficial El Peruano el día sábado 09 de noviembre del 2005, mediante la cual se declaró fundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad distrital de Lurín e Inconstitucional la ordenanza Municipal Nº 000011. Del mismo modo, dicho criterio se aprecia en el FJ Nº 40 de la STC recaída en el expediente Nº 0047-2004-PI/TC y en el FJ Nº 49 de la STC recaída en el expediente Nº 3741-2004-AA/TC.

*de esta manera, la inconstitucionalidad de dicho actuar."*[14] Asimismo, *"Téngase en cuenta que en fundamento 1.a de la STC 2409-2002-AA/TC el tribunal se autocalificó como "Poder Constituyente Constituido", por lo que ha estado a un paso de considerar que sus "precedentes" tendrían "efectos similares" a las normas constitucionales".*[15]

En atención a lo manifestado, si el precedente vinculante tiene efectos similares a los de una ley o calidad de norma constitucional adscrita, podríamos ubicar tanto a la normatividad y al precedente en una misma categoría dentro de nuestro sistema jurídico de fuentes del derecho; siendo ello así, en la práctica estaríamos migrando del *civil law* al *common law*; o en todo caso, estarían conviviendo ambos sistemas, lo que corrobora que no existen modelos ideológicamente puros, por lo cual en nuestro país tenemos un comportamiento híbrido en cuanto a la aplicación de ambos sistemas.

### 1.1. Precedente vinculante del TC

El Tribunal Constitucional define al precedente vinculante como: *"(...) aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el TC decide establecer como regla general; y, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga ((...)(...))".*[16] El sustento legal se encuentra recepcionado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional – Ley Nº 28237.[17]

Hasta antes de la vigencia del citado cuerpo legal, la legislación procesal constitucional se encontraba regulada de forma dispersa, siendo la Ley Nº 23506 la que en su artículo 9º regulaba una obligatoriedad del cierto modo relativa, porque se permitía el apartamiento debidamente fundamentado. Sin embargo, desde del 01.12.2004, el TC se encuentra facultado a dictar precedentes vinculantes al amparo de lo regulado por el artículo VII del Título Preliminar (T.P) del Código Procesal Constitucional (C.P Constitucional) – Ley 28237. Sobre el valor de sus precedentes vinculantes, el mismo Tribunal Constitucional tal como ya hemos mencionado, manifiesta que tienen efectos similares a los de una ley.

En materia laboral, desde el 2004 a la fecha, se han dictado los siguientes precedentes vinculantes: *STC Nº 04635-2004-PA/TC y Resolución aclaratoria*

---

[14] Citados por VINATEA RECOBA, Luis y Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU. 2010. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Análisis Normativo.* Lima: Gaceta Jurídica S.A, p. 184.

[15] ARIANO DEHO, Eugenia. 2006. "Precedentes vinculantes y pirámide normativa. Los frenesíes de poder del Tribunal Constitucional". *Dialogo con la Jurisprudencia*. Lima, número 96, p. 82.

[16] STC recaída en el Exp. Nº 0024-2003-AI/TC, FJ. 34 de la STC recaída en el expediente Nº 047-2004-AI/TC, FJ 49 de la STC recaída en el expediente Nº 3741-2004-AA/TC.

[17] Art. VII del TP: *"Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa Juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente".*

*(Sobre jornada de trabajo minero. Jornadas atípicas); STC* N.º 0206-2005-PA/TC *(Procedencia de la vía del proceso constitucional de amparo en materia laboral. Competencia régimen laboral público y privado); STC Nº 4650-2007-PA/TC (Amparo laboral); (STC Nº 3052-2009-PA/TC (Sobre cobro de beneficios sociales); STC Nº 05057-2013-PA/TC y Resolución aclaratoria (Precedente Huatuco); STC Nº 02383-2013-PA/TC (Caso Elgo Ríos).*

Por otro lado, cabe agregar, que de conformidad con los artículos 81º y 82º del Código Procesal Constitucional, *"Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación".* (el subrayado es nuestro). Es así que, en materia laboral podemos citar las siguientes sentencias: *STC Nº 00002-2010-PI/TC (Sobre el CAS); STC Nº 008-2005-PI/TC (Sobre los principios laborales constitucionales y el desarrollo de la libertad sindical, negociación colectiva y huelga); STC Nº 047-2004-AI/TC (Sobre el sistema de fuentes de derecho); STC Nº 000027-2006-PI/TC (Sobre el régimen laboral especial para el sector agrario); STC N° 003-2013-PI/TC. 004-2013-PI/TC, 0023-2013-PI/TC acumulados (Sobre inconstitucional prohibición de negociación colectiva para incremento de remuneraciones de trabajadores estatales); STC N° 0003-2013-PI/TC, 0004-2013-PI/TC y 0023-2013-PI/TC (Sobre inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Ley de Servicio Civil).*

### 1.2. Precedente vinculante del PJ

Conforme lo establecía el artículo 400º del Código Procesal Civil en su redacción primigenia señalaba que *"cuando una de las Salas lo solicitaba, en atención a la naturaleza de la decisión a tomar en un caso concreto, se reunían los vocales en Sala Plena para discutirlo y resolverlo. La decisión que se tomaba en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno constituía doctrina jurisprudencial y vinculaba a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio".* No obstante dicha facultad, tuvieron que transcurrir más de 15 años para que por primera vez en el año 2008 se utilice y publique el primer precedente a su amparo. La señalada norma fue materia de crítica, pues se reunían en sala plena jueces supremos de distintas especialidades para unificar criterios y definir lineamientos sobre temas que, requerían de una especialización. En esos términos, la Sala Plena de la Corte Suprema estaba facultada para dictar un precedente judicial en materia laboral, pero nunca lo hizo. Posteriormente, ya en el año 2009 entró en vigencia la Ley Nº 29364 que modificó el ya antes citado artículo 400º, siendo su nueva redacción la siguiente: *"La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente".*

Es decir, conforme al principio de especialidad, la facultad de dictar precedentes judiciales en sala plena, fue trasladada únicamente a la Sala Suprema Civil. Es así que, en materia civil, existen ya siete precedentes judiciales (los 2 primeros utilizando la redacción primigenia del artículo 400º) y los cinco restantes fueron dictados bajo los alcances de la modificación efectuada por la Ley 29364.

Por otro lado, en materia penal al amparo de lo regulado por el artículo 301º Literal "A" del Código de Procedimientos Penales (literal incorporado el 2004 mediante D. Legislativo 959)[18] las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema, están facultadas a dictar precedentes vinculantes. A estos precedentes, se le conoce también como "sentencias plenarias" siendo el caso que a la fecha solo se han dictado 4 precedentes (2015, 2013, y dos en el 2005) utilizando el referido artículo 301° literal A.

En tal virtud, los jueces supremos en materia civil y penal pueden dictar Precedentes judiciales vinculantes cuando se reúnen las salas supremas permanentes y transitorias de las citadas especialidades. Ante ello, nos preguntamos si en materia Laboral existe una facultad similar de dictar precedentes vinculantes. La respuesta la encontramos en el artículo 40º de la NLPT que señala lo siguiente: *"La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. ((...)..)"*

Es así que a pesar de la existencia de la referida facultad, a la fecha, parece no avecinarse el dictado de un precedente vinculante conforme a los alcances del referido artículo 40° de la NLPT, desconociéndose las razones por las que no se convoca al pleno de los jueces supremos de tal especialidad, en casos que llegan vía recurso de casación, pero sí es posible reunirse para el dictado de un pleno jurisdiccional supremo en materia laboral, como veremos más adelante.

## 2. ¿FIDELIDAD AL PRECEDENTE VINCULANTE?: EL DISTINGUISHING Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Respecto a la obligatoriedad que tienen todos los órganos jurisdiccionales (entre ellos los jueces laborales) de cumplir lo señalado en los precedentes vinculantes del TC, consideramos importante recordar la famosa Resolución de Jefatura Nº 021-2006-J-OCMA/PJ[19] publicada el 04.04.2006, mediante el cual la Oficina de

---

[18] Tal facultad también se encuentra regulada en el artículo 433° del Nuevo Código Procesal Penal (D. Legislativo 957)

[19] Cabe precisar que al 04 de abril del 2006, ya había transcurrido más de un año y tres meses de vigencia del Código Procesal Constitucional, mediante el cual se facultaba a dictar prec-

Control de la Magistratura – OCMA, dispuso que todos los órganos jurisdiccionales de la república se encuentran obligados a dar cabal cumplimiento a los precedentes vinculantes del TC recaídos en las sentencias Nº 206-2005-PA/TC (caso Baylón) y Nº 4227-2005-PA/TC (caso juegos de casino y máquinas tragamonedas); bajo responsabilidad.

Dando respuesta a tal pronunciamiento, en la misma fecha, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (CEPJ) publicó el siguiente comunicado[20]: *"Respecto a la Resolución de Jefatura Nº 021-2006-J-OCMA/PJ expedida por el señor Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial el 13 de marzo del año en curso, comunicado en la fecha mediante oficio Nº 2826-2006-GD-OCMA-FTC/imo; el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, considera necesario dirigirse a los señores magistrados de la República para puntualizar: Primero: con arreglo a los artículos 138º y 139º, inciso 1, de la Constitución y artículo 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la potestad de administrar justicia se ejerce a exclusividad por el Poder Judicial a través de los órganos jerárquicos conforme a la constitución y a las leyes. Segundo: Los magistrados judiciales sólo están sometidos a la Constitución y a la ley, y el Estado les garantiza su independencia jurisdiccional, consagrada en el inciso 1 del artículo 146º de la Carta fundamental y en el artículo 2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial."*

No obstante tal comunicado, el TC, mediante sentencia del 13.02.2007, (expediente Nº 006-2006-PC/TC) y a efectos de respaldar el obligatorio cumplimiento de sus precedentes, (F.j Nº 53) señaló que el CEPJ había incurrido en una inconstitucional interpretación de la independencia jurisdiccional de los jueces del Poder Judicial, afirmando que dicho comunicado no tiene carácter jurídico y carece de efectos legales.

Sin perjuicio de lo dispuesto por el TC y el PJ, respecto a la correcta interpretación de la independencia jurisdiccional de los Jueces del PJ, en ésta conocida "Guerra de Cortes" conforme lo señalado en el artículo VII del TP del C.P Constitucional, los jueces laborales deben cumplir con lo dispuesto por los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y no cabe la posibilidad de su apartamiento, bajo responsabilidad de ser sancionados funcionalmente. El mismo criterio deberá aplicarse cuando el Poder Judicial dicte el primer precedente vinculante judicial bajo los alcances del artículo 40º de la NLPT. [21] Cabe precisar, que las diferencias

---

edentes vinculantes bajo el amparo del artículo VII de su Título Preliminar. Ello quiere decir, que durante ese lapso de tiempo, el TC ya había dictado otros precedentes vinculantes. Si ello es así, más saludable hubiese sido que la OCMA respalde al TC respecto a los alcances de sus precedentes vinculantes a manera general, sin individualizar casos puntuales. En igual sentido, hubiese sido menos controversial que la OCMA respalde no sólo los pronunciamientos del TC, sino también los de la Corte Suprema, como sí se pronunciaron nuestros justiciables en el citado pleno jurisdiccional laboral distrital (cañete) del año 2008 en atención a la importancia de dichos alcances.

20 Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/nuevos/2006/abril/06/comunicado_cepj.pdf>

21 No obstante ello, un criterio distinto lo podemos encontrar en lo señalado por el Pleno Jurisdiccional Constitucional Distrital de Lima del 15 y 16 de julio del 2010, que en su tema 1

entre el TC y el PJ no sólo se da en relación a la observancia obligatoria de sus precedentes, sino también, por la declaración de nulidad en los procesos de amparo contra resolución judicial, dictados por el TC frente a los pronunciamientos del PJ.[22]

A mayor precisión, respecto al apartamiento del precedente vinculante del Poder Judicial, el Dr. Omar Toledo Toribio[23], ha señalado que "*El precedente judicial laboral regulado en el artículo 40º de la NLPT tiene carácter vinculante de manera horizontal y vertical y no puede ser materia de apartamiento, aun cuando fuere motivado, a diferencia del precedente judicial civil regulado en el artículo 400º del CPC*". En efecto, siguiendo al profesor Toledo, tal como señala el artículo 34º de la NLPT al referirse a las causales del recurso de casación: "*El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República*".[24] Es así que, en atención a la finalidad de los artículos 34º y 40º de la NLPT no sería posible apartarse de un precedente vinculante de la Corte Suprema; por el contrario, ello sí sería posible en el campo procesal civil, a tenor de lo dispuesto por el artículo 386º de su código adjetivo, al señalar como causal de casación el apartamiento inmotivado del precedente judicial civil.

---

acordó que "*Los jueces como regla deben aplicar los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; pero, pueden desvincularse de dichos precedentes, siempre que con su decisión se proteja de mejor manera al accionante, en cuanto al derecho fundamental violado*".

Asimismo, un criterio confuso lo podemos apreciar en el Pleno Jurisdiccional Laboral distrital de Cañete del 01 y 02 de diciembre del 2008, mediante el cual se acordó en el tema Nº 01, que "*En materia constitucional es de obligatorio cumplimiento el precedente vinculante en las sentencias del Tribunal Constitucional, consecuentemente la tendencia es sancionar la inobservancia de dichos precedentes con la suspensión temporal de los magistrados infractores. Con relación a los casos de los precedentes judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, por regla general son vinculantes, sin embargo, por excepción el magistrado puede decidir apartarse de dicho criterio, estando previsto en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, están obligados a motivar adecuadamente la resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestima y de los fundamentos que invocan.*"

22 Ver STC: Expediente Nº 03736-2010-PA/TC, mediante la cual se declaró nula la casación Nº 3094-2009-Lima, expedida por la Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, por acreditarse la vulneración a los derechos a la prueba, al debido proceso y a la libertad sindical. / Expediente Nº 00037-2012-PA/TC ( Scotiabank Perú S.A.A contra la Sala civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Lima, en el proceso seguido en su contra por Telefónica Móviles S.A).

23 TOLEDO TORIBIO, Omar. 2012. "Importancia de los precedentes del Tribunal Constitucional en el nuevo proceso laboral". Ponencia presentada en: "Temas importantes en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". Organizado por la revista Soluciones Laborales. 27 de noviembre.

24 En similar sentido, en el campo administrativo laboral, puede apreciarse como causal de un recurso extraordinario en este caso el de revisión, el apartamiento de un precedente, conforme lo señala el artículo 4º del Decreto Supremo Nº 017-2012-TR

No obstante lo dispuesto por el artículo VII del T.P del C.P Constitucional y el artículo 40° de la NLPT, existen 2 formas mediante las cuales la fuerza del precedente podría verse atenuada en términos prácticos:

### 2.1. El "Distinguishing"

Al respecto, el profesor Edgar Carpio[25] nos recuerda que: "*La técnica de la distinción, supone que el precedente sea aplicable para la resolución del caso. La técnica de la distinción tiene en su corazón respeto y fidelidad al precedente, solo que siendo aplicable el precedente, existen supuestos de hechos que son distintos a aquellos que sirvieron a la formulación de la regla".*

Teniendo en consideración tal definición, es importante hacer notar los efectos que ocasionó la publicación de la sentencia del TC, de fecha 16.04.2015, recaída en el expediente N° 05057-2013-PA/TC (Caso Huatuco) y su Resolución aclaratoria de fecha 07.07.2015. A raíz de esta sentencia que tiene la calidad de precedente vinculante, se viene cuestionando la pertinencia de la aplicación de la técnica de la distinción o "distinguishing" por nuestros magistrados en sus distintas instancias, siendo sus principales pronunciamientos los siguientes:

Expediente N° 23565-2013-0-1801-JR-LA-04. Sentencia del 14.07.2015, expedida por la Cuarta Sala Laboral de Lima, siendo ponente el Dr. Omar Toledo, mediante la cual se señaló que no resulta aplicable el "precedente Huatuco" en la medida que los obreros de los gobiernos locales no se encuentran comprendidos en la función pública, sino que les resulta aplicable el régimen laboral del sector privado.

Expediente N° 23195-2013-0-1801-JR-LA-11. Sentencia del 15.07.2015, expedida por la Cuarta Sala Laboral de Lima, siendo ponente el Dr. Omar Toledo mediante la cual se señaló que no resulta aplicable el "precedente Huatuco" en la medida que la demanda no contiene solicitud de reposición.

Expediente N° 24951-2013-0-1801-JR-LA-09. Sentencia del 15.07.2015, expedida por la Cuarta Sala Laboral de Lima, siendo ponente el Dr. Omar Toledo, en la medida que los trabajadores del Banco de la Nación no se encuentran comprendidos en la función pública, al laborar para una empresa del Estado, sino que les resulta aplicable el régimen laboral del sector privado.

Expediente N° 27013-2013-0-1801-JR-LA-03. Sentencia del 17.07.2015, expedida por la Cuarta Sala Laboral de Lima, (Tribunal Unipersonal Dr. Omar Toledo Toribio), mediante la cual desarrolló la inaplicación de un precedente vinculante a través de la figura del "*distinguishing*".

---

[25] Ver conferencia: "El precedente Huatuco y el Distinguishing" organizada por el Centro de Estudios en Derecho del Trabajo de la USMP – CEDT del 11.09.2015: http://www.derecho.usmp.edu.pe/conferencias/conferencias2015.php

Sentencia de fecha 24.07.2015, expedida por el Juzgado Mixto Permanente de la Corte Superior de Justicia de la Libertad —Módulo Básico de Justicia de la Esperanza— Dr. Felix Enrique Ramirez Sanchez, mediante la cual desarrolló la aplicación de la técnica del precedente vinculante y el "distinguishing".

Casación N° 12475-2014-Moquegua, de fecha 17 de diciembre del 2015, de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República; mediante el cual se fijaron 6 casos en los que no se debe aplicar el referido precedente.

En virtud a los pronunciamientos de la judicatura ordinaria es que, el TC, recientemente, mediante sentencia de fecha 23.06.2016, recaída en el expediente N° 06681-2013-PT/TC, ha considerado conveniente explicitar cuáles son los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el "Precedente Huatuco", permiten su aplicación[26]: (a) El caso debe referirse a la desnaturalización de un contrato, que puede tratarse de uno temporal (a.1) o de naturaleza civil (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente; y b) Debe pedirse la reposición en una plaza que forma parte de la carrera administrativa (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un concurso público de méritos (b.2), y que además se encentre vacante (b.3) y presupuestada (b.4):

### 2.2. Control de convencionalidad

Se reconoce al expresidente de la Corte, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el "Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala", quien en el seno de la corte acuñó por primera vez la expresión "control de convencionalidad", si bien no llegó a darle el alcance que luego tuvo. Con mayor grado de detalle y por medio de un voto concurrente razonado en el "Caso Tibi vs Ecuador", Sergio Ramirez —luego de comparar la labor de la Corte con la que despliegan los tribunales constitucionales— señaló que aquella analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los ratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la "Convencionalidad" de tales actos, pretendiendo "conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en el ejercicio de su soberanía". Según Sergio García Ramírez, el control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre los

[26] En entrevista realizada al Juez Supremo Omar Toledo, en el diario Oficial El Peruano de fecha 26 de julio del presente, manifestó que: "*(....) viene a ser en cierta forma, una reivindicación de los pronunciamientos de la justicia ordinaria que con sus planteamientos y su análisis conceptual, doctrinario, con base en los principios del Derecho del Trabajo, ha permitido que el TC se rectifique sanamente en este caso*".

actos domésticos y las disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas —bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos— y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que corresponda. Y en "Almonacid Arellano y otros vs Chile" (Septiembre de 2006) adquirió no solo la consagración, sino su pleno reconocimiento por parte de la Corte, y como consecuencia de ello, la obligatoriedad de los Estados y sus funcionarios de aplicarla[27] *(El subrayado es nuestro)*.

Es así que, en el caso "Almonacid Arellano y ortos vs Chile" fundamento 124 de la Sentencia: Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 26 de septiembre del 2006), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que: *"((...)..) La corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la convención Americana sobre derechos humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (...).((...)(...))".*

En virtud a ello, es conveniente recordar lo estipulado en la sentencia de fecha 04.09.2015, expedida por el Dr. Julio Heyner Canales Vidal, magistrado del Segundo Juzgado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 1331-2015-0-1801-JR-LA-02) en el proceso seguido por Weslie Bryan Britto Mejía contra el Congreso de la República, sobre incumplimiento de normas laborales; mediante la cual, el referido magistrado cuestionó el citado precedente Huatuco, y priorizando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo inaplicó al amparo del apartado d) del artículo 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificando que el contenido esencial del derecho fundamental a la protección adecuada contra el despido arbitrario (artículo 27° de la Constitución) garantiza sin distinción alguna, por razón del empleador público o privado, el derecho del trabajador afectado de acceder a su libre elección a una tutela resarcitoria o bien a una de corte restitutoria.

---

[27] GARCIA BELAUNDE, Domingo y José F. PALOMINO MANCHEGO. 2013. El control de convencionalidad en el Perú. Pensamiento Constitucional. Lima, número 18, pp. 224 y 225.

## 3. PLENOS JURISDICCIONALES

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 116º del TUO de la LOPJ (Decreto Supremo Nº 017-93-JUS)[28] desde el año 1997 a la fecha, en materia laboral, se vienen dictando diversos plenos jurisdiccionales con alcance Nacional, Regional y Distrital. Asimismo, Plenos Jurisdiccionales dictados únicamente por Jueces Supremos.

Al respecto, el CEPJ define a los Plenos Jurisdiccionales como: *"foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema. Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial. Del mismo modo, señala que —en rigor— son reuniones de Jueces Superiores de la misma especialidad, cuyo objeto es examinar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional especializada. En dichas reuniones se discuten las soluciones a determinados conflictos jurídicos, debatiendo sobre los distintos criterios de interpretación utilizados por diversos órganos jurisdiccionales ante casos similares, para luego realizar un acto de consenso denominado "Acuerdo", en sesión plenaria, y proceder a votar por el criterio más idóneo y con ello concordar la jurisprudencia. También señala que constituyen reuniones de Magistrados de la misma especialidad, de una, algunas o todas las Cortes Superiores de Justicia del país, orientadas a analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional; con la finalidad que mediante su debate y posteriores conclusiones se determine el criterio más apropiado para cada caso concreto. Finalmente, establece que: Al producto de dichas reuniones de Jueces Superiores, se le conoce como "Acuerdo Plenario" que supone el: "concierto de voluntades de los señores Magistrados sobre el sentido y aplicación de una o más normas materiales o adjetivas respecto a los temas sometidos a debate en el Pleno Jurisdiccional".*[29]

### 3.1. Plenos Jurisdiccionales Supremos

Con fecha 17 de julio del 2012, se publicó el Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral (PJSL). De una sola lectura del referido pleno supremo, se puede apreciar que la base legal utilizada recae en los artículos 22º y el art 112º del Decreto Legislativo Nº 757 *(la referencia correcta es el Decreto Legislativo 767—*

---

[28] Artículo 116º.- "Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial"

[29] Ver: "Plan Nacional de Plenos Jurisdiccionales Superiores 2011-2012" elaborado por el centro de investigaciones judiciales del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. También véase "Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales"

*Ley Orgánica del Poder Judicial y no el 757 que asumimos fue un error involuntario)* o artículo 116° de su Texto Único Ordenado aprobado mediante D. Supremo N° 017-93-JUS.

Lo novedoso en este pleno supremo laboral y los dictados en el año 2014, 2015 y 2016, es que solamente intervienen Jueces Supremos, en este caso pertenecientes a la Sala Constitucional y Social Permanente y Transitoria de la Corte Suprema[30]. Dichos temas pueden apreciarse en el siguiente cuadro:

**Cuadro Nº 01**[31]

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPREMOS EN MATERIA LABORAL | |
|---|---|
| I Pleno Jurisdiccional Supremo – 2012 | II Pleno Jurisdiccional Supremo – 2014 |
| 1. Procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y despido fraudulento en la vía ordinaria laboral y la tramitación del reclamo de remuneraciones devengadas en dichos supuestos.<br>2. Indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedades profesionales<br>3. Tratamiento de las horas extras en sector privado y en el sector público | 1. Tutela Procesal de los trabajadores del sector público<br>2. Desnaturalización de los contratos. Casos especiales: Contratos Administrativo de Servicios (CAS)<br>3. Tratamiento judicial del despido incausado y despido fraudulento: Aspectos procesales y sustantivos.<br>4. Remuneración computable para la Compensación por Tiempo de Servicios y Pensiones: Regímenes especiales.<br>5. Competencia de los juzgados de paz letrados, especializados y tribunal unipersonal.<br>6. Plazos para interponer recursos impugnatorios: Notificación y rebeldía<br>7. Incrementos a beneficiaros de pensión mínima.<br>8. Caducidad de aportaciones de acuerdo con la ley 8433. |

[30] En materia penal, a la fecha, se han dictado IX Plenos Jurisdiccionales Supremos de las salas penales permanente y transitorias (2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012 y 2015) y 02 Plenos supremos extraordinarios (2012 y 2016), utilizando también como base legal el artículo 116 y 22 de la LOPJ.

[31] (*) Fuente: Este cuadro y los que aparecerán en adelante son de elaboración propia.

| | |
|---|---|
| III Pleno Jurisdiccional Supremo – 2015<br>1. Criterio de aplicación del artículo 29° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, regulado por el D. Supremo N° 011-92-TR<br>2. Exoneración del agotamiento de la vía administrativa en los procesos contenciosos administrativos laborales.<br>3. Reconocimiento del derecho pensionario del causante, planteados por sus herederos y pago de las respectivas pensiones e intereses | IV Pleno Jurisdiccional Supremo – 2016<br>1. Actuación de los medios probatorios documentales ofrecidos por el demandado<br>2. Prórroga automática del Contrato CAS<br>3. Prescripción de los devengados previsionales. |

### 3.2. Plenos Jurisdiccionales con alcance Nacional en materia laboral

Existen 10 Plenos Jurisdiccionales Nacionales en materia laboral, (1997, 1998, 2000, 2005, 2006, 2008, 2012, 2013, 2014 y 2015.

**Cuadro Nº 02**

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES NACIONALES EN MATERIA LABORAL | |
|---|---|
| 1997 —Lima<br>1. Competencia.<br>2. Actualización de deuda.<br>3. Prescripción<br>4. Negociación colectiva peyorativa (in peius)<br>5. Convenio colectivo y discriminación,<br>6. Aplicación supletoria del código procesal civil a los procedimientos regulados en la Ley Nº 26636 – Ley Procesal del Trabajo.<br>7. Nulidad de Despido. | 1998 – Arequipa<br>1. Compensación por tiempo de servicios: Retención indebida. Monto de la indemnización.<br>2. Cooperativas de trabajadores: Agotamiento de vía previa.<br>3. Inicio del cómputo del plazo de caducidad en caso de hostilización.<br>4. Representación de los trabajadores en los procesos laborales.<br>5. Forma de pago de beneficios sociales.<br>Recomendación Nº 01: Compensación por tiempo de servicios: Interpretación de la sexta disposición del Decreto Legislativo Nº 650.<br>Recomendación Nº 02: competencia: Nulidad de cosa Juzgada Fraudulenta.<br>Recomendación Nº 03: Procedencia en el campo laboral de la reforma en peor integración de resoluciones judiciales. |

| | |
|---|---|
| 1999 – Trujillo<br>1. Caducidad.<br>2. Abandono.<br>3. Intereses por remuneración vacacional impaga.<br>4. Intereses respecto del pago del incremento de remuneraciones acordado por pacto colectivo o establecido por laudo arbitral.<br>5. Interrupción de la prescripción de las acciones laborales.<br>6. Compensación de deudas recíprocas entre la CTS y el monto de la reparación civil.<br>7. Compensación de deudas recíprocas entre la indemnización por despido arbitrario y la indemnización por daños y perjuicios mandadas pagar al trabajador.<br>8. Incompetencia de los juzgados de trabajo para determinar monto de las retenciones de tributos a cargo del empleador. | 2000 – Tarapoto<br>1. Locación de servicios y contrato de trabajo.<br>2. Competencia. Demanda por daños y perjuicios.<br>3. Docentes de universidades privadas, agotamiento de la vía administrativa.<br>4. Monto máximo de indemnización por despido arbitrario. |
| **2005 – Moquegua** (pendiente de publicar)<br>1. Medidas cautelares en el proceso laboral<br>2. Normas que se aplican para el pago de remuneraciones a trabajadores de construcción civil en entidades públicas no habituales en construcción | **2006 – Arequipa** (pendiente de publicar)<br>1. Régimen Laboral de construcción civil y su aplicación a los obreros municipales.<br>2. Criterios para la aplicación de la convención colectiva de trabajo.<br>3. El plazo de caducidad de la acción de nulidad de despido y causas para la reposición en vía ordinaria por reconducción de procesos constitucional.<br>4. La acumulación de pretensiones de nulidad de despido e indemnización por despido arbitrario.<br>5. Contratación de servicios en las empresas en estado de disolución y liquidación.<br>6. La prueba de oficio en los procesos ejecutivos, por acta de conciliación administrativa.<br>7. Competencia de los juzgados especializados laborales respecto de la ejecución de resoluciones administrativas firme. |

| | |
|---|---|
| 2008 – Lima<br>1. La indemnización por daños y perjuicios en materia laboral.<br>2. Responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales.<br>3. Proceso de ejecución de resolución administrativa.<br>4. Medidas cautelares en el proceso laboral. | 2012 – Lima<br>1. Vía procedimental y revisión del contenido de resoluciones administrativas firmes<br>Sub tema: Juez puede revisar el derecho económico reconocido en el título de ejecución.<br>2. Contestación de la demanda y la rebeldía automática en la Nueva Ley Procesal del Trabajo<br>3. Plazo prescriptorio o de caducidad para interponer la demanda de reposición por despido incausado y fraudulento, como pretensión principal única en el proceso abreviado laboral de la NLPT.<br>4. El crédito laboral frente al tercero adquiriente. |
| 2013 – Lima (13 y 14 de septiembre)<br>1.El petitorio implícito en los Procesos Abreviados Laborales<br>2. Oralización de Documentos en el Proceso Laboral<br>3. Reformulación de la pretensión en la Audiencia de Juzgamiento. | 2014 – Tacna (25 de octubre)<br>1.Excepciones<br>2. Calificación jurídica de los hechos expuestos en la demanda<br>3.La rebeldía como causa inmediata del juzgamiento anticipado<br>4. Bonificación por preparación de clases y el docente cesante del D.L 20530<br>Sub Tema 1: Docente cesado antes de la vigencia de la norma<br>Sub Tema 2: Docente cesado después de la vigencia de la norma |
| 2015 – Lima (18 y 19 de septiembre)<br>1.El pago de remuneraciones devengadas de un trabajador repuesto por causal diferente a la nulidad de despido normado en el artículo 29° del TUO de La Ley de Productividad y Competitividad Laboral – D-S N° 003-97-TR<br>2. Inicio del cómputo para el plazo de prescripción en el caso de las demandas por indemnización por daños y perjuicios interpuestas por los trabajadores comprendidos en las listas de cesados irregularmente conforme a la Ley N° 27803.<br>3. La vinculación económica y la responsabilidad solidaria. | |

### 3.3. Plenos Jurisdiccionales Laborales con alcance Regional

Sobre la base del citado artículo 116º del TUO de la LOPJ, en nuestro país existen tres plenos jurisdiccionales con alcance regional, en materia laboral, dictados en el año 2008, 2009 y 2010. Para la definición de los distritos judiciales participantes por Pleno Regional se considera su agrupación en macroregiones, teniendo en cuenta la problemática judicial de las regiones involucradas y su proximidad territorial.

Cuadro Nº 03

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES REGIONALES EN MATERIA LABORAL | |
|---|---|
| 2008 – Huancayo (23 y 24 de marzo) | 2009 – Chiclayo – (05 y 06 de junio) |
| 1. Derechos del trabajador frente al despido laboral arbitrario<br>2.La cosa juzgada en la ejecución de sentencia.<br>3. Cálculo de intereses sobre deudas laborales actualizadas.<br>4. Plazo prescriptorio en materia laboral | 1. Criterios de cuantificación de los daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional o accidentes de trabajo.<br>2. Jornada extraordinaria de trabajo de choferes.<br>3. Transacción Judicial<br>4. Pago de beneficios sociales frente a la Ley 29299, Ley de ampliación de la protección patrimonial y transferencia de participación accionaria del estado a las empresas agrarias azucareras.<br>5. El despido fraudulento que requiere prueba. |
| **2010 – Lima (20 de julio)** | |
| 1. Competencia de los juzgados laborales respecto a la reposición de los trabajadores que se encuentran comprendidos en los alcances del artículo 11 de la Ley 27803 y el procedimiento de ejecución de ejecución del beneficio contemplado en dicha norma<br>2. Indemnización de daños y perjuicios de los trabajadores que se encuentran comprendidos en los alcances de la Ley 27803.<br>3. Computo del plazo de la prescripción bajo los alcances del Decreto de Urgencia Nº 025-2008. | |

### 3.4. Plenos Jurisdiccionales Laborales con alcance Distrital

En términos del CEPJ, "*Los plenos jurisdiccionales distritales se celebran con el objetivo de promover la labor integradora y predictibilidad de las resoluciones en materias que correspondan a la particularidad de cada distrito judicial del país, a fin de que se concuerden criterios y así fortalecer la seguridad jurídica y con ello mejorar la impartición de justicia.*" Es así, que utilizando el referido artículo 116º, en la actualidad contamos con 09 PJDL (2007), 05 PJDL (2008), 08 PJDL (2009), 01 PJDL (2010), 07 (2011), 03 (2012), 05 (2013), 04 (2014), y 04 (2015); conforme apreciamos a continuación:

Cuadro Nº04

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL – 2007 | |
|---|---|
| 2007 – Cajamarca (14 y 15 de junio)<br>14. La imposibilidad de imponer una multa a la parte demandante en los procesos laborales si ha actuado de manera maliciosa o de mala fe. | 2007 – Lima Norte (13 y 19 de junio)<br>1. Si la pretensión por indemnización por daños y perjuicios es excluyente de la pretensión de pago de remuneraciones devengadas, en los casos de trabajadores por acción de amparo.<br>2. Si los contratos de exportación no tradicional, a plazo fijo sujeto a renovación sucesiva; pueden considerarse un contrato de trabajo a plazo indeterminado. |
| 2007 – Piura (27 de junio)<br>1. Caducidad de las pretensiones en los procesos remitidos por el tribunal constitucional a los juzgados especializados de trabajo.<br>2. Régimen laboral aplicable a los policías municipales<br>3. Remuneraciones devengadas. | 2007 – Loreto (07 de julio)<br>8. Medidas cautelares con sentencia favorable en un proceso laboral<br>9. Ejecución de sentencias contra el estado en materia laboral<br>10. Se produce la caducidad en los procesos derivados del Tribunal constitucional para la adecuación al proceso ordinario laboral |
| **2007 – Moquegua (16 y 17 de julio)**<br>2. Pago por concepto de movilidad en construcción civil.<br>3. Procedencia de las medidas cautelares en procesos contencioso administrativos.<br>4. como aplicar el precedente vinculante respecto de la ley 23908, sobre pensiones. | **2007 – La Libertad (02 y 09 de agosto)**<br>1. Régimen laboral aplicable a trabajadores de las reparticiones públicas cuyos contratos de locación de servicios no personales se encuentran desnaturalizados<br>2. Jornada acumulativa de trabajo<br>3. Medidas cautelares en el proceso laboral |
| **2007 – Junín (30 de noviembre y 03 de diciembre)**<br>1. Las empresas estatales deben seguir o no el procedimiento de pago que establece el artículo 42 de la Ley 27584 para el cumplimiento de obligaciones laborales.<br>2. Renta de quinta categoría | 2007 – Ica (03 y 10 de diciembre)<br>14. Prescripción del a acción sobre derechos laborales.<br>15. Caducidad de los derechos laborales.<br>16. Procedimiento para actualizar créditos laborales<br>17. Reducción de tiempo y costo en los procesos laborales. |

| 2007 – Arequipa (07 de diciembre) |
|---|
| 1. Construcción civil y la responsabilidad solidaria en obras de entidades públicas. |
| 2. Aplicación del artículo 42 del proceso contencioso administrativo al proceso laboral |
| 3. Presupuestos para reintegro de remuneraciones por homologación |
| 4. Tercería y su trámite |
| 5. Cobro de las remuneraciones devengadas como consecuencia de la reposición laboral ordenada en proceso constitucional. |

Cuadro Nº 05

| **PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL – 2008** | |
|---|---|
| **2008 – Ica (25 de agosto)** (pendiente de publicar)<br>1. Procesos de ejecución de sentencia.<br>2. Inicio de cómputo de intereses legales en actualización de la deuda.<br>3. ¿Cómo acredita el peligro en la demora el trabajador, para efectos de solicitar una medida cautelar dentro del proceso?<br>4. ¿Resultan los juzgados de paz y los juzgados laborales competentes para conocer de estas pretensiones?<br>5. ¿Resulta procedente archivar el proceso laboral ante la inconcurrencia reiterada del trabajador a la audiencia única, cuando tampoco concurre la parte emplazada? | 2008 – Arequipa (25 y 26 de septiembre)<br>1. Si en el cómputo del plazo de prescripción de las acciones por derechos derivados de la relación laboral debe aplicarse el artículo 58 del decreto Supremo Nº 001-96-TR, excluyendo los días de suspensión del despacho judicial conforme al artículo 247 de la Ley Orgánica del Poder judicial, así como aquellas otras situaciones que por caso fortuito o fuerza mayor, impiden su funcionamiento.<br>2. La aplicación del principio de continuidad en la contratación sujeta a modalidad.<br>3. El refrigerio como remuneración computable en la CTS.<br>4. La condena de costos y costas en las empresas del estado.<br>5. La prescripción en el caso de los ceses reconocidos por la Ley 27803. |
| **2008 – Lima Norte (30 de octubre)**<br>1. Aplicación del principio de la realidad en las Pymes.<br>2. Competencia de los juzgados laborales o los que hagan sus veces en los casos de reclamaciones de trabajadores de confianza quienes previamente siguieron acciones de garantía.<br>3. De los derechos generales o inespecíficos del trabajador. Vía procedimental. | 2008 – Tarapoto (28 de junio)<br>1. Órgano jurisdiccional competente para el proceso de las resoluciones administrativas firmes.<br>2. La posibilidad que en la Vía Contenciosa Administrativa pueda impugnarse las resoluciones vinculadas al derecho de los trabajadores del régimen de la actividad privada.<br>3. El plazo máximo de los contratos laborales modales para obra y servicio específico. |

| | |
|---|---|
| 2008 – Cañete (01 y 02 de diciembre)<br>1. El precedente vinculante<br>4. Cuestionamiento de los peritajes laborales. | |

Cuadro Nº 06

| **PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL— 2009** | |
|---|---|
| **2009 – Ica (24 de abril)**<br>1. Apelación de resoluciones dictadas en audiencia única, por la parte que no asistió a dicha diligencia.<br>2. Inicio del computo del plazo prescriptorio en materia laboral. | 2009 – La Libertad (25 de mayo)<br>1. Indemnización por daños y perjuicios derivados de enfermedad profesional y accidente de trabajo. Criterios para su cuantificación.<br>2. Supuestos de excepción y exclusión de la jornada de trabajo contenidos en el artículo 5 de la Ley de jornada de trabajo y sobretiempos, específicamente en lo que respecta a choferes y agentes de vigilancia<br>3. Despido fraudulento que requiere prueba: Competencia, prueba y efectos.<br>4. La naturaleza (indeterminada o no) de los contratos de trabajo de docentes de las universidades privadas, a la luz del artículo 54 de la ley 23733.<br>5. Las pruebas indirectas: su valoración e importancia en el proceso laboral, en lo atinente, específicamente a la probanza de trabajo en jornada extraordinaria. |
| 2009 – Tumbes (10 de junio)<br>3. Si se plantea acción de reposición por despido fraudulento o incausado, en la vía ordinaria laboral, puede el juez laboral ordenar dicha reposición.<br>4. Los obreros municipales, que representados por su gremio sindical, suscribieron convenio colectivo en el que se pactó que el monto de la gratificación por fiestas patrias más navidad y año nuevo, debía ser el que fije anualmente el gobierno central, tienen derecho a que se le otorgue una gratificación igual al monto de su remuneración, conforme al artículo 2º de la Ley 27735 y su reglamento | **2009 – (Moquegua (07 de julio)**<br>(pendiente de publicar)<br>1. Establecer si dentro de la vía de cumplimiento (inciso 4 del artículo 5 del TUO de la Ley del proceso contencioso administrativo 27584), y dentro de un proceso contencioso administrativo, es procedente debatir el pago de la bonificación prevista en D.U 037-94, en reemplazo de la bonificación establecida en el D.S 019-94-PCM, cuando no exista acto administrativo firme que así lo disponga. |

| | |
|---|---|
| 2009 – Arequipa (05 de agosto)<br>1. Cómputo del plazo de prescripción tratándose de derechos reconocidos en acto posterior al cese del trabajador.<br>2. Adhesión al recurso de apelación en materia laboral<br>3. La queja por denegatoria al recurso de apelación por adhesión<br>4. Determinación del empleador respecto al caso de vigilantes de urbanizaciones u organizaciones vecinales. | **2009 – Callao (29 de septiembre)**<br>1. Como debería interpretarse en la Ley 26513 para efectos del cómputo del plazo prescriptorio: desde el incumplimiento o desde la conclusión del vínculo laboral.<br>2. Conforme a los fundamentos 25 y 26 de la STC en la causa Nº 016-2001-AI/TC —004-2002-AI/TC, acumulados, a determinación del carácter de los bienes del estado, se efectúa, antes o después de trabado el embargo |
| **2009 – Lima (14 y 15 de diciembre)**<br>(pendiente de publicar)<br>1. La Jurisprudencia Constitucional en temas remunerativos del Poder Judicial y sus efectos. Ejecutabilidad de las resoluciones administrativas del Poder Judicial.<br>2. La prescripción de las deudas laborales – caso especial (las acreencias exigibles de la caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador)<br>3. Nuevo régimen de los actos administrativos en la Ley N° 27444.<br>4. Indemnización por daños y perjuicios (Responsabilidad Civil por infortunios laborales, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales). | 2009 – Huancavelica (18 de diciembre)<br>1. Un funcionario público, es designado por concurso público para el periodo de dos años sujeto a evaluación semestral. ¿Puede dejarse sin efecto o cesar en el cargo antes de los periodos señalados en atención a los fines del servicio o por inconducta funcional?. ¿se vulnera su estabilidad laboral?.<br>2. Un servidor contratado para desempeñar labores administrativas de naturaleza permanente y subordinada, repuesto mediante proceso de amparo. ¿Puede ser incorporado automáticamente en la planilla de trabajadores permanentes (nombrados) del sector público respectivo?.<br>3. ¿Constituye un despido arbitrario la suspensión temporal del contrato de trabajo?<br>4. La remuneración y su vinculación con el descanso vacacional: ¿Cómo debe calcularse la remuneración? |

Cuadro Nº 07

| **PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL – 2010** |
|---|
| **2010 – Puno (07 de octubre)** (pendiente de publicar)<br>1. ¿Cómo se tramita la ejecución de sentencia laboral?<br>2. ¿Cómo se ejecuta la sentencia que ordena la nulidad de despido y la reposición de un trabajador en su centro laboral?<br>3. ¿Es posible ordenar el pago de remuneraciones, compensación por tiempo de servicios e intereses, cuando no fue demandado? |

Cuadro Nº 08

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL – 2011 | |
|---|---|
| 2011 – Chimbote (26 de julio)<br>Tema 2: En el caso de los trabajadores obreros de las municipalidades deberá observar la secuencia de las normas que regularon el régimen laboral de los trabajadores obreros de las municipalidad para determinar el régimen al cual perteneció, y así los beneficios sociales que correspondan al régimen laboral de la actividad privada deberán ser establecidos en el respectivo proceso ordinario laboral y los beneficios que correspondan al régi<br>men laboral público, deberán ser establecidos en el proceso contencioso administrativo. | 2011 – Trujillo (15 y 16 de septiembre)<br>1. La procedencia de las pretensiones en la vía del proceso urgente del proceso contencioso administrativo y la aplicación del artículo 20 de la ley 29497.<br>2. La legitimidad para obrar cuando la demandada es la administración pública.<br>3. La cosa decidida en las reclamaciones contencioso administrativas. |
| **2011 – Cañete (16 de noviembre)**<br>1. La aplicación y alcances de la ratio decidendi de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre constitucionalidad del contrato administrativo de servicios (CAS).<br>Sub temas:<br>a) Rechazo liminar de las demandas de los trabajadores Cas, atendiendo que el CAS tiene reconocida su constitucionalidad en una sentencia de inconstitucionalidad expedida por el Tribunal Constitucional<br>b) Si es posible establecerse la desnaturalización de los contratos que vinieron laborando como 728 y luego pasaron a ser CAS. | **2011 – Huancavelica (24 de noviembre)**<br>1. Otorgamiento de la bonificación diferencial para servidores públicos ¿Procede a los trabajadores del Estado sujetos al régimen laboral privado (Decreto Legislativo N° 728)? |

| | |
|---|---|
| 2011 – Lima Norte (29 de noviembre)<br>1. La prescripción laboral en los contratos de exportación no tradicional | 2011 – Callao (07 de diciembre)<br>1.La Nulidad de la entrega de la reserva indemnizatoria<br>2. Las medidas cautelares de la ley 27803 |
| 2011 – Cerro de Pasco (21 de diciembre)<br>1.Indemnización por daños y perjuicios<br>2. Plazo de prescripción<br>3. Carga de prueba | |

Cuadro Nº 09

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL— 2012 | |
|---|---|
| 2012 – Arequipa (13 y 20 de julio)<br>1.Los contratos de trabajo bajo el régimen laboral de la ley de exportación no tradicional ley 22342<br>2. La contestación de la demanda y la rebeldía automática en la NLPT<br>3. El contrato de trabajo bajo el régimen de construcción civil en las municipalidades<br>4. La aplicación de los intereses en materia laboral pública | 2012 – Chimbote (20 de noviembre)<br>1. En caso de inconcurrencia de la demandada a la audiencia de juzgamiento ¿Puede admitirse las pruebas ofrecidas en su escrito de contestación a la demanda? |
| 2012 – Lima (20 de diciembre)<br>1. Naturaleza del incremento del artículo 5 de la Ley 26504<br>2. Cálculo de la bonificación especial por preparación de clases de evaluación | |

Cuadro Nº 10

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL— 2013 | |
|---|---|
| 2013 – Callao (04 de septiembre)<br>1. Actuación de Medios Probatorios en segunda instancia<br>2. Plazo de prescripción en las demandas de indemnización por daños y perjuicios derivada de los ceses colectivos calificados como irregulares conforme en la ley 27803 | 2013 – Arequipa (27 de septiembre y 04 de octubre)<br>1. La oposición en las medidas cautelares como requisito para interponer apelación<br>2. Las retenciones o descuentos por concepto de impuesto a la renta y aportes previsionales sobre los beneficios sociales ordenados a pagar mediante sentencias judiciales.<br>3. El cobro de derechos pensionarios y laborales y su transmisión por herencia |

| | |
|---|---|
| 2013 – Chimbote (19 de noviembre)<br>1. ¿Debe fijarse con la sentencia que ampara los derechos reclamados, el monto de los costos del proceso o debe reservarse tal facultad para la ejecución de la sentencia? | 2013 – La Libertad (25 de noviembre)<br>1. La tasa de intereses legal efectiva o capitalizable en los adeudos previsionales y el anatocismo<br>2. La suficiencia de la presunción legal derivada de la conducta del demandado en el reconocimiento del pago de horas extras<br>3. La competencia de los jueces de paz letrado laboral en las pretensiones expresas de desnaturalización de la contratación y otras figuras ajenas solo a la obligación de dar |
| 2013 – Huancavelica (20 de diciembre)<br>1. La desnaturalización de los contratos de trabajadores del poder judicial ¿A plazo determinado o indeterminado? | |

Cuadro Nº 11

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL – 2014 | |
|---|---|
| 2014 – Piura (26 de marzo)<br>1. Retenciones de quinta categoría sobre montos ordenados pagar en sentencia<br>2. Aplicación de los plazos de prescripción en materia laboral<br>3. Carga probatoria del tertium comparationis para homologación de remuneraciones. | 2014 – Lima Norte (04 de junio)<br>1. En proceso abreviado laboral: ¿Si el demandado acude tarde a la audiencia única puede o no participar en ella?<br>2. De conformidad con el literal a) del artículo 2 de la NLPT, es competencia de los juzgados especializados de trabajo, vía proceso ordinario laboral, la pretensión relacionada por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.<br>En ese orden, en los casos de demanda de indemnización por daños y perjuicios que presentan los trabajadores reincorporados por acción de amparo, ¿Qué criterios de debn tener en cuenta para determinar el lucro cesante? |
| 2014 – Arequipa (20 y 27 de junio)<br>1. Bonificación por preparación de clases y el docente cesante del D. Ley 20530<br>Sub tema Uno: Docente cesado antes de la vigencia de la norma<br>Sub tema Dos: Docente cesado después de la vigencia de la norma<br>Sub tema Tres: Virtualidad | 2014 – Del Santa (19 de julio)<br>1. La remuneración del trabajador pesquero y la aplicación del D.S N° 009-76-TR<br>2. La renunciabilidad o irrenunciabilidad de derechos. |

Cuadro Nº 12

| PLENOS JURISDICCIONALES SUPERIORES DISTRITALES EN MATERIA LABORAL – 2015 | |
|---|---|
| 2015 – Lima Norte (26 de junio)<br>1. La prueba de oficio en el juzgamiento anticipado<br>2. Inicio de la prescripción en la relación laboral discontinuada (No se trata de casos de contratación de exportación no tradicional) | 2015 – Piura (26 de junio)<br>1. Reintegro de bono jurisdiccional<br>2. Alcances de la Potestad Jurisdiccional en materia de sanciones administrativa |
| **2015 – Arequipa (10 de septiembre)**<br>1. La vinculación económica y responsabilidad solidaria en ejecución de sentencia | **2015 —Huancavelica (18 de diciembre)**<br>1. Determinar la validez procesal del cómputo del plazo legal, en el proceso que ha sido notificado en otro lugar al de la sede judicial, principal; si es de la fecha de la constancia de recepción del sobre enviado por el consignatario que emite el servicio postal, o de la fecha de ingreso del escrito por mesa de partes de la corte superior.<br>2. Es de aplicación la Ley N° 24041, a los trabajadores que prestan servicios en el Estado (Gobierno Regional y Locales) por más de un año interrumpido mediante contrato de Servicios No Personales, o de locación de Servicios, a quienes se pagan mediante orden de servicios, comprobantes de pago, previo informe de conformidad y prestación de recibos por honorarios. |

## 4. CONCLUSIONES

Conforme lo dispone el artículo IV del TP de la NLPT, nuestros jueces laborales, deben resolver los distintos conflictos bajo su competencia, teniendo en consideración las reglas dictadas por el TC en calidad de precedente vinculante, como son el caso sobre jornadas atípicas, caso Baylón, caso Elgo Ríos, caso Huatuco, entre otros; de resultarles aplicables.

Respecto a precedentes dictados por el PJ, en su calidad también de órgano productor de ésta fuente del derecho, se puede hacer notar que desde la entrada en vigencia de la NLPT, a la fecha, nuestros jueces supremos no se han decidido a utilizar los alcances del artículo 40° de dicha ley, desconociéndose las razones de su no utilización. Ante ello, lo que nuestros Jueces Supremos sí han utilizado, son las facultades otorgadas en el artículo 116º y 22º del TUO de la LOPJ, expidiendo cuatro PJSL (2012, 2014, 2015 y 2016) constituyéndose éstos en los antecedentes más próximos a los alcances del referido artículo 40. A ello cabe precisar, que de conformidad con lo establecido, únicamente por el artículo 116 de la LOPJ (ya

no por el 22, porque no son dictados por jueces supremos) el Poder Judicial ha producido masivamente plenos jurisdiccionales en materia laboral (con alcance nacional, regional y distrital) desde el año 1997 conforme hemos descrito en los cuadros precedentes. Es así, que en atención a la gran cantidad de plenos jurisdiccionales en materia laboral, hemos transcrito los temas de todos ellos (desde el año 1997 al 2016) a fin de que conforme al interés de cada uno de los lectores puedan guiarse de los mismos y ubicarlos en su integridad, acudiendo al portal web del Poder Judicial, pudiendo apreciar de esta forma cada una de las ponencias y posiciones a favor o en contra que fueron desarrolladas por los diversos grupos de trabajo para llegar a un acuerdo plenario.

Los fines de la expedición de plenos jurisdiccionales, es la unificación de criterios concordando jurisprudencia de su especialidad, contribuyendo además a brindar una alternativa de solución a los distintos casos que resultan contradictorios en nuestra judicatura. Así también, resultaría eficaz que la *ratio decidendi* de los mismos, pueda ser recepcionada en una ley, siendo conveniente promover e incentivar a nuestros máximos órganos jurisdiccionales para que hagan uso de sus facultades exhortativas y puedan remitir al Congreso sus principales acuerdos a efectos de que, posteriormente éstos se conviertan en leyes.[32] Sin perjuicio del uso de tal facultad exhortativa, la NLPT hizo suyos diversos acuerdos plenarios en materia laboral, siendo un claro ejemplo de cómo los alcances de un pleno jurisdiccional se fortalecen al plasmarse en una ley.

La importancia de dictar entonces un precedente por parte del PJ, radica en la seguridad y predictibilidad, que éstos brindan gracias a su obligatoriedad, al igual que los dictados por el TC, teniendo en cuenta además, que su apartamiento es considerado causal de casación.

En el caso de los PJSL, para algunos, conforme la finalidad de los mismos (unificación de jurisprudencia y la permisión de su apartamiento motivado) éstos resultan referenciales y sería factible no seguirlos sin recurrir a la utilización de

[32] Sobre facultades exhortativas, se puede apreciar el Pleno Jurisdiccional distrital en materia laboral, de Loreto del 07 de julio del 2007, mediante el cual se concluyó por unanimidad que por intermedio del Presidente de la Corte Suprema, en uso de su prerrogativa de iniciativa legislativa, que la constitución le confiere, presente un proyecto de ley para que se adicione el artículo 42º de la Ley del proceso contencioso administrativo. Asimismo, se puede observar lo señalado por el TC en el expediente Nº 00002-2010-PI/TC, mediante la cual se dispuso que el MTPE dicte la reglamentación necesaria que permita a los trabajadores CAS el ejercicio de sus derechos colectivos; y la reglamentación necesaria para que fije los límites para la contratación de personal bajo esta modalidad. Otro caso del TC es el recaído en el expediente N° 003-2013-PI/TC, 004-2013-PI/TC, y 0023-2013-PI/TC, mediante el cual se exhortó al Congreso de la República para que regule la negociación colectiva a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017. Finalmente, la STC recaída en los expedientes acumulados 00025-2013-PI/TC, 0003-2014-PI/TC, 0008-2014—PI/TC, y 0017-2014-PI/TC, mediante el cual se reiteró la exhortación al Congreso de la República para que regule la negociación colectiva a partir de la primera legislatura ordinaria del periodo 2016-2017.

técnicas como el "distinguishing" o control de convencionalidad, pues bastaría que solo se motive adecuadamente las razones por las que lo desestiman. Para otros, los PJSL, son obligatorios conforme a los alcances del artículo 22° del TUO de la LOPJ, al manifestar que constituye "precedente de obligatorio cumplimiento" y al igual que los precedentes del TC o los que pueda dictar el PJ, sería posible su apartamiento también.

Al parecer, para la Sala de Derecho Constitucional y Social, no existiría la necesidad de dictarse un precedente vinculante, pues sería suficiente el dictado de PJSL, que vienen siendo aplicados sin conocerse casos de apartamiento. De ocurrir ello, ¿sería posible interponer un recurso de casación por apartamiento de un PJSL?

Respecto a los plenos jurisdiccionales con alcance nacional, regional o distrital (no supremos) la casuística nos permite concluir que el camino más fácil es seguir sus acuerdos, incluso el mismo TC, en alguna oportunidad, al motivar su sentencia, ha hecho referencia a uno de ellos[33]. No obstante ello, es conocido también que no son pocos los magistrados que hacen caso omiso a tales acuerdos (por ejemplo, plenos jurisdiccionales nacionales laborales) por no coincidir con el contenido de los mismos generándose así criterios cambiantes, respaldados por saber que no son vinculantes, con lo cual es difícil se logre la tan ansiada predictibilidad, permitiéndonos recordar, en forma similar, que *"La Jurisprudencia es un medio excelente de integración del Derecho, pero cuando es sabia y honesta. Una jurisprudencia cambiante, falta de principios o poco honesta, perjudica la evolución jurídica, y no favorece a ninguna clase social; pues lo que hoy le concede es capricho y puede desaparecer al día siguiente.[34]"*

Finalmente, dejamos claro que no alentamos la producción masiva de precedentes vinculantes del TC o del PJ, ni de plenos jurisdiccionales (supremos), pues entendemos que ésta debe ser eventual y en casos que lo justifiquen, más aún en un País donde los alcances del precedente se cuestionan por tener su origen en un sistema jurídico distinto al nuestro, pero que al igual que los plenos jurisdiccionales Nacionales, Regionales o distritales constituyen fuentes de derecho del trabajo utilizadas por nuestros magistrados.

---

[33] STC de fecha 10 de octubre del 2008 recaída en el expediente Nº 05878-2007-PA/TC, fundamentó su resolución utilizando el acuerdo plenario Nº 01-99 del pleno jurisdiccional del año 1999 (Trujillo – del 11 al 14 de agosto), respecto a la interpretación del plazo de caducidad para interponer una demanda de indemnización por despido arbitrario

[34] OMEBA. 1991. *Enciclopedia Jurídica*. Tomo VII, Buenos Aires: Driskill, p. 661

# Interpretando la presunción de laboralidad relativa y la irrenunciabilidad de derechos

**Willy Monzón Zevallos**

Abogado Laboralista Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya.
Contacto: wmonzon@munizlaw.com

***SUMARIO***

*I. Introduccion. II. Necesidad de demostrar subordinación jurídica para acreditar vínculo laboral. III. Presuncion de laboralidad en la ley n° 29497 (nlpt). IV. Conciliacion como alternativa para solucionar controversias. V. Irrenunciabilidad de derehos laborales. VI. Disposición de derechos inciertos en conciliacion judicial. VII. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo intento explicar que la presunción de laboralidad reconocida en el artículo 23.2 de la Ley N° 29497 (NLPT), no determina necesariamente que el prestador (presunto trabajador dependiente) además de ser considerado trabajador con vínculo a tiempo indeterminado, automáticamente tenga derecho a percibir todos los beneficios laborales que se generan a partir de un contrato de trabajo, ya que algunos derechos además de la existencia de vínculo laboral requieren el cumplimiento de requisitos adicionales; por tal motivo, durante la conciliación judicial, el Juez debe aplicar de manera flexible el principio de irrenuciabilidad, permitiendo a las partes establecer acuerdos disponiendo de los derechos inciertos.

## II. NECESIDAD DE DEMOSTRAR SUBORDINACIÓN JURÍDICA PARA ACREDITAR VÍNCULO LABORAL

Como sabemos, es frecuente que muchas personas presten servicios independientes aparentemente no subordinados, incluso algunas aceptan vincularse a través de contratos civiles, pese a que en realidad sus servicios se prestan bajo dependencia; ésa situación irregular se puede originar en la necesidad de obtener una ocupación pagada, en el interés que tiene el prestador en recibir el íntegro de su retribución sin que se le apliquen descuentos e incluso por su desconocimiento de los derechos laborales; es a partir de las situaciones referidas que surgen reclamos respecto al reconocimiento de la verdadera naturaleza del vínculo que mantiene el prestador con quien lo contrató.

Los contratos de locación de servicios son civiles (nominados) y se distinguen, porque una persona (locador) sin estar subordinada se compromete a realizar una obligación de hacer, con el objeto de prestar un servicio material o intelectual a favor de su acreedor (locatario) una característica principal del vínculo jurídico que se origina en un contrato de locación, es la inexistencia de subordinación respecto la forma de ejecución de la prestación a cargo; es así que Cabanellas entre otros autores, citados por Jorge A. Beltrán Pacheco[1] indica que: *"El contrato de locación de servicios regula las prestaciones de servicios que se caracterizan por la autonomía del prestador del trabajo frente a la voluntad del acreedor".*

Teniendo en cuenta lo manifestado es evidente que a partir de un contrato de locación de servicios si bien existe una labor a favor de tercero, esa actividad no se considera como un trabajo objeto de protección del derecho laboral, justamente porque en aquellas relaciones contractuales no está presente el elemento subordinación; por lo que, los contratos de locación no tienen ninguna restricción además de las establecidas en la Constitución y la legislación respecto la disposi-

[1] BELTRAN PACHECO, Jorge A. *"Locación de Servicios"*. En: *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas*, Tomo IX, Gaceta Jurídica S.A, Marzo 2007, p. 165.

ción de derechos, siendo absolutamente posible, válido y legal que en esos actos jurídicos se pacten obligaciones sin ninguna reserva ni limitación, mucho menos observando mínimos en cuanto a la determinación del pago a favor del locador.

Otra característica del contrato de locación de servicios es la autonomía del prestador, dependiendo la ejecución de las obligaciones a su cargo de su exclusiva dirección y responsabilidad, incluso por disposición expresa del Código Civil, un locador puede valerse de terceros para cumplir sus obligaciones, obviamente asumiendo la responsabilidad así como los daños y perjuicios respecto el incumplimiento que esa delegación pudiese generar; otra característica del contrato de locación de servicios es su temporalidad, no es posible que estos contratos se celebren de manera permanente, nuestra legislación civil establece como plazo seis (06) años para servicios profesionales y tres (03) años para otros servicios.

Teniendo en cuenta las características del contrato de locación, no queda duda que cuando los servicios que se ejecutan en virtud a esos contratos no son autónomos, es decir, son dependientes y subordinados, en realidad nos encontramos ante un contrato de trabajo, es así que para determinar que la relación jurídica es laboral, resulta necesario analizar las diferentes manifestaciones de la dependencia laboral, desde en un triple sentido; el económico, el técnico y el jurídico[2]; sin embargo, esas manifestaciones no son unánimes, es así que respecto la manifestación económica, pese a la inferioridad en la que se encuentra el prestador, no resulta suficiente para configurar un contrato de trabajo.

Respecto la manifestación técnica se debe tener en cuenta que la misma podría estar presente en atención a las características de la labor objeto de prestación y la especialización del prestador; por tal motivo, a decir de Perugini[3] tampoco es definitiva para determinar la existencia de una relación de dependencia, ya que no define la existencia de una sujeción jurídico-personal propia de un contrato de trabajo; por tanto, el aspecto que define su existencia es la manifestación jurídica; por la cual, el prestador se somete al poder de dirección de un empleador, siendo esa la posición que asume nuestra normatividad laboral, para ello, basta revisar el artículo 9 del D.S. N° 003-97-TR (LPCL).

Al igual que Perugini, la misma posición también fue asumida por el derecho Comunitario Europeo, que a través del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea señalo: *"La característica esencial de la relación de trabajo es la circunstancia de que una persona lleva a cabo, durante cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, prestaciones a cambio de las cuales percibe una remuneración"*[4]. Por tanto, para que un contrato de locación de servicios se desnaturalice y se convierta en un contrato de trabajo, el prestador de servicios deberá acreditar que en la relación

---

2 GRISOLIA, Julio A. *Derecho del trabajo y de la seguridad social,* 6ª edición, LexisNexis-Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 84

3 PERUGINI, Alejandro H. *Relación de Dependencia,* 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Marzo 2010, p. 57

4 PERUGINI. Ibídem.

contractual existe una sujeción jurídico personal a favor de su contratante, es decir, que existe subordinación jurídica.

Por su parte, Ugarte Cataldo[5] refiere que en el origen de la legislación social —antecedente inmediato del Derecho del Trabajo— no aparece ni en las normas ni en los que hablan sobre ellas, algo que se llame subordinación jurídica, naciendo este concepto con el derecho del trabajo en la Segunda Revolución Industrial; por tanto, ese autor considera que no existe derecho del trabajo sin subordinación. Asimismo, el profesor Supiot[6], define como subordinado a quien se halla sometido a una orden, distinguiendo la orden como estructura de organización, que implica pertenencia y como mandato (expresión de voluntad que se impone a otro) que implica obediencia.

Adicionalmente, Ermida Uriarte y Hernández Alvarez[7] consideran que el concepto de subordinación como factor fundamental para delimitar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo, fue propuesto por Ludovico Barassi, definiendo la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directo y de control del empleador; sin perjuicio de ello, además de la subordinación, para que se configure un contrato de trabajo también son importantes, la ajenidad, la inserción del trabajador en la organización empresarial, la subordinación económica, la parasubordinación y la autonomía colectiva, siendo necesario precisar los alcances de la subordinación económica o funcional.

Como manifesté, la subordinación económica es un vínculo que por si solo no configura un contrato de trabajo, pero ante la imposibilidad de poder demostrar la subordinación jurídica en una relación contractual civil, es a partir de la existencia de subordinación económica que se pueden configurar indicios que sumados a otros aspectos, generen certeza de dependencia del prestador de servicios, pese a ello, nuestra legislación así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, consideran que únicamente se configura una relación laboral cuando se acredita que la prestación de servicios es personal y se encuentra sometida a órdenes del empleador en ejercicio de su poder de dirección.

En consecuencia, para que un contrato de locación se desnaturalice, necesariamente el prestador de servicios deberá acreditar con medios de prueba suficientes que en la relación contractual sus servicios se encuentran supeditados a una dependencia y subordinación jurídica, ya que de lo contrario no se configura contrato de trabajo; por lo que, no le corresponde al prestador de servicios el pago de derechos económicos que únicamente se originan en una relación laboral, a

---

5 UGARTE CATALDO, José Luís. *El nuevo derecho del trabajo*, 3ª edición, Abeledo-Perrrot Legal Publishing, Chile, 2011, p. 21.

6 SUPIOT, Alain. *Derecho del trabajo,* 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pp.70-71.

7 ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNANDEZ ALVAREZ, Oscar. *Critica a la subordinación*. En: *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano* [en línea] (2013) en Biblioteca Jurídica Virtual UNAM: Consulta: 15 Agosto 2016, p. 272 http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/16.pdf

partir de ello, solo a través de un proceso judicial con sentencia en calidad de cosa juzgada se podrá declarar la desnaturalización de un contrato civil de locación y la existencia en la realidad de un contrato de trabajo.

## III. PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LA LEY N° 29497 (NLPT)

La legislación laboral vigente, es decir, la LPCL, reconoce la presunción de laboralidad en su artículo 4 y precisa que se presume la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado cuando en una prestación de servicios concurren los elementos del contrato de trabajo, principalmente la subordinación. Al respecto ya decía De Buen, que: *"El legislador aún refiere la presunción a la existencia del "contrato", cuando en rigor, bastaría hacerlo sólo respecto de la relación"* [8], coincido con esta observación; sin embargo, la LPCL presume la existencia del contrato como fuente de las relaciones de trabajo a partir de cual se generan derechos propios de la relación laboral.

Pese a lo manifestado, la NLPT incorpora otra presunción de laboralidad a nivel procesal que no exige acreditar todos los elementos que reconoce el artículo 4 de la LPCL, esta presunción *iuris tantum,* de acuerdo a la redacción de la norma procesal, se configura salvo prueba en contrario, cuando únicamente se acredite la prestación de servicios personales, es así que esa presunción relativa, traslada la carga de probar que el prestador no era trabajador dependiente y subordinado a quien encarga el servicio, lo cual genera una inversión de la carga probatoria en beneficio absoluto del prestador demandante; pese a ello, tal presunción no alcanza a los derechos laborales que se podrían generar.

En consecuencia, podemos advertir que nos encontramos ante una situación particular, en la que si bien la norma sustantiva laboral (LPCL) determina cuándo se presume la existencia de un contrato de trabajo de duración indeterminada, para lo cual, exige la concurrencia conjunta de tres elementos, principalmente la subordinación, que de acuerdo a Neves: *"Es un vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor del trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla"* [9], la norma adjetiva (NLPT) modifica el supuesto en el que se configura la presunción de laboralidad a través de la redacción contenida en su artlnalizar esto, que configura el contrato de tabajosuncioacito de requisitos adicionale, por tal motivo, cular  todos los beneficículo 23.2.

Es evidente que para la norma procesal la presunción de laboralidad se inclina hacia el criterio de la subordinación funcional (económica) a la que se refiere Supiot al citar a Paul Cuche, autor que propuso que la dependencia económica fuera un criterio del contrato de trabajo, de tal manera que: *"Se extienda la aplicación*

---

[8] DE BUEN, Néstor. *Derecho del trabajo*. Segundo Tomo, 22ª edición actualizada, editorial Porrua, México, 2010, p. 42.

[9] NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo*. 2ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 36.

*de los seguros sociales a todos los trabajadores económicamente endebles, frente a quienes sacan provecho de su trabajo"* [10] es así que el autor considera que se estaría volviendo a un derecho profesional, siendo la prueba del ejercicio del oficio —a decir de Supiot— prueba suficiente para ser beneficiado por la protección del derecho del trabajo.

Pese que el artículo 23.2 de la NLPT no hace referencia a la subordinación como elemento que configura el contrato de trabajo, es evidente que al excluir este elemento para configurar la presunción de laboralidad, claramente se inclina ya no por la subordinación jurídica (personal) que regula el artículo 9 de la LPCL, sino por la subordinación funcional, lo que puede generar serios inconvenientes e incluso ampliaría el ámbito de protección del derecho del trabajo a servicios comerciales, civiles o autónomos, supuesto que no fue objeto de previsión por parte de la norma laboral sustantiva, la cual tiene como finalidad proteger principalmente a los trabajadores bajo relación de dependencia y subordinación.

En atención a lo expuesto, resulta necesario analizar si la nueva presunción de laboralidad contenida en la NLPT, en realidad busca generar una ventaja a favor del prestador de servicios frente a la situación de asimetría en la que se encuentra respecto su acreedor de servicios, o de manera directa, pretende ampliar y extender la protección del derecho laboral a todo trabajador sin importar, si éste se encuentra bajo subordinación jurídica o no, lo cual podría generar que muchos prestadores de servicios no laborales obtengan indebida ventaja con sólo la acreditación de la prestación de sus servicios.

Felizmente el supuesto formulado en la parte final del párrafo anterior, ya fue aclarada por la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Casación N° 2399-2014-Lima, la que precisó que: *"No sería posible establecer un vínculo laboral por todo el periodo por el solo hecho de haberse acreditado la prestación de servicios, pues no nos encontramos ante una presunción iuris et iure, por el contrario el numeral 23.2 del artículo 23 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, establece una presunción iuris tantum, esto es que admite prueba en contrario"*. A partir de ello, no queda duda que para la configuración de un contrato de trabajo necesariamente se exige que se acredite la remuneración y principalmente la subordinación además de la prestación de servicios.

## IV. CONCILIACIÓN COMO ALTERNATIVA PARA SOLUCIONAR CONTROVERSIAS

Dentro de las alternativas para poder solucionar controversias, tenemos la autotutela, la auto composición y la heterocomposición; es importante precisar que la autotutela solamente se admite en algunos casos propios del derecho penal; por su parte, la autocomposición así como la heterocomposición, se desarrollan través de la transacción (la primera) y la conciliación, los arbitrajes y los procesos

[10] SUPIOT, Alain. Op. cit. p. 72.

judiciales (la segunda), siendo formas de solución de controversias que no están ajenas al derecho del trabajo, ya que nuestras normas laborales con el objeto de evitar litigios, promueven la conciliación tanto a nivel administrativo, tal como lo regula el D.Leg. N° 910 como a nivel judicial, de acuerdo a la NLPT.

Para efecto del presente artículo, analizaré la conciliación judicial, la cual de acuerdo a lo normado por el artículo 30 de la NLPT se considera como una forma especial de conclusión del proceso, es así que la norma procesal no limita la oportunidad para conciliar (inicialmente en audiencia de conciliación propiamente dicha, cuando estamos en un proceso ordinario laboral y en la etapa conciliatoria de la audiencia única, cuando nos encontramos en un proceso abreviado laboral) sin embargo, se puede proponer y llegar a un arreglo conciliatorio durante cualquier estado del proceso, incluso hasta antes que se notifique la sentencia con calidad de cosa juzgada.

En nuestra norma procesal laboral, se advierte que la conciliación se desarrolla en forma particular, ya que en el proceso ordinario laboral, una vez que el presunto empleador es notificado con la demanda, es citado para concurrir a una audiencia de conciliación, en la cual el magistrado, primero invita a las partes a solucionar su controversia, a través de esta forma de heterocomposición, pudiendo las partes llegar a un acuerdo total o parcial respecto las pretensiones demandadas, con lo cual, el proceso puede concluir total o parcialmente, dependiendo de los acuerdos, solamente si no se llega a conciliar, el Juez da por fracasada esta etapa y solicita al demandante que proporcione su escrito de contestación.

Se debe tener en cuenta que el mismo procedimiento se ejecuta en el proceso abreviado, solo que la conciliación es una de las etapas de la audiencia única; siendo importante resaltar como una particularidad de la conciliación en el proceso laboral, que en esta etapa el Juez solamente tiene conocimiento de los hechos alegados por el demandante sin pruebas, es decir, solo de una parte de la controversia, sin poder saber cuales son los argumentos de defensa del demandado o los medios de prueba que este aportará al proceso; este diseño procesal desde mi perspectiva tiene por objeto propiciar los acuerdos en conciliación y evitar que el proceso continúe hasta la sentencia.

Otra particularidad del proceso laboral, es que un mismo Juez conoce el proceso en conciliación y en juzgamiento, lo cual en teoría no implica prejuzgamiento, no teniendo lo manifestado por las partes calidad de declaración; hecho que no es cierto, ya que si el Juez advierte ciertas conductas o declaraciones en la conciliación y será quien dirija el juzgamiento, probablemente no olvide lo percibido, lo cual si influye al momento de analizar el caso; bajo esa perspectiva, si existiría un Juez conciliador y un Juez de juzgamiento, éste último magistrado sería quien conocería el caso a partir del juicio, sin haber tomado conocimiento anterior de los hechos referidos en la conciliación.

Sin perjuicio de lo manifestado, el artículo 30 de la NLPT determina como exigencia para declarar la validez de una conciliación, que previamente se supere el test de disponibilidad de derechos y que los acuerdos observen los siguientes

criterios: ***i)*** El acuerdo debe versar sobre derechos nacidos de una norma dispositiva, debiendo el Juez verificar que no afecte derechos indisponibles, ***ii)*** Debe ser adoptado por el titular del derecho y ***iii)*** Debe haber participado el abogado del prestador de servicios demandante. A partir de esa exigencia y los criterios precisados, es necesario evaluar la relevancia del test de disponibilidad cuando el demandante solamente acreditó la prestación personal de servicios y existen derechos inciertos.

Teniendo en cuenta lo manifestado, es importante citar a Priori[11], quien de manera sintética desarrolla los criterios referidos en el párrafo anterior, ello a efecto de explicar cual es el sustento de los mismos; es así que cuando refiere que el acuerdo debe versar sobre derechos disponibles, hace alusión a la irrenunciabilidad de derechos laborales, con el objeto de evitar cualquier disposición que perjudique al trabajador, equilibrando de esa manera la desigualdad entre las partes, además se exige que el acuerdo lo adopte el trabajador titular del derecho, salvo casos de representación, a través de poder válido y suficiente, siendo la exigencia final la participación del abogado del prestador para evitar una lesión de sus derechos.

Nótese que los primeros dos criterios se aplican a casos en que no existe duda de la relación laboral; por tanto, si durante la conciliación de un proceso en el que solo se advierte la presunción de laboralidad relativa y el Juez o el prestador demandante no conocen los argumentos ni medios de prueba de la contestación y en esa etapa procesal no se pueden valorar pruebas y principalmente, al no existir una declaración sobre el fondo que determina la existencia de un contrato de trabajo y por tanto una relación laboral ¿Será posible exigir que se observe el test de disponibilidad y se apliquen los criterios establecidos en la norma, para validar un acuerdo conciliatorio respecto derechos laborales inciertos?

Justamente a través del presente artículo busco dar respuesta a la pregunta formulada en el párrafo anterior, ya que la presunción de laboralidad solo reconoce de manera relativa la existencia de contrato de trabajo a plazo indeterminado, más no así los derechos laborales, por lo que, no se podría limitar el derecho de libre disposición de las partes intervinientes respecto derechos inciertos; es así que durante la etapa de conciliación, no se podrían restringir los acuerdos de las partes, aplicando el test de disponibilidad con la finalidad de evitar la renuncia de derechos que solo se generan cuando el prestador acredite haber cumplido los requisitos que para su otorgamiento exige la norma legal especial.

## V. IRRENUNCIABILIDAD DE DEREHOS LABORALES

Ante la asimetría que existe entre un empleador y un trabajador, resultaba necesario equiparar las condiciones de la partes que conforman la relación la-

[11] PRIORI POSADA, Giovanni. *Comentarios a la nueva ley procesal del trabajo,* ARA Editores, 2011, Lima, p. 175.

boral, es así que el Estado a nivel constitucional y también a través de normas legales, estableció reglas mínimas que se deben observar a partir de un contrato de trabajo, materializándose el principio protector a través de otros principios de trascendental importancia como el de irrenunciabilidad de derechos, el cual se encuentra reconocido por nuestra Constitución en el numeral 2 del artículo 26; por el que, se impone un límite a los actos de disposición que podría realizar un trabajador en ejercicio de su voluntad de contratación.

Para Ferro[12], el principio de irrenunciabilidad: "*Constituye un elemento central de la protección que el ordenamiento laboral confiere al trabajador, toda vez que carecería de eficacia que la legislación reconociera un conjunto de beneficios destinados a atenuar la condición de desigualdad entre el empleador y el trabajador, y simultáneamente se reconociese a éste capacidad para renunciar o disponer de tales derechos*". Es así que, incluso a nivel constitucional se reconoce la irrenunciabilidad —para algunos autores una regla más del principio protector— a fin de evitar que un trabajador con derechos laborales reconocidos y ciertos, pueda disponer de ellos en su propio perjuicio.

Respecto la irrenunciabilidad Gonzales[13] considera: "*La amplitud de su formulación, en tanto abarca la disposición de derechos sin importar si ésta se realiza, durante o después de terminada la relación laboral. Así una vez constituida ésta el trabajador no podrá renunciar a un derecho proveniente de una norma imperativa, aún cuando no haya todavía reunido los requisitos para su disfrute efectivo y, en puridad, éste haya sido adquirido y sea meramente expectaticio*". De lo manifestado podemos colegir que la irrenunciabilidad, solamente resulta aplicable cuando estamos frente a una relación laboral y se opone a la disposición de los derechos que adquiere el trabajador en mérito a ese vínculo jurídico.

Para entender mejor como opera este principio, es necesario distinguir entre las normas imperativas y las dispositivas, siendo las primeras aquellas que no permiten ejercer la voluntad para establecer acuerdos, restringiéndose las partes a su estricto cumplimiento bajo sanción de declararse la invalidez de cualquier acuerdo en contrario; por su parte, las segundas son las que si permiten manifestar la voluntad de manera amplia, salvo las limitaciones impuestas por la ley. En atención a lo manifestado, en materia laboral existen normas imperativas que reconocen derechos mínimos al trabajador, sin que sea posible establecer acuerdos por debajo de esos límites.

---

[12] FERRO DELGADO, Víctor. "*El principio de irrenunciabilidad en la interpretación constitucional*". En: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Editorial y librería jurídica Grijley E.I.R.L, 2009, p. 158.

[13] GONZALES HUNT, César. "*La reducción de la remuneración y el principio de irrenunciabilidad de derechos*". En: *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano, libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Editorial y librería jurídica Grijley E.I.R.L, 2009, p. 194.

Para Alonso Olea y Casas Baamonde si bien en derecho común[14] se acepta el principio civil de validez de la renuncia de derechos, tal posibilidad no es admisible en el derecho de laboral, ya que el trabajador no puede disponer de los derechos que le fueron reconocidos por normas legales de derecho necesario, así como los reconocidos por convenio colectivo; cuya disposición no es posible antes o después de su adquisición (criterio que no comparto, ya que únicamente podemos hablar de derechos laborales, cuando se acredita la existencia de un contrato de trabajo y por ende de una relación laboral). Sin embargo, consideran que se podrían transar estos derechos para evitar un pleito sobre la base de la incertidumbre de los mismos.

Si bien la irrenunciabilidad implica la indisponibilidad de derechos por parte del trabajador, tal limitación no es absoluta, ya que existen derechos que permiten efectuar actos de disposición en forma válida, siendo importante tener en cuenta que las normas imperativas solamente prohíben acuerdos por debajo del límite, sin que exista restricción respecto la parte dispositiva de esos derechos, cuyas mejoras podrían determinarse por encima del límite legalmente impuesto; por tanto, los derechos provenientes de otras fuentes podrían ser objeto de disposición e incluso renuncia. Para entender mejor lo manifestado, resulta necesario distinguir entre la inderogabilidad y la indisponibilidad.

Al respecto Ferro[15]considera que la inderogabilidad operaría en la constitución del derecho, de modo que aquello contrario a lo previsto en la norma resultaría sustituido por el precepto legal de la indisponibilidad, es así que, por indisponibilidad se distingue al momento en que una vez adquirido el derecho e ingresado al patrimonio del trabajador esté pasa a ser disponible únicamente por efecto de la prescripción o la caducidad. Por tanto, para algunos resultaría contradictorio que pese a que se sanciona con nulidad la irrenunciabilidad, que excepcionalmente por efecto del tiempo se pueda producir una renuncia tácita por parte del trabajador; sin embargo, ello se permite en aras de la seguridad jurídica.

Por su parte Plá Rodríguez[16] al analizar este principio cita a Pérez Leñero quien enumera una serie de condiciones que deben tener los derechos para ser considerados irrenunciables, entre ellas: ***i)*** Deben ser derechos de naturaleza legal, ***ii)*** Deben ser derechos ciertos, ya que caso contrario ante incertidumbre se permite la transacción o la conciliación, ***iii)*** Deben ser derechos subjetivos, es decir, otorgados por la ley al renunciante y ***iv)*** Deben ser derechos beneficiosos, ya que no todos los derechos son absolutos, debido a que existen algunos derechos que se convierten en renunciables. A partir de lo manifestado, resulta importante analizar la certeza del derecho para determinar o no su disponibilidad.

---

[14] Código Civil. Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a la norma legal de carácter imperativo.

[15] FERRO DELGADO, Víctor. Op. cit, p. 168.

[16] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op. cit, p. 114.

En consecuencia, cuando nos encontramos en un proceso en el que el demandante únicamente acredita la prestación personal de servicios, la presunción que se genera, no alcanza a la jornada de trabajo ni a los derechos laborales que para ser exigidos requieren el cumplimiento de requisitos adicionales, es el caso de la CTS y los pagos por vacaciones no gozadas; por tanto, en esos casos el principio de irrenunciabilidad no podría ser una limitación que impida la disposición de esos derechos, ya que en la etapa de conciliación, no se podrá determinar con certeza si esos derechos le corresponden o no al prestador de servicios, debiendo aplicarse en forma flexible el test de disponibilidad y, la irrenunciabilidad.

## VI. DISPOSICIÓN DE DERECHOS INCIERTOS EN CONCILIACIÓN JUDICIAL

Considerando lo manifestado en los puntos anteriores, en mi opinión si es posible disponer de derechos inciertos en la etapa de conciliación, ya que el Juez solo conoce una parte de los hechos que ocurrieron en la relación contractual que mantuvo el prestador demandante, ello debido a que en esa etapa solo tiene acceso a la demanda y sus anexos, desconociendo, los argumentos de defensa del demandado o las pruebas que este proporcionará para acreditar sus manifestaciones y desacreditar las del demandante; por tanto, en esa etapa de ninguna manera, se puede determinar con certeza si el prestador cumple con los requisitos para tener derecho a todos los beneficios laborales que corresponden a un trabajador.

Si bien el artículo 23.2 de la NLPT reconoce la presunción de laboralidad, a partir de la acreditación de la prestación personal de servicios, se debe tener en cuenta que durante la etapa de conciliación, no se llega a determinar ningún hecho o valorar medios de prueba que permitan activar dicha presunción; por lo que, ante la inexistencia de certeza respecto la posibilidad que el demandante sea titular de todos los derechos laborales, la conciliación en estos casos podría propiciarse sin ninguna restricción o limitación respecto los derechos cuya certeza no este acreditada; por lo que, las propuestas e incluso el acuerdo no se evaluarían en función al test de disponibilidad ni se restringirían por el principio de irrenunciabilidad.

Durante la conciliación en el proceso ordinario laboral, como el Juez no cuenta con todos los elementos necesarios para concluir que el prestador es titular de todos los derechos laborales, no podría limitar la disposición que podría realizar el demandante (presunto trabajador) de los derechos de naturaleza laboral que reclama cuyos requisitos para su exigencia no acredita; sin perjuicio de lo manifestado, incluso durante la conciliación en un proceso abreviado laboral, pese a que el Juez ya podría tener conocimiento de la demanda y la contestación, tampoco se podría restringir la disposición de derechos laborales inciertos, básicamente la CTS y los pagos por vacaciones no gozadas.

Por tanto, si el principio de irrenunciabilidad establece condiciones entre las que se encuentra la certeza del derecho reclamado, en el caso de la CTS y los pagos por vacaciones no gozadas, si el prestador no prueba que esos derechos le asisten, no existe prohibición de negociar los mismos y las partes si podrían pactar y disponer

libremente sobre aquellos; motivo por el que, la certeza de derechos reclamados resulta importante para determinar si se puede limitar o no su conciliación aplicando el test de disponibilidad y observando el principio de irrenunciabilidad de derechos, ya que mientras no se acredite el cumplimiento de los requisitos especiales para gozar CTS y vacaciones los mismos si son disponibles y renunciables.

En la práctica muchos prestadores de servicios demandan junto con otros derechos laborales, el pago de CTS y los pagos por vacaciones no gozadas; sin embargo, durante la conciliación el Juez se encuentra limitado para analizar medios de prueba, ya que los mismos no son parte del proceso y recién serán admitidos de ser el caso, en la etapa de juzgamiento; adicionalmente al no conocer los argumentos de la contestación o las pruebas del demandando, el Juez tampoco se encuentra en posición de evaluar si las propuestas que pudiesen formular las partes para solucionar la controversia respecto los derechos mencionados, resultan o no contrarias a lo dispuesto en las normas laborales imperativas.

A partir de ello, teniendo en cuenta que todo proceso judicial además de reconocer derechos busca paz social, resultará inapropiado limitar la conciliación respecto la CTS, ya que quien exige este derecho necesariamente deberá acreditar el cumplimiento de ciertos requisitos, como por ejemplo, la prestación de servicios en una jornada igual o superior a cuatro (04) horas diarias, siendo ello así, no resultaría inválido que cuando ese derecho sea incierto, por no poder acreditarse la jornada en conciliación; con la finalidad de solucionar la controversia, las partes acuerden poner fin al proceso, a partir del pago de importes inferiores a los que se podrían determinar en una posible sentencia.

Similar situación ocurre en el caso del derecho al pago por vacaciones no gozadas, ya que para que se genere el mismo, además de la jornada mínima exigida (4 horas diarias) el prestador adicionalmente deberá acreditar un record mínimo de labores efectivas desarrolladas en un periodo anual; por tanto, deberá demostrar en juzgamiento el cumplimiento de esos requisitos (lo cual en muchos casos no es fácil) e incluso ese derecho es negociable hasta el 50% del importe que correspondería a un trabajador subordinado; si en conciliación acuerdan solucionar la controversia con el pago de un importe menor al que se obtendría en una sentencia, ello no sería contrario al principio de irrenunciabilidad.

La posibilidad de disposición también podría darse respecto importes remunerativos por encima de la Remuneración Mínima Vital – RMV, es decir, por los montos superiores a los S/. 850.00, aplicaría también en el caso de liberalidades e incluso en la indemnización por despido; sin embargo, respecto las gratificaciones, gratificación extraordinaria al amparo de las leyes N° 29351, N° 29714 y N° 30334 así como utilidades, bastaría que la presunción de laboralidad se ponga en conocimiento del Juez con la demanda y pese a que no se activa la misma en la etapa de conciliación, aquellos derechos que no requieren más requisito para su otorgamiento que acreditar ser trabajador, no podrían ser objeto de disposición.

Al advertir que la presunción de laboralidad no se extiende a la CTS y las vacaciones no gozadas, no se debe entender que con la interpretación que formulo y

la aplicación flexible del principio de irrenunciabilidad, se pretende perjudicar al prestador demandante (presunto trabajador) sino únicamente propiciar la solución de la controversia sin tener que llegar a un juzgamiento, en el cual incluso, sería posible que el demandante no acredite los requisitos para reclamar los derechos referidos y a partir de ello su pretensión respecto los mismos sea declarada infundada y no se ordene pago alguno a su favor; situación que demuestra la pertinencia de no interpretar en forma rígida el principio de irrenunciabilidad en esos casos.

## VII. CONCLUSIONES

Si bien todo proceso judicial tiene por objeto declarar la existencia de un derecho a favor de un demandante, en el caso particular del proceso laboral, este busca solucionar las controversias que pudieran surgir en el desarrollo de la relación de trabajo, pero no necesariamente llegando a un juzgamiento y posteriormente a la emisión de una sentencia, es por ello que el diseño de la etapa postulatoria y principalmente la audiencia y la etapa de conciliación, genera que en las mismas no se pueda tener certeza absoluta de las pretensiones demandadas, ya que el Juez únicamente tendrá acceso a una parte de los hechos, es decir, a los expuestos por el demandante, más no a los argumentos o pruebas de el demandado.

A partir de lo manifestado, la conciliación, permite que el Juez sea parte interviniente activa de la conciliación, proponiendo y explicando los beneficios que se podrían alcanzar por ambas partes, más aún cuando no conoce la totalidad de los hechos que se produjeron en el desarrollo de la relación contractual, ya que en el caso objeto de análisis justamente se analiza si el prestador de servicios demandante, que solamente es considerado hasta antes del juzgamiento como presunto trabajador (situación que podría ser desvirtuada), al no tener una declaración que lo reconozca como trabajador, podría disponer sin limitación la presunta CTS y vacaciones no gozadas.

Resulta necesario precisar que si bien la NLPT introdujo una presunción de laboralidad que se activa a partir de la acreditación de la prestación personal de servicios por parte del demandante, tal situación no determina por si sola, la existencia de un contrato de trabajo, criterio que ya fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la República; por lo que, mientras el prestador no acredite elementos o indicios adicionales a la prestación de servicios, no se configura laboralidad de manera absoluta, ya que para el nacimiento de un contrato de trabajo, la subordinación jurídica resulta ser el elemento esencial, sin el cual, no estamos ante una relación jurídica objeto de protección por el derecho laboral.

En el caso de prestadores que demandan la desnaturalización de sus contratos civiles y a partir de ello del vínculo jurídico que mantuvieron con sus contratantes, para que tal pedido sea declarado fundado, necesariamente deberán acreditar que se encontraron subordinados jurídicamente, caso contrario con la sola prestación personal de servicios, estamos ante una presunción de laboralidad, la misma que solo se extiende al vínculo laboral más no a los derechos que aquél podría generar,

ello debido a que no todos esos derechos determinan para su exigencia únicamente la existencia de vínculo laboral, sino además otros requisitos particulares, como en el caso de la CTS y las vacaciones.

Siguiendo a Pérez Leñero citado por Plá, los derechos laborales para ser considerados irrenunciables deben ser de naturaleza legal, ciertos, subjetivos y beneficiosos, ya que cuando el derecho invocado no cumple con esas condiciones, principalmente con la certeza, estamos ante un derecho que no es absoluto respecto a su indisponibilidad; por lo que, aquel se convierte en disponible y renunciable; es así que en el caso objeto de análisis, los derechos que resultaran inciertos incluso cuando exista presunción de laboralidad, serían la CTS y los pagos por vacaciones no gozadas, sobre los cuales, el prestador podría disponer vía conciliación, sin que tal decisión sea declarada inválida.

Pese a lo manifestado, resulta necesario tener en cuenta que si bien en el caso objeto de análisis es posible disponer del derecho de CTS y los pagos por vacaciones no gozadas, es evidente que cualquier acuerdo respecto los mismos, necesariamente deberá contar con aceptación del prestador de servicios reclamante, situación en la cual el Juez no podrá limitar su disposición, mucho menos aplicar el test de disponibilidad ni considerar la misma como renuncia, ya que ante derechos inciertos es posible celebrar conciliación o transacción sin que ello pueda ser considerado ilegal o posteriormente nulo, ya que para que un derecho se someta a la irrenunciabilidad, necesariamente deberá ser cierto.

# El respeto a la dignidad humana en la aplicación de las leyes laborales


## Luz Pacheco Zerga

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Título de Conciliador a nombre de la Nación. Profesora Ordinaria Principal de los cursos de Derecho Laboral y Argumentación Jurídica en la Universidad de Piura. Coordinadora del Programa de Formación Docente en Campus Lima de la misma Universidad. Últimas publicaciones: "La privacidad empresarial; comentario a la sentencia del Exp. 00009-2014-PI/TC" en Gaceta Constitucional. "Los principios del Derecho del Trabajo" en el libro homenaje al Dr. Mario Pasco Cosmópolis. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. "El test de disponibilidad de derechos establecido en la Nueva Ley Procesal Laboral: el caso peruano" en la Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo (España). Contacto: luz.pacheco@udep.pe


***SUMARIO***


*1. La función social del trabajo y su protección jurídica. 2. El mínimum invulnerable de la dignidad humana en la relación laboral. 3. La disfunción social de la prostitución y su regulación jurídica. 4. Conclusiones. Bibliografía.*

El artículo IV de la Ley 29497 señala la obligación de los jueces laborales de interpretar y aplicar las normas —en continuidad con lo previsto en la Cuarta Disposición Final de la Constitución[1]—, "con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley". Y, la guía maestra en esta tarea hermenéutica se encuentra en el primer artículo de la Constitución, donde se reconoce que el fin supremo del Estado y la sociedad es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad. El desarrollo de la conciencia social de que el trabajador no es un ciudadano de segunda categoría y que sigue siendo titular de derechos fundamentales al celebrar un contrato de trabajo, llevó al Constituyente a reafirmar este principio-deber al concretar que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador"[2].

Entre las muchas cuestiones que se podrían tratar sobre esta materia, en la presente ponencia sólo me referiré a las implicancias jurídico-sociales de reconocer protección laboral a las personas que se dedican a la prostitución, denominadas en algunos círculos y documentos como "trabajadoras sexuales". La importancia que tiene esta cuestión para la adecuada protección de la mujer, así como para el progreso de la ciencia jurídica y de la justicia, en particular para el Derecho del Trabajo, exige analizar con rigor científico los alcances de esta propuesta, que ya ha sido incorporada en algunos países y de cuya experiencia podemos aprender. Las siguientes reflexiones, por limitaciones de espacio, se limitarán a tres cuestiones: *a)* La función social del trabajo y su protección jurídica; *b)* El *mínimum* invulnerable de la dignidad humana; y *c)* La disfunción social de la prostitución y su regulación jurídica; para, finalmente, precisar algunas conclusiones.

## 1. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA.

El carácter basilar del trabajo en el desarrollo humano ha quedado en evidencia en el último estudio publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en el 2015, en el que reconoce que si bien no existe un vínculo automático entre el trabajo y el desarrollo humano, "la calidad del trabajo es una dimensión importante para lograr que el trabajo mejore el desarrollo humano. Sin embargo, problemas como la discriminación y la violencia impiden que se establezcan vínculos positivos entre el trabajo y el desarrollo humano" [3]. La responsabilidad del Estado y de la sociedad se debe traducir en fomentar el desarrollo humano por

---

[1] Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

[2] Art. 22.

[3] (PDNU) PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, "Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano," (Nueva York: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, (PDNU), 2015), iv.

medio del trabajo, lo cual requiere políticas y estrategias en tres esferas generales: crear oportunidades de trabajo, garantizar el bienestar de los trabajadores y adoptar medidas específicas, para lograr un trabajo sostenible, que enfrente los desequilibrios del trabajo remunerado y del no remunerado, así como políticas especiales para grupos más vulnerables, como son los jóvenes, las personas con discapacidad y las mujeres, cuya situación es de clara desventaja en el mundo laboral[4].

Se entiende que nuestra Constitución califique al trabajo no sólo como un deber y un derecho sino como "base del bienestar social y un medio de realización de la persona"[5]. Es lógico preguntarse a continuación qué se entiende por trabajo. En términos coloquiales trabajar consiste en una actividad transitiva, que se inicia en la persona pero que trasciende al exterior, modificando la realidad de algún modo, sea material o inmaterial, pero con efectos perceptibles por los sentidos. En cambio, el concepto jurídico-laboral añade, desde los inicios del Derecho del Trabajo, la exigencia de que esta actividad cumpla los requisitos generales de todo negocio jurídico: agente capaz, fin lícito, objeto física y jurídicamente posible y observación de la forma prescrita[6]. Esta protección ha llevado a establecer como normas mínimas de derecho necesario, entre otras, una edad mínima para trabajar[7], jornadas máximas a salario normal, así como a descansos semanales y anuales remunerados[8], la prohibición de cualquier forma de discriminación subjetiva contraria a los valores constitucionales[9], en particular, la prevención y sanción del acoso sexual[10] y la causalidad objetiva de la contratación temporal[11].

La protección que el trabajo ha merecido de parte del Ordenamiento jurídico, desde finales del siglo XIX hunde sus raíces en su carácter *personalísimo*[12], así como en su función dinamizadora de la personalidad humana y de la vida social. El trabajo no se agota en parámetros económicos, al contrario: el mérito del Derecho del Trabajo ha sido devolver —y proteger— su dimensión humana. El trabajo permite desarrollar el proyecto personal de vida y concreta el modo de ser útil socialmente. Más aún, la persona al trabajar no sólo descubre su propia dignidad

---

4 Cfr. Ibid., iii-iv.

5 Art. 22.

6 Cfr. Código Civil, art. 140.

7 Cfr., por todos, el Convenio 138 OIT, aprobado por el Congreso del Perú con la Resolución Legislativa 27453, cuyas disposiciones se recogen y amplían en el Código del Niño y del Adolescente, Ley 27337.

8 Constitución, art. 25.

9 Constitución, art. 26, 1 y art. 2.2.

10 Ley 27942.

11 Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL en adelante), arts. 4 y 53, 72 y 73, entre otros.

12 En cuanto que existe una íntima trabazón entre el servicio prestado y la persona del trabajador. Cfr. por todos Manuel ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, *Estudios Jurídicos* (Madrid: Tecnos, 1979) 54.

y la de los demás, sino que puede comprender el sentido del mundo y establecer vínculos de amistad y solidaridad con los demás ciudadanos. El trabajo, protegido por el Derecho Laboral es el que, "permite a los ciudadanos participar plenamente en la sociedad y les confiere un sentido de dignidad y valía personal. El trabajo puede contribuir al interés público; y el trabajo que implica cuidar a otras personas fomenta la cohesión y crea vínculos en las familias y las comunidades. El trabajo también consolida las sociedades. Los seres humanos que trabajan juntos no solo aumentan su bienestar material, sino que también atesoran un amplio conjunto de conocimientos que constituyen el fundamento de las culturas y las civilizaciones"[13]. A la vez, no se puede desconocer que aún ahora "algunos tipos de trabajo llevados a cabo en determinadas condiciones perjudican el desarrollo humano. Muchas personas realizan trabajos que limitan sus opciones de vida. Millones de personas trabajan en condiciones abusivas y de explotación que violan sus derechos humanos fundamentales y destruyen su dignidad"[14].

Por eso, una institución tan antigua como la misma regulación laboral es el de la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en las leyes y en el convenio colectivo. Esta regla es contraria a la imperante en el Derecho Civil, en el que la renuncia —por el principio de autonomía de la voluntad— es la norma y la irrenunciabilidad, la excepción. El Derecho Laboral establece la imposibilidad de renunciar a los derechos que las leyes sociales reconocen a los trabajadores, por constituir éstas el mínimo necesario para que el trabajo se preste en condiciones apropiadas a la dignidad humana. El carácter protector del Derecho del Trabajo se ordena a evitar que el trabajador realice renuncias en su propio perjuicio, "presumiblemente forzado a ello por la situación preeminente que ocupa el empleador en la vida social"[15]. Desde un primer momento, la irrenunciabilidad fue reconocida a favor del trabajador y no del empresario, aunque es factible que éste renuncie a ciertos derechos, pero no podrá abdicar "de las potestades que definen al empresario como figura jurídica contractual"[16]. De este modo se impide que el empresario logre, mediante presiones, *actos de renuncia* de los trabajadores respecto a los derechos que las normas laborales les reconocen[17]. Su evolución ha sido similar en los países occidentales y su vigencia se mantiene incólume. Actualmente se le considera "el

---

13 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, "Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano," 1.

14 Ibid., 6.

15 Alfredo MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, 29a ed. (Madrid: Tecnos, 2008) p.225. (En estos términos se expresa Luis Enrique de la Villa en un estudio sobre la irrenunciabilidad de derechos, citada en la nota a pie de página n. 47).

16 Cfr. Manuel ALONSO OLEA, *La aplicación del Derecho del trabajo* (Madrid: Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones, 1970) p.13.

17 También en esto se aprecia la influencia de España en nuestro medio. En ese país la primera Ley de accidentes de trabajo de 30 de enero de 1900, art. 19 declara "nulos y sin valor toda renuncia a los beneficios de la presente ley y, en general, todo pacto contrario a sus disposiciones". Esta disposición fue extendida, vía doctrinal y jurisprudencial a la legislación social

instrumento de garantía efectiva del disfrute de los derechos de contenido laboral por parte de quien ostenta en la relación de trabajo una posición de subordinación jurídica"[18], que es la que corresponde al trabajador[19].

Por ser el trabajo un medio esencial para la realización de la persona, su ejercicio se encuentra directamente vinculado con el respeto a la dignidad humana, con el libre desarrollo de la personalidad y la solidaridad social. Resulta casi un tópico recordar que esta rama del Ordenamiento, surgió de un "proceso de diferenciación", ante una realidad social "trascendental o crítica", que es el trabajo prestado en forma libre, por cuenta ajena y en forma dependiente[20]. Para defender esa dignidad es necesario indagar sobre la libertad con que se prestan los servicios no sólo al celebrar el contrato sino en su ejecución y hasta la extinción de la relación de trabajo[21].

Por tanto, junto con la potestad de extinguir el contrato, antes de su vencimiento, el Derecho del Trabajo ha de preservar "una cierta libertad espacial de movimientos del trabajador" y una limitación en la dependencia, a "lo debido en razón del oficio"[22]. Estas condiciones son necesarias para asegurar que en la ejecución del contrato no haya "mengua de la dignidad de quien trabaja"[23]. Además, se debe tener en cuenta que los atentados a la dignidad no sólo se originan en "las violaciones groseras del principio de igualdad", manifestadas en discriminaciones basadas en circunstancias personales irrelevantes para la prestación de servicios, sino también por "los intentos de penetración en la intimidad del trabajador"[24]. De allí que exista una protección especial para evitar el acoso sexual en las empresas, con fuertes multas a los empresarios que no prevengan y neutralicen este tipo de conducta, contraria al respeto debido a la dignidad humana[25].

En esta senda de los ordenamientos jurídicos hacia la libertad del trabajador ha madurado, no sólo la idea de que no caben las situaciones de esclavitud o ser-

---

de la época. Cfr. Manuel / CASAS BAAMONDE ALONSO OLEA, Mª Emilia, *Derecho del Trabajo*, 26ª ed. (Madrid: Thomson &Civitas, 2006) 1169.

18 Margarita Isabel RAMOS QUINTANA, "Irrenunciabilidad de derechos," en *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, ed. Antonio V. Sempere Navarro; Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación) (Madrid: Universidad Complutense de Madrid &Universidad Rey Juan Carlos & Thomson Reuteres, 2009), p.802.

19 Un desarrollo más amplio de esta cuestión puede verse en Luz PACHECO ZERGA, "Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales," *Asesoría Laboral*, no. 249 (2011): 15-25.

20 Cfr. Manuel ALONSO OLEA, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6a ed. (Madrid: Civitas, 2002) 45.,

21 Cfr. Ibid., 77.,

22 Ibid., 78-79.,

23 Ibid., 80.,

24 Ibid.,

25 Cfr. Ley 27492 y su Reglamento, Decreto Supremo Nº 010-2003-MIMDES

vidumbre, sino tres consecuencias adicionales[26]. La primera es que al ser distintos los servicios de una persona de la persona misma: el compromiso sobre aquellos no implica de suyo compromiso sobre ésta. La segunda, que se puede ceder un tiempo de la propia vida para trabajar, pero no la cesión de todo *el* tiempo, porque en la cesión de ese todo habría un menoscabo profundo de la personalidad, que convertiría en inválido el contrato. La tercera y última, es que la cesión tampoco puede ser de toda actividad de la persona, sino únicamente de la que se ha comprometido contractualmente. Por esta razón puede afirmarse que lo característico del contrato de trabajo "contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina"[27].

En definitiva, el Derecho del Trabajo no sólo tutela la subjetividad de quien trabaja para otro, sino también su dignidad[28]. Para conseguirlo ha dejado fuera del ámbito de la tutela jurídico-social toda prestación de servicios, dependiente y por cuenta ajena, en la que el trabajador sea reducido a un objeto de uso o aprovechamiento, sin margen de intimidad personal, aún cuando voluntariamente hubiera otorgado su consentimiento para prestar sus servicios en esas condiciones[29]. Lo contrario equivaldría a renunciar a un principio elemental de las sociedades civilizadas que, para superar los regímenes de esclavitud, negaron eficacia jurídica al consentimiento que se otorgaba en esos casos y lo siguen haciendo ahora, tal como demostraremos a continuación[30].

## 2. EL *MÍNIMUM* INVULNERABLE DE LA DIGNIDAD HUMANA EN LA RELACIÓN LABORAL

La defensa de la dignidad humana tiene directa relación con el orden público y legitima que se prohíban actividades que la lesionen. En este sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, al declarar la licitud de la prohibición, establecida por las autoridades francesas, de llevar a cabo una actividad conocida como «lanzamiento del enano». En este caso, una persona que padecía de enanismo y se ganaba la vida en un circo con esta actividad, demandó a las autoridades

---

[26] Cfr. Manuel ALONSO OLEA, "Las raíces del contrato de trabajo," *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, no. 21 (1989): 415.,

[27] Ibid.,

[28] Los sistemas de esclavitud se caracterizan por "la negación de la subjetividad, y con ella de la personalidad del esclavo". Manuel ALONSO OLEA, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, 2a ed. (Madrid: Tecnos, 1987) 141.,

[29] Cfr. ALONSO OLEA, "Las raíces del contrato de trabajo," 416.,

[30] Esta prohibición se encuentra íntimamente vinculada con aquellas, establecidas por el ordenamiento civil, que desconocen la validez de los pactos, cláusulas o condiciones que sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público (Cfr. Código Civil del Perú, art. V y Código Civil español, art. 1,255) o que tengan una causa o fin ilícito (Cfr. Código Civil del Perú, art. 140 y Código Civil español, art. 1,276 CC). Cfr. Ibid., 415.,

francesas por considerar que la prohibición era discriminatoria, porque se refería sólo al lanzamiento de personas enanas y no al de personas de estatura normal. Las autoridades galas consideraban, en cambio, que esa actividad era contraria a la dignidad humana y al orden público. El Comité consideró que la disposición francesa no era contraria al art. 26 del Pacto y que no era discriminatoria, porque no era posible "lanzar" a las personas de estatura normal, por tanto, la distinción entre personas enanas y no enanas tenía un fundamento objetivo. En definitiva, Francia demostró que "la prohibición del lanzamiento del enano, tal como lo practica el demandante, no constituye una medida abusiva, sino que era necesaria por razones de orden público, lo que remite a consideraciones relacionadas con la dignidad humana compatibles con los objetivos del Pacto"[31].

También, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado que, el ejercicio de las libertades fundamentales no obliga a un Estado miembro a permitir actos o actividades que violen la dignidad humana, porque se trata de "un bien jurídico cuya protección y respeto impone el propio Derecho comunitario"[32].

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, calificando como principio-deber el del respeto a la dignidad humana y ha concretado, en materia laboral, actos del empresario que se consideran lesivos y, por tanto, sin eficacia jurídica, en materia de despido cuando la lesionan[33].

No está de más insistir en que la doctrina general del Derecho de Obligaciones señala que para que un acto o negocio pueda tener validez jurídica, es requisito no sólo la capacidad del agente y la posibilidad física y jurídica del objeto de la acción, sino que ésta ha de tener un fin lícito[34], que no atente contra las buenas costumbres, que son las que se derivan de la dignidad humana[35]. En consecuencia,

---

[31] Cfr. France – Communication No. (CCPR/C/75/D/854/1999) [2002] UNHRC 29 (26 July 2002), especialmente ap. 7.4. ubicado en http://www.worldlii.org/int/cases/UNHRC/2002/29.html

[32] Cfr. Christine STIX-HACKL, "Conclusiones de la Abogado General en el asunto C-36/02," (TSJCE, 18.III.2004), ap.93., STJCE 14 octubre 2004 (2004\377).

[33] Así por ejemplo, el ser despedido durante el goce de licencia por enfermedad (Exp. Nº 2129-2006-PA/TC, 2 de mayo de 2006) o por contraer enfermedad profesional que ocasiona incapacidad parcial permanente (Exp. N° 10422-2006-PA/TC, de fecha 16 de enero de 2007). Tampoco es válido el despido discriminatorio por tener la condición de discapacitado o por gozar de un permiso (Exp. Nº 02168-2008-PA/TC).

[34] Código Civil, art. 140: "1.- Agente capaz. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".

[35] "Artículo V.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Con palabras de Kant podemos definir las buenas costumbres como aquellas que preservan la dignidad humana: "Todo hombre tiene un legítimo derecho al respeto de sus semejantes y también él está obligado a lo mismo, recíprocamente, con respecto a cada uno de ellos. La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin, y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres y

hay actividades humanas, que aunque comporten un esfuerzo y presten servicios o bienes, no pueden ser calificados como *trabajo* en sentido técnico jurídico-laboral, ya que para serlo tiene que estar en consonancia con el texto constitucional y las leyes laborales. Es evidente, pues, que quien integre una banda de sicarios o trabaje en un laboratorio que produzca pasta básica de cocaína, en forma personal, subordinada y remunerada, no podrá exigir ni del Estado ni de quienes contraten sus servicios, la protección del Derecho del Trabajo.

Por otro lado, el desarrollo de la conciencia de la dignidad humana en el siglo XXI permite afirmar que "respetar a una persona no puede reducirse a respetar la libre manifestación de su subjetividad: en la medida en que su subjetividad se halla inexorablemente ligada a cierta naturaleza, el respeto por la persona demanda más que el simple respeto a su conciencia: demanda el respeto a su naturaleza"[36], es decir, al modo de ser propio del ser humano.

Esta obligatoriedad de respeto ha llevado al ordenamiento jurídico laboral a proteger un *minimum* invulnerable mediante dos mecanismos: El primero, consiste en no reconocer eficacia jurídica al consentimiento del trabajador que renuncie a los derechos reconocidos por disposiciones constitucionales, legales o del convenio colectivo aplicable El segundo, que el fin del contrato sea lícito requisito, que se ordena a superar las deficiencias de las leyes ante la diversidad de negocios que se pueden realizar, en contra de las normas y principios constitucionales de una sociedad.

La licitud del fin y del objeto del contrato exigen, por tanto, "el ajuste del acto, de la cosa o de su tráfico, a las leyes o al mínimo moral social"[37]. Ha de responder, por tanto, a las reglas de las buenas costumbres y a las de la moral, como ya hemos visto. La licitud es un requisito más amplio que el de la imposibilidad legal, ya que mientras ésta se limita al objeto que la ley ha excluido del comercio jurídico, aquélla "supone cualquier contradicción con la letra o espíritu de la ley y aún de la moral y las buenas costumbres"[38].

---

sí que pueden utilizarse, por consiguiente, se eleva sobre todas las cosas. Así pues, de igual modo que él no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre". KANT, Inmanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Argentina, El Cid, 2003, 335-336.

[36] Ana Marta GONZÁLEZ, "La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica," en *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo* (Pamplona: EUNSA, 2004), 32.,

[37] José Luis / SANCHO REBUDILLA LA CRUZ BERDEJO, Francisco / LUNA SERRANO, Agustín / DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús / RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco and Joaquín RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*, ed. Francisco Rivero Hernández (revisada y puesta al día), 3a ed., vol. II-1 (Madrid: Dykinson, 2003) 58.,

[38] Ibid., 59.,

La disconformidad de una prestación con la moral o las buenas costumbres deberá ser apreciada, en última instancia, por el arbitrio judicial, que deberá actuar "siempre con criterios de moral objetiva"[39]. Y esa moral objetiva tiene un referente obligado en la Constitución, que contiene los valores y principios que configuran la identidad nacional. Por tanto, la licitud del contrato de trabajo tiene como premisa fundante, que su objeto no vulnere la dignidad humana y los derechos inalienables que le son inherentes, consagrados en el texto constitucional, que no contiene una enumeración taxativa de derechos humanos, sino simplemente enumerativa[40]. Además, esos derechos deben ser interpretados "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"[41].

## 3. LA DISFUNCIÓN SOCIAL DE LA PROSTITUCIÓN Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

La prostitución es una de las formas de esclavitud más antigua del mundo, que también es conocida como *el oficio más antiguo del mundo*[42]. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, se denomina así a la "actividad de quien mantiene relaciones sexuales con otras personas a cambio de dinero"[43]. Frente a ella existen dos corrientes de opinión: reglamentarla para evitar males mayores y aprobarla, equiparándola con otros oficios.

Es importante destacar que la sexualidad humana, a diferencia de la animal, no se reduce a la satisfacción de un instinto, sino que es la más alta expresión de donación corporal y afectiva, que compromete a la persona en su dimensión más íntima. En cambio, cuando la sexualidad se ejerce en el ámbito de la prostitución se diluye el componente propiamente humano, puesto que "el cliente" paga un precio

---

39 Ibid., Para apreciar la licitud de una prestación "no basta atender sólo a su objeto, sino que debe considerarse al contenido total del título que origina ese deber de prestación". José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones*, ed. Gabriel García Cantero (revisada y puesta al día), 16 ed., vol. III (Madrid: REUS, 1992) 74., Este autor desarrolla las diferentes modalidades de ilicitud, que van desde la prestación en sí misma considerada, la causalidad entre ésta y la contraprestación y el fin al que tiende.

40 Cfr. Constitución del Perú, Artículo 3.- Derechos Constitucionales. Númerus Apertus

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

41 Cuarta Disposición Final de la Constitución del Perú.

42 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Real Academia Española," (Madrid: Real Academia Española, 2016).

43 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Real Academia Española," (Madrid: Real Academia Española, 2016).

para utilizar a la persona que se dedica a la prostitución a satisfacer sus instintos, convirtiéndola así en objeto y no en sujeto de un contrato.

Dos investigadoras de CLADEM, institución comprometida con el desarrollo social en distintos países, no dudan en afirmar que "considerar que la prostitución femenina, por ser una práctica milenaria, debe ser socialmente tolerable, es aceptar que el cuerpo femenino es una mercancía, un ente sin mente, sin sujeto; por tanto, sin derechos; es la división absoluta del cuerpo y el ser, donde este último no cuenta. El ejercicio del poder está claramente definido a favor del varón, quien, además de disfrutar del cuerpo de la mujer, se permite ejercer todo tipo de violencia en su contra (...)"[44]. Por tanto, si bien es cierto que hay personas que dedican su vida a ejercer la prostitución, ésta no califica como trabajo, porque no conlleva condiciones de dignidad y respeto, sino, más bien, es "una forma de explotación caracterizada por la violación total de todos los derechos y por el sometimiento permanente de las mujeres a tratos crueles, inhumanos y degradantes"[45]. En todo caso puede ser considerada como un *oficio* en cuanto "ocupación habitual" de quien se dedica a ella[46]

Es innegable que muchas mujeres se dedican a su ejercicio, fundamentalmente porque "los programas estatales de capacitación no les permiten acceder a un mercado laboral competitivo y que les genere ingresos suficientes; por tanto, paradójicamente, continúan ejerciendo la prostitución por cuanto obtienen ingresos superiores[47]". Pero si bien la situación económica es un factor preponderante, existen otros factores asociados, como son el "desempleo, la falta de capacitación, la violencia social e intrafamiliar, la violencia y el abuso sexual, la drogadicción, el alcoholismo, la delincuencia"[48].

El Tribunal Constitucional ha distinguido, de acuerdo a la normativa vigente entre prostitución clandestina y la que no lo es. La segunda es la que se ejerce de acuerdo a las Ordenanzas Municipales y la primera, la que no se ajusta a esas disposiciones administrativas[49]. Estas normas evidencian que si bien el ejercicio de

---

[44] Rosalina / MUÑOZ MORENO OCHOA DÍAZ, Amanda C., "La prostitución: ¿un trabajo o una forma de explotación?," en *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?* (Lima: CLADEM, 2003), 25. Rosalina Ochoa Díaz: abogada colombiana, integrante de Cladem Colombia, asesora legal de mujeres vinculadas a la prostitución en Bogotá, programa Alcaldía Mayor de Bogotá. Amanda Cecilia Muñoz Moreno: abogada colombiana, coordinadora nacional Cladem Colombia. Asesora en materia de Derechos Humanos y Derecho de Familia. Vinculada al proyecto sobre Prostitución de la Alcaldía Mayor, en el área de Construcción de Ciudadanía (2002).

[45] Cfr. Ibid.

[46] Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Real Academia Española."

[47] OCHOA DÍAZ, "La prostitución: ¿un trabajo o una forma de explotación?," 25.

[48] Ibid.

[49] Así, por ejemplo, la Ordenanza N° 384-MSI, en su artículo octavo señala como conducta prohibida la siguiente: 8.5 2Ofrecer, solicitar, negociar o aceptar, directa o indirectamente, servicios sexuales retribuidos en el espacio público, además conductas que faciliten o vayan

la prostitución no es un delito, su práctica no es similar a la de los demás oficios o profesiones reguladas laboralmente, precisamente por el contenido de la prestación, lo que lleva a prohibir su ofrecimiento y ejercicio en la vía pública, entre otras cosas. El cuerpo de la mujer en la prostitución equivale a una mercadería. Y quien paga "tiene la propiedad de satisfacer necesidades, propiciar gratificación sexual, (...), y ella, en la venta del cuerpo, busca la supervivencia"[50]. Interesa destacar que el hecho de percibir una remuneración en contraprestación de los servicios no convierte al trabajo en una mercancía[51] ni al trabajador en un mercenario, entre otras razones, porque al prestar los servicios se distingue claramente entre la actividad y la persona, que debe ser tratada con la consideración debida a su dignidad. La remuneración es la justa retribución por el trabajo y el instrumento más importante para lograr la justicia en las relaciones laborales, así como para redistribuir la riqueza, ya que permite al trabajador y a su familia acceder a los bienes necesarios[52].

Por tanto, el ejercicio de la prostitución se encuentra en las antípodas de la meta del Trabajo Decente, propuesta por la OIT en 1999, que "sintetiza las aspiraciones de las personas durante su vida laboral. Significa la oportunidad de acceder a un empleo productivo que genere un ingreso justo, la seguridad en el lugar de trabajo y la protección social para las familias, mejores perspectivas de desarrollo personal e integración social, libertad para que los individuos expresen sus opiniones, se organicen y participen en las decisiones que afectan sus vidas, y la igualdad de oportunidades y trato para todos, mujeres y hombres"[53]. En este programa, el respeto a la dignidad ajena es un presupuesto inamovible de acción, —a diferencia de la prostitución— que impone como la regla básica a todos los seres racionales el deber de "tratarse a sí mismo y tratar a todos los demás nunca como simple medio sino siempre al mismo tiempo como fin en sí mismo"[54].

---

encaminadas a promover la prostitución, como transportar, situar en la vía pública, recaudar dinero, imponer condiciones, vigilar la actividad de aquellas personas que la ejerzan". Y establece multas para quienes ejercen o soliciten el ejercicio de la prostitución en la vida pública. Normas similares tiene la Ordenanza 1718 de la Municipalidad de Lima.

50 Maria das Neves RODRÍGUEZ DE ARÁUJO, "Prostitución: trabajo sexual o esclavitud sexual?," en *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?*, ed. CLADEM (Lima: CLADEM, 2003), 45.

51 Cfr. Constitución OIT, Anexo, art. I a).

52 Cfr. PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ», "Compendio de Doctrina Social de la Iglesia," ed. Libreria Editrice Vaticana (Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2005), 302. Añade el documento: "La remuneración del trabajo debe ser tal que permita al hombre y a su familia una vida digna en el plano material, social, cultural y espiritual, teniendo presentes el puesto de trabajo y la productividad de cada uno, así como las condiciones de la empresa y el bien común".

53 O.I.T., *Trabajo decente* (O.I.T., 2016 fecha acceso 2016]); ubicado en http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm.

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

El oficio de la prostitución tiene una connotación distinta a la de los demás oficios y actividades merecedores de tutela laboral. Si bien es cierto que la práctica de la prostitución ya no es un delito, sí lo es la de quienes la promueven, siendo mayor la pena cuando las víctimas son menores de edad[55]. Además, por el profundo daño psíquico, moral y físico que produce se puede calificar como una forma de violencia contra la mujer, tipificada en el artículo 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, y en la Conferencia de Pekín[56]. En cambio, no constituye un delito enseñar a un menor o a un incapaz o discapacitado, a coser, cocinar, segar, pintar, o cualquier otro oficio que pueda ser objeto de un contrato de trabajo, porque es evidente que estos oficios ——a diferencia de aquél—— potencian las capacidades auténticamente humanas. En todo caso, lucrar abusivamente con el trabajo de menores sería siempre reprobable, pero con una diferencia esencial: mientras la prostitución atenta contra la propia dignidad al ser reducida la persona a un objeto de uso y abuso, las demás actividades en sí mismas consideradas, no, aunque las condiciones en que se realicen sí lo sean.

El hecho de que una persona sea mayor de edad ejerza la prostitución no anula sus efectos nocivos. La prostitución tiene una carga moral ——es decir, relativa al desarrollo de hábitos de actuar—— que configura el perfil ético de una persona y, por tanto, el de una sociedad, ya que la acción humana tiene una repercusión social. Ejercer la prostitución, por propia decisión, no entra dentro del ámbito de los derechos de la persona, sino de su acción libre. Es decir, no hay título —ni natural ni positivo— que se pueda invocar para que una persona trate a otra como si fuera una cosa y que pueda usar y abusar de ella, sin responsabilidad alguna. De modo similar a como no hay derecho al suicidio, tampoco lo hay a la prostitución aunque haya personas que decidan suicidarse o prostituirse[57].

Los Estados se plantean acciones de reinserción social para quienes libremente decidan abandonar la prostitución[58], lo cual no ocurre con las demás ocupaciones

---

55 Cfr. Código Penal, art. 179.

56 Donde se definió la violencia de género como "cualquier acto de violencia basado en el sexo que dé lugar o pueda dar lugar a un perjuicio o sufrimiento físico, sexual o psicológico de las mujeres, incluidas las amenazas de tales actos, la coerción o las privaciones arbitrarias de libertad, ya ocurran en la vida pública o en la privada".

57 Sobre la inexistencia del derecho al suicidio puede revisarse la sentencia del Tribunal Constitucional español 120/90 (RTC 120, 90). Para un estudio de mayor amplitud sobre esta cuestión remito a Luz PACHECO ZERGA, "El "Derecho a morir" y el "Deber de matar" por respeto a la dignidad humana," *Revista de Derecho. Universidad de Piura*, no. 8 (2007): 45-60.

58 Cfr. **Comunicación de la Comisión, de 9 de diciembre de 1998, al Consejo y al Parlamento Europeo sobre nuevas medidas en el ámbito de la lucha contra la trata de mujeres establece las siguientes: "**En el plano social, resultan importantes tanto la asistencia social específica para las víctimas (centros de acogida, reinserción) como los controles administrativos más estrictos de las condiciones de trabajo en ciertos sectores de actividad. A largo plazo, la

calificadas como trabajos u ocupaciones por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo[59]. Por eso resulta cuando menos contradictorio, que el Estado invierta fondos públicos en "reincorporar" a la vida social a quienes han ejercido la prostitución y, a la vez, conceda protección jurídica a quienes se dediquen a esta profesión, como si su práctica no fuese una vulneración a su dignidad y al desarrollo de su personalidad, así como a su inserción social.

En España, por ejemplo, se concedió hace más de diez años licencia de funcionamiento a hoteles para el ejercicio independiente de la prostitución. Pocos meses después de esta medida, la ex directora del Programa de la Mujer de la UNESCO, Wassyla Tamzali, declaró en el Ayuntamiento de Madrid que España es el país de la Unión Europea en el que es más fácil ejercer la prostitución porque "la prostitución está industrializada, y eso no ocurre en ningún otro país del mundo, hay que poner obstáculos a la prostitución en lugar de hacer autopistas que atraen a más clientes y más prostitutas"[60]. Un estudio reciente demuestra el aumento de la prostitución en ese país y pone de manifiesto que "regular la prostitución como una profesión tendría graves problemas jurídicos, tanto en materia de derechos fundamentales, como laborales y de contratación civil"[61].

El aumento de la prostitución en el mundo entero está directamente relacionado con la trata de personas, que se realizan, en su gran mayoría en un ámbito

---

prevención constituye un elemento clave para cambiar la actitud de la sociedad hacia la explotación sexual de las mujeres. Para ello, la Comisión se propone utilizar las políticas y los programas existentes en materia social (INTEGRA), educativa (LEONARDO) y de salud para luchar contra el racismo y promover la igualdad de oportunidades y los derechos humanos. El programa DAPHNE se encuadra también en este enfoque, apoyando a las ONG que actúan sobre el terreno". Respecto a los daños que produce el ejercicio de ese oficio los estudios de la Organización Mundial de la Salud, señalan que su situación impide que logren el mayor grado de salud física y mental. Los de la Organización Panamericana de la Salud demuestran que, entre las secuelas físicas y psicológicas que presentan, pueden mencionarse hematomas, huesos rotos, heridas en la cabeza, heridas de arma blanca, lesiones múltiples, pérdida de dentadura. Cfr. Sara TORRES, "Palabras cruzadas," in *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?* (Lima: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer—CLADEM, 2003), 21.

59 Cfr. la relación de ocupaciones de mayor demanda en el país en: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/publicaciones_dnpefp/2014/IDENTIFICACION_OCUPACIONES_DEMANDADAS_NIVELNACIONAL_SC_1E-2014.pdf

60 Libertad Digital S.A. Libertad, *Una experta afirma que España es el país de la UE donde más fácil es prostituirse* (Libertad Digital S.A., 2004 fecha acceso 2004]). Para un estudio en profundidad de este tema remito a lo publicado en PACHECO ZERGA, Luz, "La aplicación del Derecho del Trabajo" en *Jurisprudencia TSJ, AP y otros Tribunales,* 2004, 11-27.

61 BRUFAO CURIEL, Pedro*, Prostitución y políticas públicas: entre la reglamentación, la legalización y la abolición,* Fundación Alternativas, 2008, 33. Ubicado en http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/portal_social/import/varis/varis0139.pdf En este estudio se hacen propuestas que podrían ser aplicables en nuestro país.

geográfico limitado[62]. Se denunció hace unos años, con autorizada experiencia, que respecto a la prostitución y la trata de personas, "para su explotación sexual y laboral, advertimos la laxitud de los discursos académicos, de las disposiciones legales y la ambigua y engañosa jerga de las instituciones"[63]. En este sentido los organismos internacionales han disfrazado la realidad con términos considerados "neutros", utilizando un lenguaje encubridor, que se aprecia inclusive en el de la OMS (Organización Mundial de la Salud) que "comenzó a tratar el tema de la prostitución con el aséptico rótulo de "trabajo sexual", sin ninguna fundamentación. En su publicación *The Sex Sector*, la OIT (Organización Mundial del Trabajo) sostiene que la existencia de la llamada "industria sexual" es un hecho justificado por el dinero que produce"[64]. No se puede silenciar que ha correspondido a las autoridades holandesas, país que tiene en la "industria sexual" una de sus más importantes fuentes de recursos, proponer un nuevo concepto para lograr la legitimación de esta profesión, que es el de "pleno consentimiento a la propia explotación", y sentando como premisa que "la legitimidad de tal comercio" ya no se discute(...)" [65].

Por eso, referirse al contrato por el cual se pacta la prostitución como si fuera un "contrato laboral, es hablar de "ficciones políticas"; son meros contratos de esclavitud. Y llamar a estas relaciones "contrato" equivale a "legitimar una lógica infame de dominio. La relación entre mujeres y varones es una relación asimétrica de dominio y opresión, que llega al máximo en la compra sexual de personas en prostitución"[66]. Más aún, pretender legitimar "la venta de personas para consumo

---

62 Cfr. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC), *Informe mundial sobre la trata de personas. Resumen ejecutivo*, 2014, punto 2. Ubicado en https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf

63 Sara TORRES, "Palabras cruzadas," 14. Militante feminista argentina, integrante de organismos de Derecho Humanos en Política Sexual (UFA Unión Feminista Argentina, Grupo Política Sexual 1972/1976). Educadora sexual. Investigadora sobre prostitución. Referente en Argentina de la Coalición Contra la Trata de Mujeres (CATW).

64 Leonor G. Nuñez, "Salud, trabajo y prostitución". Foro Internacional de Mujeres Contra la Corrupción. Bs. As. Citada por ibid., 14-15.

65 Leonor G. Nuñez, "Salud, trabajo y prostitución". Foro Internacional de Mujeres Contra la Corrupción. Bs. As. Citada por ibid. "El famoso distrito rojo y los "coffee shops" holandeses que venden sexo y drogas contribuyen con 2.500 millones de euros por año a la economía nacional, o algo más del consumo de queso del país, dijeron las autoridades holandesas. Cálculos oficiales difundidos el miércoles bajo nuevas guías europeas mostraron que la industria representaba alrededor del 0,4 por ciento del producto interno bruto (PIB)". Thomas ESCRITT, *Es oficial: drogas y prostitución impulsan economía holandesa* (Reuters. América Latina, 2014 fecha acceso 2016]); ubicado en http://lta.reuters.com/article/worldNews/idLTAKBN0F020X20140625.

66 Cecilia LIPSYC, "Mujeres en situación de prostitución: ¿esclavitud sexual o trabajo sexual?," en *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud?* (Lima: CLADEM, 2003), 59. Socióloga feminista argentina. Especialista en Estudios de la Mujer. Diputada Nacional Constituyente. Investigadora. Docente de Postgrado. Vicepresidenta de ADEUEM. Consultora y Directora de Proyectos de UNICEF, UNIFEM, Unión Europea.Asesora en la temática de género en el Senado de la

sexual —al igual que fuera una gaseosa— es como el máximum de la cultura individualista del neoliberalismo que denigra a la humanidad. Es una postura que, con la excusa de no discriminar a las mujeres en situación de prostitución, esconde y legitima el tráfico, la trata y el proxenetismo"[67]. Por tanto, no se puede olvidar que detrás de las presiones por cambiar el lenguaje en esta materia se encuentran fuertes intereses económicos, que alzan sus voces, presentándose como defensores de derechos de las mujeres, cuando la realidad demuestra lo contrario[68].

## 4. CONCLUSIONES

El respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos inalienables es un deber que obliga especialmente a quienes tienen en sus manos la aplicación de las leyes en la solución de conflictos jurídicos.

El término trabajo y el de trabajador sólo puede aplicarse a aquellas actividades que sean compatibles con el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de la persona.

El ejercicio de la prostitución no cumple una función social sino, más bien, es una forma de esclavitud que origina problemas de convivencia ciudadana, de allí que se pueda hablar de la disfunción social de la prostitución. Y, si bien es oficio, no puede calificarse como *trabajo* porque no es un derecho ni tampoco, un deber por ser contrario a la dignidad humana. Por tanto, el término "trabajadoras sexuales" contiene una contradicción *in terminis* que es incompatible con el Ordenamiento jurídico peruano.

No es posible reconocer derechos laborales ni comerciales cuando el acto jurídico parte de la cosificación de una persona y del desconocimiento de su dignidad y de los derechos fundamentales que le corresponden.

El problema de la prostitución y de la trata de personas no se solucionará con el reconocimiento de derechos laborales sino con políticas públicas integrales, que respeten la dignidad de las personas, en particular de la mujer y de los menores, que son las víctimas de esa actividad.

Se ha demostrado que detrás de esas campañas para modificar el lenguaje y sustituir los términos en relación a la sustitución existen fuertes intereses económicos que aprovechan la situación de vulnerabilidad de quienes ejercen la prostitución.

---

Nación.Directora Regional del proyecto de UNIFEM "Feminización de las migraciones en América Latina.Discriminación Xenofobia. Racismo".

67 Ibid., 60.

68 En Argentina se ha podido demostrar que dos ONG —ONUSIDA y LUSIDA— implementaron "planes de prevención de VIH—SIDA, convocando a personas en prostitución como promotoras para llevarlos a cabo siempre que éstas se agrupasen como "trabajadoras sexuales" o "trabajadores del sexo". No existe un estudio similar en el Perú, pero no sería de extrañar un resultado semejante, a la luz de los estudios sobre esta materia en América del Sur. Cfr. TORRES, "Palabras cruzadas," 15.

**BIBLIOGRAFÍA**

ALONSO OLEA, Manuel. *De la servidumbre al contrato de trabajo*, *Estudios Jurídicos*. Madrid: Tecnos, 1979.

———. *De la servidumbre al contrato de trabajo*. 2a ed. Madrid: Tecnos, 1987.

———. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 6a ed. Madrid: Civitas, 2002.

———. *La aplicación del Derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo. Servicio de Publicaciones, 1970.

———. "Las raíces del contrato de trabajo." *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, no. 21 (1989): 397-416.

ALONSO OLEA, Manuel / CASAS BAAMONDE, Mª Emilia. *Derecho del Trabajo*. 26ª ed. Madrid: Thomson &Civitas, 2006.

CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral. Derecho de Obligaciones*. Editado por Gabriel García Cantero (revisada y puesta al día). 16 ed. Vol. III. Madrid: REUS, 1992.

ESCRITT, Thomas *Es oficial: drogas y prostitución impulsan economía holandesa* Reuters. América Latina, 2014 [cited 21 agosto 2016]. Ubicado en http://lta.reuters.com/article/worldNews/idLTAKBN0F020X20140625.

GONZÁLEZ, Ana Marta. "La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica." en *Biotecnología, Dignidad y Derecho: bases para un diálogo*, 17-41. Pamplona: EUNSA, 2004.

LA CRUZ BERDEJO, José Luis / SANCHO REBUDILLA, Francisco / LUNA SERRANO, Agustín / DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús / RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, y Joaquín RAMS ALBESA. *Elementos de Derecho Civil. II. Derecho de Obligaciones*. Editado por Francisco Rivero Hernández (revisada y puesta al día). 3a ed. Vol. II-1. Madrid: Dykinson, 2003.

Libertad, Digital S.A. *Una experta afirma que España es el país de la UE donde más fácil es prostituirse* Libertad Digital S.A., 2004 [cited 30.III 2004].

LIPSYC, Cecilia "Mujeres en situación de prostitución: ¿esclavitud sexual o trabajo sexual?" en *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud?*, 55-70. Lima: CLADEM, 2003.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 29a ed. Madrid: Tecnos, 2008.

O.I.T. *Trabajo decente* O.I.T., 2016 [cited 16 agosto 2016]. Ubicado en http://www.ilo.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm.

OCHOA DÍAZ, Rosalina / MUÑOZ MORENO, Amanda C. "La prostitución: ¿un trabajo o una forma de explotación?" en *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?*, 24-30. Lima: CLADEM, 2003.

PACHECO ZERGA, Luz. "Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales." *Asesoría Laboral*, no. 249 (2011): 15-25.

———. "El "Derecho a morir" y el "Deber de matar" por respeto a la dignidad humana." *Revista de Derecho. Universidad de Piura*, no. 8 (2007): 45-60.

PONTIFICIO CONSEJO «JUSTICIA Y PAZ». "Compendio de Doctrina Social de la Iglesia." editado por Libreria Editrice Vaticana. Roma: Libreria Editrice Vaticana, 2005.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, (PDNU). "Informe sobre Desarrollo Humano 2015. Trabajo al servicio del desarrollo humano." Nueva York: PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, (PDNU), 2015.

RAMOS QUINTANA, Margarita Isabel. "Irrenunciabilidad de derechos." en *Enciclopedia Laboral Básica "Alfredo Montoya Melgar"*, editado por Antonio V. Sempere Navarro; Francisco Pérez de los Cobos Orihuel; Raquel Aguilera Izquierdo (Dirección y Coordinación), 802-04. Madrid: Universidad Complutense de Madrid &Universidad Rey Juan Carlos & Thomson Reuteres, 2009.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Diccionario de la Real Academia Española." Madrid: Real Academia Española, 2016.

RODRÍGUEZ DE ARÁUJO, Maria das Neves. "Prostitución: trabajo sexual o esclavitud sexual?" en *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?*, editado por CLADEM, 31-44. Lima: CLADEM, 2003.

STIX-HACKL, Christine. "Conclusiones de la Abogado General en el asunto C-36/02." TSJCE, 18.III.2004.

TORRES, Sara. "Palabras cruzadas." en *Prostitución: ¿trabajo o esclavitud sexual?*, 11-23. Lima: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer—CLADEM, 2003.

# El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su calificación en la interpretación judicial

**William Quispe Lovatón**

Abogado laboralista del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya.
Contacto: wquispe@munizlaw.com

***SUMARIO***

*I. Introducción. II. El despido: definición y características. III. Clasificación del despido en la legislacion laboral y su nivel de protección. 3.1. El despido justificado. 3.2. El despido arbitrario. 3.3. El despido nulo. 3.4. El despido indirecto. IV. Clasificación del despido en la jurisprudencia y su nivel de protección. 4.1. Sentencia n° 1124-2001-aa/tc (caso fetratel). 4.2. Sentencia n° 976-2001-aa/tc (caso eusebio llanos huasco). 4.3. Sentencia n° 0206-2005-pa/tc (caso césar antonio baylón flores). V. La calificación del despido injustificado: a propósito de las casaciones n° 9739-2013-ica y 9791-2013-junin. VI. Límites en la interpretación judicial del despido injustificado. VII. Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

Al finalizar el año 2015, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) elaboró un anuario estadístico sectorial en el cual determinó que a nivel nacional se desarrollaron 8,574 órdenes de inspección que tuvieron como objeto de fiscalización, verificar la ejecución de despido[1]. Esa cifra estadística únicamente consideró el número de reclamos atendidos por el MTPE, es decir, excluyó los despidos no registrados por esa entidad, los cuales podrían superar significativamente la cifra antes mencionada.

La información estadística referida es relevante, ya que dentro de las instituciones que componen el estudio del derecho del trabajo, probablemente sea el despido, el que mayor análisis y discusión genera entre trabajadores y empleadores, pues configura una de las principales causas, a través del cual, se extinguen sus obligaciones. No se debe perder de vista que la importancia de su estudio, también puede ser abordada desde una perspectiva estatal —como un problema social— cuando alcanza grandes escalas.

No obstante, si bien el despido puede ser preocupante desde una perspectiva de interés social, este adquiere mayor relevancia en las relaciones laborales entre particulares, ya que actualmente nuestro ordenamiento jurídico califica el despido injustificado como una categoría independiente y autónoma del despido fraudulento, situación de hecho que no permite el mismo nivel de protección de los trabajadores que fueron objeto de ambas clases de despido, pese a que en realidad sufrieron el mismo hecho lesivo.

En este orden de ideas, en la presente monografía desarrollaremos la clasificación del despido de acuerdo a la legislación laboral vigente y la jurisprudencia, así como su nivel de protección, ello con la finalidad de proponer la regulación del despido arbitrario como categoría general de despido y la integración del despido injustificado como un supuesto del despido fraudulento, evitando así problemas de interpretación judicial al momento de resolver conflictos laborales.

## II. EL DESPIDO: DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS

Con el objeto de arribar a una mejor comprensión sobre el despido y sus principales características, previamente se debe tener en cuenta los alcances que tiene el poder de dirección en la doctrina y la legislación laboral vigente. A nivel doctrinario, Neves Mujica enseña que mediante el poder de dirección *"se permite al empleador dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador"*[2]. Por su parte, a nivel

---

1 Fuente: http://www2.trabajo.gob.pe/archivos/estadisticas/anuario/Anuario_2015_280616.pdf. Consulta: 7 de Agosto del 2016.

2 NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Segunda edición, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 36.

legislativo, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) establece lo siguiente:

> "Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador"

Bajo esas consideraciones preliminares, se puede advertir que una de las facultades que el poder de dirección otorga al empleador, es aquella relacionada a la posibilidad de sancionar al trabajador, por la infracción o el incumplimiento de las obligaciones que asume por el contrato de trabajo y adicionalmente, extinguir la relación laboral por causa justa relacionada con la capacidad o la conducta. Sin embargo, para que esa decisión sea válida necesariamente deberá observar parámetros objetivos.

De este modo, a fin de abordar el tema objeto de análisis, se debe tener en cuenta la definición de despido. De acuerdo a Néstor de Buen, el despido es *"un acto unilateral a virtud del cual el patrón da por terminada la relación laboral invocando una causa grave de incumplimiento imputable al trabajador"*[3]. Por su parte, Plá Rodríguez considera que el despido *"es un acto unilateral por el cual el empleador pone fin al contrato de trabajo"*[4], siendo en nuestra opinión esa última definición la que tiene mejor interpretación.

En efecto, el despido es una conducta en virtud de la cual, el empleador decide —unilateralmente— extinguir la relación de trabajo, siendo importante considerar que para la configuración de despido, no es relevante la existencia de un motivo que lo justifique, pues bajo cualquier supuesto, nos encontraremos ante la extinción del vínculo laboral por parte del empleador. Situación distinta es aquella relacionada a la calificación y validez de esta forma de extinción de la relación laboral, aspecto que será desarrollado oportunamente.

Una vez conocido el contenido esencial del poder de dirección del empleador —potestad de dirigir, fiscalizar y sancionar— así como la definición de despido, conviene detallar en este punto, las características que distinguen esa forma de extinción de la relación de trabajo, que a la vez constituyen las exigencias mínimas para su validez. En este orden de ideas, el profesor Montoya Melgar[5] precisa que el despido tiene cuatro características principales, las cuales se detallan a continuación:

---

[3] DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo segundo, Vigésima segunda edición, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 80.

[4] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *"Extinción del contrato de trabajo en Uruguay"*. En: *La extinción de la relación laboral,* AELE Editorial, Lima, 1987, p. 346.

[5] MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Vigésima segunda edición, Tecnos, Madrid, 2001, pp. 463-464.

1. Es un acto unilateral del empleador, ya que para su eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
2. Es un acto constitutivo, ya que el empleador no se limita a proponer el despido, sino que lo realiza en forma directa.
3. Es un acto recepticio, ya que para su eficacia la voluntad extintiva del empleador debe ser conocida por el trabajador despedido.
4. Es un acto que produce la extinción contractual, ya que cesan a futuro los efectos del contrato de trabajo

Analizando esas características, se advierte que el despido constituye una forma de resolución del contrato de trabajo que adopta el empleador, ya que a través de dicha decisión extingue la relación de trabajo y las obligaciones recíprocas a cargo de los sujetos que intervienen en ella. Sin embargo, la característica de mayor importancia para el tema objeto de análisis es la vinculada al carácter unilateral con el cual el empleador decide extinguir la relación de trabajo.

## III. CLASIFICACIÓN DEL DESPIDO EN LA LEGISLACION LABORAL Y SU NIVEL DE PROTECCIÓN

De acuerdo a la LPCL y el Decreto Supremo Nº 001-96-TR Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo —dispositivos normativos que regulan el régimen laboral de la actividad privada— las clases de despido que regula nuestra legislación laboral vigente son: **i)** Despido justificado, **ii)** Despido arbitrario, **iii)** Despido nulo y **iv)** Despido indirecto. Cada una de esas modalidades de despido, presentan características propias y específicas que las distinguen una de otras, las cuales se detallan a continuación:

### 3.1. El despido justificado

El Art. 22 de la LPCL establece que el despido justificado es aquel que ejecuta el empleador acusando contra el trabajador una causa justa establecida en la ley y debidamente comprobada[6]. Cabe precisar que la causa justa de despido, puede estar relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, correspondiendo a éste acreditar el hecho del despido y al empleador, acreditar la existencia de causa justa de despido —relacionada a la conducta o capacidad— en el proceso judicial correspondiente.

Dentro de los supuestos que permiten ejecutar un despido justificado en la capacidad del trabajador, se encuentran las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando —realizados los ajustes razonables correspondientes— impiden el desempeño de los servicios prestados por el traba-

[6] Requisito exigible para la ejecución de despido de un trabajador, sujeto al régimen de la actividad privada cuya jornada de trabajo sea igual o superior a cuatro (04) horas diarias.

jador; sin embargo, para que se configure ese supuesto, es necesario que no exista un puesto vacante en el cual, el trabajador pueda ser transferido y que ello, no implique riesgos para su seguridad o salud, ni la de terceras personas.

Los demás supuestos que justifican la ejecución de un despido por la capacidad del trabajador, están relacionados por una parte, al rendimiento deficiente en relación a su propia capacidad y al rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; y por otra, a la negativa injustificada del trabajador, de someterse a un examen médico previamente convenido o establecido por ley, o su negativa a cumplir medidas profilácticas o curativas prescritas por un médico para evitar enfermedades o accidentes.

De otro lado, los supuestos que permiten ejecutar un despido justificado en la conducta del trabajador son: **i)** La comisión de alguna falta grave prevista en el artículo 25 de la LPCL, entendiéndose por ella, la infracción del trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal índole que hagan irrazonable la subsistencia de la relación laboral, **ii)** La condena penal por delito doloso y **iii)** La inhabilitación del trabajador por un periodo igual o superior a tres meses.

No se debe perder de vista que para ejecutar en forma válida el despido justificado en conducta y/o capacidad, el empleador necesariamente debe observar un procedimiento regular de despido, concediendo por escrito al trabajador, un plazo razonable no menor de seis días naturales, para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le imputan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad, o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Asimismo, el empleador se encuentra obligado a comunicar el despido justificado al trabajador, en forma escrita indicando de modo preciso —que no deje margen de duda— la causa del despido y la fecha a partir de la cual se configura el cese. Finalmente, se debe tener en cuenta que el despido del trabajador fundado en causa justa relacionada a su conducta y/o capacidad debidamente comprobada, no da lugar a la posibilidad de solicitar una tutela restitutoria (reposición) ni resarcitoria (indemnización por despido).

### 3.2. El despido arbitrario

Según Arce Ortíz, el despido arbitrario *"como su mismo nombre lo indica es un despido discrecional que ha de reputarse ilegítimo dentro del ordenamiento. Y tanto es así que debe ser indemnizado"*[7]. De otra parte, Valderrama Valderrama y Tovalino Castro, precisan que por el despido arbitrario el empleador *"no tiene causa justa*

[7] ARCE ORTÍZ, Elmer. *La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales,* Tercera edición, Ubi Lex Asesores, Lima, 2015, p. 55.

*para despedir a su trabajador"*[8], en este último concepto también se precisa que el despido arbitrario se configura cuando la causa justa acusada contra el trabajador, no se prueba en instancia judicial.

A nivel legislativo, el artículo 34 de la LPCL establece que el despido arbitrario se configura en dos supuestos: **i)** Cuando el empleador ejecuta un despido sin expresar causa y **ii)** Cuando el empleador ejecuta un despido sin demostrar causa justa en el proceso judicial correspondiente. Como refiere Monzón Zevallos[9], ese dispositivo normativo ya regulaba el despido incausado y el fraudulento, supuestos en los que el trabajador solamente tenía derecho al pago de una indemnización como única forma reparación por el daño sufrido a consecuencia del despido arbitrario (tutela resarcitoria).

Cabe precisar que la indemnización por despido arbitrario, varía de acuerdo al tipo de contrato de trabajo, ya que si es a plazo indeterminado, equivale a una remuneración y media por cada año completo de servicios considerando los meses y días laborados, mientras que si es a plazo determinado, equivale a una remuneración y media mensual por cada mes dejado de laborar. Sin embargo, en ambos supuestos la indemnización no debe exceder de doce remuneraciones ordinarias, independiente al pago de derechos o beneficios laborales.

Se debe tener en cuenta que esa forma exclusiva de tutela es discutida a nivel doctrinario. Sobre el particular Neves Mujica sostiene que *"la única verdadera adecuada protección frente al despido arbitrario es la reposición"*[10]. Esa observación también fue abordada y resuelta a nivel jurisprudencial; sin embargo —como se desarrollará oportunamente— los pronunciamientos emitidos no son precisos, hecho que genera problemas al momento de resolver conflictos laborales relacionados al despido en instancia judicial.

### 3.3. El despido nulo

De acuerdo a Blancas Bustamante *"la nulidad de despido solo procede cuando obedece a motivos cuya naturaleza no consiente que se admita su validez como supuestos legitimadores del acto extintivo del empleador. Se establece por ello, una diferencia con el despido arbitrario pues en este falta la causa justa de despido —por no haberse demostrado en juicio la invocada por el empleador o por no haberla alegado éste como sustento de su decisión— mientras que en el despido nulo existe una causa, pero esta*

---

8 VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis y TOVALINO CASTRO, Fiorella. *Despido arbitrario. Nuevos criterios jurisprudenciales sobre su calificación*. Primera edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 33.

9 MONZÓN ZEVALLOS, Willy. "*El costo que genera el despido arbitrario en el Perú*". En: *Soluciones Laborales*, Edición N° 100, Gaceta Jurídica, Lima, 2016, p. 75.

10 NEVES MUJICA, Javier. "*La estabilidad laboral en la Constitución de 1993*". En: *Lecturas sobre temas constitucionales,* Comisión Andina de Juristas N° 11, Lima, 1996, p. 48.

*es recusada por el ordenamiento jurídico por implicar la vulneración de derechos fundamentales*"[11].

Dicho de otro modo, el despido nulo a diferencia del despido arbitrario, es ejecutado por el empleador cuando acusa contra el trabajador una causa de despido; sin embargo, esta tiene la característica de ser ilícita por implicar la vulneración de derechos fundamentales. Nuestra legislación laboral vigente, regula los supuestos que configuran despido nulo en el artículo 29 de la LPCL, dispositivo normativo que establece lo siguiente:

> "Es nulo el despido que tenga por motivo:
>
> La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
>
> Se candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
>
> Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25;
>
> La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
>
> El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.
>
> Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa".

Además de esos supuestos, también son nulos: **i)** El despido al trabajador portador de VIH SIDA (artículo 6 de la Ley N° 26626) y **ii)** El despido al trabajador que padece tuberculosis (artículo 11 de la Ley N° 30287). Cabe precisar que el despido discriminatorio es nulo; por lo que se vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pudiendo el trabajador afectado solicitar la reposición (tutela restitutoria) o el pago de indemnización (tutela resarcitoria) cuando el proceso se encuentra en etapa de ejecución.

### 3.4. El despido indirecto

El despido indirecto según Russomano, se ejecuta cuando el empleador *"crea condiciones insoportables para el trabajador, con lo que impide la continuación del*

---

[11] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano,* Tercera edición, Jurista editores, Lima, 2013, p. 358.

*servicio"*[12]. Asimismo, Plá Rodríguez[13] enseña que el despido indirecto se configura cuando concurren los siguientes elementos: **i)** El incumplimiento de obligaciones y condiciones de trabajo por parte del empleador, **ii)** La decisión del trabajador de considerarse despedido debido a ese incumplimiento y **iii)** El retiro del trabajador del centro de trabajo.

En referencia a los elementos del despido indirecto, se puede concluir que aquel se origina a partir de un acto de hostilidad no enmendado por el empleador, frente al cual el trabajador extingue el vínculo laboral; por ello, constituye una figura peculiar de despido, ya que es el propio trabajador quien —frente a la inercia en el cambio de conducta de su empleador— extingue el contrato de trabajo. Nuestra legislación laboral vigente, tipifica los actos de hostilidad en el artículo 30 de la LPCL de la siguiente forma:

> "Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:
>
> La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
>
> La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
>
> El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios con el propósito de ocasionarle perjuicio;
>
> La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
>
> El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
>
> Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
>
> Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador; y
>
> La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad".

En relación a la tutela que merece este tipo de despido, el artículo 35 de la LPCL establece que el trabajador que opte por la dimisión o la terminación del contrato de trabajo, únicamente podrá solicitar el pago de una indemnización equivalente a la de un despido arbitrario (tutela resarcitoria) pretensión independiente de la

---

[12] RUSSOMANO, Mozart Víctor. *La estabilidad del trabajador en la empresa,* Universidad Autónoma de México, México, p. 36.

[13] PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "*La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados".* En: Análisis Laboral, Lima, 1980, p. 102.

multa que se imponga al empleador por la ejecución de actos de hostilidad y los derechos laborales económicos que pudieran corresponder al trabajador.

El siguiente cuadro resume, las clases de despido, sus niveles de protección (tutela) y efectos regulados por nuestra legislación laboral vigente:

| CLASIFICACIÓN DEL DESPIDO EN LA LEGISLACION LABORAL | | |
|---|---|---|
| Clases de despido | Nivel de protección | Efecto |
| Despido justificado | Ninguno | Ninguno |
| Despido arbitrario | - Tutela resarcitoria | - Indemnización |
| Despido nulo | - Tutela restitutoria<br>- Tutela resarcitoria | - Reposición<br>- Indemnización |
| Despido indirecto | - Tutela resarcitoria | - Indemnización |

(**Fuente:** Legislación laboral vigente. **Elaboración:** Propia)

## IV. CLASIFICACIÓN DEL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA Y SU NIVEL DE PROTECCIÓN

En la jurisprudencia nacional, el derecho del trabajo fue uno de los temas principales que principales mayor desarrollo y discusión principales en los últimos años. En efecto, el Tribunal Constitucional (TC) desarrolló criterios jurisprudenciales respecto al nivel de protección que recibe el derecho del trabajo regulado por el artículo 22 de la Constitución Política del Perú, entre las principales sentencias emitidas podemos considerar:

### 4.1. Sentencia N° 1124-2001-AA/TC (caso FETRATEL)

En el caso FETRATEL, el TC realizó una interpretación sistemática de los artículos 34 de la LPCL y los artículos 22 y 27 de la Constitución, precisando que la norma jurídica contenida en la LPCL no sería compatible con la disposición constitucional, ya que vaciaría de contenido el derecho del trabajo y evidenciaría la desaparición del principio tuitivo; motivo por el cual, a criterio del TC, la forma de reparación frente al despido arbitrario, no solo debía comprender la posibilidad de solicitar el pago de una indemnización (tutela resarcitoria) sino también la posibilidad de solicitar la reposición (tutela restitutoria)[14].

[14] Fundamento Jurídico 12 de la Sentencia de Tribunal Constitucional N° 1124-2001-AA/TC de fecha 11 de Julio del 2002.

### 4.2. Sentencia N° 976-2001-AA/TC (caso Eusebio Llanos Huasco)

Posteriormente, en el caso Eusebio Llanos Huasco, el TC precisó que las clases de despido frente a los cuales, el trabajador afectado podría solicitar una tutela restitutoria, a través de reposición serían los siguientes: El despido nulo, el despido incausado y el despido fraudulento. Asimismo, estableció que ante la ejecución de un despido injustificado —sin precisar qué se entiende por aquél— el trabajador afectado únicamente podría solicitar el pago de una indemnización (tutela resarcitoria). Sin embargo, el aporte más importante de este caso, fue la definición del despido incausado y el despido fraudulento, a saber:

#### *a) Despido incausado*

De acuerdo al TC, esta clase de despido surge de conformidad con los alcances desarrollados en la Sentencia N° 1124-2001-AA/TC (Caso FETRATEL) con la finalidad de cautelar la vigencia plena del artículo 22 de la Constitución Política. En este sentido, se estableció que se produce el denominado despido incausado cuando *"se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique"*[15].

#### *b) Despido fraudulento*

Este despido surge como consecuencia de la Sentencia N° 0628-2001-AA/TC, pronunciamiento en el cual el TC consideró que *"El derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Carta Magna ((...).). Por lo que sus lineamientos (...) no pueden ser meramente literales o estáticos, sino efectivos y oportunos ante circunstancias en que se vislumbra con claridad el abuso del derecho en la subordinación funcional y económica"*[16].

Bajo esas consideraciones, el TC estableció que el despido fraudulento se configura cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño; por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, precisando que los supuestos de ese tipo de despido se configuran cuando:

1. Se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios;
2. Se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad;

---

[15] Literal b) del Fundamento Jurídico 15 de la Sentencia de Tribunal Constitucional N° 976-2001-AA/TC de fecha 13 de Marzo del 2003.

[16] Fundamento Jurídico 6 de la Sentencia de Tribunal Constitucional N° 628-2001-AA/TC de fecha 10 de Julio del 2002.

3. Se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad; o
4. Se produce la extinción de la relación laboral mediante la fabricación de pruebas[17].

Se debe reiterar que en el caso Eusebio Llanos Huasco, el TC no excluyó la posibilidad que el trabajador pueda solicitar el pago de una indemnización (tutela resarcitoria) frente a la ejecución de un despido incausado o fraudulento, sino que únicamente estableció la posibilidad de solicitar la reposición en tales supuestos (tutela restitutoria) otorgando al trabajador, la facultad de elegir la forma de protección frente al despido arbitrario, el cual como se desarrollará oportunamente debe entenderse como una categoría general que incluye a las clases de despido antes referidas.

### 4.3. Sentencia N° 0206-2005-PA/TC (caso César Antonio Baylón Flores)

En el caso César Antonio Baylón Flores, el TC integró el criterio establecido en los casos referidos anteriormente, siendo su aporte más importante, establecer como precedente el carácter residual del amparo en los casos donde se pretende la reposición del derecho al trabajo[18]. Sobre ese aspecto particular, se determinó que únicamente se podría acudir al amparo, cuando las vías ordinarias no son idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o cuando exista una necesidad de protección urgente del derecho vulnerado.

Adicionalmente, teniendo en cuenta esas consideraciones, el TC precisó que en el supuesto que el trabajador demandante acuda a la vía extraordinaria del amparo, corresponde a este último asumir la carga de la prueba para demostrar sin dejar margen de duda la ejecución o amenaza de una lesión a su derecho fundamental al trabajo, siendo esta garantía constitucional la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado y no el proceso ordinario correspondiente.

El siguiente cuadro resume, las clases de despido, sus niveles de protección (tutela) y efectos regulados por el TC:

| CLASIFICACIÓN DEL DESPIDO EN LA JURISPRUDENCIA | | |
|---|---|---|
| Clases de despido | Nivel de protección | Efecto |
| Despido incausado | Tutela restitutoria | Reposición |
| | Tutela resarcitoria | Indemnización |

[17] Literal c) del Fundamento Jurídico 15 de la Sentencia de Tribunal Constitucional N° 976-2001-AA/TC de fecha 13 de Marzo del 2003.

[18] Fundamento Jurídico 32 de la Sentencia de Tribunal Constitucional N° 0206-2005-PA/TC de fecha 28 de Noviembre del 2005.

| | | |
|---|---|---|
| Despido fraudulento | Tutela restitutoria<br>Tutela resarcitoria | Reposición<br>Indemnización |
| Despido injustificado | Tutela resarcitoria | Indemnización |

(**Fuente:** Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Elaboración:** Propia)

## V. LA CALIFICACIÓN DEL DESPIDO INJUSTIFICADO: A PROPÓSITO DE LAS CASACIONES N° 9739-2013-ICA Y 9791-2013-JUNIN

Como se precisó oportunamente, en el caso Eusebio Llanos Huasco se determinó la existencia de tres clases de despido: **i)** Despido incausado, **ii)** Despido fraudulento y **iii)** Despido injustificado. La definición de los primeros, despido incausado y despido fraudulento, fue desarrollada ampliamente por el TC en esa sentencia; sin embargo, la definición del despido injustificado, no recibió la misma atención; por lo que no se precisó con certeza cuando se configuraría un despido injustificado, el cual incluso se pudo entender por su terminología como un despido arbitrario.

Si bien en el caso Eusebio Llanos Huasco se precisó que mediante el despido injustificado el trabajador podría solicitar el pago de una indemnización, esa clase de despido, a diferencia del incausado y fraudulento, no fue definida. Ante ello, surgió la posición consistente en sostener que esa clase de despido, estaría incluida en los supuestos del despido fraudulento; sin embargo, esa hipótesis fue descartada mediante las casaciones N° 9739-2013-ICA y 9791-2013-JUNÍN , en las cuales la Corte Suprema de la República (CS) estableció lo siguiente:

> *"Tenemos que el artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) señala que: El despido del trabajador fundando en causas relacionadas con su conducta o capacidad no da lugar a la indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38 como única reparación por el daño sufrido (...).* ***Se constata entonces que, el artículo antes glosado tiene dos supuestos normativos: la del despido sin causa (o incausado) y la del despido con causa no demostrada en juicio (injustificado)".***
>
> *"(...) En tal sentido, es válido concluir en que, de cara a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en la fértil jurisprudencia que se ha venido construyendo en la última década y que ha tenido recepción por parte de esta Suprema Sala al dispensar tutela restitutoria en los casos señalados (despidos nulos, incausados o fraudulentos),* ***nuestro ordenamiento jurídico ha contemplado que dentro de la categoría de despido nominado como "arbitrario" encontramos dos subtipos, los de despido incausado (con tutela restitutoria, según lo antes anotado); y el despido injustificado (con tutela resarcitoria)".***
>
> *(Resaltado nuestro)*

Como se advierte de las sentencias citadas, la CS estableció que el despido arbitrario constituiría un clase de despido genérico, a partir del cual se desprenderían a su vez, únicamente dos clases específicas de despido: **i)** Despido incausado, entendiéndose por este al despido ejecutado sin expresión de causa y **ii)** Despido injustificado, entendiéndose por este al despido ejecutado con expresión de causa no demostrada en juicio.

Es decir, mediante los pronunciamientos citados, se estableció la existencia del despido injustificado como una clase de despido autónoma e independiente, con características específicas y distintivas, siendo importante precisar que de acuerdo a la CS, esa clase de despido únicamente posibilitaría al trabajador afectado solicitar el pago de una indemnización (tutela resarcitoria) mas no el derecho a obtener la reposición (tutela restitutoria) como sucede en los supuestos de despido incausado, nulo y fraudulento.

Sin embargo, esos pronunciamientos lejos de precisar y facilitar la administración de justicia, pusieron en evidencia una discusión al momento de interpretar en sede judicial la configuración del despido injustificado, ya que —como se desarrollará en el siguiente apartado— puede ser válido considerar que ese despido en realidad forma parte integrante del despido fraudulento y en virtud de ello, sostener que también merece tutela restitutoria.

## VI. LÍMITES EN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DEL DESPIDO INJUSTIFICADO

Habiendo desarrollado las clases de despido reguladas por la legislación laboral vigente y la jurisprudencia, en el presente apartado corresponde determinar si calificación del despido injustificado permite una adecuada interpretación judicial al momento de resolver conflictos laborales y adicionalmente, si se debe regular esa clase de despido como una categoría autónoma e independiente, para ello analizaremos la verdadera naturaleza del despido arbitrario y los alcances del despido fraudulento.

Como se precisó oportunamente, nuestra legislación laboral vigente define al despido arbitrario como aquel ejecutado sin expresión de causa o sin que ella pueda demostrarse en un determinado proceso judicial, pero a nuestro criterio esa definición resulta demasiado restringida, ya que si se considera los alcances del término "arbitrario", es posible concluir que el despido arbitrario constituye la categoría general que da origen a las demás clases de despido reguladas por la legislación y la jurisprudencia nacional.

En efecto, de acuerdo a la Real Academia Española (RAE) el término "arbitrario" como adjetivo implica que un determinado hecho este "*sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón*" . Bajo esa consideración, es evidente que cualquier despido que no se encuentre justificado en una causa relacionada a la capacidad o conducta del trabajador, sino en la libre voluntad, contraria a ley o razón, constituye despido arbitrario.

Por esas razones, a nuestro criterio la categoría general de despido arbitrario no solamente incluye al despido ejecutado sin expresión de causa (despido incausado) o al despido cuya causa no pudo ser demostrada en juicio (despido injustificado) sino que por terminología, también debe incluir a las siguientes clases de despido: **i)** Despido nulo, **ii)** Despido indirecto y **iii)** Despido fraudulento, ya que la ejecución de estos últimos también implica una libre voluntad, contraria a ley y/o razón.

Bajo esas precisiones, corresponde ahora analizar los alcances del despido fraudulento. Como precisamos oportunamente, en el caso Eusebio Llanos Huasco, el TC definió esa clase de despido como aquella que ejecuta el empleador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, es decir, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales, aun cuando cumple con la imputación de una causa justa de despido y observa el procedimiento regular de despido correspondiente.

Dentro esa clase de despido, el TC determinó a su vez, supuestos específicos que dan origen a su configuración. Uno de esos supuestos establece que el empleador ejecuta despido fraudulento cuando imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios. De acuerdo a ello, se puede advertir que ese supuesto de despido se configura cuando se imputa al trabajador tres tipos de hechos: **i)** Los notoriamente inexistentes, **ii)** Los falsos o **iii)** Los imaginarios, los cual procedemos a definir.

Según la RAE, se entiende por hecho notorio, al acontecimiento o suceso que tiene la característica de ser claro o evidente.

Por su parte, se entiende por hecho inexistente al acontecimiento o suceso que carece de existencia.

En virtud de ello, podemos inferir que un hecho notoriamente inexistente, es aquel suceso que no existe en forma evidente. Asimismo, se entiende por hecho falso, al suceso o acontecimiento incierto y contrario a la verdady por hecho imaginario, al formado por juicio de algo que no existe en la realidad o que no tiene fundamento.

Teniendo en cuenta esas definiciones, podemos afirmar que el despido ejecutado mediante la imputación de una causa que no pudo ser demostrada en juicio (despido injustificado) configura en realidad un supuesto de despido fraudulento, ya que esa conducta demuestra un hecho que no existe en forma evidente (notoriamente inexistente) un hecho incierto y contrario a la verdad (falso) y un hecho formado por juicio de algo que no existe en la realidad o que no tiene fundamento (imaginario). Posición que se demuestra con en el siguiente ejemplo:

**Ejemplo:**

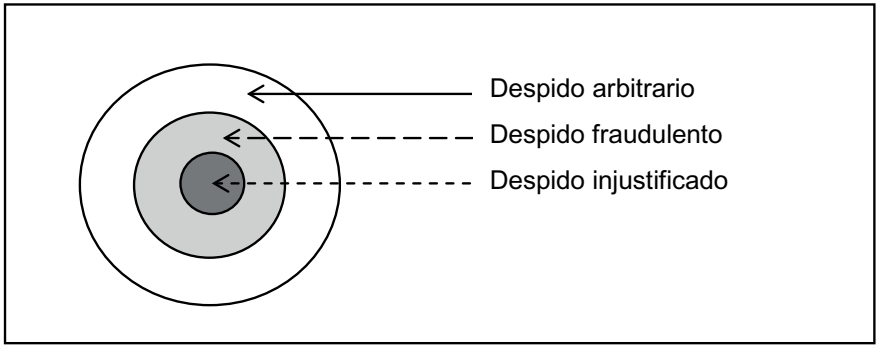
*"La empresa X imputa a uno de trabajadores, la falta grave tipificada en la primera oración del literal c) del artículo 25 de la LPCL, consistente en la apropiación consumada de bienes del empleador, para lo cual observa el procedimiento de despido correspondiente.*

*Frente a ello, el trabajador niega la falta imputada en su contra, pero la empresa decide extinguir la relación laboral. Sin embargo, una vez que el trabajador impugna su despido en un proceso laboral, el empleador no logra probar la causa de despido".*

En el ejemplo, el empleador acusó contra su trabajador una causa de despido que posteriormente no pudo probar en un proceso judicial. Ante ese hecho, se podría concluir que ejecutó un despido injustificado; sin embargo, esa conclusión no es precisa, ya que el despido citado a manera de ejemplo, refleja en forma clara y evidente que el empleador imputó contra su trabajador un hecho notoriamente inexistente, falso o imaginario; motivo por el cual, en realidad el despido ejecutado sería uno de carácter fraudulento.

Contra esa posición, hay quienes podrían sostener que el despido fraudulento para ser tal, necesariamente debe ser ejecutado con ánimo perverso y auspiciado por el engaño; sin embargo, bajo esa lógica podría formularse la siguiente pregunta. ¿El hecho de imputar una causa de despido, que posteriormente no llega a probarse en juicio, no es acaso una conducta que evidencia un ánimo perverso y auspiciado por el engaño para extinguir la relación laboral? La respuesta evidentemente es afirmativa.

En atención a las precisiones mencionadas, consideramos que la categoría general de despido arbitrario —ejecutado por libre voluntad y en forma contraria a la ley y/o razón— regula dentro de sus clases, al despido fraudulento, siendo importante precisar que esa clase específica de despido, a su vez incluiría dentro de sus supuestos, el hecho de imputar al trabajador una causa de despido que no logra demostrarse en un proceso judicial (despido injustificado) tal como se detalla en el siguiente gráfico:




**(Fuente y elaboración**: Propia**)**

Sin perjuicio de lo manifestado, consideramos que la calificación del despido injustificado es errónea, ya que su regulación trae consigo problemas a nivel de interpretación judicial, precisamente en el nivel de protección que merece esa clase

de despido. En efecto, como precisamos anteriormente el despido arbitrario (en sus diferentes modalidades) permite al trabajador solicitar una tutela resarcitoria o restitutoria. Sin embargo, este no es el caso del despido injustificado, ya que su ejecución únicamente permite una tutela resarcitoria.

Esa situación de hecho puede generar conflictos a nivel judicial al momento de calificar una determinada clase de despido, pues debido a la regulación poco precisa de los supuestos de despido, los jueces no tienen certeza si un hecho califica como despido injustificado o fraudulento, hecho que adquiere gravedad si se advierte que frente a ese problema, ellos pueden otorgar distintos niveles de protección ante una mismo hecho.

En el presente artículo, expusimos el ejemplo de un trabajador despedido por causa justa relacionada a su conducta (comisión de falta grave) la cual posteriormente no pudo acreditar su empleador en el proceso judicial correspondiente. De este modo, frente al hecho inexistente, falso o imaginario en el cual se sustentó el despido, el trabajador podría solicitar su reposición alegando la ejecución de un despido fraudulento y eventualmente, el Juez competente podría estimar su demanda.

Sin embargo, también puede darse el caso que el Juez (considerando la definición de despido injustificado establecida por la CS) determine que el empleador —al acusar contra el trabajador una causa de despido no probada— ejecutó contra aquél un despido injustificado; motivo por el cual, atendiendo al nivel de protección que se otorga frente a esa clase de despido (tutela resarcitoria) opte por declarar la improcedencia de la demanda de reposición por la ejecución de despido injustificado.

De este modo, es evidente que nuestra jurisprudencia en su intento de tipificar diversas clases de despido, limita el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales, ya que frente a un mismo hecho (despido) algunos jueces pueden interpretar la ejecución de despido fraudulento y otros, la ejecución de despido injustificado, otorgando en consecuencia distintos niveles de protección en cada caso concreto, pese a que su origen es el mismo.

Por tanto, a fin de evitar ese tipo de controversias y otorgar un mismo nivel de protección frente a un mismo hecho lesivo, es evidente que la calificación del despido injustificado no es correcta, ya que su regulación genera problemas al momento de resolver conflictos de naturaleza laboral. Esa conclusión adquiere relevancia si se advierte que el despido arbitrario como categoría general admite una tutela restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnización) sin hacer distinción de clases o supuestos.

## VII. CONCLUSIONES

1. El despido es una conducta en virtud de la cual, el empleador decide en forma unilateral extinguir la relación de trabajo, para lo cual la existen-

cia de un supuesto que lo justifique no es relevante, pues en cualquier caso, nos encontramos ante la extinción del vínculo laboral por parte del empleador.

2. Las clases de despido que regula la legislación laboral vigente son las siguientes: **i)** Despido justificado, **ii)** Despido arbitrario, **iii)** Despido nulo y **iv)** Despido indirecto, modalidades que presentan características propias y específicas que las distinguen una de otras.
3. Las clases de despido que regula la jurisprudencia del TC son las siguientes: **i)** Despido incausado, **ii)** Despido fraudulento y **iii)** Despido injustificado. Los primeros fueron definidos por el TC, mientras que el último fue definido por la CS.
4. El despido arbitrario constituye una categoría general de despido que incluye todas las clases de despido reguladas por la legislación y la jurisprudencia, la cual otorga un nivel de protección en forma íntegra, mediante la tutela restitutoria o resarcitoria.
5. El despido ejecutado mediante la imputación de una causa que no pudo ser demostrada en juicio (despido injustificado) configura en realidad un supuesto de despido fraudulento, ya que esa conducta demuestra un hecho notoriamente inexistente, falso o imaginario.
6. Para evitar problemas de interpretación al resolver conflictos de naturaleza laboral y otorgar un mismo nivel de protección frente a la ejecución de un despido fraudulento, es evidente que la calificación del despido injustificado como categoría autónoma e independiente no es correcta.

# El otorgamiento por parte de los jueces laborales de resarcimientos adicionales a la indemnización por despido prevista legalmente

**Carlos Alberto Quispe Montesinos**

Profesor de la Maestría de Derecho del Trabajo de la Universidad de San Martín de Porres. Consultor de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Contacto: cquispe-montesinos@estudiorodrigo.com

***SUMARIO***

*1. La tutela resarcitoria como protección adecuada contra el despido. 2. La reparación a través de tarifas legales en el ámbito de las relaciones laborales. 3. La determinación judicial de resarcimientos por despidos injustificados. 4. Conclusiones.*

La protección contra el despido es una de las instituciones que ha recibido mayor atención por parte de la justicia constitucional y la justicia laboral. Así, la tipificación desarrollada por el Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Fomento del Empleo (hoy, Ley de Productividad y Competitividad Laboral —LPCL), que contempla dos tipos de despido: Los denominados "despido nulo" y "despido arbitrario", ha variado sustantivamente a partir de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional a través de su consolidada jurisprudencia[1].

El supremo intérprete de la constitución ha determinado que en realidad el despido arbitrario al que se hace referencia en el artículo 27 de la Constitución Política[2] constituye el género que comprende a distintas especies tales como el "despido nulo", el "despido fraudulento" y el "despido incausado" (frente a las cuales es posible lograr una tutela restitutoria), así como también el denominado "despido injustificado" (para el cual se ha previsto una tutela resarcitoria)[3].

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Poder Judicial es rica en cuanto concierne a procesos en los que se ha declarado la ineficacia de la decisión del empleador de resolver la relación de trabajo y disponer su reanudación (como consecuencia de la declaración de un despido como nulo, incausado o fraudulento). Sin embargo, en materia de despido injustificado aun no existe una línea interpretativa sólida frente a situaciones en las que el justiciable califica las indemnizaciones previstas en los artículos 38[4] y 76[5] de la LPCL como insuficientes y exige el pago de resarcimientos adicionales conforme a la regulación de la inejecución de obligaciones contenida en el artículo 1321 y siguientes del Código Civil. La respuesta judicial, frente a tales pretensiones, aun no es uniforme, determinando ello incertidumbre por parte de los justiciables y que, en muchas ocasiones, el costo económico que corresponde reconocer por un despido injustificado sea totalmente imprevisible.

---

1 Fundamentalmente a través la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de los expedientes N° 1124 —2001 —AA/TC y N° 976 —2001-AA/TC, y el precedente vinculante recogido en el expediente N° 0206-2005-PA/TC

2 Artículo 27 de la Constitución Política: *"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*

3 NEVES MUJICA, Javier. El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los plenos jurisprudenciales supremos en materia laboral. En: THËMIS – Revista de Derecho N° 67. Lima, 2015, p. 227 —232

4 Artículo 38 LPCL: "La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda...".

5 Artículo 76 LPCL: "Si el empleador vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones"

En el presento texto, a efectos de distinguir cuando nos referimos a las tarifas legalmente previstas derivadas de incumplimientos del empleador de aquellas sumas fijadas judicialmente en atención a la determinación de la presencia de los elementos de la responsabilidad civil, seguimos a Beltrán Pacheco[6], quien sostiene:

> "El resarcimiento se refiere a la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa siempre que se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, mientras que la indemnización se refiere a la compensación, de fuente legal, que se impone por la contingencia atendida por el ordenamiento jurídico"

Es decir, llamaremos "indemnizaciones" a las compensaciones establecidas por la LPCL y demás leyes laborales y denominaremos "resarcimientos" a los determinados por los jueces en atención a la comprobación de la existencia de los daños invocados que sean consecuencia jurídica de la conducta antijurídica incurrida por el empleador.

## I. LA TUTELA RESARCITORIA COMO PROTECCIÓN ADECUADA CONTRA EL DESPIDO

El artículo 27 de la Constitución Política establece dos previsiones en cuanto concierne a la protección contra el despido arbitrario: Que su contenido se encuentre desarrollado en una norma con rango de ley; y, que aquella protección prevista normativamente sea "adecuada".

En cuanto concierne a la primera exigencia, se requiere que la tutela frente al despido se encuentre desarrollada por una norma con rango de ley expedida por el Congreso o por el Gobierno a través de facultades delegadas, tal como ocurre con nuestra LPCL la que constituye una norma de nivel primario dentro de nuestro sistema de fuentes del Derecho.

La segunda exigencia significa que no cualquier forma de protección prevista en la ley puede ser considerada como idónea o suficiente, sino que debe constituirse en una que signifique una real garantía para la vigencia efectiva del derecho. De lo contrario, la ley de desarrollo constitucional adolecería de inconstitucionalidad por contraponerse al mandato de la norma primera del ordenamiento.

La LPCL ha desarrollado justamente estas formas de protección: La restitutoria (reposición en el puesto de trabajo y reanudación del vínculo laboral) y la resarcitoria (el pago de una tarifa legal en función a una remuneración y media y el tiempo de servicios). Para los fines del presente texto, interesa reparar en la segunda de ellas. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

---

[6] BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. "Eclipse: cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil". En: Dialogo con jurisprudencia. N° 143. Lima. Gaceta Jurídica, 2010, p. 385.

"El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción ordinaria con el objeto que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización"[7]

La denominada tutela resarcitoria desarrollada por la LPCL será entonces adecuada en tanto el trabajador afectado opte por ella (cobrándola o demandándola), determinando ello una debida tutela frente al derecho vulnerado. La insuficiencia de tal protección determinaría la inconstitucionalidad de la previsión legal y, por lo tanto, que un trabajador siempre pudiera exigir resarcimientos adicionales por daño patrimonial y extrapatrimonial, parecer que habría sido asumido por varios órganos jurisdiccionales, incluso del máximo grado.

Así, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 699-2015 LIMA del 26 de noviembre de 2015 (publicada el 30 de junio de 2016), actuando en sede de instancia, resolvió el caso de un ex gerente general que había sido despedido en el año 2003 y que en la vía laboral había logrado el pago del tope legal correspondiente a la indemnización por despido injustificado (12 remuneraciones). En la vía civil, este mismo trabajador, demandó el pago de un resarcimiento por lucro cesante, daño emergente y daño moral por el mismo hecho por el que ya había obtenido una indemnización en la justicia laboral: Su despido injustificado. La Sala Civil Suprema determinó que no le correspondía importe alguno por lucro cesante ni por daño emergente, en tanto ya había recibido una indemnización por despido arbitrario *"de lo contrario, se generaría un enriquecimiento o pago indebido"*. Sin embargo, otorgó un resarcimiento por daño moral señalando: *"ya que el mismo hecho de ser despedido sin causa justa produce sufrimiento en el demandante, quien puede ver un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general"*.

Ya con anterioridad la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema en la Casación N° 5008-2010 LIMA del 12 de marzo de 2012, reafirmando un criterio desarrollado en la Casación N° 399 – 1999 LIMA del15 de junio de 1999 por la Sala Suprema Civil Permanente, había establecido que la indemnización tarifada prevista en la LPCL solamente otorgaba cobertura al *"aspecto laboral"* el que *"importa la reparación del daño patrimonial inmediato causado,* no involucrando al *"aspecto civil"* derivado de las *"angustias y sufrimientos"* de quien sufrió el despido.

---

[7] Sentencia expedida en el expediente N° 977 —2001 —AA/TC, fundamento jurídico 12

Sin perjuicio que el artículo 34 de la LPCL prevé que frente a un despido injustificado corresponde como única reparación la indemnización tarifada legalmente, para los referidos órganos de la Corte Suprema esta "única" reparación no sería tal, sino solo tendría un carácter parcial, al cubrir el lucro cesante y el daño emergente, pudiendo ser complementado a través de resarcimientos por daños patrimoniales ¿Cuál es la justificación de tal diferenciación? En las decisiones judiciales no se advierte ninguna, a pesar de las implicancias que se derivarían de lo resuelto: Que la tutela resarcitoria prevista en la LPCL sería inconstitucional (ya que la existencia de una protección "inadecuada" habilitaría el requerimiento de resarcimientos adicionales); que no existiría ninguna exigencia para acreditar la existencia del daño moral en tanto este siempre se presumiría, al punto de poder otorgarse resarcimientos por daños "posibles"; y, que perdería sentido la existencia de un plazo de caducidad de 30 días previsto por la ley laboral para intentar válidamente una pretensión de protección contra el despido, porque bastaría requerir un resarcimiento por inejecución de obligaciones para contar con un plazo prescriptorio de diez años.

Si conforme a lo decidido por el Tribunal Constitucional la tarifa legal prevista por la LPCL constituye una protección adecuada contra el despido, esta no podría ser insuficiente, porque ello determinaría que el mandato constitucional habría sido inobservado por el legislador, determinándose la inconstitucionalidad del artículo 38° de la referida ley. Sin embargo, ello no es así al haberse, por el contrario, validado la constitucionalidad de la referida norma.

Por lo tanto, la indemnización por despido arbitrario satisface íntegramente toda consecuencia patrimonial (lucro cesante y daño emergente) y extrapatrimonial (daño moral) derivados exclusivamente del acto antijurídico del despido injustificado, esto es de la vulneración al derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo[8]. No es sostenible efectuar una diferenciación entre tipo de daños y restringir la cobertura de la indemnización por despido arbitrario solamente para aquellos de carácter patrimonial, cuando estos no son los únicos que se derivan de un despido injustificado en tanto que los de carácter extrapatrimonial pudieran alcanzar incluso mayor intensidad que los primeros.

Del mismo modo, es cuestionable concebir al daño extrapatrimonial que se deriva del despido, como uno de carácter "civil" y por lo tanto fuera de la cobertura de la tarifa legal. En realidad, la conducta antijurídica consistente en la inejecución de una obligación laboral del empleador, esto es la vulneración al derecho a la estabilidad en el empleo, se produce en el marco del desarrollo de una relación sustantiva laboral, por lo tanto, el daño moral que se genera en estos casos es tam-

---

[8] De acuerdo a la Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 1124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 12, el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: El de acceder a un puesto de trabajo y, por otro lado, el derecho a no ser despedido sino por causa justa

bién uno de carácter laboral. Es por ello que su reparación económica se produce a través de la indemnización prevista para los casos de despido injustificado.

Nótese que la conducta antijurídica de resolver arbitrariamente el contrato de trabajo puede ser pluriofensiva, es decir, puede afectar otros derechos e intereses adicionales a aquel para el que se ha previsto la indemnización por despido injustificado. En estos casos, como lo abordaremos más adelante, ciertamente la existencia y acreditación del daño justificará un resarcimiento distinto a aquel previsto por el despido. La indemnización por despido comprende toda consecuencia patrimonial y extrapatrimonial derivada de un cese injustificado por decisión del empleador, pero no aquellos daños adicionales para los cuales puede intentarse una reparación bajo las reglas de la inejecución de obligaciones desarrolladas en el Código Civil.

## 2. LA REPARACIÓN A TRAVÉS DE TARIFAS LEGALES EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

Una relación de trabajo es, en esencia, una relación conflictiva. Desde un punto de vista estructural y esquemático, el empresario pretende obtener mayores beneficios en el mercado a partir de la prolongación de los tiempos de trabajo y en la moderación de los salarios; mientras que el interés de los trabajadores se manifiesta en salarios cada vez mayores y en jornadas laborales progresivamente más reducidas. Estas posiciones antagónicas entre el trabajo asalariado y el capital constituyen la base del Derecho del Trabajo[9].

El Derecho del Trabajo prevé entonces la existencia de un conflicto social el que se manifiesta en el ámbito de las relaciones individuales y en el de las relaciones colectivas.

Dentro de los tipos de conflictos laborales existentes[10], los de carácter jurídico, se originan, normalmente, por el incumplimiento de las prestaciones a cargo de los sujetos de la relación de de trabajo. En el marco de las relaciones individuales de trabajo, determinados incumplimientos que constituyen afectación a los derechos de la contraparte en el contrato de trabajo, son previsibles por su recurrencia y es por ello que la forma de reparación frente a tales afectaciones ha sido prevenida a través de indemnizaciones o tarifas legales.

En el caso peruano, son varias las situaciones en los que la ley ha previsto una reparación, a través de indemnizaciones tarifadas, frente a las afectaciones deriva-

---

[9] PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del Trabajo. Vigésima edición. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Aceres S.A., 2012, p. 44 a 45

[10] *"Conflicto jurídico o de aplicación es el que versa sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, y decisión o práctica de empresa (...) Conflicto económico, de intereses o de regulación es el que, preexistiendo la norma o práctica empresarial, quiere dar su contenido a ésta".* ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. Derecho del Trabajo. Vigesimosexta edición. Madrid: Thomson Reuters, p. 1212

das de los incumplimientos en los que pudiera incurrir el empleador en el marco de la ejecución de un contrato de trabajo. Los identificamos en el siguiente cuadro:

INDEMNIZACIONES POR INCUMPLIMIENTOS LABORALES

| Incumplimiento | Derecho afectado | Indemnización | Base legal |
|---|---|---|---|
| Despido injustificado | Derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo | Un remuneración y media mensual por año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones | LPCL – Artículo 38 |
| Resolución injustificada de contrato temporal | Derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo | Un remuneración y media mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de 12 remuneraciones | LPCL – Artículo 76 |
| Trabajo en sobretiempo impuesto | Jornada de trabajo | 100% del valor de la hora extra | TUO aprobado por el D.S. N° 007-2002-TR – Artículo 9 |
| Negación del descanso vacacional | Descanso anual remunerado | 1 remuneración por descanso vacacional no gozado | D.L. N° 713 – Artículo 23 |
| Retención indebida de la CTS | Compensación por Tiempo de Servicios | El doble de las sumas retenidas | TUO aprobado por el D.S. N° 001-97-TR – Artículo 49 |
| No presentación de demanda habiéndose retenido la CTS luego de cese por falta grave | Compensación por Tiempo de Servicios | Remuneración por los días de la retención | TUO aprobado por el D.S. N° 001-97-TR – Artículos 50 y 51 |
| No contratación de la póliza de seguro de vida y/o incumplimiento de pago de las primas | Seguro de Vida | Por fallecimiento natural: 16 remuneraciones<br>Por fallecimiento por accidente: 32 remuneraciones<br>Por invalidez total o permanente: 32 remuneraciones | D.L. N° 688: Artículos 7 y 12 |

La existencia de indemnizaciones frente a incumplimientos de las prestaciones propias del contrato de trabajo presenta una serie de ventajas tales como la certe-

za en el contenido de la tutela otorgada por la afectación producida. En los casos referidos en el cuadro precedente, existe una presunción que el incumplimiento de la prestación debida siempre generará un daño. Así, por ejemplo, el artículo 34 de la LPCL expresamente prevé que la indemnización por despido se otorga para reparar el *"daño"* sufrido. Del mismo modo, el artículo 49 del TUO aprobado por el D.S N° 001-97-TR refiere que la indemnización por retención indebida de la CTS se otorga por el *"daño"* sufrido. Es decir, el legislador, sin recurrir a las reglas de inejecución de obligaciones, determina que tales comportamientos antijurídicos del empleador siempre ocasionan un daño y por ello prevé la reparación económica frente a tales daños a través de la tarifa legal prevista en cada supuesto.

Contrariamente a lo sostenido por Monroy Pino[11], quien señala que las indemnizaciones previstas en la legislación laboral constituyen una sanción legal por la inobservancia de determinados "principios" o "derechos" del trabajo, consideramos que la justificación de estas no solamente puede circunscribirse al ámbito punitivo, sino que tienen también, al igual a lo que ocurre frente a un supuesto de responsabilidad civil, una función reparativa, en tanto que suponen siempre la existencia de un daño y frente a él se prevé de manera inmediata y cierta la forma por la cual se otorgará la reparación.

Otra ventaja de las indemnizaciones tarifadas se encuentra constituida por el tratamiento uniforme en la reparación a otorgarse por el daño sufrido. Frente a las habituales "justificaciones" de las sentencias laborales en las que el otorgamiento del daño moral se sustenta en inmotivados "criterios" tales como una *"valoración equitativa"* o la *"fijación prudencial"* que establecen importes disímiles frente a idénticas conductas antijurídicas y similares niveles de afectación, las tarifas legales garantizan la equidad en la reparación por el daño causado, en tanto que los importes indemnizatorios se determinan en base a elementos objetivos y perfectamente conocibles tales como el tiempo de servicios o el importe de la remuneración del propio afectado.

En el ámbito procesal, las indemnizaciones facilitan la actividad probatoria, en tanto ya no debe satisfacerse una carga de la prueba para acreditar la existencia del daño, debido a que la ley presume que, entre otros supuestos, un despido, el trabajo en sobretiempo impuesto o un descanso vacacional no otorgado siempre lo generarán. Ello no es así bajo el ámbito de las normas de la responsabilidad civil en el que la exigencia de una reparación frente a estas afectaciones, siempre debería generar una actividad probatoria que determine la existencia y magnitud del daño, con las limitaciones que se puedan tener ello, principalmente en el caso de los daños extrapatrimoniales.

---

[11] MONROY PINO, Renzo Salvatore. Viendo más allá de la falsa sinonimia entre el "Resarcimiento" e "Indemnización". A propósito de la negación de la tutela resarcitoria en la ley de productividad y competitividad laboral. En: http://www.derecho.usmp.edu.pe/sapere/ediciones/edicion_10/articulos/6_Viendo%20mas%20alla%20-%20Renzo%20Monroy.pdf, consultado el 23 de agosto de 2016

Como indican Sempere y San Martín[12] sobre las tarifas legales de naturaleza laboral:

> *"Se trata de una serie de circunstancias que se presumen iuris et de iure perjudiciales, y a partir de las cuales la ley cuantifica la extensión del daño causado, tanto patrimonial como extrapatrimonial, sin admitir prueba en contrario acerca del quantum correspondiente. De este modo, el sujeto perjudicado queda totalmente exonerado de la obligación de acreditar el daño sufrido; es más, aunque se pudiera probar que no ha experimentado daño alguno igualmente tendría derecho a la indemnización tasada en la ley".*

Todas estas ventajas de certeza, previsibilidad, equidad y simplificación probatoria perderían su justificación si, adicionalmente, por el mismo incumplimiento y por el mismo daño, se pudieran obtener resarcimientos bajo las reglas de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones. Las normas laborales que han establecido las indemnizaciones reseñadas no habrían prevenido o atenuado ningún conflicto, ya que el incumplimiento (en la concepción que las indemnizaciones laborales solamente tienen una finalidad punitiva) mantendría la situación de controversia e incertidumbre que tendría que ser resuelta en un proceso judicial en el que debería determinarse la presencia de los elementos de la responsabilidad civil para otorgar algún resarcimiento por los daños comprobados.

Si las indemnizaciones tarifadas no tuvieran una finalidad reparadora ni preventiva, sino solamente una punitiva, las sumas obtenidas por ellas tampoco podrían compensarse frente a los eventuales resarcimientos que podrían obtenerse en los procesos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, ya que la naturaleza y el origen de ambos conceptos serían completamente diferentes. La utilidad de las indemnizaciones laborales sería, entonces, poco significativa en la atenuación de los conflictos laborales.

La indemnización por despido injustificado prevista en nuestro ordenamiento, en tanto sea aceptada o cobrada por el trabajador afectado, es una forma de protección adecuada frente a todos los daños patrimoniales o extrapatrimoniales derivados del cese ilegítimo. No tendría razón de existir si adicionalmente a su obtención, se podrían obtener importes adicionales derivados del mismo incumplimiento del empleador y, más aun, en un período de diez años, burlándose toda previsión de caducidad prevista para intentar pretensiones restitutorias o resarcitorias frente al despido.

Sin embargo, la indemnización por despido, y las indemnizaciones laborales en general, solamente han previsto una reparación para el daño específico presumido en atención a un, también, específico comportamiento lesivo. En el caso del despido, la conducta lesiva del empleador será la decisión del cese ilegítimo

---

[12] SEMPERE NAVARRO, Antonio y SAN MARTIN MAZZUCCONO, Carolina. La indemnización por daños y perjuicios en el contrato de trabajo. Segunda edición. Madrid: Thomson Reuters, p. 104

del trabajador, y la afectación se efectuará sobre el derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo. Si la conducta antijurídica del empleador lesiona otros derechos o intereses del trabajador (como podría ser, por ejemplo, cualquier otra manifestación del derecho al trabajo como el del acceso al empleo) no tenemos duda que por este daño, para el que no se previó una indemnización tarifada es posible obtener, válidamente, un resarcimiento por inejecución de obligaciones conforme a la regulación del Código Civil.

## III. LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE RESARCIMIENTOS POR DESPIDOS INJUSTIFICADOS

El autor argentino Martorell[13] identifica situaciones de insuficiencia de la reparación tarifaria en casos de despido, expresándose en los siguientes términos:

> "Si bien hemos reiterado varias veces que la indemnización tarifaria comprende todos los daños originados por el despido incausado, ello funciona como norma que debe reconocer una excepción. Teniendo en cuenta que la tarifa legal es la consecuencia negativa de una conducta antijurídica (v.gr., el despido arbitrario), entendemos que al producirse el 'despido abusivo' de un trabajador, nace un ilícito generador de un daño adicional que no halla cobertura dentro del ordenamiento laboral, razón por la cual es lógico deducir que demostrados los daños accesorios causados, se deberá una reparación 'extra'"

En la misma línea, los profesores uruguayos Mangarelli y Castello[14] señalan:

> "No es posible sostener que la indemnización tarifada impide admitir toda otra indemnización. Esta cuestión se resuelve teniendo en cuenta el alcance de la indemnización tarifada: ésta cubre únicamente el daño que origina el incumplimiento del deber de no despedir sin causa justa. Por otra parte la indemnización tarifada no puede amparar al empleador en la realización de ilicitudes no previstas en la tarifa legal. De no aceptarse la reparación del daño derivado del incumplimiento del empleador, se dejarían sin sancionar comportamientos ilícitos de éste y se estaría admitiendo la lesión de derechos del trabajador protegidos por el derecho laboral"

A nivel nacional, Toyama e Higa[15] sostienen que en el caso de los despidos pluriofensivos, una indemnización que únicamente cubra el daño derivado de la pérdida del empleo será insuficiente, ya que este tipo de despidos lesionan también

---

[13] MARTORELL, Ernesto E. Indemnización del daño moral por despido. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 1985, p. 187 – 188

[14] MANGARELLI, Cristina y CASTELLO, Alejandro. Despido indirecto e indemnización de daños superior a la tarifada. En: Derecho Laboral. Tomo 40, N° 185. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997, p. 260

[15] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge e HIGA GARCÍA, Alfonso. Las demandas de pago de indemnización por daños y perjuicios derivadas de un despido. En: Soluciones Laborales N° 68. Lima: Gaceta Jurídica, p. 19 —20

otros derechos, por lo que en tales casos correspondería reconocer una indemnización adicional extratarifada.

Esta línea de pensamiento ha sido recogida recientemente en pronunciamientos de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema la que ha expresado en la Casación Laboral N° 5423 —2014 LIMA del 27 de abril del 2015 (publicada el 30 de noviembre del 2015) lo siguiente:

> *"**Décimo Sétimo:** (...) la ley ha considerado establecer una indemnización tarifada, que comprende los daños patrimoniales, así como los extrapatrimoniales originados por el despido (...) la indemnización tarifada prevista por el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, la cual le fue reconocida al actor mediante sentencia judicial, cubre la totalidad de los daños y perjuicios sufridos por el trabajador.*
>
> ***Décimo Octavo:** Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado Supremo considera que existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada se encuentra prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario, no encontrándose comprendidas dentro de la misma, los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa del empleador; esto es, aquella conducta que genera una afectación especialmente dañosa sobre la dignidad, el honor y la reputación del trabajador*
>
> ***Décimo Noveno:** (...) este Colegiado Supremo considera pertinente dejar en claro que todo despido arbitrario, declarado como tal por un juez competente, no origina per se una indemnización por daños y perjuicios distinta a la prevista en la vía laboral, si es que no se establece y acredita la conducta dañina, agravada por la actitud maliciosa del exempleador."*

En el caso concreto, la mencionada sala suprema determinó la procedencia del pago de un resarcimiento por daño moral que se habría derivado del comportamiento calumnioso del empleador, al haberse, no solamente, desvinculado injustificadamente al trabajador, sino también menoscabado su dignidad, honor y reputación.

La misma Sala Suprema, en la Casación Laboral N° 139 – 2014 LA LIBERTAD del 18 de agosto de 2015 (publicada el 30 de julio de 2015), al resolverse un caso en el que se pretendía un resarcimiento adicional a la compensación económica prevista en la Ley N° 27803[16] estableció que esta reparaba el daño emergente y el daño moral invocados, por lo que no correspondía reconocer una indemnización adicional que respondiera al mismo concepto a no ser que se acreditaran la

[16] La Ley N° 27803 estableció como uno de los beneficios, previstos para los trabajadores inscritos en el Registro Nacional de Trabajadores cesados Irregularmente mediante procedimientos de ceses colectivos determinados como irregulares, una compensación económica equivalente a dos remuneraciones mínimas por cada año de trabajo acreditado hasta un máximo de 15 años.

existencia de otros hechos ocurridos a causa del despido que implicaran la producción de un sufrimiento o gran aflicción adicional al que se desprende del acto del despido en sí mismo.

Un despido arbitrario (en cualquiera de sus modalidades) no solamente puede vulnerar el derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo, sino, simultáneamente, otros derechos fundamentales como la intimidad, el honor, la libertad de conciencia y de religión, las libertades informativas o cualquiera de los que conforman el abierto catálogo que reconoce nuestra Constitución Política. Ciertamente, no debería existir mayor limitación para que un trabajador afectado intente válidamente un resarcimiento en tanto acredite que de la misma conducta antijurídica de resolver arbitrariamente la relación de trabajo se derivaron otros daños, los que necesariamente deben ser acreditados y no presumidos o deducidos, ya que la presunción de daño en los casos de despido injustificado solamente opera en cuanto a la afectación al derecho a la estabilidad laboral o permanencia en el empleo.

En tales casos, los resarcimientos adicionales no se generan por el mismo daño por el que la ley laboral ya ha previsto una indemnización, sino que se derivan del mismo comportamiento antijurídico del empleador, pero la reparación se brinda por un daño distinto (adicional) a aquel para la que ha sido prevista la tarifa legal.

La interpretación que han efectuado los jueces de la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema en las dos últimas sentencias reseñadas nos parece correcta, en tanto que reconoce la constitucionalidad de la indemnización por despido injustificado como medio adecuado de protección contra el despido y por lo tanto, suficiente, para tal tipo de vulneraciones. Tal suficiencia determina que todo daño (lucro cesante, daño emergente o daño moral) se encuentra comprendido por tal indemnización, descartándose así interpretaciones arbitrarias por las que se considera que la tarifa legal solamente cubriría el daño patrimonial mas no el extrapatrimonial o que constituiría una protección insuficiente que habilitaría el otorgamiento de resarcimientos complementarios como lo consideran la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema (en las sentencias referidas inicialmente en el presente texto) y varios salas superiores y juzgados de trabajo.

Una de las materias que con mayor frecuencia es pretendida en el ámbito de la justicia laboral es la que corresponde al pago de resarcimientos por daños patrimoniales y extrapatrimoniales por la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Ello se explica, en gran medida, por el reconocimiento expreso de este tópico como materia específica de competencia de los juzgados especializados de trabajo en la Ley N° 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT). Hasta hace algunos años, las pretensiones de esta naturaleza se encontraban referidas a accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, pero hoy los resarcimientos se pretenden por una gran cantidad de conductas antijurídicas que se imputan al empleador, entre ellos, los despidos. Es por ello importante que el Poder Judicial nos ofrezca certeza en sus respuestas frente a pretensiones de esta naturaleza. De lo contrario, tendremos incertidumbre, soluciones inequitativas

(en tanto que por idéntica conducta antijurídica y similar afectación existirán justiciables que reciban resarcimientos adicionales y quienes no) y ausencia de uniformidad en el quantum resarcitorio a reconocerse o en la actividad probatoria a desplegarse.

En atención a que la NLPT prevé que la competencia en los procesos en los que se dilucida la responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial de cualquiera de las partes de una relación sustantiva laboral le corresponde a la justicia especializada laboral, (artículo 2 numeral 1.b) los órganos civiles ya no deberían conocer estas materias, limitándose así la extensión del criterio desarrollado por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, correspondiendo más bien que se consoliden los criterios interpretativos que está siendo desarrollados, en este tema, por la Sala Constitucional y Social competente.

## IV. CONCLUSIONES

1. La indemnización por despido injustificado prevista por la LPCL, en tanto el trabajador afectado opte por ella (cobrándola o demandándola), constituye una protección adecuada frente al derecho vulnerado. Por lo tanto, satisface íntegramente toda consecuencia patrimonial o extrapatrimonial derivada exclusivamente de la vulneración al derecho al trabajo en su manifestación de conservación del empleo.
2. Las ventajas que ofrecen las tarifas legales en el ámbito laboral (entre las que se encuentra la indemnización por despido injustificado) de certeza, equidad y simplificación probatoria, perderían su razón de ser si, adicionalmente, por el mismo incumplimiento y por el mismo daño se reconocieran resarcimientos por inejecución de obligaciones.
3. La indemnización por despido solamente ha previsto una reparación para un daño específico derivado también de una específica conducta lesiva. Si la conducta antijurídica del empleador, de despedir injustificadamente al trabajador, lesiona otros derechos o intereses no debe existir mayor limitación para que por estos otros daños pueda obtenerse un resarcimiento por inejecución de obligaciones conforme a la regulación del Código Civil.
4. La Corte Suprema de la República en pronunciamientos, recientemente publicados, expedidos por la Sala Civil Permanente y por la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria ha expresado criterios opuestos sobre esta materia. Corresponde entonces a la judicatura desarrollar una línea interpretativa sólida que responda con uniformidad y predictibilidad las pretensiones de pago de resarcimientos adicionales a las indemnizaciones legales.

# El errado litisconsorcio necesario pasivo en los procesos laborales sobre desnaturalización de la subcontratación empresarial y su consecuente vulneración a la tutela jurisdiccional

**Yordan Feler Romero Mendoza**

Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo.
Hora, Robas Cassinelli & Gonzales Méndez Abogados-HRG ABOGADOS.
Contacto: jordan_rm90@hotmail.com

***SUMARIO***

*I. Introducción. II. Planteamiento del problema. Iii. Apuntes preliminares. 3.1. La subcontratación empresarial. 3.1.1. Delimitación del Tema. 3.1.2. La Tercerización Empresarial u Outsourcing. 3.1.3. La Intermediación de Servicios. 3.1.4. La Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial. 3.1.4.1 Desnaturalización de la Tercerización u Outsourcing. 3.1.4.2. Desnaturalización de la Intermediación de Servicios. IV. La tutela jurisdiccional. 4.1. Definición. 4.2. Manifestación. 4.2.1. El Derecho de Acción. 4.2.2. La Tutela Jurisdiccional Efectiva. 4.3. El Derecho de Defensa. 4.4. El Derecho a la Prueba. V. Análisis e ideas embrionarias. 5.1. En Busca de los Verdaderamente Legitimados como Partes Procesales en los conflictos sobre Desnaturalización de la Subcontratación ¿Relación Triangular o Relación Dual? 5.2. El Litisconsorcio Necesario Pasivo y su consecuente Vulneración a la Tutela Jurisdiccional. 5.3. Interpretación y Actitud del Juez Laboral en los Procesos sobre conflicto de Desnaturalización de la Subcontratación. ¿Vulneración de los Derechos a la Defensa y a la Prueba? 5.4. La Desnaturalización de la Subcontratación, ¿Caso Complejo o Complicamos el Caso? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 29497 (en adelante NLPT) postula en el Artículo I de su Título Preliminar los Principios Procesales rectores que inspiran el nuevo proceso laboral, destacando los Principios de Oralidad, Celeridad, Economía Procesal y Veracidad. Así mismo, la NLPT en su Primera Disposición Complementaria señala la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil en lo no previsto por esta, ello en mención a que el proceso laboral en su génesis era dirigido por el cuerpo normativo adjetivo regulador del proceso ordinario, siendo que al pasar los lustros, por las características propias de las relaciones y conflictos laborales, aunado a la progresiva Constitucionalización de los Derechos Procesales y del Derecho del Trabajo, logró adquirir autonomía a través de un propio cuerpo normativo procesal laboral, pero siempre vinculado taxativamente al proceso civil.

El Proceso Laboral al regularse supletoriamente por las disposiciones del Código Procesal Civil, en su aplicación debe tener en cuenta las instituciones procesales que cimientan este proceso ordinario, sin perder de vista las características propias de los conflictos laborales, por lo cual, cuando una norma procesal civil es utilizada en la solución de una controversia de naturaleza laboral, esta debe primero pasar por un Filtro de Laboralidad con el cual podamos resguardar la no vulneración de Derechos Laborales, Principios Procesales Laborales y Fundamentos Propios del Proceso Laboral, entre ellos, el Principio de Socialización del Proceso relacionado con el Principio Protector del Derecho del Trabajo —Principio de Socialización Laboral—, que irradia su eficacia en todas las disposiciones del proceso laboral llenándolas de un contenido socio-laboral que difiere de las normas procesales ordinarias de carácter privado, todo ello sin perder de vista a las Garantías Procesales Constitucionales de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, sus manifestaciones y condiciones, entre ellos, la Legitimidad para Obrar como condición del Derecho de Acción, el Derecho de Defensa, y el Derecho a la Prueba, todo lo cual sirve como cimientos para un correcto, válido, eficiente y eficaz proceso judicial.

Ahora bien, habiendo ya delimitado el vínculo del proceso laboral con el proceso civil y las Garantías Procesales Constitucionales, existe confusión respecto a su aplicación, en específico, en los casos donde el objeto de análisis versa sobre la Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial, al considerar como parte procesal en algunos casos a la Empresa Subcontratada y en otros casos no, lo que ocasiona diferentes y diversos efectos colaterales en el trámite y costo del proceso, así como, en la vulneración o no de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, siendo de suma y necesaria importancia el identificar a los correctos sujetos legitimados intervinientes en el proceso y su incidencia en el costo y su gestión, así como, su incidencia en el Servicio Jurisdiccional del Proceso Laboral.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Por consecuencias de la Globalización hemos sido testigos de grandes y cuantiosos avances tecnológicos propios de una sociedad moderna y un mercado cada

vez más competitivo, sin ser ajeno a ello el Derecho, en específico el Derecho del Trabajo, al surgir cada vez nuevas y más complejas estructuras de Organización Empresarial de corte flexible por la nueva concepción de *Descentralización Productiva*, y con ellas nuevas formas de contratación, por ejemplo la Externalización de Servicios o de Actividades a través de la Subcontratación entre Empresas, manifestada en las figuras de la Intermediación de Servicios y la Tercerización Empresarial, lo cual colateralmente desencadena efectos directos en la forma y en las condiciones del contrato de trabajo por la complejidad misma de la relación laboral, generando conflictos y sobretodo la vulneración de Derechos Laborales cuando resulta inválida su celebración y/o ejecución, ya sea del Contrato Civil Empresarial y/o del Contrato de Trabajo, los cuales más pronto que tarde serán asidero del inicio de procesos judiciales.

Estos conflictos laborales judicializados, en su gran medida, tienen como objeto determinar al verdadero empleador en la complejidad de la relación laboral, a partir de la inválida celebración o ejecución de la subcontratación empresarial, es decir, por la configuración de la Desnaturalización de la Tercerización y/o de la Intermediación de Servicios, en correlato a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. Circunstancia fáctica de Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial, para hacer referencia a la Desnaturalización y/o Invalidez tanto de la Intermediación cuanto de la Tercerización, que al margen de ser correcta o incorrecta la forma de cómo han sido solicitadas o presentadas al proceso, genera en la judicatura gran cantidad de procesos laborales, de los cuales la mayoría tiene como pretensión principal, errada o no, la Desnaturalización de la Tercerización y/o de la Intermediación, aunada a una lista de pretensiones laborales subordinadas y accesorias que son producto directo del hecho de invalidez o fraudulenta subcontratación empresarial, comúnmente la reposición e indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y/o el pago consecuente de beneficios sociales de fuente autónoma y/o heterónoma.

Procesos laborales de los cuales, en su gran mayoría, cierto o errado, se demanda un Litisconsorcio Necesario Pasivo entre las Empresas Usuarias o Principales y las Empresas Subcontratadas. Siendo que, en muchos casos, la conformación de dicha modalidad de Litisconsorcio subsiste hasta la emisión de sentencia constituyendo una "*Relación Triangular*", a partir de la sola alegación de fraude en la subcontratación por la simple constatación de la situación fáctica de la relación laboral del trabajador para la Subcontratada y el destaque producido hacia la Empresa Usuaria/Principal, para dar por sentada la necesidad de integrar a ambas en la relación procesal; y, en otros casos, solo llega hasta el final la Empresa Usuaria o Principal como única demandada —parte procesal pasiva— producto de la Extromisión de las empresa subcontratadas[1] o por solo haber sido demandada

[1] Criterio de ordenar la Extromisión del proceso a las Empresas Subcontratadas en los casos de Desnaturalización de la Subcontratación arribado por la Judicatura Liberteña desde el año 2015.

la Empresa Principal/Usuaria, constituyendo una *"Relación Dual"* en la Relación Procesal, a partir de la identificación de la Norma Jurídica Material que resuelve el caso, la cual sanciona solo a la Empresa Principal como titular de la relación laboral o relación jurídica material de desnaturalización y/o invalidez de la subcontratación, lo que le confiere ser la única empresa con Legitimidad para Obrar en el conflicto y por ende está legitimado para ser parte en el proceso, excluyendo de todo efecto jurídico a la empresa subcontratada.

Circunstancia controvertida imperante en la Judicatura Nacional, que se puede observar en la Casación Laboral N° 849-2012 DEL SANTA, en la cual la Corte Suprema Declara nulo todo lo actuado hasta la emisión del auto de saneamiento por contravenir el debido proceso o proceso justo, Ordenando que el *a quo* continúe el proceso desde la etapa postulatoria y que se emplace a la Empresa Intermediadora Subcontratada, al existir una motivación deficiente en lo que respecta a determinar si se ha desnaturalizado la intermediación laboral, ello teniendo en cuenta que en el proceso primigenio Exp. N° 00725-2009-0-2501-JR-LA-07 tramitado en la Corte Superior de Justica Del Santa, se demandó solo a la Empresa Usuaria, mas no a la Empresa Subcontratada, configurándose al inició una Relación Dual en el Proceso, empero modificada posteriormente a una Relación Triangular, así mismo, el Exp. N° 04125-2015-0-1601-JR-LA-04 seguido en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el cual se "demandó como pretensión la Desnaturalización de la Tercerización" a partir de Litisconsorcio Necesario Pasivo (Relación Triangular), sin embargo, el Juzgado mediante Resolución N° 02, admite la demanda solo contra la Empresa Usuario/Principal mas no contra las Empresas Subcontratadas, al disponer su Improcedencia hacia estas últimas, configurándose una Relación Dual por parte del *a quo*, la cual posteriormente es revocada por el *a quem* al ordenar se admita a trámite respecto a las Empresas Subcontratadas, constituyéndose por decisión del superior una Relación Triangular. Por otro lado, podemos observar procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación en los cuales desde un inicio se demanda o se admite una Relación Dual (como el caso antes mencionado), o que en un inicio se admite una Relación Triangular, empero posteriormente el juzgado ordena la Extromisión de la Empresa Subcontratada, configurándose una Relación Dual, la cual subsiste hasta la emisión de Sentencia[2]. Así mismo, existen casos en los cuales durante todo *iter procesal* se tramitan como una Relación Triangular[3], y en Sentencia se declara Fundada la Demanda contra la Empresa Usuaria/Principal e Infundada contra la Empresa Subcontratada. Siendo esta realidad la que nos lleva a analizar cuál proceder es y debe ser el correcto a seguir por los Jueces Laborales, lo cual se determinará realizando un sesudo y minucioso análisis desde la génesis

[2] Exp. N° 3018-2009, Exp. N° 6012-2015 y N° N5996-2015, entre otros, tramitados en la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

[3] Expedientes N° 1957-2014, N° 74-2014 tramitados en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y, Expedientes N° 22411-2013, N° 22411-2013 tramitados en la Corte Superior de Justicia de Lima, entre otros.

de los procesos, vale decir, evaluando si la parte postulatoria se realizó en relación al Código Procesal Civil y respetando las Instituciones procesales, en específico en la materialización del Derecho de Acción concretizada con la demanda para llevar la pretensión a los tribunales, cumpliendo con los requisitos y condiciones para su correcta y válida ejecución, entre ellos, el respeto de la Legitimidad para Obrar como condición de la Acción.

Situaciones que tienen injerencia directa en el cabal o defectuoso cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional Efectiva —llegando incluso a su vulneración—, y colateralmente en el Costo o Sobrecosto de la Administración de Justicia. Así mismo, diversos problemas prácticos o disfunciones que generaría en la jurisdicción y en el proceso, como solapar las malas prácticas de los abogados al realizar una defensa no técnica, el mal uso del aparato jurisdiccional, deficiente control en la calificación de las demandas, aumento desmedido de la carga procesal, aumento de abogados no técnicos y de jueces conformistas en la actividad probatoria, el abuso del derecho a la Tutela Jurisdiccional, entre otros.

## III. APUNTES PRELIMINARES.

### 3.1. La subcontratación empresarial

#### *3.1.1. Delimitación del Tema*

La Subcontratación Empresarial viene a ser una moderna forma de interrelación económica entre empresas como consecuencia de la cada vez más imperante concepción de la *Descentralización Productiva*. Se refiere a una modalidad contractual de naturaleza civil, a través de la cual una Empresa Principal responsable de todo un ciclo productivo transfiere, encarga o *Externaliza Servicios,* entendida 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, con la finalidad de reducir los costos de Producción o del Servicio y, a la par, de responsabilidades de naturaleza socio-laboral. Este proceso de desvinculación de la actividad externalizada podría ser de mano de obra (*Intermediación Laboral)* o de un servicio integral (*Tercerización u Outsourcing)*, lo cual difiere de una simple sustitución de empresas.[4]

#### *3.1.2. La Tercerización Empresarial u Outsourcing*

Prevista en la ley N° 29245 y su reglamento el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, la cual tiene como noción, que surge de un proceso empresarial entre una empresa principal (empresa usuaria) y una o varias terceras empresas (empresas

[4] Jorge Toyama Miyagusuku citando a Raso Delgado. En: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ. Un Enfoque Teórico-Práctico"*, Gaceta Jurídica, Editorial El Búho, 2015, Lima, Perú, p. 186.

tercerizadoras o contratistas), cuyo objetivo es encargarle una parte de su proceso productivo de bienes o de servicios, ya sean actividades principales permanentes o temporales de la empresa principal, que comprenden actividades de soporte y que coloquialmente son complementarias, *con el único fin de que estas últimas lo realicen de forma integral y autónoma bajo su costo y riesgo*[5]. Servicios Especializados u obras que es realizado de forma autónoma e independiente por la Empresa Tercerizadora frente a la principal, ya que los trabajadores no se encuentran subordinados a la empresa matriz, en tanto, que esta solo se compromete a un resultado y no la fuerza de trabajo, es decir, los trabajadores se encuentran bajo la exclusiva subordinación de la empresa tercerizadora, por ende esta es la llamada a cumplir con los derechos laborales de tales trabajadores. Así mismo, cuenta con elementos característicos que sirven como indicios que le confieren autonomía y validez, los cuales son: la pluralidad de clientes, el uso y cuenta de equipos propios, la inversión de capital, la retribución por obra o servicio, la especialización, entre otros. Siendo importante precisar que otro requisito que se evalúa para determinar si existe tercerización, es identificar la fuente que le dio origen (Art. 3 de la Ley), formando parte de estos servicios, los siguientes: los contratos de Gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa y los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

### *3.1.3. La Intermediación de Servicios.*

Regulada por la Ley N° 27626 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 003-202-TR, la cual consiste en la contratación de la Empresa Usuaria a una tercera empresa, ya sea una Empresa de Servicios, una Cooperativa de Trabajo Temporal o una Cooperativa de Trabajo o Fomento del Empleo, con la finalidad de que esta última le ceda mano de obra o trabajadores para colaborar en el desarrollo de sus actividades[6], siempre y cuando los servicios a desarrollar o que sean objeto de Intermediación se refieran a Actividades Temporales Principales, Complementarias o Especializados de la Empresa Usuaria. Siendo requisito para su validez que la Empresa Intermediadora se encuentre inscrita en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación, y que el número de trabajadores cedidos a la Empresa Usuaria no supere el 20% del total del total de trabajadores contratados de esta última. De igual forma, las Empresas Intermediarias, están obligadas de conceder una fianza con la cual garanticen el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la Empresa Usuaria.

---

5 GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; DE LAMA LAURA, Manuel; QUIROZ ESLADO, Luis. *"Manual de Contratación Laboral"*, Gaceta Jurídica SA.: Lima, 2016. 115 p.

6 ARCE ORTIZ, Elmer. *"Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú"*. Editorial Palestra, Lima, 2006, Pp. 122.

A diferencia de la Tercerización, los trabajadores cedidos a la Empresa Usuaria para que colabore en su actividades se encuentran bajo la subordinación tanto de la Empresa Intermediadora cuanto de la Empresa Usuaria, siendo que la primera ejerce los Poderes de Sanción y la segunda ejerce los Poderes de Dirección y de Control, así mismo, el personal cedido tiene los mismos derechos y beneficios al igual que los trabajadores de la empresa usuaria, salvo diferencias objetivas.

### *3.1.4. La Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial*

#### *3.1.4.1. Desnaturalización de la Tercerización u* Outsourcing

Se encuentra regulado en el Artículo 5° de la Ley N° 29245 y de su Reglamento, el cual, *ad litteram,* prescribe que *"Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2º y 3º de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro (...), sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes."* Refiriéndose a la carencia y/o incumplimiento de las Empresas Tercerizadoras de los requisitos en su celebración y/o en su ejecución, los cuales pueden ser:

- Cuando no desarrollen actividades especializadas u obras, respecto a la Actividad Principal Permanente o Temporal de la Empresa Usuaria.
- Cuando no sean responsables por los resultados de sus actividades o de un servicio o de una parte integral del ciclo productivo de la Empresa Usuaria, sino que se limite a una Cesión Ilícita de Trabajadores.
- Cuando no asumen los servicios prestados por su cuenta y riesgo, no cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.
- Cuando los trabajadores no estén bajo su exclusiva subordinación, sino que estén bajo subordinación parcial o total de la Empresa Principal.
- Cuando no existen suficientes indicios de la autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- Cuando la empresa tercerizadora sigue brindando los servicios luego de la cancelación del registro.

Es así que, de probarse directa o indirectamente la realización de una Tercerización Fraudulenta se tendrá esta por Desnaturalizada, y por ende, se considerará por mandato imperativo de la Ley, a la Empresa Principal como el real y verdadero empleador del trabajador tercerizado o destacado, desde el momento en que se dio inicio la prestación de servicios (destaque) o se realizó el fraude, así mismo, que la relación laboral será de naturaleza indeterminada.

*3.1.4.2. Desnaturalización de la Intermediación de Servicios.*

Se encuentra regulada en el Artículo 5° de la Ley N° 27626 aunada al Artículo 14° de su Reglamento en el D.S. 003-2002-TR, señalando la primera la Aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad y la segunda taxativamente la Desnaturalización de la Intermediación Laboral, siendo que de llegarse a configurar, ambas se refieren, implícita o literalmente, en que *"se considerará una relación directa entre el trabajador y la empresa usuaria desde el inicio de la prestación de los servicios"*. Así mismo, el Artículo 14 del Reglamento hace mención un listado de supuestos para la configuración de la Desnaturalización de la Intermediación por ser fraudulenta, las cuales tienen relación directa con los supuestos mencionados por en los artículos 4°, 5° y 8° la Ley, a saber:

- El Exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales, el cual es del 20% del total de trabajadores contratados por la Empresa Usuaria.
- La intermediación de Servicios Temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, refiriéndose a la Actividad Principal de la Empresa Usuaria.
- La Intermediación de Empresas de Servicios, Cooperativas de Trabajo o Cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo para labores distintas a servicios Temporales, Complementarias o Especializadas, es decir, para labores de actividades Principales de la Empresa Usuaria.
- La Intermediación es Nula cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la Empresa Usuaria o a la entidad intermediadora.
- Prohibida la Intermediación para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga.
- Prohibida la Intermediación para cubrir personal en otra empresa intermediación.

De esta manera, de comprobarse una fraudulenta Intermediación de Servicios, por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se configurará la Desnaturalización de la Intermediación, y por ende, se considerará que el trabajador cedido tenga una relación laboral directa de naturaleza indeterminada con la empresa Usuaria desde el inició en que realizó servicios para esta.

## IV. LA TUTELA JURISDICCIONAL

### 4.1. Definición

Principio Procesal que junto al Debido Proceso, se encuentran regulados en el Artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución, siendo que según Martín Reyes Hurtado, citando a Priori Posada, *"La Tutela Jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal) que*

*en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc.) y al pretendido (demandado, emplazado, etc.).*[7]*";* el cual comprende y se manifiesta tanto el Acceso a la Justicia cuanto el Debido Proceso[8]. Además, de manifestarse y tener como garantías procesales el Derecho de Acción, Derecho de Contradicción[9] y la pronta y ajustada a Derecho solución de la causa por parte del Órgano Jurisdiccional, al igual que el efectivo y total cumplimiento de lo sentenciado.[10] Manifestaciones de la Tutela Jurisdiccional que tienen su correlato en los Principios de la NLPT, en específico, en los principios de celeridad, economía procesal y veracidad. Así mismo, Monroy Gálvez precisa que "*cuando el constituyente hace referencia como derecho relacionado a la función jurisdiccional, tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva (Artículo 139.3 de la Constitución), está aludiendo a aspectos distintos y complementarios de una realidad: el proceso entendido en sentido amplio. Con la expresión "debido proceso" estaría refiriéndose a la dimensión dinámica y subjetiva del proceso, mientras que con la expresión tutela procesal efectiva aludiría a la dimensión estática y objetiva del mismo. (...)* ***El primero (La Tutela Jurisdiccional) es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo (El Debido Proceso) es la manifestación concreta del primero, es su actuación***[11]***."***

Como podemos observar, para gran parte de la doctrina especializada, entre ellos Monroy Gálvez, Priori Posada, De Bernardis y Hurtado Reyes[12], la Tutela Jurisdiccional y el Debido Proceso son sustancialmente lo mismo, en otras palabras, el primero viene a ser el efecto espejo del segundo y viceversa, tal como se establece también en la STC N° 03075-2006-AA/TC, al señalar que "*(el debido proceso) se trata de un derecho fundamental cuyo contenido esencial tiene que ver con el derecho de acceso a la justicia, con el conjunto de garantías que aseguran, en la mayor medida de lo posible, que la solución de un conflicto sea a través de una decisión justa, y el derecho a la ejecución oportuna de esta decisión (Tutela Jurisdiccional Efectiva).*" Así mismo, que la aplicación e interpretación de toda la normativa procesal, debe realizarse a la Luz de los Principios, Derechos y/o Garantías Constitucionales, ello en mención a que la actual corriente doctrinaria acogida por foro jurídico nacional e internacional, establece el **Carácter Constitucional del Proceso** o la **Constitucionalización del Proceso,** pues estos forman parte y han sido acogidos por nuestra Constitución en su Artículo 139° concediéndoles el rango de norma constitucional, lo que se acentúa al ser considerados como **Derechos Humanos** contenidos en *la Declaración Universal de los Derechos Humanos,* el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana de los Derechos y*

---

7 HURTADO REYES, Martín. "*Tutela Jurisdiccional Diferenciada*". Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 41.

8 Artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

9 HURTADO REYES, Martín. Óp. Cit. Pp. 44.

10 STC N° 763-2005-PA/TC, f.j.6.

11 MONROY GÁLVEZ, Juan. "*Teoría General del Proceso*". Palestra, Lima, 2007, pp. 459-460

12 HURTADO REYES, Martín. Óp. Cit. Pp. 44 y 45

*Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cuerpos normativos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en función al Artículo 55°, siendo de aplicación inmediata y obligatorio cumplimiento conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna y por su carácter imperativo de Derecho Internacional General o *Ius Cogens*.

Es así que al iniciarse un proceso laboral y durante el transcurso del mismo, los actos procesales deben de realizarse respetando las garantías constitucionales, entre ellos los Principios de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Debido Proceso.

### 4.2. Manifestación.

#### *4.2.1. El Derecho de Acción*

Manifestación de la Tutela Jurisdiccional al formar parte del Derecho de Acceso a la Justicia, teniendo como correlato el Derecho de Contradicción, y relación directa con la Parte Postulatoria del Proceso al constituir el acto procesal mediante el cual se le da inicio. Es reconocido por COUTURE como una expresión del derecho de petición definiéndolo como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión[13]. Es así que el Derecho de Acción viene a ser la manifestación de voluntad de todo sujeto de derecho ejercitada mediante una demanda, y a través de la cual se pone en conocimiento al Operador Jurisdiccional de la Pretensión Procesal reclamada para que sea estimada.[14] Así mismo, para que el Derecho de Acción sea correctamente realizado, cumpla su finalidad y sea de válida aplicación, debe cumplir con ciertos presupuestos o condiciones, los cuales, según Monroy Gálvez, "*en doctrina suele aceptarse pacíficamente que las condiciones de la acción son tres: la voluntad de la ley, el interés para obrar y la legitimidad para obrar o legitimatio ad causam[15]*", posición aceptada por Piero Calamandrei, Carrión Lugo, entre otros. Por otro lado, cabe acotar que la doctrina especializada en la materia, entre ellos autores como Lino Enrique Palacios, consideran que la Institución jurídico – procesal de la *Legitimidad para Obrar* o *Legitimidad Procesal* también viene a ser un requisito intrínseco de Admisibilidad del Acto de la Pretensión Procesal, el cual es definido por Lino "*como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales*

---

13 COUTURE, Eduardo J. "*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*". 3ra Edición, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 57.

14 ENRIQUE PALACIO, Lino. "*Manual de Derecho Procesal Civil*". Editorial Abeledo – Perrot, Décimo Sétima Edición, Buenos Aires, 2003, P. 92-96.

15 Renzo Cavani, citando a Juan Monroy Gálvez. En: CAVANI, Renzo. "*Las "condiciones de la acción" Una categoría que debe desaparecer*". En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 1, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Julio 2013, P. 234.

*la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso*[16]*."*

Condiciones de la Acción que deben ser evaluados por el juzgador cuando califica la demanda, cuando resuelve las excepciones y también cuando se sanea el proceso; no obstante, excepcionalmente el juez puede pronunciarse también sobre la ausencia de las condiciones al expedir sentencia[17]. De esta manera, el juez al calificar la demanda, examina si el demandante tiene o no legitimidad para obrar, simplemente debe verificar si hay esa relación formal de correspondencia entre tal demandante y la persona a quien la ley concede acción; en este examen, no juzga la noticia de la pretensión y menos si el actor es o no titular del derecho que alega en su demanda, pues estos dos aspectos el juez los evalúa al expedir sentencia (cuando emite juicio de fundabilidad sobre la pretensión)[18]. Para Calamandrei no cabe duda que deben concurrir los tres requisitos o condiciones constitutivas con el fin de que pueda considerarse nacida la acción, la falta de uno solo de ellos determinaría el rechazo en mérito (sobre el fondo) de la demanda, *la cual* hace Improcedente o infundada a la demanda.[19]

### 4.2.2. La Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Para Chamorro Bernal, la Tutela Jurisdiccional se hace Efectiva cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través de un proceso con la concesión de las garantías mínimas para las partes, y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final es cuando el Estado convierte esa Tutela Jurídica en Efectiva.[20] Así mismo, Gómez De Liaño y Pérez-Cruz Martín señalan que la Efectividad de la Tutela tiene cuatro grados: el primero, está referida a la garantía de los ciudadanos de obtener respuesta del órgano jurisdiccional; la segunda, vinculada a la garantía que el órgano jurisdiccional resuelva el problema planteado; el tercero, garantía de resolución del problema planteado con razonamiento y cifrado en el ordenamiento jurídico; la cuarta, la posibilidad de que la decisión tomada sea ejecutable.[21] Adicionalmente, Hurtado Reyes considera que "la Tutela Jurisdiccional tendrá el carácter de efectiva si el juez cuenta con la posibilidad de otorgar tutelas diferenciadas"[22] Es así que la Efectividad de la Tutela Jurisdiccional se manifiesta

---

16 ENRIQUE PALACIO, Lino. Ídem., P. 103.

17 TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido Proceso y la demanda Civil— Tomo I*. Perú: Editorial Rodhas, 1999, p. 272-278.

18 Ibídem, pp.279-281.

19 CALAMANDREI, Piero. *"Derecho Procesal Civil",* México: Oxford University Press Mexico, 1999. pp. 48-54.

20 CHAMORRO BERNAL, Francisco. *"La Tutela Judicial Efectiva"*, Primer Edición, Barcelona, Editorial Boch, 1994, p. 276.

21 GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. *"Derecho Procesal Civil"*, 2da Edición, Oviedo, Editorial Forum, 2001, p. 200 y ss.

22 HURTARO REYES, Martín. Óp. Cit, p. 43.

cuando la Solución al conflicto por la cual el demandante acudió a la Jurisdicción como poder-deber que ejerce el Estado o al órgano Jurisdiccional, se realiza de teniendo en cuenta las garantías de las partes, emitiendo una Sentencia acorde a Derecho, Justa, pronta, idónea, eficaz y oportuna en su ejecución.

### 4.3. El Derecho de Defensa

Es un derecho de rango constitucional, definido por el Tribunal Constitucional como el Derecho que "garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares, de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, (...) se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa. Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, (...) se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa» (Exp. STC N°.' 374 1-2004-M/FC, 14/11/05, FJ. 23.). Así mismo, el Tribunal de Vértice Constitucional hace referencia al Derecho de Defensa como elemento de la Tutela Jurisdiccional, al señalar en la STC Exp. N°: 6712-2005— HCIFC, 17/10/05, Fj 31, que «La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva", lo cual también se puede observar en el Artículo 4° del Código Procesal Civil, al prescribir *"Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos (...) a probar, de defensa, al contradictorio (...)".*

Según García Toma, entre las principales características del derecho de defensa destacan las siguientes[23]: a) Derecho a la comunicación previa y detallada de la demanda, denuncia o queja formulada en su contra; b) Facultad de elegir a un defensor; e) Facultad de actuar activamente en el proceso; d) Facultad de exigir que el proceso se desarrolle con equiparidad de condiciones entre las partes; e) Concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la argumentación de defensa; f) Facultad de interrogar a los testigos de cargo y de presentar testigos de descargo; g) Facultad de impugnar las resoluciones con

[23] GARCÍA TOMA, Víctor. "Los Derechos Fundamentales en el Perú". Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2008.

contenido adverso a sus intereses legítimos; y, h) Facultad de negarse a declarar contra sí mismo o contra sus familiares más cercanos.

### 4.4. El Derecho a la Prueba

El Derecho a la Prueba goza de Protección Constitucional al tratarse de un contenido implícito del derecho al Debido Proceso, y de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el cual corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso como demandantes o demandados, en cuanto a *disponer de la oportunidad de probar*, y sería un complemento del derecho de acción y de contradicción, o de su derecho de defensa, vale decir, un derecho a llevar al proceso pruebas en general, con la finalidad de obtener una sentencia favorable[24]. Su contenido esencial, según la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, comprende *"cinco derechos específicos: a) El derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de le; c) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) El derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y, e) El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, eso es, conforme a las reglas de la sana crítica"* (Cas. N° 2340-05-Camaná, fj. 1.). Así mismo, El Tribunal Constitucional indica que se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia (STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f.j. 15).

## V. ANÁLISIS E IDEAS EMBRIONARIAS

### 5.1. En Busca de los Verdaderamente Legitimados como Partes Procesales en los conflictos sobre Desnaturalización de la Subcontratación ¿Relación Triangular o Relación Dual?

Tal como hemos señalado *ut supra,* existen dos posiciones en la judicatura respecto a los sujetos procesales intervinientes en un proceso laboral sobre Desnaturalización de la Subcontratación, siendo que la elección de una o de otra posición implica efectos diferenciados en la administración, eficiencia y eficacia del proceso. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿Se está cumpliendo y respetando a cabalidad los Instrumentos Jurídico Procesales, en específico el Derecho de Acción,

[24] DEVIS ECHANDIA, Hernando. *"TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL"*, Tomo I, Editorial TEMIS S.A., Quinta Edición, Bogotá, Colombia, 2002. Pp. 26 y ss.

al tramitarse los procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación? Para dar respuesta recurriremos a los apuntes preliminares antes esbozados.

Las Condiciones para la correcta y válida ejecución de la Acción son: la Voluntad de la Ley, el Interés para obrar y la Legitimidad para Obrar, siendo esta última la que nos interesa identificar, a partir del análisis de las normas sustantivas que regulan la desnaturalización de la subcontratación, la cual se encuentra prescrito tanto en el Artículo 5 de la Ley N° 27626 y Artículo 14 del D.S. N° 003-2002-TR, respecto a la Desnaturalización de la Intermediación, cuanto en los Artículos 5 de la Ley N° 29245 y del D.S. N° 006-2008-TR, respecto a la Desnaturalización de la Tercerización. Observando que las referidas normas materiales, concluyen que al realizarse alguna infracción a los supuestos de la Intermediación y/o de la Tercerización en la celebración o ejecución, se configura u origina una relación de trabajo directa e inmediata del trabajador con la Empresa Principal/Usuaria desde el momento en que se produce su desplazamiento y/o prestó servicios para esta última. Siendo evidente que los efectos de la misma son de entera y única responsabilidad de la Empresa Principal/Usuaria, al ser esta la única que tiene legítimo interés en el resultado del proceso, pues no acarrea responsabilidad alguna y excluye de todo efecto jurídico a las subcontratadas. Es así que, a partir del análisis realizado a las normas materiales que resuelven el caso e identificar quienes son los sujetos que forman parte de la relación jurídica material, por ende son quienes tienen legítimo interés en el resultado del proceso y están legitimados para formar parte del mismo, son únicamente el trabajador demandante y la Empresa Usuaria/Principal como demandada, sin tener injerencia alguna las empresas subcontratadas, al no ser señaladas estas como responsables en la norma sustancial objeto de conflicto. Por lo cual, es absurdo y falta de Técnica Procesal, ignorar los Presupuestos y Condiciones de la Acción, al considerar a las empresas subcontratadas como parte del proceso, pues estas no forman parte de la relación jurídica material, lo cual denota errado el demandar un Litisconsorcio Necesario Pasivo, por considerar la existencia de una Relación Triangular en los conflictos sobre desnaturalización de la subcontratación, sino que lo correcto es solo demandar a la Empresa Principal/Usuaria por ser esta la única que tiene Legitimidad Procesal, constituyéndose como válida solo la configuración de una "Relación Dual", en concordancia con la aplicación correcta de las Condiciones de la Acción para el inicio de un proceso válido y técnico.

Así mismo, resulta revelador que en los procesos sobre desnaturalización de la subcontratación, en los cuales se ha demandado un Litisconsorcio Necesario Pasivo —Relación Triangular—, las Empresas Subcontratadas no se apersonan durante todo el *iter procesal*, y en el mejor de los casos, acuden solo hasta la Audiencia de Conciliación, siendo que su declaración de rebeldía y la presunción de veracidad de los hechos o su ausencia en la Audiencia de Juzgamiento, resultan irrelevantes respecto al objeto materia de controversia, el cual está dirigido a determinar la existencia de un vínculo laboral directo e inmediato con la Empresa Usuaria/Principal, mas no con la Empresa Subcontratada, excluyéndola de responsabili-

dades laborales al sentenciar, pues todos los fallos del *a quo* declaran Fundada la desnaturalización de la subcontratación contra la Empresa Usuaria/Principal e Infundada o Improcedente contra las Subcontratistas, las cuales posteriormente son Confirmadas por el *a quem,* resultando equiparables a las Sentencias de los casos donde se consideró una "Relación Dual".

Por otro lado, cabe preguntarnos, ¿El determinar *prima face* los sujetos verdaderamente legitimados para ser parte procesal, a partir del análisis de las condiciones de la Acción, configura un Prejuzgamiento? Al respecto, debemos recordar lo señalado por Piero Calamandrei, *ut supra,* el analizar las condiciones de la acción, entre ellas *la legitimatio ad causam*, como requisito intrínseco de admisibilidad al calificar la demanda en cualquier etapa del proceso, no constituye un Prejuzgamiento de la causa, sino lo que se estaría realizando es el Saneamiento Procesal, el cual se encuentra regulado en el artículo 465 del Código Procesal Civil, al prescribir, *ad litteram*, *"(...) el Juez, de oficio y aun cuando el demandado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando: 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; (...) Subsanados los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. (...)";* así mismo, el Tribunal de Vértice se pronuncia respecto al Saneamiento Procesal en la Casación N° 673-2002-Lambayeque, al mencionar que *"Para declarar saneado el proceso, el juzgador debe examinar, entre otros,(...) que intervengan en el proceso todos los que tienen relación con la materia en controversia y que la decisión final los pueda afectar; (...) Solo con la concurrencia correcta de todos estos requisitos el Juez estará en aptitud de declarar saneado el proceso y que en el proceso existe relación jurídica procesal válida. (Si) El Juez no ha cumplido con esta actividad procesal, por lo que es evidente (se considerará) la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso."*(Los agregados y subrayados son nuestros). Por lo tanto, el Juez se encuentra plenamente facultado en realizar el análisis de las condiciones de la acción y la legitimidad de las partes en cualquier etapa del proceso, siendo lo recomendable en *pro* de un proceso correcto, eficaz, eficiente y efectivo, que la actividad saneadora se realice en la calificación y control de admisibilidad y procedencia de la demanda, o de ser el caso, en el trámite del mismo, a través de la Extromisión Procesal.

### 5.2. El Litisconsorcio Necesario Pasivo y su consecuente Vulneración a la Tutela Jurisdiccional.

Teniendo en cuenta que en un proceso donde el objeto de controversia es la Desnaturalización de la Subcontratación, lo técnico, correcto y válido es demandar solamente a la Empresa Usuaria/Principal, ahora nos ocupamos en analizar las consecuencias en relación a la Tutela Jurisdiccional Efectiva de la aplicación del supuesto de demandar erradamente un Litisconsorcio Necesario Pasivo —Relación Triangular— en los procesos *sub examine*.

Existen sustanciales diferencias en la tramitación de los procesos en los cuales se considere una Relación Dual en comparación con los que se considere

una Relación Triangular, siendo la principal y más notoria diferencia el tiempo de duración en la tramitación de cada proceso desde que es admitida la demanda hasta la emisión de las sentencias, tanto de Primera Instancia cuanto las Sentencias de Vista. Ello debido mientras que en los Procesos donde se acoge la Tesis de la Relación Dual, el Auto Admisorio solo será notificado a una sola demandada, la cual si no se apersona al proceso será declarada rebelde surtiendo efectos la Presunción de Veracidad de los hechos, o si se llega apersonar y asiste a la Audiencia de Juzgamiento, sus etapas, entre ellas, la actuación probatoria, se realizarán en un menor tiempo, el cual será el estimado acorde a la verdadera complejidad de los hechos, sin dilaciones indebidas e innecesarias, y con la emisión de una sentencia simple y ágil, todo el proceso en un tiempo estimado prudencial y célere en relación a la causa; sin embargo, los procesos en los cuales se considere una Relación Triangular, en su gran mayoría, el tiempo estimado en su tramitación es mayor al necesitado en un proceso del supuesto de la Relación Dual, ello como consecuencia por ser un mayor número las demandadas, y tener que notificarse a todas y cada una de ellas, esperar que todas hayan sido bien notificadas, y en el caso de no ser la dirección correcta, realizarlo a través de exhortos, mayor tiempo del estimado en las Audiencias, la actuación probatoria se vuelve engorrosa por ser varios los sujetos intervinientes, suspensiones innecesarias de las audiencias por intromisiones de las subcontratadas por denuncia civil y programaciones de Audiencias Complementarias de Conciliación infructíferas, entre otros, que en cada caso en concreto pudiesen ocurrir. Así mismo, los sobrecostos adicionales que implican para la Administración de Justicia y la Judicatura los procesos en los cuales se demanda un Litisconsorcio Necesario Pasivo, refiriéndonos al sobrecosto de la justicia al tener que gastar mayores recursos en calificar una demanda más, mayor cantidad de notificaciones, mayores gastos operativos, mayor gasto de dinero en salarios, mayor tiempo de demora para la solución de las causas, mayor uso/gasto de las tecnologías (TIC's), el costo del (des)prestigio del Órgano de Justicia por la demora en la solución de los casos a causa de la mayor carga procesal de los juzgados, mayor necesidad de personal jurisdiccional y administrativo, etc., en síntesis, mayor costo para un proceso eficiente y una correcta Administración de Justicia, lo cual está directamente relacionado con el cabal cumplimiento o no de la Tutela Jurisdiccional Efectiva. De igual forma, diversos problemas prácticos o disfunciones que genera en el foro, en la jurisdicción y en el proceso, como solapar las malas prácticas de los abogados al realizar una defensa no técnica cuando demandan un Litisconsorcio Necesario Pasivo entre la Empresa Usuaria/Principal y las Subcontratadas y su convalidación por los Jueces, el abuso del derecho a la defensa de las demandadas al prolongar innecesariamente la duración del proceso[25], el abuso del derecho de acción de los demandantes al hacer un mal uso del aparato jurisdiccional por demandar a cualquiera sin que tenga este interés en el proceso,

[25] MITIDIERO, Daniel. "*La justicia civil en el Estado Constitucional*", Diálogos para un diagnóstico. Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2016. p.70.

el deficiente control en la calificación de las demandas, aumento desmedido de la carga procesal, jueces y abogados ociosos en la actividad probatoria, la inobservancia de la técnica procesal, la ineficacia e ineficiencia del proceso y la vulneración de la Tutela Jurisdiccional Efectiva. En consecuencia, es evidente el grado de incidencia negativa que genera en la gestión del proceso laboral y en el servicio jurisdiccional el acogimiento de la Tesis de la Relación Triangular, ocasionando la vulneración de la Tutela Jurisdiccional al limitarse su Efectividad como Garantía Procesal, tan solo a la Efectividad Institucional y no a la Efectividad Concreta[26].

### 5.3. Interpretación y Actitud del Juez Laboral en los Procesos sobre conflicto de Desnaturalización de la Subcontratación. ¿Vulneración de los Derechos a la Defensa y a la Prueba?

Como vemos, el Juez, al igual que las partes, cumple un papel importante en el correcto, válido y eficiente funcionamiento del proceso, por lo cual, debe de tener una actitud Flexible y Técnica al momento de administrarlo, y saber interpretar los diferentes acontecimientos que ocurran, para poder decidir de forma correcta y evitar futuras contingencias que lo dilaten innecesariamente, siempre con la finalidad de asegurar su célere y eficiente funcionamiento, sin entorpecerlo con dilaciones indebidas o innecesarias, sobretodo respetando y cumpliendo las normas jurídico-procesales.

Para ello, el Juez Laboral no debe limitarse a ser solo un Juez Protagónico, sino debe ser un Juez Técnico y Flexible. Debe ser Técnico para que aplique las normas jurídico-procesales correctamente[27], sin vulnerar el debido proceso, evitando dilaciones indebidas e innecesarias producto de una incorrecta aplicación y análisis de los presupuestos procesales, de las condiciones de la acción y de las Garantías Procesales – La Tutela Jurisdiccional—. El Juez al concebir al proceso como una Técnica, está *prima facie* evitando futuras nulidades, al cumplir con la finalidad de cada norma o herramienta procesal que utiliza, así mismo, está ejerciendo una eficiente gestión del proceso, pues está haciendo al proceso célere al emitir sentencia pronta y oportuna, a favor del recurrente, y en cabal cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional, la cual, efectivamente será Efectiva, al haberse seguido una secuencia sistemática de actos procesales Técnicos que garantizan el fiel cumplimiento de lo sentenciado, ya sea en ejecución de sentencia o mediante una Tutela Cautelar. Así mismo, el Juez debe ser Flexible, refiriéndonos a la facilidad y tino que debe tener al momento de tomar decisiones cuando ocurran

---

[26] TARUFFO, Michele. *"Páginas sobre Justicia Civil",* Marcial Pons. Madrid 2009, pp. 68-69.

[27] Según MARINONI, "las técnicas procesales son especialmente los modelos procedimentales y los instrumentos procesales utilizados para permitir el alcance de la tutela efectiva del derecho y para dar efectividad a las decisiones judiciales." En: MARINONI, Luiz Guilherme. *"Introducción al Derecho Procesal Civil*", Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2015., p, 142.

acontecimientos que amenacen el correcto y eficiente funcionamiento del proceso. El Juez debe de tomar la decisiones salomónica, sin vulnerar los derechos de las partes, pero tampoco a costa o poniendo en riesgo la eficiencia del proceso, sino que su decisión debe estar siempre acorde y direccionada a un proceso célere, eficiente y eficaz, evitando dilaciones ociosas e inoficiosas, ya que, si el Juez toma una decisión errada ocasionando la demora innecesaria e indebida del proceso, se estaría por omisión vulnerando la Tutela Jurisdiccional, pues la emisión de la sentencia se postergará por más tiempo al que estaba estimado para en un primer momento, vulnerando a la vez el derecho acceso a la justicia del recurrente al ver más lejana la solución de la controversia y el posible resarcimiento u otorgamiento de su derecho vulnerado o no gozado.

Esta actitud Técnica y Flexible del Juez la podemos observar y aplicar en los procesos *sub examine*, pues al momento de calificarse la demanda y evaluar el cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, el Juez está realizando una función Técnica, la cual será correcta si el Juez determina que los verdaderamente legitimados son el trabajador demandante y la Empresa Usuaria/Principal como única demandada – Relación Dual—, o en el caso en el que se haya admitido un errado Litisconsorcio Necesario Pasivo, al momento de sanear el proceso ya defectuosamente iniciado, a través de la extromisión de las Empresas Subcontratadas, lo cual denotaría la actitud Flexible del Juez, pues el iniciar este tipo de procesos con la Subcontratada como parte procesal, acarrea una contingencia y posibles contingencias a futuro en el proceso, por lo cual, al haberse saneado el proceso y determinado oportunamente a los verdaderamente legitimados, se está evitando posibles dilaciones infructíferas del proceso. Por consiguiente, es recomendable que el Juez realice el control de los presupuestos del proceso y de las condiciones de la acción en la génesis del proceso, o realice el saneamiento procesal lo más pronto posible, sin llegar a la realización de las Audiencias, con la finalidad de evitar demoras inoficiosas del proceso y garantizando el cabal cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional.

Ahora bien ¿Al considerar a la Empresa Usuaria/Principal como única demandada se estaría vulnerando los derechos a la Defensa y a la Prueba? No en lo absoluto. La Empresa Usuaria durante todo el *iter procesal* tuvo vigente la posibilidad de hacer uso de su derecho de defensa, pues desde que fue notificada válidamente con la notificación del Admisorio de Demanda se le está garantizando su Derecho a la Defensa Material y Técnica, se le concedió el plazo legal para poder contradecir, tuvo la posibilidad de poder comparecer física y jurídicamente al proceso, se le confirió el derecho a probar, se siguió un Proceso Justo, se respetó la Tutela Jurisdiccional y se emitió una Sentencia Motivada en Derecho, concediéndole el derecho a la Doble Instancia. Es así que, se le garantizó en todo momento su Derecho a la Defensa, pues es irrelevante para el mismo si la Empresa Subcontratada forma o no parte del proceso, al no tener esta injerencia con el respeto y correcto uso de su Derecho a la Defensa. Así mismo, se concedió el Derecho a Probar a ambas partes, en específico, la posibilidad de presentar pruebas en sus escritos postulatorios, que

sean admitidas y actuadas en Juzgamiento, y sean conservadas y valoradas por el Juez al momento de emitir sentencia, con lo cual, se estaría garantizando el respeto al Derecho a la Prueba de ambas partes. Sin embargo, parte del foro y la judicatura consideran que se estaría vulnerando el Derecho a Probar de la Empresa Usuaria, pues se estaría dejando fuera del proceso información y pruebas importantes para la solución de la causa que únicamente las pueden introducir las Empresas Subcontratadas. Pero, ¿En verdad se está dejando de lado información y pruebas importantes que no podrían introducirse al proceso, sin que sea parte de esta la Empresa Subcontratada? Creemos que no, pues Técnicamente la Desnaturalización de la Subcontratación es un hecho mas no una pretensión[28], el cual constituiría un hecho o punto controvertido materia de prueba, y las Empresas Subcontradas, al margen de no tener responsabilidad ni interés en el desenlace del proceso, en su gran mayoría la única información y pruebas que puedan introducir al proceso son los contratos de trabajo entre esta y el demandante, los contratos civiles suscritos con la Empresa Usuaria/Principal, las boletas de pago del demandante, sus planillas, documentación de constitución e inscripción en los registros de Empresas Intermediadoras y/o Tercerizadoras, y otros documentos que estén direccionados a demostrar su valides formal en la celebración de la Subcontratación. Documentación que la Empresa Usuaria tiene la posibilidad de obtener y presentar al proceso sin la necesidad de que la Subcontratada forme parte de la relación procesal, ello en mención al Artículo 26 de la Ley N° 27626, en el cual se indica que la Empresa Usuaria/Principal se encuentra obligada de solicitar la constancia de inscripción vigente de la Empresa Subcontratada, debiendo retener en su poder copia de la misma durante el tiempo de duración del contrato que las vincule, así como, que en el Contrato de Locación de Servicios que celebren se debe especificar todos los datos referidos al servicio, es decir, la descripción de las labores a realizarse, la fundamentación de la naturaleza del servicio en relación al giro del negocio de la empresa Usuaria/Principal, lo términos del contrato del personal destacado (del demandante), la identificación del trabajador destacado, el cargo, la remuneración y el plazo del destaque. Dispositivo legal que debe ser de observancia tanto para los contratos de Intermediación cuanto para los de Tercerización, pues la Ley 29245 no ha derogado a la Ley 27262, sino que separó y ordenó las modalidades de Subcontratación, precisando los casos de aplicación de cada una, por lo cual, teniendo en cuenta que en un inicio los Servicios de Tercerización se encontraban regulados por el Reglamento de la Ley 27626, este dispositivo legal debe ser de obligatoria observancia aun en los casos de la contratación de una tercerización, lo cual coadyuvaría a un diligente control y prevención de contingencias de la Empresa Principal, para hacer frente a los procesos *sub examine*, aunado a que en toda contratación empresarial las empresas intervinientes deben de asegurarse que la celebración del contrato reúna todos los

[28] Casación N° 7358-2013 CUSCO, en el cual la Corte Suprema estableció que técnicamente la Desnaturalización Contractual no debe ser presentada al Proceso como *Petitium*, sino como un Hecho al formar parte de la *Causa Petendi* de la Pretensión.

presupuestos para su valides, y que toda empresa debe ser diligente en tomar todas las previsiones necesarias para evitar contingencias, que vayan en desmedro de su arcas financieras y repercutiendo en su actividad productiva, siendo razonable que la Empresa Principal pueda solicitar a las Subcontratadas la información requerida para satisfacer sus cargas probatorias, en mención a la vinculación económica y comercial que tienen, pues a pesar de ser fraudulenta en realidad existe.

Podemos observar, que la potencial información y documentación que pueden introducir las Subcontratadas al proceso, las puede introducir también la Empresa Usuaria, ya sea por tener dicha información en su poder por disposición legal, como los Contratos de Locación de Servicios, o por políticas preventivas de disminución o supresión de contingencias. Ello lo vemos reflejado en el Expediente N° 705-2015 seguido en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el cual la Empresa Principal presentó como medio probatorio el último contrato celebrado entre el demandante y una de las Empresas Subcontratadas. Así mismo, todo el material probatorio señalado líneas arriba, esta direccionado sustancialmente a demostrar que el demandante tuvo una relación laboral con la empresa subcontratada, o que la celebración del contrato civil fue válido, lo cual constituye solo una parte del análisis de la causa, mas no está dirigida a probar que su ejecución también fue válida. Ello sin perjuicio de que al haberse considerado Técnicamente una Relación Dual, la Empresa Usuaria tiene la obligación de presentar por sí misma sus medios probatorios (Art. 21 NLP), y probar su Tesis de defensa (Art. 23.1 NLPT), aunado a la Aplicación de las Cargas Probatorias Dinámicas que fundamentan el actual proceso laboral.

### 5.4. La Desnaturalización de la Subcontratación, ¿Caso Complejo o Complicamos el Caso?

Al ser técnicamente la desnaturalización de la subcontratación un hecho que formar parte de la *Causa Petendi* y de la argumentación fáctica, viene a ser un hecho controvertido que debe ser dilucidado. El consistir la teoría del caso del demandante en la existencia de una relación laboral directa de naturaleza indeterminada con la empresa principal, le bastaría solo demostrar la realización de la prestación de servicios a favor de esta para darse por configurado la existencia del vínculo laboral (Art. 23.2 NLPT), sin perjuicio de probar también la subordinación de poderlo realizar, funcionando automáticamente la teoría de las cargas probatorias dinámicas (Art. 23 de la NLPT), por lo cual, la empresa usuaria demandada, tendría que probar el cumplimiento de las normas legales y de sus obligaciones contractuales (Art. 23.4 NLPT), en específico, demostrar que la subcontratación empresarial realizada es válida, en su celebración y en su ejecución. Como explicamos precedentemente, la empresa principal tiene la posibilidad de presentar al proceso toda la información y pruebas que presentaría la empresa subcontratada de formar parte del proceso y, en el mejor de los casos, de apersonarse en el proceso. Documentación probatoria que se encuentra dirigida, principalmente, a demostrar la válida celebración de la Subcontratación —el ámbito formal de la Subcontrata-

ción—, restándole solamente probar que también fue válida su ejecución – ámbito Real—, lo cual no consiste en demostrar la no subordinación hacia el demandante (catalogada por la jurisprudencia como prueba diabólica[29]), sino en demostrar a través de pruebas directas (documentos propios de la demandada o solicitados a las empresas subcontratadas) o indirectas (a través de indicios, presunciones o construcciones de razonamientos silogísticos) que solo realizaba coordinaciones con el demandante y/o con las empresas subcontratadas, y que esta era quién realizaba exclusivamente la subordinación sobre el demandante. Una vez demostrado que fue válida la celebración y ejecución de la subcontratación, por haber sido solo coordinaciones, se puede estimar como no desnaturalizada la subcontratación. Sin embargo, si el demandante además de demostrar la prestación de servicios, prueba fehacientemente la subordinación que ejercía la empresa principal (en el caso de Tercerización) sobre él, bastando para ello tan solo una sola prueba, se estaría configurando totalmente la desnaturalización de la subcontratación, resultando irrelevante que se haya probado una válida celebración de la subcontratación, al formar esta solo una parte del análisis, así mismo, hubiese resultado irrelevante e inoficioso que haya formado parte del proceso las Subcontratadas, peor aun sabiendo los efectos negativos que ocasiona en el proceso.

## 6. CONCLUSIONES

1. Los verdaderamente Legitimados para formar de la Relación Jurídica Procesal en los casos donde el objeto de controversia es la Desnaturalización de la Subcontratación, son el Trabajador demandante y la Empresa Usuaria demandada, constituyendo una Relación Dual en el proceso, pues solo son dos los sujetos procesales intervinientes.
2. El demandar un Litisconsorcio Necesario Pasivo en los procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación vulnera la Tutela Jurisdiccional, al ocasionar, en la mayoría de los casos, una indebida e innecesaria dilatación del proceso, y por ende la demora en la emisión de la sentencia, así como, tener efectos negativos en el foro, en la Judicatura y en la Administración de Justicia, al solapar las malas prácticas procesales y un proceso no técnico.
3. Los Jueces deben interpretar y tener una actitud Técnica y Flexible en el proceso, garantizando el respeto a las normas jurídico-procesales, la eficiencia del proceso y el cabal cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional.
4. Los procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación técnicamente no son casos complejos, las malas prácticas procesales son las que lo complican, siendo innecesario la participación de las Empresas Subcontratadas, al no vulnerarse los Derechos a la Defensa y a la Prueba.

[29] STC EXP. N.° 06135-2006-PA/TC ICA.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, Elmer. *"Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú"*. Editorial Palestra, Lima, 2006.

CALAMANDREI, Piero. *"Derecho Procesal Civil"*, México: Oxford University Press México, 1999.

CAVANI, Renzo. "*Las "condiciones de la acción" Una categoría que debe desaparecer*". En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 1, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Julio 2013.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. *"La Tutela Judicial Efectiva"*, Primer Edición, Barcelona, Editorial Boch, 1994.

COUTURE, Eduardo J. *"Fundamentos del Derecho Procesal Civil"*. 3ra Edición, Buenos Aires, Depalma, 1978.

DEVIS ECHANDIA, Hernando. *"TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL"*, Tomo I, Edit. TEMIS S.A., 5ta Edición, Bogotá, Colombia, 2002.

ENRIQUE PALACIO, Lino. *"Manual de Derecho Procesal Civil"*. Editorial Abeledo – Perrot, Décimo Sétima Edición, Buenos Aires, 2003.

GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; DE LAMA LAURA, Manuel; QUIROZ ESLADO, Luis. *"Manual de Contratación Laboral"*, Gaceta Jurídica SA.: Lima, 2016.

GARCÍA TOMA, Víctor. "Los Derechos Fundamentales en el Perú". Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2008.

GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. *"Derecho Procesal Civil"*, 2da Edición, Oviedo, Editorial Forum, 2001.

HURTADO REYES, Martín. *"Tutela Jurisdiccional Diferenciada"*. Palestra Editores, Lima, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *"Introducción al Derecho Procesal Civil"*, Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *"La justicia civil en el Estado Constitucional"*, Diálogos para un diagnóstico. Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2016.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *"Teoría General del Proceso"*. Palestra, Lima, 2007.

TARUFFO, Michele. *"Páginas sobre Justicia Civil"*, Marcial Pons. Madrid 2009.

TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido Proceso y la demanda Civil— Tomo I*. Perú: Editorial Rodhas, 1999.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *"EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ. Un Enfoque Teórico-Práctico"*, Gaceta Jurídica, Editorial El Búho, 2015, Lima, Perú.

# Retos para una justicia más predecible: Nuevas maneras de sentenciar y de impugnar y de emisión de precedentes vinculantes

**Boris Sebastiani Araujo**

Abogado laboralista del Estudio Muñiz, con estudios actuales en la Maestría en Desarrollo Organizacional y Dirección de Personas en la Universidad del Pacífico.
Contacto: bsebastiani@munizlaw.com

***SUMARIO***

*I. Planteamiento del problema. II. Regulación actual de justicia predecible: el reinado de lo impronosticable. III. Necesidad de una nueva regulación de la justicia predecible. IV. Primera propuesta de la ponencia: nueva estructura de las sentencias en todas las instancias y de los recursos de apelación y casación. 4.1. ¿Por qué reestructurar la sentencia? 4.2. Reestructuración de la sentencia de primera instancia. 4.3. Nueva estructura de la apelación. 4.4. Nueva estructura de la sentencia de segunda instancia. 4.5. Nueva estructura de la casación. 4.6. Nueva estructura de la sentencia casatoria. V. Segunda propuesta: la emisión anual de plenos jurisdiccionales laborales vinculantes. VI. Tercera propuesta: la protocolización de los plenos jurisdiccionales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional cuando alguna de dichas instituciones pretenda apartarse del precedente vinculante emitido por el otro. VII. Conclusiones.*

"No hay hombre que, revestido de un poder absoluto para disponer de todos los asuntos de los humanos, no sea víctima de la soberbia y de la injusticia."
Platón

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hasta los tiempos previos de la revolución francesa, el acto de la sentencia estaba exento de explicar las razones de la decisión arribada. Es recién con la Ley del 16-24 de agosto de 1790 dictada en Francia, en la que se aprobó el deber jurisdiccional de motivar el fallo. En el Perú dicha novedad se instauró 36 años después, pues es recién con la Constitución de 1,828 mediante la cual se dispuso dicha garantía por primera vez en la jurisdicción peruana, la cual ha sido incluida en todas las demás constituciones promulgadas hasta la fecha.

Las reformas procesales laborales de los últimos 20 años siempre han ofrecido una justicia más eficiente, lo cierto es que hoy por hoy, el nivel en la calidad de la motivación de las sentencias laborales es deficiente, pues son más que menos las casaciones en el Perú anulan sentencias por defectos en la motivación, lo cual demuestra que la jurisdicción ejercida bajo el halo de la Ley Procesal del Trabajo en 1,996 y de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en el 2,011 no ha contribuido a mejorar la calidad en la motivación de las sentencias. En tal contexto, si la actual estructura de la sentencia ha convivido con dicho problema, entonces se justifica reestructurar la sentencia en base a componentes simplificados, que faciliten la lectura de los razonamientos y normas aplicadas al sentenciar.

Durante los últimos 12 meses (julio de 2015 a junio de 2016), en la revisión que hice en todas las sentencias en materia laboral publicadas en el Peruano, pude confirmar la actual crisis de las casaciones laborales en el Perú, pues el 84% de dichos recursos han sido declaradas improcedentes por la Corte Suprema[1], lo cual revela o bien que los abogados no saben redactar casaciones o bien que la calificación por parte de la Corte Suprema es deficiente, por lo tanto si el defecto en ello es por aspectos formales, entonces es razonable simplificar dichas formalidades.

Asimismo, pese a que la Antigua y Nueva Ley Procesal del Trabajo, la función del recurso de casación laboral es el de unificar la jurisprudencia, lo cierto es que a la fecha no existe formalmente jurisprudencia unificada, lo que hay es jurisprudencia dispersa en criterios sobre el mismo tema, por lo tanto la aspiración de justicia predecible sigue siendo ello: Una aspiración y no una realidad. En efecto, la mera publicación de las sentencias laborales de la Corte Suprema en letra 8 dentro de un cuadernillo publicado en El Peruano en un formato poco amigable que

[1] Durante el periodo del 01 de junio de 2015 al 01 de agosto de 2016, se han publicado 3,330 casaciones laborales de las Salas Sociales y Constitucionales de la Corte Suprema. El resultado es el siguiente: Casaciones Improcedentes (2,818): 84%, Casaciones Fundadas 11% (369), Casaciones Infundadas: 4.29% (143)

no ha cambiado hace más de tres décadas; la ausencia en la Antigua Ley Procesal del Trabajo de un protocolo que regule un plenario de jueces supremos laborales que como resultado de sus cónclaves emitan jurisprudencia vinculante; y la falta de convocatoria de las conclaves de las Salas Supremas Laborales para emitir precedentes vinculantes en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, no orienta eficazmente a los jueces laborales a emitir sentencias en base al precedente vinculante en causas similares. En tal sentido, hoy por hoy, no existen bases eficaces para la implementación de una justicia predecible en el sistema procesal laboral peruano.

De otro lado, si la interpretación de las normas y de los hechos, parte de la motivación en las sentencias, y si éstas son deficientes porque muchas se anulan, y si a la fecha no se ha aplicado el protocolo de emisión de sentencias uniformes que sirvan de Precedentes, entonces se justifica una propuesta de cambio a través de 03 medidas orientadas a facilitar la motivación de las sentencias, a simplificar la redacción de los medios impugnatorios, a producir cíclicamente precedentes vinculantes, y a protocolizar la emisión de sentencias que sean producto del acuerdo entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional para evitar contradicciones entre ambas. Pienso que así, con dicho cambio la justicia laboral sería más predecible que hoy.

Las referidas 03 medidas son las siguientes:

- **Primera**: Una nueva estructura de la sentencias de todas las instancias y de los recursos de apelación y casación.
- **Segunda**: La emisión anual de plenos jurisdiccionales laborales vinculantes.
- **Tercera:** La protocolización de los plenos jurisdiccionales entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional cuando alguna de dichas instituciones pretenda apartarse del precedente vinculante emitido por el otro.

Es intención de esta ponencia, justificar cada una de estas medidas.

## II. REGULACIÓN ACTUAL DE JUSTICIA PREDECIBLE: EL REINADO DE LO IMPRONOSTICABLE.

La regulación de la justicia predecible, normativamente sí existe, pero su uso es escaso, generando una justicia impredecible, lo cual hoy por hoy, es la regla existente en la práctica jurisdiccional. La regulación y operatividad de la justicia predecible es en sí, la eliminación de un obstáculo del acceso a una justicia eficiente como signo de modernidad de un Estado.

Hoy por hoy, en la Antigua Ley Procesal del Trabajo no contamos con la regulación de la emisión de Precedentes Vinculantes. A lo mucho, el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial es la que faculta, mas no obliga, a las Salas Especializadas a publicar cada tres meses en El Peruano, ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento, pero el resultado es que después de 20 años de aplicación de la Antigua Ley Procesal del Trabajo no se ha publicado ninguna ejecutoria al respecto.

La misma suerte está corriendo el Precedente Vinculante regulado por la Nueva Ley Procesal del Trabajo, pues a la fecha han transcurrido 05 años sin que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República haya convocado al pleno de los jueces supremos de la especialidad para emitir precedente judicial vinculante, tal como lo permite el artículo 40 de la referida norma.

Y si bien a la fecha se han emitido nueve Plenos Jurisdiccionales Laborales, resulta que ninguno de ellos es vinculante, siendo todos referenciales para los jueces, lo cual implica que varios de ellos no siempre son considerados en los fallos judiciales.

Distinta suerte ha ocurrido con los precedentes vinculantes laborales emitidos por el Tribunal Constitucional, como es el caso de la Estabilidad Laboral Absoluta (Caso Llanos Huasco), de las Jornadas Atípicas (Caso Southern Perú), o la necesidad del concurso público para ser repuesto en el sector público (Caso Huatuco), entre otras. Este tipo de fallos ha sido lo más eficiente hasta la fecha, por lo que habría que emular algunas de las razones de su éxito. En efecto, hay tres tipos de diferencias de este tipo de sentencias respecto de las del Poder Judicial: Provienen de un pleno de jueces que juntos conforman un mismo Tribunal, se emiten explícitamente como precedente vinculante y la sentencia tiene efecto normativo (es decir, equivalen a normas legales), si algún juez se aparta de dicho precedente vinculante incurre en responsabilidad (el efectivo efecto intimidatorio) tal como lo establece la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

De otro lado, las Salas Laborales de la Corte Suprema, a la fecha, son dos, hasta la fecha no se han reunido para emitir ni ejecutorias ni precedentes vinculantes. Y si algún juez de instancia inferior se aparta de los criterios de la Corte Suprema entonces no incurre en responsabilidad, lo cual demuestra que el diseño de este tipo de precedente no está destinado a un efectivo liderazgo que sí debiera tener.

En suma, hoy por hoy, y pese a que han transcurrido, respectivamente, 20 y 5 años de las dos últimas reformas procesales laborales, los resultados de precedentes vinculantes laborales nos revelan que no existe ninguna que posea dicho estatus, pese a que sí existen los protocolos formales regulados por la ley para que el resultado haya sido distinto, y que más bien los pocos precedentes vinculantes laborales vigentes en el Perú no han sido producidos por el Poder Judicial, sino por el Tribunal Constitucional quien ha llenado ese nicho de liderazgo abandonado durante estas dos décadas.

## III. NECESIDAD DE UNA NUEVA REGULACIÓN DE LA JUSTICIA PREDECIBLE.

Si se conserva la regulación actual del precedente en materia laboral a cargo del Poder Judicial, entonces nadie sabe hasta por cuántos años más se prolongará esta inercia en la producción de dichos precedentes, lo cual implica la conservación del status quo sin mayores cambios que los que el Tribunal Constitucional siga emitiendo en el campo de los precedentes vinculantes laborales.

Esta ponencia no trata de proponer una competencia entre ambas instituciones, sino que el Poder Judicial ejerza su atribución con la finalidad de poner orden en casa y evitar excesos en las interpretaciones de los jueces de primera y segunda instancia, así como propiciar la cohesión entre las Salas pares de la Corte Suprema, en lo que respecta a precedentes vinculantes.

Y si en caso, el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional advierta alguna posible discrepancia entre el precedente a emitir respecto de alguno que haya sido emitido con anterioridad por la otra institución, entonces, otra propuesta de esta ponencia es que ambas se reúnan y emitan un fallo mayoritario, el cual reemplazará o ratificará al anterior precedente, con lo cual se evitará alegar que "esto es criterio del TC" o "esto es criterio del Poder Judicial" (ejemplo: La retención de las cargas tributarias y previsionales en el pago judicial de beneficios sociales) y con ello se evitará elegir el criterio que más convenga al juez, y poner coto a esta situación.

## IV. PRIMERA PROPUESTA DE LA PONENCIA: NUEVA ESTRUCTURA DE LAS SENTENCIAS EN TODAS LAS INSTANCIAS Y DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN Y CASACIÓN.

### 4.1. ¿Por qué reestructurar la sentencia?

Durante estos 20 años de vigencia de las normas adjetivas que regulan el proceso laboral, hemos sido testigos de diversos estilos al momento de sentenciar: Las hay, aquellas que son simples, es decir aquellas sentencias que son cortas en su motivación y extensión, y que dejan algunos asuntos sin resolver; las extensas, es decir aquellas que incorporan dentro de sus considerandos una larga secuencia de normas prescindibles en el contenido del fallo y con ello también dejan también asuntos no resueltos, pero que en apariencia, por lo profuso de la sentencia, genera la apariencia de haber resuelto todo ; también existen las medianas, o sea aquellas que carecen de las características de la tipología referida, pero que sin extenderse mucho, son satisfactorias en sus enunciados. Sé que esta clasificación es arbitraria, pues el mundo de los estilos de las sentencias no deja de sorprendernos en el día a día, pero la dimensión de la sentencia sí importa por las siguientes razones:

- **Primero.-** A veces, lo menos, es más. Es decir, se debe motivar en base a lo justo y necesario en palabras, pues a mayor extensión de la sentencia, mayor será la demora en emitirla.
- **Segundo**.- Mientras más resumida la motivación, mejor para el justiciable. Leer una sentencia con amplios y numerosos considerandos no es amigable para el lector lego en derecho. Es más, la sentencia no debe ser redactada para que solo la entiendan los abogados, y éstos la traduzcan a su conveniencia a sus patrocinados, sino que la sentencia debe ser redactada para los litigantes a través de enunciados claros, simples y sencillos de entender.
- **Tercero**.- Las grandes extensiones de las sentencias, esconden muchas veces grandes vacíos de la misma. El razonamiento normativo de la sen-

tencia no tiene que partir de los tratados o convenciones internacionales, ni tampoco de la constitución, a no ser que sea necesario como sería en el caso de la aplicación de normas más favorables, o de beneficios laborales no regulados por la normatividad legal o infralegal. Pienso que la sentencia debe ir al grano al momento de resolver el caso, lo cual demostrará el grado de acierto del juez, pues la exactitud en la cita de las normas persuade a las partes y demuestra el nivel de su especialización.

Entonces, mientras más corta y precisa la sentencia, entonces habrá mayor efectividad en el servicio de justicia, por lo que esta ponencia postula a que se apruebe un formato de contenido legal mínimo, diseñado para simplificar la emisión y comunicación de las sentencias. Para ello, es importante definir si alguno de los componentes de la actual estructura de la sentencia laboral es prescindible.

Para dicho propósito, es importante advertir que la parte expositiva es un componente de la sentencia del proceso civil y no del laboral. En efecto, el artículo 122 del Código Procesal Civil determina que las partes de la sentencia son: Expositiva, considerativa y resolutiva. Sin embargo, el contenido de la sentencia laboral está regulado al detalle tanto en la Antigua Ley Procesal del Trabajo como en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Y en dicha línea, es importante advertir que ni la Antigua Ley Procesal del Trabajo, ni tampoco la nueva, en los sendos artículos del contenido mínimo de la sentencia, establecen la obligación de incluir dentro del fallo la parte expositiva. En tal sentido, el formato del contenido de la sentencia laboral puede prescindir de la parte expositiva, lo cual no atenta contra ninguna garantía del proceso porque si es que se ha cometido un vicio en la tramitación del proceso, aquél vicio será denunciado en el recurso mediante la especificación y descripción de dicha indefensión que fluirá siempre de lo actuado en el expediente y no de la parte expositiva de la sentencia, lo cual confirma su prescindencia, amén de que el tiempo en la redacción de la secuencia del proceso en la sentencia importa un tiempo que puede aprovecharse para mejorar la calidad de la motivación de los hechos, de las normas y por ende de la decisión expresada en la sentencia.

Si es que a través de las impugnaciones se pueden atacar determinadas partes de al sentencia, entonces la sentencia sólo debiera estar estructurada por componentes que tangiblemente pueden ser cuestionadas mediantes los medios impugnatorios. En tal sentido, el formato de la sentencia debiera tener la siguiente estructura:

A. **Hechos probados, presumidos o indicios:** En este espacio no es necesario incluir en la parte considerativa el resumen de la demanda ni de la contestación, sino ir directo a los hechos probados con mención expresa y directa de las motivaciones y razonamientos que permiten concluir que existen hechos probados, o hechos presumidos o hechos acreditados a través de indicios. Esta disgregación facilitará las impugnaciones, las confirmaciones o revocatorias. En suma, no solo se mejora el producto, sino la calidad en el servicio jurisdiccional.

B. **Normas aplicables y test de interpretación:** Es importante partir de la premisa que no es necesario incluir normas que no tienen incidencia di-

recta y concreta en el procesos. Las normas citadas deben corresponder a las que responden directamente a las pretensiones de la demanda y de la contestación, bajo riesgo de incurrir en indebida aplicación. Citada la norma que determine la existencia o inexistencia del derecho demandado, el fallo debe especificar qué tipo de interpretación se ha escogido, es decir no basta con realizar el ejercicio de la interpretación, sino con anunciar cuál es el tipo de interpretación elegida. Esto facilitará la impugnación y la emisión de la sentencia de vista.

C. **Liquidación:** Si la pretensión tiene contenido económico, se debe incluir un excel del cálculo que especifique los hitos, los porcentajes y la base legal de dicho cálculo.

D. **Decisión:** El mandato debe ser específico en cuanto al derecho reconocido e importe reconocido o pretensión no reconocida.

### 4.2. Reestructuración de la sentencia de primera instancia.

Si cotejamos este formato con el que regulan la Antigua y Nueva Ley Procesal del Trabajo, veremos que no existen muchas diferencias entre ellas.

En efecto, el artículo 48 de la Antigua Ley Procesal del Trabajo contiene lo propuesto en el formato, y más. Lo adicional precisamente es un componente prescindible: *La exposición resumida de los argumentos expresados por las parte*. Sin embargo la diferencia entre el formato y el artículo 48 reposa en la estructura del formato de la sentencia que induciría y vincularía a que el juez al momento de resolver incluya con precisión lo que la sentencia debiera contener para agilizar su emisión y facilitar su lectura y control de motivación y juridicidad. Por ello es que proponemos la modificatoria de dicho artículo por el siguiente:

"Artículo 48.- CONTENIDO DE LA SENTENCIA.- La sentencia debe contener:

**1. Los hechos probados, presumidos o indicios aplicados: En esta parte la sentencia debe** referirse expresa y directa a las motivaciones y razonamientos que permiten concluir que existen hechos probados, hechos presumidos o hechos acreditados a través de indicios.

**2. Las normas aplicables y el test de interpretación:** En esta parta la sentencia debe incluir las normas que respondan directamente a las pretensiones de la demanda y de la contestación. Una vez citada la norma que determine la existencia o inexistencia del derecho demandado, el fallo debe especificar qué tipo de interpretación ha escogido. Los tipos de interpretaciones son:

**3. Liquidación:** Si la pretensión tiene contenido económico, se debe incluir un excel del cálculo que especifique los hitos, los porcentajes y la base legal de dicho cálculo, al margen de los cálculos de las liquidaciones demandadas. Asimismo, la condena motivada o exoneración de costas, costos e intereses que no requieren ser demandados.

**4. Decisión:** El mandato debe ser específico, en cuanto al derecho reconocido e importe reconocido o pretensión no reconocida, o en cuanto a las prestaciones a cargo del demandado.

La sentencia debe emitirse considerado necesariamente la estructura determinada en este artículo, bajo responsabilidad de que el superior jerárquico comunique a ODECMA o quien haga sus veces para el inicio del procedimiento sancionador correspondiente"

En lo que respecta a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, el artículo 31 regula lo siguiente:

"Artículo 31º.- Contenido de la sentencia

El juez recoge los fundamentos de hecho y de derecho esenciales para motivar su decisión. La existencia de hechos admitidos no enerva la necesidad de fundamentar la sentencia en derecho.

La sentencia se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, en caso de que la declare fundada total o parcialmente, indicando los derechos reconocidos, así como las prestaciones que debe cumplir el demandado. Si la prestación ordenada es de dar una suma de dinero, la misma debe estar indicada en monto líquido. El juez puede disponer el pago de sumas mayores a las demandadas si apareciere error en el cálculo de los derechos demandados o error en la invocación de las normas aplicables.

Tratándose de pretensiones con pluralidad de demandantes o demandados, el juez debe pronunciarse expresamente por los derechos y obligaciones concretos que corresponda a cada uno de ellos.

El pago de los intereses legales y la condena en costos y costas no requieren ser demandados. Su cuantía o modo de liquidación es de expreso pronunciamiento en la sentencia"

El problema de esta redacción es que concede al juez un amplio albedrío para redactar la sentencia, pues en lo que respecta a los fundamentos de hecho y de derecho, no hay delimitaciones, quedando a criterio del juez incluir todo el resumen de los hechos de la demanda y de la contestación que debiera prescindir, así como citar normas que no tienen incidencia directa con la sentencia, por lo que requiere ser modificado para simplificar el fallo. En tal sentido, también se justifica la modificatoria de este artículo en los mismos términos planteados para la Ley 26636, aunque con las particularidades propias del nuevo diseño del proceso oral, por lo que proponemos el siguiente enunciado:

"Artículo 31º.- Contenido de la sentencia

**1. Los hechos probados, presumidos o indicios aplicados: En esta parte la sentencia debe** referirse expresa y directa a las motivaciones y razonamientos que permiten concluir que existen hechos probados, hechos presumidos o hechos acreditados a través de indicios.

**2. Las normas aplicables y el test de interpretación:** En esta parta la sentencia debe incluir las normas que respondan directamente a las pretensiones de la demanda y de la contestación. Una vez citada la norma que determine la existencia o inexistencia del derecho demandado, el fallo debe especificar qué tipo de interpretación ha escogido.

**3. Liquidación:** Si la pretensión tiene contenido económico, se debe incluir un excel del cálculo que especifique los hitos, los porcentajes y la base legal de dicho cálculo, al margen de los cálculos de las liquidaciones demandadas. Asimismo, la condena motivada o exoneración de costas, costos e intereses que no requieren ser demandados.

**4. Decisión:** El mandato debe ser específico, en cuanto al derecho reconocido e importe reconocido o pretensión no reconocida, o en cuanto a las prestaciones a cargo del demandado.

La sentencia, en las partes 1 y 2, se pronuncia sobre todas las articulaciones o medios de defensa propuestos por las partes y sobre la demanda, salvo las excepciones que deben ser resueltas en la audiencia de conciliación. En caso la audiencia sea única, las excepciones serán resueltas en la sentencia"

Pensamos que si las excepciones tienen como finalidad obtener un mandato judicial de extinción de la acción, entonces es mejor que ello se conozca antes de desgastar el proceso con el transcurso del tiempo entre la finalización de la audiencia de conciliación respecto de la fecha de la audiencia de juzgamiento, y también economizar el tiempo de una audiencia de juzgamiento innecesaria si la excepción puede evitarla en caso sea declarada fundada.

### 4.3. Nueva estructura de la apelación.

El artículo 52 de la Ley 26636 que regula la apelación, exige que en el recurso se fundamente el error de hecho o de derecho de la impugnada, así como el sustento de la pretensión impugnativa. La Nueva Ley Procesal del Trabajo no regula el contenido de la apelación, por lo que se aplica el Código Procesal Civil. Esta norma, no exige más que lo mismo que la Ley 26636, más la precisión de la naturaleza del agravio.

Estimo que lo que se ve en la práctica, es que los recursos de apelación son, en muchos casos son genéricas y líricas. Por ello, considero que la regulación legal de la apelación, en vez de exigir que el recurso sea la descripción de lo que para el impugnante es la sentencia, debe causalizarse como la casación, aunque con la diferencia entre ambos recursos que en la apelación sí discutirá hechos, pero la casación no.

En tal contexto, la propuesta es que se modifique el tenor del artículo 52 de la Ley 26636 y se agregue el artículo 32-A en la Nueva Ley Procesal del Trabajo bajo el siguiente enunciado:

**"RECURSO DE** APELACION.- Constituyen causales y requisitos de procedencia del recurso los siguientes:

1. Infracción Procesal en la valoración de los hechos: El recurso debe describir la falta valoración de pruebas que puedan incidir en un sentido distinto al resuelto, la valoración incorrecta del efecto probatorio de las pruebas actuadas, cuestionar la improcedencia de pruebas que incidan en un sentido distinto al resuelto, así como cualquier otra transgresión al derecho a la prueba.

2. Infracción Procesal en la motivación: El recurso debe identificar el tipo de error en la motivación de la sentencia dentro de algunas de las siguientes: a) Inexistencia de motivación o motivación aparente; b) Falta de motivación interna del razonamiento; c) Deficiencias en la motivación externa; d) La motivación insuficiente; e) La motivación sustancialmente incongruente.

c) Infracción sustantiva: El recurso debe identificar el tipo de error sustantivo en la sentencia dentro de algunas de las siguientes causales: a) Interpretación errónea de norma material; b) Aplicación indebida de norma material; c) Inaplicación de norma material.

En todo los casos, el recurso debe describir la incidencia de la causal en el resultado distinto al que hubiera arribado la sentencia en no caso incurrido en la infracción denunciada. Asimismo, se debe identificar la ubicación de la infracción en el expediente"

### 4.4. Nueva estructura de la sentencia de segunda instancia.

Si es que el recurso de apelación tiene otra estructura, entonces la sentencia de vista también debe tener una composición distinta a la sentencia de primer grado porque ésta se emite en función de la naturaleza de su instancia y aquélla debe responder al recurso de apelación porque "tanto se apela, tanto se resuelve".

En tal contexto, si al recurso de apelación se causaliza, entonces la sentencia de vista debe responder a cada una de las causales propuestas en dicho medio impugnatorio, lo cual asegura la congruencia de la sentencia y facilita el control de la doble instancia por parte del impugnante como garantía de un debido proceso. Asimismo, la sentencia de vista, más allá del deber de respuesta congruente a la apelación, puede y debe emitir su propio juicio respecto de la sentencia de primer grado, para lo cual deberá especificar la normatividad aplicable, así como realizar el correspondiente test de interpretación, la motivación correspondiente, la liquidación y finalmente la decisión de segunda instancia.

Por lo referido, propongo la siguiente estructura de la sentencia de vista:

a. Respuesta a la Infracción Procesal en la valoración de los hechos.

b. Respuesta a la Infracción Procesal en la motivación.

c. Respuesta a la Infracción sustantiva.

d. Normas aplicables y test de interpretación.

e. Elección de la interpretación.

f. Motivación.

g. Liquidación.

h. Decisión.

En este caso, tanto en la Antigua Ley Procesal del Trabajo, como en la Nueva, será necesario incluir sendos artículos, como sería el caso del 53-A en la 26636, y el 33-A en la Ley 29497.

### 4.5. Nueva estructura de la casación

Las causales de las casaciones de la Antigua Ley Procesal del Trabajo respecto de la Nueva, son las mismas, salvo las siguientes diferencias:

a) Cuando se diseñó la ley 26636, se pensó que las sentencias de vista estaban exentas de incurrir en vicios y afectaciones al debido proceso, lo cual ha generado, desde hace 20 años, la incertidumbre de la procedencia de la causal de contravención al debido proceso y por ello la diversidad de criterios al respecto, pues en unos casos, se declaraban improcedentes las casaciones por la causal procesal y en otros eran procedentes. La razón para desestimar la referida causal, reposa en la literalidad del artículo 56 de la Ley 26636 que no incorporó ninguna causal adjetiva. En cambio, la motivación de aquellas resoluciones que declaraban (y a la fecha declaran) procedentes estas causales, radica en la interpretación sistemática del artículo 56 de la Ley 26636 respecto del artículo 139 numeral 3 de la Constitución Política del Estado que garantiza el derecho al debido proceso, con lo cual se incorporó en la práctica la causal adjetiva a la terna de causales casacionales.

b) La ley 26636, contiene la causal de contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores. Esta causal si bien apuntaba a la unicidad de criterios judiciales, lo cierto es que al no existir precedentes vinculantes laborales del Poder Judicial, la causal se convirtió en la menos planteada en las casaciones, por lo que su uso ha sido escaso durante estos años.

c) La Ley 26636 no exige la descripción de la incidencia de la causal planteada en la sentencia impugnada, en cambio la Nueva Ley Procesal del Trabajo sí lo pide, por lo que en este contexto, la casación de la Ley 26636 es menos fundamentada que su homólogo de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

En cambio el recurso de casación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, recogiendo la experiencia de la ley 26636, contiene solamente dos causales, pero cada una de ellas lo suficientente amplias pero a la vez, por ahora, una de ellas, en parte

inaplicable. En efecto, dicha ley, establece que el recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República.

En cuanto a la causal de infracción normativa, la Casación 2059-2013-LA LIBERTAD, emitida por la Sala Permanente de la Corte Suprema de la República, ha establecido lo siguiente:

> "Respecto a la causal de infracción normativa, esta suerte de ampliación en las causales procedentes de invocación en el recurso de casación laboral, tiene como antecedente directo la modificatoria que fuera introducida por Ley Nº 29364, al capítulo de Casación en el Código Procesal Civil; y que, al igual que ésta, ahora permite expresamente *denunciar tanto vicios materiales como procesales*; asimismo, éstos atendiendo a la apertura en la denuncia de normas sustantivas o adjetivas, pueden eventualmente —*con la finalidad de dar mayor precisión al recurso casatorio presentado ajustar su denuncia a los supuestos que fueran previstos con anterioridad en la Ley Nº 26636,* esto es: a) la aplicación indebida de la norma, señalando el error incurrido por el Juez, con precisión expresa de la norma que se aplicó indebidamente, y de la que corresponde; b) La interpretación errónea de la norma, desarrollando esta denuncia, con la precisión de la norma interpretada erróneamente en sede de instancia, cuál sería la correcta interpretación, y como ello ha incidido en la decisión jurisdiccional cuestionada; c) La inaplicación de la norma, argumentándose como la norma ha dejado de aplicarse, asimismo las razones de la aplicación de dicha norma al caso en concreto; ajustándose todas estas exigencias a la formalidad que destaca al recurso casatorio, reiterado en la jurisprudencia de este Tribunal Casatorio". (cursiva nuestra).

Como se aprecia de la referida casación, la NLPT incluye la causal adjetiva, y a la vez conserva las causales sustantivas de la ALPT, de modo que el actual recurso es más completo que su antecedente.

Paradójicamente, la causal de contradicción de sentencias de la ALPT no incluía a las sentencias del TC, que son las únicas vinculantes. En cambio, la NLPT sí la incluye como causal de apartamiento de precedentes vinculantes, pero a la vez dentro de la misma causal incorpora a las sentencias vinculantes del Poder Judicial, pero sucede que hasta la fecha no existe ninguna de este tipo, por lo que esta parte de la causal, hoy por hoy es inoperante.

Por ello, proponemos la modificatoria al artículo 34 de la NLPT, bajo el siguiente enunciado:

> **"Artículo 34º.- Causales del recurso de casación**
>
> El recurso de casación se sustenta en la infracción normativa que incida directamente sobre la decisión contenida en la resolución impugnada o en el apartamiento de los precedentes vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República. La infracción normativa puede ser procesal o sustantiva. Si es procesal puede referirse a

defectos de motivación o a vicios del proceso, pero no a la valoración de pruebas que altere la motivación de los hechos realizada por la sentencia de segunda instancia. Si es sustantiva, la causal debe fundamentarse en a la interpretación errónea, aplicación indebida, o inaplicación. En todos los casos debe describirse y fundamentarse la incidencia de la causal en el sentido del fallo impugnado"

Asimismo, los artículos 56 (causales de la casación) y 58 (requisitos de procedencia) de la Antigua Ley Procesal del Trabajo, también debieran modificarse bajo la perspectiva y concepto del nuevo artículo 34 propuesto para la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Nueva estructura de la sentencia casatoria.

En la misma línea y razones expresadas para la nueva estructura de la sentencia de segunda instancia, proponemos la siguiente estructura de la sentencia casatoria:

a. Respuesta a la Infracción Procesal.

b. Respuesta a la Infracción Sustantiva.

c. Respuesta a la causal de apartamiento de Precedente Vinculante.

d. Normas aplicables y test de interpretación:

e. Elección de la interpretación:

f. Motivación

g. Decisión.

Por ello, los artículos 59 y 39 de la Antigua y Nueva Ley Procesal del Trabajo, tendrían que ser modificadas para incluir la estructura de la sentencia casatoria.

Con esta estructura, inclusive se reducirían las nulidades de oficio, lo cual coadyuvará a la mejor preparación de los recursos de casación por parte de los abogados y a la menor duración de los procesos.

## V. SEGUNDA PROPUESTA: LA EMISIÓN ANUAL DE PLENOS JURISDICCIONALES LABORALES VINCULANTES.

En 20 años de vigencia de las dos normas procesales laborales aplicables a la fecha, en ninguna ocasión el Poder Judicial ha emitido algún precedente laboral vinculante. Y si bien es verdad que se han emitido importantes fallos a nivel de la Corte Suprema Laboral, los mismos han sido productos de un esfuerzo individual de alguna de las Salas, pero no del grupo total de las mismas, y si bien en diversos momentos se han emitido varios plenos jurisdiccionales, ninguno de éstos es vinculante.

En efecto, precedentes (no vinculantes), como es el caso de la condición resolutoria de los contratos a plazo fijo, Indemnización Vacacional de los Gerentes, entre otras, legalmente hablando, no tienen por qué ser aplicados por las Cortes Superiores Laborales, lo cual genera disparidad y contradicción en decisiones de un mismo Poder. Un ejemplo de ello, y de una amplia cantidad de situaciones

de este tipo, corresponde a las demandas de daños y perjuicios por daño moral, mediante las cuales algunas las Cortes Superiores estiman dicho tipo de demandas por cuantías menores a 100 URPs exonerando a los demandantes de la prueba correspondiente para acreditar el daño por cese incausado, pero a la vez existen sentencias de la Corte Suprema que sí exigen dicha prueba, por lo que desestiman dichas acciones.

Y también es verdad que durante estos 20 años, se han emitido nueve plenos jurisdiccionales, sobre importantes temas; sin embargo ninguno de ellos es vinculante, por lo que en muchos casos, dichos esfuerzos de unicidad de criterios no han sido suficientes.

De otro lado, el Poder Judicial no es la única institución jurisdiccional que resuelve asuntos laborales, pues el Tribunal Constitucional también lo hace. Pese a ello, existen contradicciones en algunos de los criterios de los ambas instituciones, con la diferencia de que los jueces laborales tienen la obligación de acatar, bajo responsabilidad las sentencias laborales del Tribunal Constitucional pero no las sentencias laborales del Poder Judicial, lo cual es un contrasentido.

Por esas razones, se hace necesario un cambio que importe unidad de criterios obligatorios por parte del Poder Judicial.

Para ello propongo la obligatoria emisión mínima anual de plenos jurisdiccionales laborales vinculantes, lo primero importa la necesidad de incluir el artículo 59-A en la Ley Procesal del Trabajo y el artículo 41-A en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, bajo el siguiente enunciado:

> "Las Salas de Derecho Social y Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozcan litigios laborales, emitirán, por lo menos anualmente un listado de plenos jurisdiccionales laborales, las cuales serán publicadas en el Diario Oficial "El Peruano" como Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales laborales del país. En caso que por excepción, una instancia inferior decida apartarse de dicho criterio, el juez a cargo está obligado a solicitar una vista de la causa para el informe oral correspondiente para sustentar dicho apartamiento. En caso las Salas Supremas accedan a dicho cambio, el juez de instancia inferior podrá emitir su fallo con el nuevo criterio, caso contrario deberá respetar el precedente vinculante vigente. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan"

Asimismo, para el demandado empleador, la casación laboral solo procede cuando la sentencia ordena el pago de 100 URPs a más, de modo que en todos aquellos casos, no existirá control de los criterios de las Cortes Superiores por disposición normativa. Sin embargo, si en alguno de dichos casos, la Corte Superior

se aparta del pleno jurisdiccional vinculante sin haber solicitado el informe oral correspondiente, entonces, debe corresponder la concesión de la casación por dicha causal, con lo cual no habrá espacios vacíos que sigan generando contradicción entre los criterios que se dictan en el servicio jurisdiccional peruano.

## VI. TERCERA PROPUESTA: LA PROTOCOLIZACIÓN DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES ENTRE EL PODER JUDICIAL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CUANDO ALGUNA DE DICHAS INSTITUCIONES PRETENDA APARTARSE DEL PRECEDENTE VINCULANTE EMITIDO POR EL OTRO.

Esta propuesta implica que, si las Salas de la Corte Suprema del Poder Judicial van a emitir un precedente vinculante de distinto criterio que el Tribunal Constitucional, o viceversa, entonces la que difiere debe pedir la fijación de una fecha de un pleno jurisdiccional laboral entre ambas instituciones, para acordar si dicho cambio es viable o no, con lo cual se evitará la coexistencia de criterios disímiles entre ambas respecto de un mismo tema.

Esta propuesta no implica reforma constitucional alguna, pues la autonomía de ambas instituciones no se ve perjudicada porque finalmente, ambas prestan el mismo tipo de servicio al litigante.

En efecto, en el exp. N° 0004-2006-AI, 29/03/06, P, FJ. 18, el Tribunal Constitucional ha determinado que:

> "De lo expuesto se desprende, entre otros aspectos, que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones:
>
> a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que esta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con esta.
>
> Ahora bien, la exigencia de que el juzgador, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no admite la influencia de otros poderes o personas, sean públicos o privados, no implica que el juez goce de una discreción absoluta en cuanto a las decisiones que debe asumir, pues precisamente el principio de independencia judicial tiene como correlato que el juzgador solo se encuentre sometido a la Constitución y a la ley expedida conforme a esta, tal como se desprende de los artículos 45 y 46 inciso 1), de la Constitución.
>
> B) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede

sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y, 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial"

Y además, de acuerdo al artículo 139.2 de la Constitución Política, la autonomía del Poder Judicial implica que "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno". En tal sentido, no se visualizan restricciones para llevar a cabo estas conclaves con la finalidad de un fin superior: La uniformidad de los precedentes vinculantes laborales.

Es más, si de acuerdo a lo dispuesto en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, "Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos", entonces si es que dicho acatamiento de los criterios se da por mandato legal, entonces nada impide en que ambas instituciones sesiones para ponerse de acuerdo en asuntos que requieren uniformidad para mejorar el servicio jurisdiccional a un litigante que busca justicia y no tiene por qué ser víctima de las diferencias de criterios de dos instituciones, si bien autónomas, complementarias entre sí, pues ambas apuntan a lo mismo: Servir al ciudadano.

## VII. CONCLUSIONES

Si es que se mantiene el esquema actual en la estructura de las sentencias y recursos, si es que el Poder Judicial abdica a su atribución de emitir plenos vinculantes, y si es que el Poder Judicial va a caminar en senda separada del Tribunal Constitucional o viceversa, entonces se conservará también la gran cantidad de recursos de casación rechazados, así como la falta de uniformidad en los criterios del propio Poder Judicial y entre dicha institución con el Tribunal Constitucional, lo cual implica no solo la conservación del status quo, sino también el atraso hacia el camino de un servicio jurisdiccional predecible y por ende eficiente y seguro.

Las conclusiones de las mociones planteadas en este artículo son:

- **Primera**.- Estos cambios generarán celeridad al sentenciar, pues los fallos al ser llenados puntualmente, y obviando aspectos prescindibles, agilizarán el acto de la sentencia y por ende aumentará el nivel de productividad del juez en cuanto a la cantidad de sentencias.

- **Segundo**.- Con estas propuestas aumentará la calidad de las sentencias, pues éstas redactarán con más explicitud, lo cual facilita el control en la legalidad o constitucionalidad de las mismas.
- **Tercero**.- Se mejorará la comunicación entre la sentencia y el litigante, porque el uso de un lenguaje sencillo facilita la comprensión del litigante que es finalmente el usuario del servicio jurisdiccional.
- **Cuarto**.- Con las causalizaciones de los medios impugnatorios, aumentará la calidad de los recursos por parte de los abogados.
- **Quinto**.-La unicidad de criterios jurisdiccionales, limitará los excesos en las interpretaciones del Poder Judicial.

En efecto, no hay mejor manera para reducir los excesos en las interpretaciones de las normas laborales en todas las instancias del Poder Judicial, que propiciar el debate entre el disidente y los conservadores del criterio, pues de concretizarse el escenario propuesto en esta ponencia, todos los magistrados laborales deben seguir el lineamiento trazado por lo establecido como vinculante por la Corte Suprema y si es que disienten, deben estar en capacidad de convencer a la Corte Suprema de lo contrario a través de la sustentación oral de las razones para cambiar o renovar el criterio, y no distanciarse de esa oportunidad a través de una epistolar sentencia que puede quedar como una más en el olvido de los tantos intentos de mejorar la calidad de los criterios jurisdiccionales laborales en nuestro país.

Finalmente, estas medidas pueden incidir en el nivel de aprobación del Poder Judicial, e inclusive el aumento de la inversión en el Perú, y por ende en la generación de empleo en el Perú, al tener un servicio jurisdiccional más predecible y por ende con mayores índices de confiabilidad en la ciudadanía.

# ¿Cuáles son los parámetros interpretativos que limitan la aplicación de las presunciones legales en la Ley N° 29497?


## Zaira Grimaldina Ventura Vega

Abogado y Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas, egresada de la Universidad Nacional de Trujillo, con estudios de Post Grado en Derecho del Trabajo y de la Seguridad en la Escuela de Post-Grado de la Universidad Nacional de Trujillo, Conciliadora Extrajudicial, Árbitro, se ha desempeñado como Juez Provisional Juzgado de Paz Letrado Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque desde el 05 de junio de 2015 hasta el 20 de mayo de 2016. Actualmente Secretaria de Sala de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque. Integrante del Equipo Técnico Distrital de la Nueva Ley Procesal del Trabajo del Distrito Judicial de Lambayeque hasta diciembre de 2015.


***SUMARIO***


*Introducción. 1. Presunciones. 2. Presunciones legales en la ley n° 29497. 3. Cargas probatorias en la ley n° 29497. 4. Métodos de interpretación. 5. Límites racionales de la actividad interpretativa. 6. Máximas de interpretación. 7. Parámetros a la actividad interpretativa: razonabilidad o proporcionalidad. 8. Parámetros interpretativos que limitan la aplicación de las presunciones legales más importantes en la ley n° 29497. 9. Casuística. 10. Conclusiones. 11. Referencias bibliograficas*

## INTRODUCCIÓN

¿Cómo se produce una decisión judicial? La determinación de la misma es un camino muy complejo, que sigue varias etapas desde la óptica de la Teoría General del Derecho, la Filosofía del Derecho, pasando a anclar en la disciplina del razonamiento jurídico. Inicialmente, el juez determinará un esquema lógico para resolver su caso, luego optará por escoger los argumentos que servirán de base a la solución del problema y en este tramo, se produce ya una íntima interrelación con la actividad interpretativa. Determinadas estas actividades, el juzgador cumplirá su obligación de motivar a fin de que la comunicación de la decisión sea clara, sencilla y no contradictoria.

Es evidente que la interpretación jurídica es entonces necesaria a efectos de resolver una controversia y su expresión más sólida la constituye la fase final del razonamiento jurídico, cual es la motivación del juez. Y para ello, el Juzgador acude a las reglas y normas contenidas en el ordenamiento jurídico.

La regla general para la aplicación de alguna norma jurídica o presunciones, se expresa en una premisa mayor (la norma), una premisa menor (un supuesto de hecho) y una conclusión (la consecuencia jurídica aplicable), y en los casos complejos ha de ser necesario acudir a los principios y las analogías, que constituyen métodos de auto integración del derecho, o bien a la doctrina nacional o extranjera, que constituyen una herramienta de heterointegración.

Ahora bien, en el caso de las presunciones —las cuales cobran, en determinados contextos, relevancia especial[1] en razón que fuerzan a tomar, en el Juzgador, algo como verdadero bajo determinados supuestos— ¿qué tipo de interpretación es la que se realiza para su aplicación?; para muchos las presunciones legales constituyen mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficientemente, he ahí otra interrogante que nos surge: ¿Cuáles son los parámetros interpretativos que limitan la aplicación de las presunciones legales en la Ley N° 29497?

Ante ello, el presente trabajo de Investigación pretende absolver la interrogante de cuáles son los límites para la aplicación de las presunciones legales en materia laboral, para lo cual se ha estructurado en seis puntos, a fin de obtener un panorama más amplio del tema a tratar y de ese modo, conocer con mayor amplitud los métodos interpretativos utilizados por los Juzgadores para la resolución de casos, generando en la colectividad jurídica mayor predictibilidad en las decisiones judiciales. Por lo que, de inicio se precisa de manera general en qué consisten las presunciones, cuáles son las presunciones legales establecidas en la Ley N° 29497, cuáles son las cargas probatorias reguladas en el mismo cuerpo

[1] Según ULLMANN-MARGALIT la noción de presunción desempeña un papel importante en toda deliberación práctica. [ULLMANN-MARGALIT, E., «On Presumption», en The Journal of Philosophy, Vol. LXXX, Núm. 3, Marzo 1983, pp. 143-163]

legal, cuáles son los métodos de interpretación, cuáles son los límites racionales de la actividad interpretativa; posteriormente, se aborda respecto a las máximas de la interpretación; continuando en forma sucinta se señala los parámetros a la actividad interpretativa: razonabilidad o proporcionalidad, estableciendo cuáles son los parámetros interpretativos que limitan la aplicación de las presunciones legales más importantes en la Ley N° 29497. Para finalizar el trabajo, se analiza algunos casos concretos y se incluyen las conclusiones a las que se han arribado en la presente investigación.

## 1. PRESUNCIONES

> "La presunción es el resultado de una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto[2]"

Devis Echandía[3] precisa lo siguiente:

> La presunción es un juicio lógico del legislador o del juez, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo es presunción judicial o de hombre), con fundamento en las máximas generales de la experiencia, que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos. Desde otro punto de vista y cuando son simples presunciones de hombre, son principios lógicos basados en las reglas de la experiencia, que permiten una correcta valoración de las pruebas; por consiguiente, no son en realidad presunciones, sino reglas para el criterio del Juez.

La palabra presunción puede ser utilizada en dos sentidos: uno más genérico y otro más técnico-jurídico; Desde el punto de vista genérico, la presunción es una suerte, de inferencia; es decir, un tipo de razonamiento que nos permite pasar de algo conocido a algo desconocido dándole a este último un carácter relativamente conocido (nunca totalmente conocido porque entonces no estaríamos ante una **presunción sino ante una demostración o explicación del hecho).** La presunción, en sentido genérico, es una suerte de razonamiento débil.

**Clasificación de las Presunciones**

Se han realizado diversas clasificaciones de las presunciones. Rivera Morales[4] siguiendo a Bello Lozano establece las siguientes clasificaciones:

---

[2] ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *Teoría de la Prueba* p. 26. Disponible en línea: https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd47/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f79058004678c1b1a1ece793776efd47

( Consultado el 02 de febrero del 2015)

[3] RIVERA M., Rodrigo. ***Las Pruebas en el Derecho Venezolano.*** Barquisimeto, Venezuela: Librería Jurídica Rincón G. C. A., 2009

[4] Citado en Rivera Morales, ob. cit.

Por Razón del Sujeto

*Las creadas por el legislador*, que son las presunciones iuris o legales.

*Las formadas por el juez*, presunciones de hecho u hominis.

Atendiendo su Contenido

*Presunciones iuris et de iure*, que se establece como verdad incontestable la existencia legal del hecho deducido, y se rechaza toda discusión probatoria acerca de él. Este criterio es rechazado por algunos tratadistas.

*Las presunciones iuris tamtum*, que la Ley impone al juez que tenga por verdaderos los hechos que se deducen de ciertas pruebas circunstanciales, pero permite a los interesados demostrar la inexactitud de la inducción fundada en dichos hechos.

En Razón de su Función

*Las presunciones judiciales* que se constituyen en medio de prueba con la finalidad de averiguar la verdad. No influyen en la carga de la prueba, pero sí en la valoración, puesto que al aplicar los principios de experiencia pueden determinar si un hecho se encuentra o no probado. En este caso para que las presunciones judiciales operen con base en hechos conocidos, es indispensable que se hayan probado plenamente. Aquí el enlace entre el hecho base y el presumido lo establece el juez en forma probable o posible.

*Las presunciones legales iuris tantum* que conllevan la finalidad de servir de desplazamiento de la carga de la prueba. En realidad, así lo sostiene el maestro Devis Echandía (citado en Rivera Morales, ob. cit.), no hay propiamente un desplazamiento, sino que se libera, dispensa o alivia la carga de probar a la parte favorecida con ellas. En este tipo de presunción el enlace entre el hecho base y el presumido lo establece la ley en forma provisional o relativa.

*Las presunciones iuris et de iure* que excluyen la prueba. Que no es otra cosa que eliminar el hecho presumido del presupuesto fáctico para la producción de los efectos jurídicos perseguidos por quien las invoca. En esta presunción la relación de enlace entre el hecho base y el presumido, también, lo establece la ley, pero en forma definitiva y absoluta.

Es importante resaltar o dejar en claro que el resultado de la prueba indiciaria no es una presunción legal, no tiene la fuerza de una presunción legal sino en lo que valgan las piezas de información reunidas y el rigor del razonamiento que pretende vincularlas entre sí.

## 2. PRESUNCIONES LEGALES EN LA LEY N° 29497

La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497, prevé una serie de presunciones entre ellas las más importantes que son:

- La establecida en el **artículo 23.2** que a la letra dice "*Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario*". Esto es, acreditada la prestación

de servicios, corresponderá al empleador probar sin atenuantes la salvedad *in contrario* de esa versión, si acaso desea ser absuelto de la incriminación: contrato formativo, locativo, comercial, mercantil, etc.

El *quid iuris* de la reclamación entonces, se dirige a probar la prestación primero; y seguidamente, si la misma fue laboral-protegida o de otra dimensión jurídica: civil, mercantil, comercial, para proceder a quilatar y resolver este dilema. Siendo esto así, es la naturaleza de los caracteres del contrato de trabajo ejecutado que determinarán, *prima facie*, si el juez es competente para proseguir con el manejo de los actuados. Es, pues, la naturaleza jurídica del contrato lo que importa, o sea, el fondo del asunto como lo exige la ley.

Por este motivo, la probanza del presupuesto de la prestación del servicio habrá de ser lo esencial, adosado de la abundante documentación que la acredite.

La Nueva Ley Procesal del Trabajo innova la carga probatoria en materia procesal laboral y establece una nueva presunción bastante distinta a la regulada en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral [5], esta presunción es *iuris tantum*, de acuerdo a la redacción de la norma procesal se configura salvo prueba en contrario, cuando únicamente se acredita la prestación de servicios.

- La establecida en el **Artículo 29** que señala: "*El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso. Esto es particularmente relevante cuando la actividad probatoria es obstaculizada por una de las partes.*

  *Entre otras circunstancias, se entiende que se obstaculiza la actuación probatoria cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas, se niega la existencia de documentación propia de su actividad jurídica o económica, se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentre, se niega a declarar, o responde evasivamente.*

  La norma ha enumerado cuidadosamente los casos en los que la presunción ha de operar: obstaculizar la actuación probatoria cuando no se cumple con las exhibiciones ordenadas (libros de planillas, documentos, reglamentos, pólizas, boletas de pago, fotocheck, etc.); se niega la existencia de documentación propia de la actividad jurídica o económica (estatutos sociales, RUC, balances auditados, etc.); se impide o niega el acceso al juez, los peritos o los comisionados judiciales al material probatorio o a los lugares donde se encuentren; se niega a declarar o se responde con evasivas (delante del juez en la audiencia respectiva).

---

[5] Artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. 003-97-TR).- "*En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)*"

A decir de Paredes Espinoza el artículo bajo análisis, establece que el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a su conducta asumida en el proceso, esto es importante cuando la actividad probatoria del juez es obstaculizada por una de las partes[6], la formulación del artículo pareciera referirse a presunciones judiciales, por cuanto que se dota al juez de la capacidad de inferir aspectos de fondo pero no sobre la base de una previsión legal, sino de hechos producidos en el proceso, como los relativos a la falta a los deberes de colaboración por una de las partes procesales.

## 3. CARGAS PROBATORIAS EN LA LEY N° 29497

Como es de conocimiento, en el interior del proceso laboral existe una situación de disparidad entre las partes: empleador y trabajador; lo que hace que amerite un tratamiento procesal diferenciado. Esa característica del proceso laboral significa "contar con principios propios, alteraciones en los conceptos de jurisdicción, competencia, acción, medios probatorios, sujetos del proceso, etc."[7]. Evidentemente, el proceso laboral es un proceso especial que cuenta con características propias y funciones que lo distingue de otros tipos de procesos: "sustantividad propia en razón de su generalidad y obedecen a la inspiración de justicia social, que es la razón de ser desde su nacimiento (...)"[8]. He de allí que la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha establecido a quien corresponde la carga de la prueba[9] dentro del proceso.

---

6 PAREDES ESPINOZA, Brucy. "La Prueba Indiciaria en la Nueva Ley Procesal de Trabajo". En: *Soluciones Laborales para el Sector Privado*, N°68, Gaceta Jurídica, Lima (Agosto, 2013) p. 54.

7 GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. "La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497." *Derecho & Sociedad* 37 (2015) p. 201.

8 *Ibídem* p. 201.

9 CARGA DE LA PRUEBA. Tres nociones distintas de carga de la prueba:

a) La carga de la prueba entendida como un poder procesal que puede ser ejercido libremente por las partes, quienes deberán tomar en cuenta que de su ejercicio dependerá que el proceso tenga o no un resultado favorable para ellos;

b) La carga de la prueba entendida como una "carga" (situación jurídica de desventaja) que recae sobre alguna de las partes, la que deberá ejecutarla en beneficio de su propio interés; y

c) La carga de la prueba entendida estrictamente, no como la obligación o la facultad de probar un hecho, sino como existencia de un interés en hacerlo, dado que de no ser así ella misma se vería afectada.

Se ha propuesto una definición objetiva de la carga de la prueba, denominada la "regla del juicio" que no sería otra cosa que una imposición al Juez a fallar en contra de la parte que debe aportar la prueba, cuando ésta no haya conseguido formar convicción en el juzgador respecto a la veracidad de los hechos que alega.

Artículo 23.- Carga de la prueba

"23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales (...)

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.

b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.

c) La existencia del daño alegado.

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.

b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.

c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido (...)" —el negreado es mío—.

## 4. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

A modo de introducción, la interpretación, en un sentido amplio y general, es sinónimo de "comprensión de cualquier expresión formulada en una lengua"[10]. Según, el Diccionario de la Real Academia Española – DRAE, la palabra interpretación tiene como una de sus acepciones: "1. f. Acción y efecto de interpretar"[11], etimológicamente, el verbo "Interpretar" proviene de la voz latina *interpretare o interpretari*, lo cual significa explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de textos poco claros.

En el ámbito del Derecho, la interpretación jurídica es la etapa intermedia del derecho[12], que consiste en descubrir, indagar el sentido y significado de las normas, lo cual nos permitirá conocer si aquellas normas son aplicables al caso en particular.

---

[10] WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Trad. A. Azurza. Civitas, 1985.

[11] www.rae.es

[12] *"De esta forma la interpretación, se muestra a mitad de camino entre la creación Y la aplicación de las normas, formando así los tres grandes momentos de la vida del Derecho. La interpretación participa de la función creadora —propia del legislador— y a la vez condiciona la aplicación de las normas*". MARTÍNEZ Y FERNÁNDEZ. *La interpretación Jurídica.* Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_redac_resol/189-213.pdf

Marcial Rubio Correa, define la Interpretación de la Norma Jurídica como la parte de la Teoría General del Derecho destinada a desentrañar el significado último del contenido de las normas jurídicas, cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma[13]. Por su parte Guillermo Cabanellas de Torres[14] afirma que *"La Interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición"*. El Tribunal Constitucional peruano señala que es *"sólo a través de la interpretación se podrá aspirar, con la mayor expectativa de éxito, a encontrar la más definida voluntad de la norma jurídica o del mandato judicial para la solución del caso concreto, a efectos de optimizar el valor justicia"*[15]. En conclusión interpretar es buscar el sentido de una norma jurídica dada.

Manuel VilIoro Toranzo afirma que existen diversas clases de interpretación de la ley según su autor:

> "Atendiendo al autor de la interpretación de la ley, ésta puede ser: **auténtica**, si el intérprete es el mismo legislador de la ley (...); **judicial, si es el juez el que interpreta la ley por medio de su sentencia**; y **doctrinal**, si es un particular (generalmente un tratadista) el autor de la interpretación. Esta última recibe también el nombre de 'privada', por no tener valor más que de opinión privada, en tanto que las dos primeras tienen un carácter 'público' u 'Oficial'."[16] (El negreado es mío)

En el ámbito laboral, la interpretación judicial debe realizarse de conformidad a lo establecido en el artículo IV del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley número 27497, la que precisa:

> "Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los Tratados Internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República"

Ahora bien, los procedimientos metodológicos en base de las cuales podemos esclarecer el significado de las normas jurídicas, se les denomina **métodos de interpretación**. Sin perjuicio del empleo del término "método", se comprueba que la doctrina le atribuye diferentes términos para identificarlo; así, por ejemplo, Rubio

---

13 RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*. Lima: Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, 1984, p. 235

14 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires Argentina: Editorial Heliasta. Vigésimo tercera edición, 1994. Tomo IV, p. 472

15 Sentencia del Tribunal constitucional en el expediente número 03088-2009-PA/TC-LIMA

16 Citado por IBARRA SERRANO, 1996 F. Disponible en: http://bibliotecadigital.poderjudicialmichoacan.gob.mx:8080/repositorio/bitstream/123456789/21/6/6.-CAPITULO%203-LA%20INTERPRETACION%20Y%20APLCACION%20DEL%20DERECHO.pdf.

Correa los asume como "criterios de interpretación"[17], mientras Pérez Royo como "reglas de interpretación"[18].

Existen distintos métodos de interpretación que se han desarrollado a lo largo del tiempo, y como el propósito de esta monografía no es profundizar en cada uno de ellos, solo abordaré aspectos en cuanto me parece relevante para la investigación que aquí se presenta. Es por esto, que en lo relativo a los métodos de interpretación seré lo más breve posible sin que esto vaya en menoscabo de la profundidad del análisis. Pues bien, el Tribunal Constitucional[19] nos precisa los siguientes métodos de interpretación:

> **Método Histórico**: Con la utilización de este método, se interpretará el mandato judicial recurriendo a sus antecedentes, verificando para ello las pretensiones de la demanda, el auto admisorio de la demanda, la contestación a la demanda, y la fijación de pretensiones materia de juicio durante la realización de la audiencia oral, y todo escrito judicial que sirva para inferir o descubrir qué es lo que realmente *pretendieron* el actor o los actores de la demanda.
>
> **Método Literal**: También denominado método gramatical o lingüístico. Con la utilización de este método se ejecutará lo resuelto en un proceso judicial descubriendo el significado y sentido del mandato judicial a través del *estudio y análisis de la letra del propio mandato* (que puede ser una obligación de dar, hacer, no hacer, etc.) prestando atención a la gramática, a la semántica y a la sintaxis.
>
> En otras palabras, el proceso de interpretación consiste en ahondar lo que la norma indica mediante el uso de las reglas lingüísticas propias del entendimiento común, del lenguaje escrito en el que se haya producido la norma.
>
> **Método finalista (ratio mandato):** Con la utilización de este método se interpretará el mandato judicial a través del fin para el cual fue expedido, es decir, se deberá descubrir cuál era la finalidad buscada con su expedición. Para ello, se tomara como parámetro interpretativo *la naturaleza misma del proceso judicial* y las pretensiones que por ley solo son admisibles al proceso judicial que sirvió de plataforma para expedir el mandato judicial.
>
> Entre otros métodos tenemos:
>
> **El método sistemático por comparación de normas**.- Consiste en esclarecer lo que quiere decir la norma buscando principios o conceptos que están claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella.

---

[17] Rubio Correa, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP, 2005, p. 69.

[18] Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 139.

[19] Sentencia del Tribunal constitucional en el expediente número 03088-2009-PA/TC-LIMA

Encuentra el significado de las normas a través de su relación con otras normas del mismo sistema jurídico.

**El método sistemático por ubicación de normas.**- Su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto, subconjunto, grupo normativo al cual se haya incorporado la norma a fin del "qué quiere decir" sea esclarecido por los elementos conceptuales propios de tal estructura normativa.

**El método sociológico.**- La interpretación de la norma debe realizarse tomando en cuenta al grupo social en donde se va a producir la aplicación de la norma. Este método se basa en el principio de que todo Derecho debe tener relación de coherencia con la sociedad cuyas conductas debe regular.

**El Método de Interpretación constitucional.**- La interpretación constitucional ha de orientarse a mantener la seguridad jurídica y la vigencia del Estado de Derecho, en razón que las normas constitucionales constituyen la base del resto del ordenamiento jurídico. Pues bien, el Artículo 138° de la Constitución establece que los jueces preferirán la aplicación de la norma constitucional frente a cualquier otra norma en caso de incompatibilidad. Así, si por su alcance (ya sea por ser restrictiva o extensiva) o por su fuente o por su método, se llega a una interpretación que termine transgrediendo alguna norma del texto constitucional, no quedará más remedio que recurrir a la interpretación que en cada caso quede como alternativa, siempre, claro está, que la elegida se someta a lo previsto en la Constitución.

Recasens propuso el **método de interpretación por equidad o lógica de lo razonable**:

*"Los mejores estudios, los más finos, acuciosos y profundos sobre este tema han puesto en evidencia que la única regla general en materia de interpretación es la de que el intérprete, y muy específicamente el juez, debe interpretar precisamente de la manera que lleve a la individualización más justa de la norma general, del modo que conduzca a la solución más justa entre todas las posibles"*[20].

## 5. LÍMITES RACIONALES DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA

Si bien el operador jurídico, y en concreto el juez, tiene la absoluta libertad y goza también de un margen absoluto de discrecionalidad[21] a la hora de interpretar

---

[20] RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial PORRUA, 1997.

[21] La discrecionalidad supone moverse en el terreno de lo razonable y es opuesta a la arbitrariedad, es decir, a un proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho [REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, T.I, p. 180. Véase también: ARCOS RAMÍREZ, Federico. *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 54 – 55; CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*,Barcelona, J.M. Bosch, 1994, p. 207]

Los jueces gozan de un margen discrecional para tomar sus decisiones, pero esa discrecionalidad o potestad de elegir una entre varias alternativas, o de decidir en base a la única solución

las normas jurídicas, dicha interpretación siempre debe estar dentro de unos límites racionales para que dicha decisión sea jurídicamente correcta y socialmente acatada como tal.

Dentro de estos límites se encuentran los siguientes:

a) La actividad interpretativa siempre ha de desarrollarse dentro de las limitaciones jurídico-normativas.
b) Es indispensable también una necesaria adecuación del texto con el significado de la norma —adecuación entre la "letra" y el "espíritu" de la norma.
c) Una interpretación racional también presupone la conjugación armónica de los diversos criterios interpretativos.
d) La conjugación de criterios, va dirigida a lograr la interpretación más razonable que dé píe a la solución más justa del conflicto, que por supuesto no es la que el intérprete personalmente considera como tal, sino aquélla que más se adecúa a los valores y usos de la sociedad regulada.
e) Conscientes del riesgo de una cierta ideologización de la actividad interpretativa, e intentar reducirlo al máximo, y ello mediante una gran transparencia de todo el proceso interpretativo, en el que se exija una motivación basada en una fuerte argumentación lógica y que debe realizarse además en cada uno de los momentos del proceso interpretativo.

## 6. MÁXIMAS DE INTERPRETACIÓN

Serie de directivas que también pueden guiar a buen fin la labor interpretativa. La mayoría de estas directivas doctrinales no tienen validez jurídico— positiva (a excepción de algunas que han sido incorporadas al ordenamiento jurídico); simplemente sirven de orientación a los jueces, pero nada asegura que a priori los jueces las acepten y queden reflejadas en las decisiones judiciales.

B. Starck[22] clasifica estas directivas, a las que él denomina "máximas de interpretación", en tres grupos: restrictivas, plenificantes y privilegiantes:

---

legítima al conflicto, no debe ser ejercida de manera arbitraria. La razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad [Cfr. IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional, Civitas, Madrid, 1998, pp. 41-42.]

[22] Citado por LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel. "Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación Evolutiva o Progresiva De La Norma Jurídica (El Derecho Como Instrumento Del Cambio Social)". En: NARVÁEZ, José Ramón. MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coordinadores). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p. 270. Disponible en línea en: http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3015

a) Máximas restrictivas. Algunas de las máximas restrictivas más utilizadas:
   - *Exceptio est strictissimae interpretationis* (la excepción es de estrictísima interpretación").
   - *Poenalia sunt restringenda* ("las penas son de estricta interpretación").
   - *Nullun crimen sine lege previa* (ningún crimen sin una ley previa que lo tipifique como tal").
   - *Nullun privilegium sine lege* (ningún privilegio sin ley").
   - *Cessante ratione legis, cessant ipsa dispositio* (desaparecida la razón de la ley, cesa la ley misma").

b) Máximas plenificantes. Son aquellas utilizadas con mayor frecuencia en la defensa oral que realizan los abogados, podemos citar la siguientes:
   - *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (donde la ley no distingue, tampoco nosotros debemos distinguir").
   - *Incivile est nisi tota lege perspecta indicare* ('no se debe juzgar sin tener en cuenta la ley entera").
   - *Quod abundat non vitiat* ("lo que abunda (aunque sea superfluo) no daña").

c) Máximas privilegiantes. Las cuales serían:
   - *In dubio pro reo* ("en la duda siempre a favor del reo").
   - *In oscuris semper minimun est sequendum* ("en casos dudosos siempre se debe concluir o resolver lo mínimo").
   - *Lex posterior derogat anterior* ("la ley posterior deroga a la anterior").
   - *Especialia generalibus denogant* (las normas especiales derogan a las generales").

   De la anterior clasificación cabría indicar que la mayoría de las máximas mencionadas se aplicarían al derecho laboral, con excepción de las siguientes máximas, por tratarse estrictamente de derecho penal:
   - *Poenalia sunt restringenda* ("las penas son de estricta interpretación").
   - *Nullun crimen sine lege previa* (ningún crimen sin una ley previa que lo tipifique como tal").
   - *In dubio pro reo* ("en la duda siempre a favor del reo").

## VII. PARÁMETROS A LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA: RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad, también conocido como "proporcionalidad de injerencia", "prohibición de exceso", "principio de razonabilidad", entre otras calificaciones, en realidad viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o

esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales.[23]

> *"La razonabilidad, se deduce como facultad de la propia concepción filosófica de la razón práctica. Su efectivización se traduce en modo de interpretación como requisito para examinar qué normas (argumentos, razones, juicios, premisas) resultan razonables y cuáles escapan a esta naturaleza: siendo irrazonables"*[24].

El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200°, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

El tribunal Constitucional[25] ha señalado que el principio de razonabilidad ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

> *"De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas"*[26].

---

[23] SÁNCHEZ GIL, Rubén "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana". En CARBONNELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores), 2010, p. 218-256

[24] MALDONADO MUÑOZ, Mauricio *"El Principio De Razonabilidad y su Aplicación al Estudio de Validez de Las Normas Jurídicas The Principle Of Reasonableness And Its Aplication To The Exam Of The Validity Of Laws"*. En Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 3 (2012/2013), pp. 139-174. ISSN: 1390-440X – eISSN: 1390-7794.

[25] Sentencia del Tribunal Constitucional N° 045-2004-PI/TC Fundamento 33

[26] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Tercera Reimpresión, Madrid, CEC, 2002, pp. 112-113.

Esto supone que el Juzgador se enfrenta a un caso donde existe conflicto entre dos principios, deberá realizar no sólo un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), sino también deberá evaluar también todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada.

Pues bien, entre las dimensiones de la razonabilidad, las más significativas son: la razonabilidad cuantitativa, la cualitativa, la instrumental, la temporal y la procesal[27].

- **La Razonabilidad Cuantitativa.-** Es la que se refiere a la integridad de los derechos tomados en sí mismos, en su aspecto esencial y básico, para sustraerlos a su aniquilamiento. Aquí el intérprete realiza un juicio ponderativo entre el derecho y la restricción legal, independientemente del objetivo de la ley, a fin de averiguar el "quantum" constitucional de la restricción y en su caso, comprobar si lo ha "alterado" o no.

  En este tópico de la razonabilidad cuantitativa, es de suma importancia la decisiva influencia que tienen los llamados estados de emergencia en los que, lógicamente, la extraordinariedad y gravedad de las circunstancias en que se desarrolla la vida de la sociedad, ya sea originadas en causas físicas, económicas, sociales, etc, permiten una mayor limitación a ciertos derechos que tengan atingencia directa con el estado de crisis, siempre que la mayor restricción sea razonable y temporaria.
- **La Razonabilidad Cualitativa**.- Por su parte, la razonabilidad cualitativa es la que se interpreta mediante la comparación entre varios supuestos fácticos —iguales o diferentes— y la norma jurídica, de forma tal que como dice Juan Francisco Linares[28], esta razonabilidad exige que a antecedentes iguales, se imputen como debiendo ser, iguales consecuentes, sin excepciones arbitrarias. Igualdad ante la ley, tanto quiere decir como deber ser igual la ley para los iguales en iguales circunstancias, ya que el criterio de las semejanzas y las diferencias de las circunstancias y de las condiciones, cuando se aplica a los hechos que son objeto de examen en cada caso particular, se convierte en un medio eficaz y seguro para definir y precisar el contenido real de la garantía de la igualdad.
- **La Razonabilidad Instrumental.-** Es aquélla que tiende a averiguar mediante el proceso axiológico pertinente, la proporcionalidad que

---

[27] Haro, Ricardo. "Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional". Disponible en línea: http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/nuevos-perfiles-del-control-de razonabilidad/at_download/file.

[28] LINARES, Juan Francisco. *El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, pp. 134 y ss.

existe entre el objetivo constitucional de la ley y las restricciones impuestas a los derechos. Aquí también como en la cuantitativa, se busca la integridad del derecho, pero en forma mediata, pues en lo inmediato, lo que se persigue averiguar es la razonabilidad que existe entre el fin de la ley y los medios o formas de aplicación escogidos para su cumplimiento, de forma tal que no sean arbitrarios, desproporcionadas o caprichosos.

- **La Razonabilidad Temporal**.- En esta, la razonabilidad no se examina en función de la cantidad, de la cualidad o de la instrumentabilidad de las restricciones legales o reglamentarias, sino que se merita desde la perspectiva del factor tiempo, ya que si bien generalmente y salvo casos excepcionales (prescripción, perención, preclusión, etc), su transcurso no causa efectos en las relaciones jurídicas, en ocasiones aparece ese transcurso como la causa generadora de la irrazonabilidad, dado que el paso del tiempo y la dinámica tan veloz y cambiante de las circunstancias, en ocasiones vuelve irrazonable la aplicación de la ley que en sus orígenes, respondiendo a demandas de justicia de la sociedad contemporánea, establecía restricciones que a esa época, se mostraban como claramente razonables, pero que en la contemporaneidad no lo son.
- El principio de razonabilidad exige que deba cuidarse especialmente que los preceptos mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante todo el lapso que dure su vigencia, de suerte que su aplicación no resulte contradictoria con lo establecido por la Constitución.
- **Razonabilidad Procesal.**- No siempre la razonabilidad será cuantitativa, o cualitativa o instrumental, sino que existe otra dimensión de la razonabilidad, que es aquella que se pone de manifiesto en el mero proceso interpretativo de la norma jurídica o en la valoración de los actos del proceso judicial. Es decir, la irrazonabilidad aquí no se origina en la ley o reglamento, sino en la interpretación que el magistrado realiza de los mismos o en la realización y meritación de los diversos actos procesales.

## 8. PARÁMETROS INTERPRETATIVOS QUE LIMITAN LA APLICACIÓN DE LAS PRESUNCIONES LEGALES MÁS IMPORTANTES EN LA LEY N° 29497

Conforme a lo abordado, y dadas las presunciones legales establecidas en la Ley N° 29497, podemos concluir que el principio de "proporcionalidad" vendría a constituir el parámetro interpretativo más importante en la aplicación de las presunciones legales establecidas en la Ley Número 29497; y otro de los parámetros interpretativos, vendría a estar constituido por las cargas probatorias, puesto que específicamente en el plano procesal laboral, para la aplicación de las presunciones establecidas en los artículos 23 inciso 2 y 29 de la Ley N°

29497 (por mencionar las más usadas por la Judicatura), que constituyen presunciones relativas, las cuales se han detallado precedentemente, están sujetas a probanza y por tanto no eximen al juzgador de examinar la prueba y de verificar los fundamentos de la pretensión. Es decir, para aplicar alguna presunción, es requisito previo el que la parte procesal respectiva haya cumplido con su carga probatoria que sostiene su pretensión; de tal forma que si los medios de prueba ofrecidos por las partes no resultasen idóneos para producir convicción sobre lo que se alega, el juez aplicará las presunciones relativas teniendo en cuenta el principio de razonabilidad o proporcionalidad.

## 9. CASUÍSTICA

Para una mayor ilustración, paso a comentar algunos casos que en mi experiencia profesional he podido advertir:

CASO N° 1:

[redacted] LABORAL - CHICLAYO

EXPEDIENTE : 0[redacted]

MATERIA : PAGO DE BENEFICIOS LABORALES

DEMANDANTE : [redacted]

DEMANDADO : [redacted]

JUEZ : [redacted]

ESPECIALISTA : [redacted]

**SENTENCIA**

DÉCIMO: En cuanto al pago de utilidades del ejercicio económico 2014; ha de considerarse que el artículo 4° del Derecho legislativo N° 892, prescribe que: "la participación en las utilidades a que se refiere el artículo 2° del presente decreto, se calculará sobre el saldo de la renta imponible del ejercicio gravable que resulte después de haber compesado pérdidas de ejercicios anteriores de acuerdo con las normas del Impuesto a la Renta": lo que significa, que si hubiese ganancias en un ejercicio contable se procede al pago de la participación por utilidades, pero si existiera deudas de ejercicios anteriores, aquellas deberán pasar a cubrir el déficit de manera obligatoria; y del mismo modo que si existieran pérdidas económicas, no habría razón alguna que justifiue el otorgamiento al trabajador de la participación por utilidades; en ese sentido atendiendo a que la parte demandante peticiona el pago de este beneficio argumentando que la demanda no le ha efectuado, es que corresponde de-

terminar si la demandada ha obtenido utilidades en dicho ejercicio, siendo que a tal efecto, de la revisión de las declaraciones juradas de impuestos a la renta del mencionado ejercicio económico 2014 (que fueran remitidas por la SUNAT de folios 90 a 95 y al haberse admitido como prueba de oficio durante la realización de la Audiencia Única de fecha 01 de julio de 2015, cuya Acta corre de folios 52 a 54" se verifica que la demandada sí ha percibido utilidades durante el ejercicio económico 2014: por lo que, al no contar con las variables suficientes para su cálculo y considerando el record laboral del accionante corresponde ordenarse de forma prudente, ponderada y equitativa conforme a los Principios de Razonabilidad, Ponderación y Equidad[3], el pago de una remuneración ascendente S/. 1655.00 soles (última remuneración histórica percibida por el demandante) por el ejercicio económico 2014 lo que totaliza la suma de S/. 1655.00 (MIL SESISCIENTOS CINCUENTA Y CINCO SOLES Y 00/100 CÉNTIMOS); conforme al siguiente detalle:

| Año | UTILIDADES |
|---|---|
| 2014 | 1655 |

[3]. El primer principio según el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez (Los principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1999, 3ra edición, pies de páginas 364 a 365) "consiste en la afirmación esencial de que el ser humano en sus relaciones laborales procede y debe de proceder conforme a la razón. Se trata, como se ve de una especie de límite o forma formal y elástica al mismo tiempo aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro y sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles". Mientras que el principio de Ponderación busca un equilibrio práctico entre los intereses y las necesidades de los titulares de los derechos enfrentados. Asimismo, resulta de valiosa utilidad el Principio de Equidad desde el punto de vista Aristotélico (epikeia), según el cual la equidad es la justicia aplicada al caso concreto; en ese horizonte muchas veces la inclemente aplicación de una ley a los casos que codifica puede ocasionar efectos injustos.

## COMENTARIO

El caso anterior, se trata de un proceso en el que la demandada se encuentra rebelde y por tanto cabría aplicarse las presunciones legales establecidas en el artículo 29 de la Ley N° 29497, pudiendo en algunos casos, darse por cierta la obtención de utilidades por la empresa demandada en el ejercicio económico solicitado por la demandante; sin embargo, dichas presunciones son aplicadas de manera ponderada por el Juzgador al fijar un monto por concepto de participación en las utilidades correspondiente a un ejercicio económico considerando la última remuneración histórica percibida por el demandante, al no contar con las variables suficientes para el cálculo de dicho beneficio social; habiendo verificado previamente a dicho razonamiento, el cumplimiento de la carga probatoria del demandante de acreditar la existencia de utilidades en el ejercicio económico solicitado, carga que acreditó en el caso concreto, con las declaraciones juradas de impuesto a la renta.

CASO N° 2:

**EXPEDIENTE Nº** : [redacted]
**MATERIA** : **PAGO DE BENEFICIOS ECONÓMICOS**
**DEMANDANTE** : [redacted]
**DEMANDADO** : [redacted]
**JUEZ** : [redacted]
**ESPECIALISTA** : [redacted]

6. Siendo ello así, la demandada no ha acreditado que este derecho sea inexigible, y menos que haya cumplido con el pago de las labores extraordinarias acreditadas en el presente proceso con la sobretasa establecida por ley, a lo que se encontraba obligada de conformidad con lo establecido en el artículo 23.4a de la NLPT; por lo que esta juzgadora otorga al actor de manera ponderada, prudente y razonada por el período peticionado: Del 01-Enero-2002 al 31-Diciembre-2002, a razón de 04 horas extras diarias, en turnos rotativos diarios día y noche, descontando un tiempo prudencial para refrigerio de 15 minutos en el turno diurno, debido a que la demandada no ha acreditado haber otorgado un tiempo para tomar sus alimentos, aún cuando el artículo 7 del Decreto Supremo N°007-2002-TR establece que cuando un trabajador realiza una labor con una extensión de ocho horas debe concedérsele un lapso mínimo de 45 minutos para la ingesta de sus alimentos (regrigerio).- siendo que, por reglas de la experiencia, los vigilantes en el Perú desempeñan una jornada habitual de doce (12) horas diarias.- En ese sentido se procede al cálculo conforme al artículo 10 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR con un recargo por las dos primeras horas del 25% por hora calculado sobre la remuneración percibida por el trabajador en función del valor hora correspondiente y treinta y cinco por ciento (35%) para las horas restantes.

   Correspondiendo por este concepto la suma S/. 3675.54 Nuevos Soles; tomándose en cuenta para el cálculo de dichas horas extras las remuneraciones contenidas en las boletas de pago del actor, corrientes de folios cuarenta y siete a cincuenta y uno; conforme al detalle siguiente:

COMENTARIO

El caso anterior, se trata de un proceso en el que la demandada se encuentra rebelde y por tanto cabría aplicarse las presunciones legales establecidas

en el artículo 29 de la Ley N° 29497, pudiendo en algunos casos, darse por ciertas las cuatro horas extras solicitadas por el demandante en su escrito postulatorio, en donde alega labores de vigilancia superior; sin embargo, dichas presunciones son aplicadas de manera ponderada por el Juzgador descontando de las cuatro horas extras, 15 minutos en el turno diurno para la ingesta de alimentos toda vez que la demandada al estar rebelde tampoco cumplió con acreditar el otorgamiento del tiempo de refrigerio establecido en el artículo 7 del Decreto Supremo número 007-2002-TR; habiendo verificado previamente a dicho razonamiento, el cumplimiento de la carga probatoria del demandante de acreditar la prestación efectiva de labores en jornada extraordinaria.

## 10. CONCLUSIONES

- Interpretar es buscar el sentido de una norma jurídica dada.
- La presunción es el resultado de una operación lógica, mediante la cual, partiendo de un hecho conocido, se llega a aceptar como existente otro desconocido o incierto.
- Las presunciones establecidas en el artículo 23.2 y 29 de la Ley N° 29497 son las más utilizadas en el ámbito laboral.
- El resultado de la prueba indiciaria no es una presunción legal, no tiene la fuerza de una presunción legal sino en lo que valgan las piezas de información reunidas y el rigor del razonamiento que pretende vincularlas entre sí.
- La interpretación de las presunciones, se realiza tan igual como son las normas jurídicas, esto es mediante los métodos de interpretación ya conocidos como son el método histórico, método literal, método finalista (ratio mandato), el método sociológico, el método de interpretación constitucional.
- La proporcionalidad es uno de los parámetros interpretativos principal e infalible para la solución de controversias, el cual limita la aplicación de las presunciones legales más importantes establecidas en la Ley N° 29497.
- Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, *prima facie*, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable
- La carga probatoria es también un parámetro interpretativo, puesto que para aplicar alguna presunción relativa, es necesario que además el actor haya probado los hechos que sostienen su demanda de acuerdo a las cargas probatorias establecidas en el artículo 23 de la Ley N° 29497.

- Considero que todavía falta recorrer un tramo por cierto extenso de bases doctrinarias para que la ponderación y la proporcionalidad puedan involucrar realmente cimentadas técnicas de interpretación. En tanto, a los órganos jurisdiccionales restantes que decidimos causas que involucran derechos fundamentales, nos compete la tarea de motivar cada vez más y mejor nuestros fallos, cual fuera la naturaleza de los mismos, basados en la doctrina jurisprudencial que imparte el Tribunal.

## 11. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Artículo 121° del Código Procesal Civil Peruano

ALEXY, Robert (2002) *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdez, Tercera Reimpresión, Madrid, CEC, pp. 112-113.

ARCOS RAMÍREZ, Federico (2000) *La seguridad jurídica. Una teoría formal*, Madrid, Dykinson, pp. 54 – 55

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo (1994) *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires Argentina: Editorial Heliasta. Vigésimo tercera edición. Tomo IV. pp. 472.

CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994) *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, J.M. Bosch, pp. 207.

GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. "La Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497." *Derecho & Sociedad 37 (2015)* p. 201.

HARO, Ricardo. "Nuevos perfiles del control de razonabilidad constitucional". Disponible en línea:

http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/nuevos-perfiles-del-control-de razonabilidad/at_download/file

IBARRA SERRANO, 1996 F. Disponible en: http://bibliotecadigital.poderjudicialmichoacan.gob.mx:8080/repositorio/bitstream/123456789/21/6/6.-CAPITULO%203-LA%20INTERPRETACION%20Y%20APLCACION%20DEL%20DERECHO.pdf.

IGARTUA SALAVERRÍA, Juan (1998) *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas, Madrid, pp. 41— 42.

Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo 003-97-TR)

LINARES, Juan Francisco (1944) *El debido proceso como garantía innominada de la Constitución Argentina*, Editorial Depalma, Buenos Aires, pp. 134 y sgtes.

LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel. "Interpretación Jurídica e Interpretación Constitucional: La Interpretación Evolutiva o Progresiva De La Norma Jurídica (El Derecho Como Instrumento Del Cambio Social)". En: NARVÁEZ, José Ramón. MONTEROS, Javier Espinoza de los. (Coordinadores) (2011). *Interpretación Jurídica: Modelos Históricos y Realidades*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 270. Disponible en línea en: http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3015

MALDONADO MUÑOZ, Mauricio *"El Principio De Razonabilidad y su Aplicación al Estudio de Validez de Las Normas Jurídicas The Principle Of Reasonableness And Its Aplication To The Exam Of The Validity Of Laws"*. En Ius Humani. Revista de Derecho Vol. 3 (2012/2013), pp. 139-174. ISSN: 1390-440X – eISSN: 1390-7794.

MARTÍNEZ Y FERNÁNDEZ. *La interpretación Jurídica*. Disponible en: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/teoria_del_derecho/sem_razo_juri_redac_resol/189-213.pdf

ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *Teoría de la Prueba* pp. 26. Disponible en línea:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1e-ce793776efd47/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f79058004678c1b1a1ece793776efd47

PAREDES ESPINOZA, Brucy. "La Prueba Indiciaria en la Nueva Ley Procesal de Trabajo". En: *Soluciones Laborales para el Sector Privado*, N°68, Gaceta Jurídica, Lima (Agosto, 2013) p. 54.

PÉREZ ROYO, Javier (2005) *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid,pp. 139.

RECASENS SICHES, Luis (1997) *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Editorial PORRUA.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, T.I, p. 180.

RIVERA M., Rodrigo (2009) *Las Pruebas en el Derecho Venezolano*. Barquisimeto, Venezuela: Librería Jurídica Rincón G. C. A..

RUBIO CORREA, Marcial (1984) *El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho)*. Lima: Fondo Editorial PUCP. Primera Edición, pp. 235.

RUBIO CORREA, Marcial (2005) *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: PUCP, p. 69.

SÁNCHEZ GIL, Rubén "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana". En CARBONNELL, Miguel y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coordinadores), 2010, p. 218-256.

Sentencia del Tribunal constitucional en el expediente número 03088-2009-PA/TC-LIMA

Sentencia del Tribunal constitucional en el expediente número 03088-2009-PA/TC-LIMA

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 045-2004-PI/TC Fundamento 33

WRÓBLEWSKI, Jerzy (1985) *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Trad. A. Azurza. Civitas,.

ULLMANN-MARGALIT, E., (1983) «On Presumption», en The Journal of Philosophy, Vol. LXXX, Núm. 3, Marzo, ps. 143-163

www.rae.es

# Retos, facultades y limitaciones en la tarea de la interpretación judicial en el proceso laboral

**Karla Evelyn Zuta Palacios**

Benites, Forno & Ugaz Abogados (abogada asociada).
Contacto: kzuta@bfu.pe

***SUMARIO***

*I. ¿Qué es la interpretación?. II. ¿Cuándo es necesario realizar interpretación jurídica? III. ¿Cuáles son los principales retos de la interpretación judicial? IV. Casos específicos que generan confusión de lenguaje y requieren de interpretación. V. La interpretación en los conflictos judiciales y sus matices en el derecho laboral. VI. La interpretación y los principios propios del conflicto jurídico laboral en el Perú. 6.1. La regulación contenida en la Ley N° 26636 y en la Ley N° 29497. 6.2. Reglas y principios que rigen a la interpretación en el conflicto laboral. VII. Herramientas y el rol de las partes y de los jueces en la actividad de interpretación judicial en el conflicto laboral. VIII. Rol de los plenos jurisdiccionales en la actividad de interpretación judicial. IX. Reflexiones finales y conclusiones. X. Bibliografía.*

## I. ¿QUÉ ES LA INTERPRETACIÓN?

Ante la pregunta de qué es la interpretación en sentido extenso, la Real Academia Española de la Lengua nos proporciona una definición léxica que será el punto de partida para el presente análisis: "Explicar o declarar el sentido de una cosa y, principalmente, el de textos faltos de claridad".

Decimos que es sólo un punto de partida, pues hay, por otra parte, quienes afirman que la interpretación consiste en la atribución de significado a un enunciado[1].

El enunciado debe ser entendido como el producto de la actividad del legislador. Sobre él opera el lector, por ejemplo, el juez, y lo interpreta. El enunciado promulgado debe gobernar al enunciado interpretado; de lo contrario se perderá el imperio de la ley.[2]

Isabel Lifante Vidal nos habla sobre dos clases de interpretación de enunciados y menciona a la interpretación como actividad noética o intuitiva y a la interpretación como actividad dianoética, que es aquella que se realiza cuando se requiere de un pensamiento discursivo o argumentación[3]. Este segundo tipo de interpretación sería necesario cuando existen dudas sobre un significado que deben ser superadas.

La teoría de la interpretación jurídica es amplia y parte por esgrimir si es que ésta implica la interpretación de la ley o la interpretación del derecho, o ambas. Para el tema que trataremos en forma concreta, nos enfocaremos en la interpretación de la ley.

Bajo este contexto encontramos dos matices: la interpretación que realizan los operadores de justicia y la que es realizada por la doctrina o la dogmática jurídica. Nos concentraremos esta vez en la primera de ellas, la cual es también conocida como interpretación "en concreto", pues está orientada a hechos, a un problema particular que requiere de solución por parte de un administrador de justicia.

Ricardo Guastini postula que por "interpretación" debe entenderse no cualquier atribución de significado al texto interpretado, sino una atribución de significado que caiga dentro del marco —que puede incluso ser muy amplio-de significados admisibles.[4] Por tanto, no cualquier decisión sobre el significado puede ser entendida como interpretación, pues si cae fuera del marco de los significados admisibles ya no estaremos frente a una interpretación, sino ante la creación de una norma nueva. Este sería, entonces un primer límite conceptual de la interpretación.

---

1 Viola, Francesco. Citado por Manuel Atienza en "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho". Este trabajo ha sido publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Palestra Editores. Lima 2010, p. 85.

2 Laporta, Francisco. "Interpretación de la ley". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Op. cit, p. 191.

3 Lifante, Isabel. "Un mapa de problemas sobre interpretación jurídica". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Op. cit, p. 40.

4 Guastini, Riccardo. "Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Op. cit, p. 168.

## II. ¿CUÁNDO ES NECESARIO REALIZAR INTERPRETACIÓN JURÍDICA?

La doctrina especializada nos señala que surge la necesidad de interpretar en el momento en que se produce una duda. Sin embargo, determinar cuándo estamos frente a una situación de "duda" o "no clara" también requiere de un ejercicio especial. A continuación, reseñaremos en forma muy concreta algunas posiciones sobre cuándo y qué se debe interpretar y, paulatinamente, empezaremos a contrastar distintas teorías y posiciones, con su impacto en el proceso laboral.

Como hemos advertido, existen diversas teorías que procuran explicar cuál es la actividad que constituye la interpretación; es decir, en qué consiste y a qué está dirigida. Así, sin ánimo de iniciar una disyuntiva filosófica, trataremos de reseñar las principales posiciones que buscan determinar la actividad interpretadora del operador de derecho.

Las teorías antes mencionadas van desde aquellas que señalan que la interpretación se reduce a descubrir el significado objetivo de la norma, calificando a los jueces sólo como aplicadores del derecho, sin mayor espacio para la discrecionalidad. Esta teoría, denominada *cognitiva*, limita el uso de los métodos de interpretación a los formales y deja de lado los casos concretos que pueden generar la dificultad en la aplicación de una norma. Claramente, esta teoría excluiría a los principios especiales que regulan al derecho laboral y procesal laboral, los cuales requieren de un análisis dogmático y casuístico previo a su aplicación.

Por su parte, la *teoría no cognitiva* sugiere que el intérprete puede escoger el significado del texto, independientemente de si su redacción es clara o no, pues cualquier texto puede ser entendido de formas diversas. Esta teoría, más allá de los métodos clásicos de interpretación, ahonda en aquellos dirigidos a ensalzar el contexto social, axiológico, entre otros. Al respecto, Elmer Arce precisa que bajo esta teoría, el juez tiene un margen de discrecionalidad que no puede exceder al texto o material jurídico producido por el legislador y que este será el límite objetivo para el intérprete[5]. En la práctica del derecho procesal del trabajo, dado su impacto social, ejercer la interpretación bajo esta estricta premisa, genera el riesgo de emitir decisiones que vayan incluso más allá de los principios especiales del derecho laboral.

Frente a los dos extremos señalados, encontramos a la *teoría intermedia*, la cual repara en que existen dos situaciones a tener en cuenta: ***i)*** la dificultad para enmarcar un caso concreto en una norma jurídica que, por sí misma o en otras circunstancias, es de fácil aplicación y ***ii)*** la dificultad para resolver casos simples o complejos, ante una norma de difícil lectura.

Esta teoría pone en relieve la necesidad de empezar por verificar la claridad de la norma, del texto en sí, para luego de ello, estar en la posición válida de analizar si el caso concreto resulta aplicable o no a dicho texto normativo. Para este ejercicio debe recurrirse tanto a los métodos clásicos de interpretación (en una primera

[5] Arce, Elmer. "Teoría del derecho". Fondo Editorial PUCP. Lima 2015, p. 174.

etapa), como a los especiales, que, en nuestro caso, se encontrarán regidos por los principios del derecho del trabajo. Así, para la correcta interpretación según esta teoría, luego de tener claro el significado del texto normativo, debe analizarse el contexto de su aplicación y el impacto de la decisión. Es decir, para sostener la interpretación se recurrirá a argumentos jurídicos y no jurídicos.

Sin embargo, este ejercicio, por ser el más completo, es también el más complejo, pues, en el caso concreto de un juicio laboral, el juez no sólo agota el ejercicio de interpretar con el hecho de entender qué dice la norma, sino que debe decidir si la norma es aplicable o no y para ello se encontrará frente a situaciones incluso más exigentes en las que tenga que dirimir entre dos normas, o cuando concluya que no existe norma que regule los hechos controvertidos.

Elmer Arce, citado a McCormnick, nos señala que estos últimos son calificados como los "casos difíciles", y que pasan por la necesidad de abordar dos temas puntuales: ***i)*** probar la existencia de un hecho para ver si se incluye o no en la norma y ***ii)*** calificar un caso concreto para definir si se circunscribe o no a la norma[6].

## III. ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES RETOS DE LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL?

Como detallaremos más adelante, resulta particularmente difícil determinar un criterio o regla general de interpretación. Se trata de un debate de larga data que aún no ha hallado un acuerdo. Sin embargo, Laporta[7] ha logrado consolidar cuáles son los aspectos que generan los elementales desacuerdos en la tarea de interpretar. Estos serían: ***i)*** desajuste entre las expresiones del texto y las convenciones de significado de la sociedad (problema semántico), ***ii)*** el significado de una expresión depende de su relación con otras expresiones del mismo lenguaje (contexto normativo) y, ***iii)*** conocimiento y especialización del lenguaje.

Como observamos, el intérprete del Derecho tiene la misión de recuperar significados mediante argumentos de compleja reconstrucción y sistematización de normas jurídicas. Esto exige que su rol (de intérprete) deba ser desarrollado sobre la base de una formación técnica y profesional especializada. Esto, sin perjuicio de que su criterio pueda ser discutible, evitará que su interpretación sea cuestionada como arbitraria.

## IV. CASOS ESPECÍFICOS QUE GENERAN CONFUSIÓN DE LENGUAJE Y REQUIEREN DE INTERPRETACIÓN

Hasta el momento hemos enmarcado el contexto en el que se genera la necesidad-facultad del juez, para interpretar. Sin embargo, es importante tener cierta

---

6 Idem, p. 179.

7 Laporta, Francisco. "Interpretación de la ley". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Op. cit. Pág 201

claridad respecto a esta circunstancia específica. Surge entonces la interrogante relativa a cuándo hay duda y, por tanto cuándo se justifica el ejercicio de la facultad de interpretación. Esto, a la vez, nos acercará a los límites de dicha potestad.

A fin de responder a esta inquietud, se han clasificado dos situaciones amplias, pero orientadoras. Así, la duda surgirá frente a dos supuestos que generan confusión de lenguaje:

**A) Ambigüedad.**- Esta problemática deriva de problemas sintácticos. Es decir, dependen del orden de las palabras del texto, de cómo éstas se hallan conectadas o del estricto significado de las mismas. En general, se producen por una deficiente construcción gramatical del enunciado jurídico En estos casos, ante la posibilidad de diversos significados, el operador deber elegir uno, justificando adecuadamente su decisión, la cual no puede limitarse a la sola aplicación del método gramatical.

Un claro y conocido ejemplo sobre una norma que requiere de interpretación por ambigüedad es el contenido del artículo 36° del D.S. 003-97-TR, que contiene a la Ley de Competitividad y Productividad Laboral (LCPL), el cual señala lo siguiente:

> Artículo 36°.- "El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas liquidas que le adeude el empleador. Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho. La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento."

El aspecto relacionado a la caducidad regulada en este artículo ha sido ampliamente debatido, pues, como observamos, el primer párrafo nos habla de un plazo contado en días hábiles, mientras las últimas líneas mencionan a la falta de funcionamiento del Poder Judicial.

Esta discusión ha llegado a ser objeto de plenos jurisdiccionales con el fin de definir una posición sobre cuál debe ser la lectura de esta norma[8]. Sobre

[8] Al respecto, el Pleno ha manifestado su posición, señalando que el controvertido dicho artículo agrega que el plazo establecido encuentra excepción (se suspende) cuando el trabajador está fuera del territorio nacional e impedido a ingresar en él, y ante la falta de funcionamiento del Poder Judicial. En dicha suspensión, se ha comprendido a los días en que no hay despacho judicial, de conformidad con la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinándose que son los 30 días para demandar son hábiles.

la particular e importante participación de los plenos jurisdiccionales en el rol interpretativo de los jueces, haremos un comentario aparte.

Se evidencia pues, un caso claro de necesidad de interpretación ante una norma cuya lectura gramatical impide un entendimiento claro sobre su aplicación, por lo que resulta necesaria la intervención del juez.

**B) Vaguedad**.- En este caso, los conceptos jurídicos no están correctamente determinados y se les podrá atribuir un significado u otro, el cual dependerá de una serie de hechos y atribuciones de índole técnico.

Tomamos ahora como ejemplo al artículo 25° inciso f) de la LCPL, el cual señala lo siguiente:

> Artículo 25°.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:
>
> (...)
>
> f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente

Como podemos apreciar, estamos frente a una norma que tipifica una causal clara de falta grave y, por tanto, de extinción del vínculo laboral. Sin embargo, más allá de su semántica, en cuanto sea necesario analizar la norma a la luz de un hecho concreto, será necesario determinar una serie de premisas: ¿Qué es grave indisciplina? ¿Qué es injuria? ¿Cuándo el hecho deriva directamente de la relación laboral?

A diferencia de otras faltas tipificadas en el mismo artículo (como por ejemplo, el abandono o la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo), este supuesto requiere de un análisis mucho más complejo que permita determinar cuándo los hechos pueden ser o no atribuidos a este supuesto de falta grave. Por lo tanto, estaremos ante un "caso difícil".

Bajo estos presupuestos, vamos corroborando lo que dice Laporta, quien afirma que la interpretación no es sólo una traducción, sino que requiere de suficientes argumentos y razones. Un enunciado interpretativo es aquel que afirma que el significado de un término o una oración es uno determinado y no puede ser arbitrario ni constitutivo.[9] Debe ser justificado.

[9] Op. cit, p. 201

En esta línea, Twining, a manera de resumen, nos indica que las siguientes actividades forman parte de la tarea interpretativa[10]:

- Definir la existencia de condiciones que generan una duda interpretativa
- Determinar un rango de interpretaciones admisibles.
- Construir argumentos en favor o en contra de cada una de las candidatas.

A propósito de la construcción de argumentos, como sabemos, existen distintas clases de ellos que pueden ser divididos en tres grandes grupos:

**a) Argumentos lingüísticos.-** Referidos al significado ordinario o técnico del enunciado. Están vinculados al método literal. Estos argumentos se presentan para los casos "fáciles" o de lectura sencilla.

**b) Argumentos sistémicos.-** Buscan armonizar todo el texto de la norma a interpretar (interpretación sistemática). Se enfocan en el llamado "co-texto".

**c) Argumentos teleológicos.-** Están orientados a buscar la finalidad de la norma, más allá de su redacción. Estos argumentos, si se actúan en forma independiente, coligen la teoría no cognitiva de la interpretación, antes explicada.

Aun cuando existen diversas posiciones sobre el orden y jerarquía de los métodos que sirven para argumentar la interpretación, todas ellas coinciden en que esta actividad debe realizarse teniendo en cuenta tres criterios esenciales: ***i)*** los jueces deben actuar como instituciones y no como personas, ***ii)*** procurar disminuir la probabilidad de contradicciones con órganos de rango igual o superior y, por tanto, ***iii)*** velar por la predictibilidad de las decisiones.

## V. LA INTERPRETACIÓN EN LOS CONFLICTOS JUDICIALES Y SUS MATICES EN EL DERECHO LABORAL

Robert Alexy manifiesta que las decisiones que ponen fin a una disputa jurídica, en muchos casos, no se siguen lógicamente de las formulaciones de las normas y ello se debe, principalmente, a cuatro razones:

- La vaguedad del lenguaje jurídico, que ha sido tratada líneas arriba.
- La posibilidad de conflictos de norma, la cual encuentra soluciones especiales en el derecho del trabajo.
- Posibles casos que necesiten una regulación jurídica, pero que quizá carezcan de una norma ya vigente. Este supuesto también ha sido previsto en el derecho lanboral.

---

[10] Twining, William y otro. "How to do things with words. A primer of interpretation" Weindenfeld and Nicolson. Londres. 1982, p. 233

- La posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales[11].

En este contexto estamos ante un problema de especial fundamentación de las decisiones, y frente a esta tarea se cuenta con los cánones de la interpretación, los mismos que, tal como hemos adelantado, se hallan en diversos métodos basados en elementos que han sido clasificados de diversas formas por los expertos. A modo de ejemplo, está la clasificación en métodos como el gramatical, lógico, histórico y sistemático, propuesta por Savigny; y la clasificación en criterios, propuesta por Larenz, tales como el sentido literal, el significado según el contexto, las intenciones, metas e ideas normativas del legislador histórico o del teleológico.

Sin embargo, también Alexi[12], nos señala que el problema mayor para determinar las reglas de interpretación en los conflictos judiciales no se encuentra en la clasificación de métodos, sino en dos elementos: ***i)*** establecimiento de la ordenación jerárquica de los cánones y ***ii)*** la indeterminación, consistente en la posibilidad de dos resultados contrapuestos si dos intérpretes tienen diferentes concepciones sobre el objetico de la norma en cuestión.

Esto significa que sólo se podría deducir válidamente a partir de normas propuestas; sin embargo, esta opción implicaría dejar de lado el contenido valorativo de la decisión, tan vital en el derecho del trabajo. Frente a ello, surge una segunda propuesta, la cual está basada en la interpretación hecha a partir de principios; pero éstos no pueden regir por sí mismos, pues de ser así, pueden incurrir también en contradicciones u oposiciones. En tal sentido, esta opción tampoco sería la más óptima por sí misma.

Es en este momento en el que se requiere de la actuación muy especial de los órganos jurisdiccionales, los cuales, ante una situación dudosa, más allá de la sola respuesta sintáctica a las normas, tendrán una facultad que, de acuerdo a la doctrina, puede ser considerada como "colegisladora". Así, podrá determinar cómo y en qué medida realizar una valoración, cómo actuarla y cómo fundamentarla. De esta forma empieza a construirse la jurisprudencia.

Durante este proceso, el intérprete debe tener en cuenta dos cuestiones sumamente importantes:

- Sus decisiones van a afectar a personas, y
- Su justificación de la delimitación de intereses va a generar un cuestionamiento moral.

Como observamos, la tarea de la interpretación judicial no es sencilla, pues el impacto de la misma requiere de un sólido método de argumentación que una a lo técnico con lo valorativo y también con lo empírico y lo casuístico.

---

[11] Alexy, Robert. "Teoría de la argumentación jurídica". Palestra Editores. Lima 2016, p. 28

[12] Idem, p. 30-31

Así, el discurso jurídico, la decisión, la sentencia que emane de la interpretación contará con condiciones delimitadoras que permitan conservar el carácter de la norma.

En este marco, luego de haber superado la primera etapa planteada por Twining, consolidamos algunas propuestas que se sugieren ya en el campo del conflicto judicial. Éstas están dirigidas a realizar una adecuada justificación de la interpretación que realice el Juez, quien debe tener en cuenta algunos pasos previos a su decisión, tales como:

a) Identificar todos los puntos de vista posibles (premisas) que deban tenerse en cuenta.
b) Proponer enunciados verosímiles y probables respecto a dichos puntos de vista, y
c) Plantear teorías sobre el uso de estas premisas (respecto a la norma).

Como apreciamos, si bien se sugiere un orden de argumentos que sustentarían la interpretación realizada por el operador de justicia, aún quedan discusiones dirigidas a cuestionar si las teorías a plantear deben partir de un orden metodológico determinado o no. Nótese que, en buena cuenta, ya empezamos a abordar en toda su expresión al deber de motivación de las resoluciones judiciales contenido en artículo 139° inciso 5) de la Constitución del Estado.

En efecto, muchas teorías pueden ser debatidas, sin embargo, en el presente trabajo intentaremos identificar y describir cuáles son las herramientas específicas con las que cuenta el juez laboral para poder otorgar una respuesta satisfactoria a las partes, respetando el marco de la norma sustantiva y adjetiva.

## VI. LA INTERPRETACIÓN Y LOS PRINCIPIOS PROPIOS DEL CONFLICTO JURÍDICO LABORAL EN EL PERÚ

Como sabemos, en nuestro país se inició una reforma procesal en el año 2010, la cual estaba dirigida a cambiar drásticamente los juicios laborales, a través del protagonismo de principios como el de inmediación, oralidad y concentración.

Sin embargo, a la fecha, la Ley N° 29497 —Nueva Ley Procesal del Trabajo (en adelante, NLPT) aún no ha sido implementada en todo el territorio nacional por lo que su antecesora, la Ley N° 26636 (LPT) materia también del tema que nos ocupa en esta oportunidad.

### 6.1. La regulación contenida en la Ley N° 26636 y en la Ley N° 29497

El artículo II del Título Preliminar de la Ley N° 26636 (LPT), promulgada en el año 1996, señala expresamente:

> ***Artículo II.***- *El Juez, en caso de duda insalvable sobre los diversos sentidos de una norma o cuando existan varias normas aplicables a un caso concreto, deberá interpretar o aplicar la norma que favorezca al trabajador.*

Por su parte, la Ley N° 29497 (NLPT) del año 2009, dispone, en el artículo IV de su Título Preliminar:

> ***Artículo IV.-*** *Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral.*
>
> *Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República.*

Como podemos observar, la norma más actual resulta ser más amplia, sin embargo, elimina el mandato expreso de interpretación de acuerdo a la norma más favorable al trabajador. Entendemos que esta decisión no estaría vinculada a sugerir una interpretación distinta sino que, al considerar la necesaria observancia de una serie de normas, incluyendo a los Tratados Internacionales, ha cuidado de que la interpretación judicial se realice teniendo siempre en cuenta el carácter social del Derecho del Trabajo.

Lo antes dicho se desprende del contenido del artículo III del Título Preliminar de la NLPT, el cual señala de manera clara que, es fundamento del proceso laboral que los jueces deban evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso. Agrega que para este efecto deben procurar alcanzar la igualdad real de las partes, privilegiar el fondo sobre la forma, interpretar los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observar el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. Añade que estos deberes se acentúan frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

El artículo reseñado, junto al contenido de la ley en comento, nos permiten determinar con certeza que las reglas de interpretación a favor del trabajador, como parte débil del proceso, se mantienen dispuestas e, incluso, reforzadas por el contenido general de la norma[13].

Aquí, entonces, encontramos una primera y gran delimitación de la facultad interpretativa del juez, en el proceso laboral, pues está llamado a garantizar la igualdad real de las partes. Por tanto, los Títulos Preliminares de ambas normas procesales nos proporcionan una primera lectura de tendencia valorativa en la interpretación. Se cumple aquí lo que nos dicen Atienza, quien manifiesta que en la interpretación jurídica existe un elemento de autoridad y otro al que cabría llamar valorativo".[14]

---

[13] La consagración de estos principios ha sido claramente expuesta en la Casación N° 7353-2013-Cusco, emitida el 15 de noviembre de 2013, por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia.

[14] Atienza, Manuel. "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Op. cit, p. 88.

Sin embargo, las normas no se agotan ahí, pues, como analizaremos infra, éstas también proporcionan al juez (y a las partes), una serie de herramientas técnicas que permitirán un grado de rigurosidad y garantía legal al contenido de las decisiones.

Al respecto, Omar Toledo nos señala en forma clara que, en efecto, en el proceso laboral el Juez se encuentra dotado de una serie de facultades, atribuciones y prerrogativas que lo convierten en un principal impulsor del proceso y confieren por tanto un tinte marcadamente inquisitivo a dicho proceso[15]. Este rol inquisitivo le permite realizar una interpretación, si bien controlada, pero acorde a los principios del proceso laboral antes referidos.

### 6.2. Reglas y principios que rigen a la interpretación en el conflicto laboral

Hemos mencionado antes que, de acuerdo a la teoría intermedia de la interpretación, primero debe superarse el aspecto puramente textual o sintáctico de la norma. Observemos ahora algunos aspectos propios de esta etapa de la labor interpretativa en derecho del trabajo, sus reglas de aplicación y también sus limitaciones.

En este contexto, puede darse la situación de que el significado de las palabras utilizadas por la norma arroje diversos sentidos. Javier Neves[16] señala que, de ocurrir ello, debe aplicarse el principio ***in dubio pro operario***, cuidando que no se configure una manifiesta incompatiblidad entre el favorecimiento al trabajador y los otros elementos interpretativos aportados por la teoría general del derecho, especialmente con la finalidad de la norma.

Como podemos observar, esta práctica va más allá de la teoría cognitiva de la interpretación, pues se trasciende al solo texto de la norma al verificarse el impacto de la misma dentro de la relación de trabajo en tanto hay una parte débil y una parte fuerte; pero a la misma vez, se procura que la interpretación no desnaturalice al sentido o finalidad de la norma, estableciéndose así el límite en la facultad de interpretación.

Superada la primera etapa de la interpretación, que es el significado de la norma, debemos ahora determinar si ésta es aplicable a nuestro caso concreto. En este momento pueden surgir distintas situaciones que han sido clasificadas de forma más que plausible por Javier Neves[17]. Cabe señalar que no pretendemos realizar una disquisición sobre las reglas y principios que presentamos a continuación, sino sólo exponer la existencia de éstos como las herramientas fundamentales con las

---

[15] Toledo Toribio, Omar. "El petitorio implícito y otras hipótesis de flexibilización en el marco de la nueva ley procesal del trabajo". Ponencia contenida en el libro del II Congreso Internacional de Derecho Procesal de Trabajo de la SPDTSS. Piura 2013, p. 326.

[16] Neves, Javier. "Introducción al derecho del trabajo". Fondo Editorial PUCP. Lima 2003, p. 107.

[17] Op. cit, p. 100-125

que cuenta el operador de justicia, al momento de realizar el juicio interpretativo, así como sus límites.

Las situaciones anunciadas son:

1. No existe duda alguna de que los hechos que forman parte de la teoría del caso de las partes, se enmarcan en la norma que es invocada como fuente de derecho.
2. Los hechos no corresponden a la norma, ni a alguna otra.- En este caso, el juez, a través de un trabajo de integración, deberá determinar si corresponde alguna de las siguientes reglas:
   - **Analogía.-** Se atribuye la regulación de un hecho, a otro de ámbito distinto, pero de regulación similar. Es tomar "prestada" una norma, para regular una institución distinta al que regula, sin embargo, la similitud entre ambas permite este ejercicio. Por supuesto que la decisión de aplicar la norma en forma analógica deberá contar con la argumentación suficiente que justifique la elección de esta alternativa de interpretación.
   - **Interpretación extensiva.-** Actuamos ante la misma institución, y se aplica la regulación similar de una institución idéntica.
   - **Principios generales del derecho.-** Neves refiere que se trata de los criterios fundamentales que inspiran el ordenamiento, a los que el juez debe acudir cuando, además de no haber ninguna norma directamente aplicable, tampoco sea posible utilizar otra referida a un asunto semejante, mediante la analogía o la interpretación extensiva.

   Estos métodos de integración, cuentan con algunos límites, los cuales consisten, esencialmente, en que no pueden disponer en contra de normas que explícitamente excluyen a ciertos hechos, de la aplicación de normas de uso general y las restringen a un tratamiento distinto. Por ejemplo, hay normas propias de regímenes especiales de trabajo que no pueden ser aplicables a trabajadores del régimen común, aun cuando regulen un mejor beneficio.

3) Los hechos pueden ser atribuidos a más de una norma y éstas ofrecen resultados distintos, generando conflicto entre ellas:
   - **Norma más favorable.-** Se aplica este criterio una vez superado el análisis de jerarquía, especialidad y temporalidad. Si aún así las normas colisionan, se elegirá la aplicación de la más favorable al trabajador.
   - Esta regla tiene un límite que está referido a la invalidez de alguna de las normas, producto de un control constitucional. Esto pasa con normas que restringen derechos de orden superior contenidos en otras. Realizado este control debería desaparecer el conflicto y, por lo tanto, la necesidad de interpretación a la luz del criterio de la norma más favorable.

- **Condición más beneficiosa.-** Se genera ante el caso de sucesión normativa, cuando ante la modificación o derogación de una norma, se arriesga la pérdida de derechos que el trabajador consideraba como ya ganados. Los límites de esta regla están establecidos por una serie de supuestos, por ejemplo, si estamos frente a un caso de contrato individual de trabajo contra un convenio colectivo posterior que beneficiaría todos los trabajadores, o si nos encontramos ante una situación en que se pretende restar condiciones obtenidas a través del contrato individual, en razón de la promulgación de una nueva norma. En todos estos casos, señala Neves, regirá la tesis de los derechos adquiridos y, por lo tanto, el principio de la condición más beneficiosa.

4) Finalmente, ante la existencia de más de una norma aplicable y no generan conflicto entre sí, pueden aplicarse los criterios de supletoriedad, subsidiariedad complementariedad y suplementariedad.

Si bien es cierto, todos estos casos generan una especial labor argumentativa por parte del juez, podemos identificar acá la actividad interpretativa de casos "difíciles" ante los supuestos de norma más favorable y condición más beneficiosa, pues nos plantean la existencia de conflictos de complejidad superior. Luego estarán los casos de aplicación de normas ante vacíos (sin conflicto normativo) y después las normas de aplicación simultánea y sin conflicto.

## VII. HERRAMIENTAS Y EL ROL DE LAS PARTES Y DE LOS JUECES EN LA ACTIVIDAD DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN EL CONFLICTO LABORAL

Hemos indicado antes que en nuestro país, rigen, actualmente, dos sistemas procesales para juicios laborales.

En el caso de la LPT encontramos la existencia de un modelo rígido y poco dinámico en el que el juez aplicará los criterios de interpretación acá expuestos, teniendo en cuenta únicamente el amplio o restringido acervo documental con el que cuente en el expediente. Quizá, si las partes han hecho una defensa adecuada, cuente con una apropiada exposición de los hechos y tal vez con algún pliego interrogatorio con preguntas cerradas.

Sin embargo, es muy probable que estos elementos no sean suficientes para realizar una atribución normativa adecuada a los hechos en los que se basa la demanda, especialmente si nos encontramos frente a un caso complejo que exige los niveles de interpretación que hemos detallado en anteriores acápites.

Frente a ese panorama, tenemos el del modelo procesal bajo la NLPT, la cual ya está implementada en la mayor parte de distritos judiciales de nuestro país. A diferencia de la ley anterior, el nuevo proceso laboral está caracterizado por su dinamismo y, principalmente, por la cercanía que el Juez tiene con las partes, el cual le permite conocer con mayor claridad cuáles son los hechos materia de controversia. La verdad material y la verdad formal tendrán una gran cercanía si es que tanto el juez, como las partes aportan al desarrollo del proceso.

Así, a través de declaraciones, de interrogatorios y de explicaciones periciales de actuación inmediata, el juzgador tendrá una mejor posibilidad de identificar puntos de vista más posibles y concretos que deban tenerse en cuenta, proponer enunciados más verosímiles y probables respecto a dichos puntos de vista, finalmente, plantear teorías sobre el uso de estas premisas.

Es decir, podrá cumplir de manera más eficiente con las tareas propuestas en el capítulo V de este trabajo y ello, gracias al efectivo ejercicio de su facultad directriz del proceso y en la medida que las partes aporten (como debería ser) los medios suficientes para construir una argumentación que justifique de manera adecuada la labor interpretativa desarrollada por el despacho judicial.

La importancia de esta construcción radica en que la identificación de la *ratio decidendi* contenida en la eventual sentencia dependerá, también y necesariamente, del examen del caso de que se originó revisando el problema y todos los contextos fácticos y jurídicos sometidos al órgano jurisdiccional[18].

También tendrá especial trascendencia la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional, emitida a través de casaciones de observancia obligatoria o precedentes vinculantes, respectivamente, para casos objetivamente similares.

Ahora bien, es usual observar que en casos como los reseñados, cualquiera de las partes invoque erróneamente un determinado método o principio de interpretación. Al respecto, debemos recordar siempre que si bien el Juez es el operador y conocedor por excelencia del derecho, quienes representamos a las partes, en nuestra calidad de técnicos jurídicos, tenemos el deber de construir apropiadamente la teoría del caso a ser presentada, partiendo por plantear correctamente los hechos que serán objeto de controversia y sustentando por qué determinada norma resulta aplicable a los hechos de tal o cual forma y por qué razones sostenemos aquello.

Es necesario tener presente que si bien el proceso oral es dinámico, célere y se rige por la inmediación, también contiene exigencias mínimas que consisten en la correcta y concreta delimitación de la pretensión y en una contradicción que responda en forma eficiente lo que se plantea en la demanda.

En la línea de lo señalado podemos observar que la fijación de pretensiones cuenta con una estructura desde los actos postulatorios al proceso a través de requisitos formales de postulación contenidos en el artículo 16° de la NLPT y en el artículo 424° del Código Procesal Civil (CPC), en cuanto a los requisitos de la demanda. De la misma forma, la parte demandada se rige por parámetros formales contenidos en el artículo 19° de la NLPT y en el artículo 442° del CPC.

A través de estos artículos se requiere a las partes para que realicen una exposición clara de la pretensión y que se pronuncien respecto a cada uno de los hechos expuestos en la demanda, exponiendo los hechos en que se funda su defensa y ofrezcan los medios probatorios pertinentes a su defensa. Estos requisitos formales

[18] Didier, Fredie. "Teoría de los hechos jurídicos procesales". Ara Editores. Lima 2015, p. 227.

permiten observar la preocupación del legislador porque el proceso cuente con un marco mínimo que permita que el juzgador establezca concretamente la controversia, para así definir si se encontrará frente a un caso que requiere de algún nivel de interpretación y cómo desarrollará esta.

## VIII. ROL DE LOS PLENOS JURISDICCIONALES EN LA ACTIVIDAD DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Podríamos dedicar un trabajo completo con el fin de valorar el inmenso aporte de los plenos jurisdiccionales ante casos de difícil interpretación y que generan controversias que, en ocasiones, parecen interminables.

Al respecto, cabe señalar a título de referencia que, un pleno jurisdiccional consiste en la reunión de Magistrados de una misma o similar especialidad, con la finalidad de analizar situaciones problemáticas relacionadas al ejercicio de la función jurisdiccional. Buscan determinar el criterio más apropiado para cada caso concreto, a través del debate y posteriores conclusiones.[19]

Estos foros propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional, tras la escucha de la exposición de expertos en cada tema.

Los objetivos principales de los plenos jurisdiccionales son:

- Lograr la predictibilidad de las resoluciones judiciales mediante la unificación de criterios jurisprudenciales y evitar fallos contradictorios en aras de reducir el margen de inseguridad jurídica.
- Mejorar la calidad del servicio de impartición de justicia, a través de la atención eficaz y eficiente de los procesos judiciales, lo cual generará la disminución de la carga procesal de los órganos jurisdiccionales.
- Promover la capacitación constante de los Magistrados, mediante la implementación de talleres, conferencias magistrales y charlas en los eventos a organizarse.
- Difundir los Acuerdos Plenarios a nivel nacional
- Mejorar el nivel de confianza ciudadana en el sistema de administración de justicia.

En el caso de los Plenos Superiores, éstos lo conforman comisiones de magistrados especializados, de distintas partes del país. En el caso de los Plenos Supremos, éstos están conformados por los Magistrados que integra cada Sala –Suprema— Especializada.

Como podemos observar, los plenos jurisdiccionales tienen objetivos que son sumamente afines con la tarea de la interpretación judicial en la resolución de con-

[19] Concejo Ejecutivo del Poder Judicial. "Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales". Centro de Investigaciones Judiciales. Lima 2008, p. 04

flictos judiciales, destacando entre todos el de la predictibilidad de las decisiones y la reducción de la emisión de fallos contradictorios.

Bajo estas premisas, y sin perjuicio de los Plenos Superiores, a la fecha contamos ya con cuatro Plenos Jurisdiccionales Supremos que han tomado acuerdos relativos a temas de especial importancia, tales como la procedencia de la pretensión de reposición por despido incausado y fraudulento (2012), el plazo de caducidad aplicable para las demandas por despido (2014), la aplicabilidad del principio de interpretación más favorable al trabajador ante las cláusulas normativas de convenios colectivos (2015), entre otros.

Si bien, estos acuerdos no son de observancia obligatoria, sí guían la actividad jurisdiccional a través de la exposición de motivos de tales decisiones. Estas expresiones de motivos suelen cumplir con las reglas más estrictas de interpretación y, por tanto, generan un referente de especial trascendencia para los jueces que se encuentran en la necesidad de resolver casos como los previstos en los acuerdos plenarios.

## IX. REFLEXIONES FINALES Y CONCLUSIONES

Hemos podido observar que la decisión de cuándo interpretar las normas debe partir de una evaluación de las normas y su relación con los hechos que componen a la controversia, a fin de determinar si sólo deben aplicarse los textos normativos o si éstos requieren de una interpretación previa.

En el caso específico del derecho del trabajo, es importante estar atentos en no incurrir en la llamada "falacia del nirvana", la cual compara una visión idealizada de una institución (trabajador) con una demonizada de la otra (empleador), pues una práctica así no llevará a la esfera del subjetivismo. Por ello, es muy importante que la aplicación de los métodos y principios propios de nuestra especialidad esté armonizada con las reglas generales de interpretación y motivación de las resoluciones.

¿Qué limita a la actividad de la interpretación? Cómo hemos podido observar, las reglas y principios de interpretación buscan el balance de las partes de la relación laboral, sin embargo no se agotan agota ahí, sino que, de acuerdo a la teoría no cognitiva, el juez adjudica al texto normativo un significado, pero con un margen de discrecionalidad que no puede exceder al texto o material jurídico producido por el legislador. Este será el límite objetivo para el intérprete[20].

Ahora bien, es necesario reparar en que, como señala Riccardo Guastini, no todas las controversias interpretativas son eternas, pues en la mayor parte de los casos existe una interpretación consolidada y dominante, que produce una nor-

[20] Arce, Elmer. Op. cit, p. 174.

ma determinada[21]. Con el tiempo estos criterios se extienden y consolidan con la emisión de algún precedente de observancia obligatoria, con acuerdos plenarios o con la modificación normativa, según sea el caso.

En el caso del derecho laboral, lo último es recurrente, pues, dado su especial impacto social, los entes jurisdiccionales procuran mantener criterios consolidados para garantizar la tan mencionada predictibilidad de las decisiones.

Entonces, de lo esbozado en el presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

1. Uno de los primeros límites de la de la interpretación consiste en que si se interpreta fuera del marco de los significados admisibles ya no estaremos frente a una interpretación, sino ante la creación de una norma nueva.
2. El rol del intérprete debe desarrollarse sobre la base de una formación técnica y profesional especializada y en base a un sólido método de argumentación. Esto evitará que su interpretación sea cuestionada como arbitraria.
3. Por lo anterior, el Juez (intérprete) debe realizar una serie de actividades dirigidas justificar adecuadamente su criterio de interpretación.
4. Una de las más importantes delimitaciones de la facultad interpretativa del juez, en el proceso laboral, es aquella que le exige garantizar la igualdad real de las partes.
5. Ante la duda insalvable, el juez debe aplicar el principio *in dubio pro operario*, cuidando que no se configure una manifiesta incompatibilidad entre el favorecimiento al trabajador y la finalidad de la norma.
6. Los métodos de integración, cuentan con algunos límites, los cuales consisten, esencialmente, en que no pueden disponer en contra de normas que explícitamente hayan excluido al supuesto que se trata de regular.
7. El principio de la norma más favorable tiene un límite que está referido a la invalidez de alguna de las normas, producto de un control constitucional. Realizado este control debería desaparecer el conflicto y, por lo tanto, la necesidad de interpretación a la luz de este criterio.
8. El principio de la condición más beneficiosa encuentra su límite en la colisión con normas que regulen intereses superiores.
9. La jurisprudencia emitida por la Corte Suprema y por el Tribunal Constitucional, así como los plenos jurisdiccionales, son elementos de especial soporte en la actividad de la interpretación.
10. El nuevo modelo procesal laboral provee al juez de mejores herramientas para que cuente con mejores elementos que le permitirán una mejore construcción de los argumentos que justifiquen su interpretación.

---

[21] Guastini, Riccardo. "Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Op. cit, p. 160.

11. Si bien el Juez es el operador y conocedor por excelencia del derecho, las partes tienen el deber de aportar al proceso con el ofrecimiento de idóneos elementos de prueba y una construcción adecuada de la teoría del caso.

## X. BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert. "Teoría de la argumentación jurídica". Palestra Editores. Lima 2016.

Arce, Elmer. "Teoría del derecho". Fondo Editorial PUCP. Lima 2015.

Atienza, Manuel. "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Palestra Editores. Lima 2010.

Concejo Ejecutivo del Poder Judicial. "Guía Metodológica de Plenos Jurisdiccionales". Centro de Investigaciones Judiciales. Lima 2008.

Didier, Fredie. "Teoría de los hechos jurídicos procesales". Ara Editores. Lima 2015. Pág. 227.

Guastini, Riccardo. "Fundamentos de una teoría escéptica de la interpretación". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Palestra Editores. Lima 2010.

Ezquiaga, Francisco. "Argumentación e interpretación". Grujley. Lima 2013.

Laporta, Francisco. "Interpretación de la ley". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Palestra Editores. Lima 2010.

Lifante, Isabel. "Un mapa de problemas sobre interpretación jurídica". Trabajo publicado en el libro-compendio "Interpretación jurídica y teoría del derecho". Palestra Editores. Lima 2010.

Neves, Javier. "Introducción al derecho del trabajo". Fondo Editorial PUCP. Lima 2003.

Ribeiro, Gerardo. "Teoría de la argumentación jurídica". Plaza y Riveiro Editores. Guanajuato 2006.

Toledo Toribio, Omar. "El petitorio implícito y otras hipótesis de flexibilización en el marco de la nueva ley procesal del trabajo". Ponencia contenida en el libro del II Congreso Internacional de Derecho Procesal de Trabajo de la SPDTSS. Piura 2013.

Twining, William y otro. "How to do things with words. A primer of interpretation" Weindenfeld and Nicolson. Londres 1982.

Varios autores. "Nuevas instituciones del proceso laboral". Gaceta Jurídica. Lima 2014.

Varios autores. Libro de ponencias del V Congreso de la SPDTSS. Lima 2012.

# *Capítulo cuarto*

## EL EJERCICIO *DEL IUS VARIANDI*

# *Ponencias oficiales*

# La modificación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador. Una especial atención al *ius variandi* extraordinario

**Guillermo Boza Pró**

Profesor principal de Derecho del Trabajo de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

***SUMARIO***

*1. Naturaleza y función del contrato de trabajo.- 2. La posibilidad de modificar unilateralmente el contrato de trabajo. El ius variandi empresarial.- 3. El ius variandi extraordinario. La necesaria remisión a los actos de hostilidad.- 4. La modificación de las condiciones sustanciales de trabajo. Breve análisis de la remuneración, el tiempo de trabajo, el lugar de trabajo y la función desempeñada por el trabajador.- 5. Conclusiones.- 6. Bibliografía.*

Quiero agradecer a la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo por la invitación que me formulara para presentar una de las ponencias oficiales del VI Congreso Nacional en el tema de *Las modificaciones de las condiciones de trabajo por iniciativa del empleador*. Se trata de un tema trascendental en el desarrollo de la relación laboral y son múltiples las posibles formas de abordarlo. Yo lo haré desde la función que cumple el contrato de trabajo y la naturaleza del Derecho Laboral en la regulación de las prestaciones comprometidas por las partes y, a partir de ello, me centraré en las particularidades a las que, desde mi posición, debería estar sujeta la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo por iniciativa del empleador (*ius variandi* extraordinario) en nuestro ordenamiento jurídico.

## 1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Nuestro ordenamiento jurídico no establece una definición del contrato de trabajo. El artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), referido al contrato de trabajo, se limita a exigir para su existencia la concurrencia de tres elementos: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. De concurrir efectivamente estos elementos, se presume que el contrato es de duración indeterminada[1]. Dichos elementos son denominados esenciales por la doctrina, puesto que la ausencia de alguno de ellos haría que estemos ante un contrato de naturaleza distinta a la laboral. En ello radica su esencialidad, en la necesaria concurrencia de todos elementos citados. Sin embargo, esto no supone desconocer que, de estos tres elementos, la nota distintiva del contrato de trabajo es, sin duda alguna, la subordinación. Como señala Supiot, no es un elemento más de su definición, "es el elemento que lo distingue de todos los contratos"[2].

Ahora bien, la falta de una definición del contrato de trabajo no nos impide acercarnos a una delimitación conceptual de dicha figura. Como todo contrato, el de trabajo supone un acuerdo de voluntades entre un trabajador y su empleador que da inicio a la relación de trabajo y establece los derechos y obligaciones a los que deben sujetarse ambas partes[3]. Formulamos aquí algunas preguntas iniciales: ¿Cuán determinante es en realidad lo pactado entre las partes para el desarrollo

---

1 La llamada presunción de "laboralidad" no la consagra esta norma sino la Ley Procesal del Trabajo (LPT), la misma que en su artículo 23.2 establece que: "Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario".

2 SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo (Traducción de Patricia Rubini-Blanco), Heliasta, Buenos Aires, 2008, p. 71.

3 Como señala Arce, según nuestra legislación (concretamente los artículos 140 y 219 del Código Civil, a falta de legislación expresa en el ámbito laboral), "no puede haber contrato de trabajo sin cumplir los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto y fin lícito". ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho individual del trabajo en el Perú, Palestra editores, Lima, 2013, p. 418. El propio autor resalta que el objeto del contrato es la delimitación de la prestación de servicios comprometida por el trabajador.

de la relación de trabajo?, ¿Cuál es la verdadera función del contrato de trabajo y cómo incide en la ejecución del mismo? Responder estas interrogantes nos llevará, como veremos seguidamente, a adentrarnos en la naturaleza misma del Derecho del Trabajo.

Veamos. Kahn-Freund señalaba que el Derecho "es una técnica de regulación del poder social", y que el poder, entendido como "la capacidad de dirigir realmente la conducta de otros", tiene una desigual distribución en cualquier sociedad[4]. En palabras del propio autor, no hay sociedad "sin subordinación de algunos de sus miembros a otros, sin mando y obediencia, sin personas investidas [tanto en el ámbito público como privado] de la facultad de dictar normas y de tomar decisiones (...) y de asegurar su cumplimiento" [5]. Esta es una realidad que calza perfectamente para el Derecho del Trabajo como para cualquier otra disciplina, porque esa relación de *mando* y *obediencia*, de *potestad normativa*, de *toma de decisiones* y de *subordinación*, están claramente presentes en la relación de trabajo[6]. Y no solo eso, esta relación de subordinación es la clave para entender las consecuencias que se derivan de tal contrato.

Todo contrato surge de la autonomía de los sujetos que lo conciertan, pero lo peculiar del contrato de trabajo no está en su génesis, es decir, de dónde o cómo nace, sino en lo que las partes comprometen en dicho contrato. Y es que la singularidad —y paradoja— del contrato de trabajo es el uso de la libertad de una persona para someterse a otra. Como señala Goldín: "El contrato de trabajo significa libertad en la medida en que expresa el poder del hombre sobre sí mismo para comprometer sus esfuerzos, pero implica también sometimiento, en cuanto hace posible el predominio de mayor poder de un hombre sobre otro"[7]. El contrato de trabajo supone pues, o legitima, una relación de desigualdad entre las partes del contrato: uno manda y el otro obedece. Se trata, por cierto, de una particularidad consustancial y necesaria a la relación de trabajo.

Como es sabido, el contrato de trabajo al regular una relación jurídica económica entre dos partes, posee unas características bien señaladas: el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador para que este la dirija, a cambio del pago de una retribución. Esto genera una relación de sujeción en la que el trabajador somete su libertad a un tercero para que este (el empleador) dirija su actividad. Es claro que se trata de una sumisión estrictamente jurídica y voluntaria, que no afecta la personalidad del trabajador, quedando incólumes los derechos inherentes a la persona del trabajador (dignidad, honor, intimidad y el resto de derechos que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye a la persona

---

4 KAHN-FREUND, Otto. Trabajo y Derecho (Traducción de Jesús M. Galiana Moreno), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, p. 48.

5 Loc. cit.

6 Loc. cit.

7 GOLDIN, Adrián, "Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio", en: Thémis, núm. 65, Lima, 2014, p. 33.

humana)[8]. Pero esta relación contractual tiene también una finalidad económica porque, con sus servicios, el trabajador pretende generar los medios materiales o bienes económicos necesarios para su subsistencia; y, al mismo tiempo, hay un aprovechamiento de la fuerza laboral de ese trabajador por parte del empleador, para que este consiga también un fin económico. Esta clara relación de intercambio, de naturaleza onerosa (trabajo por retribución, trabajo por cuenta ajena), es por necesidad subordinada, no podría funcionar de otra manera, porque esta es la forma que tiene el empleador de garantizar el éxito de su emprendimiento económico[9]. El trabajador se priva voluntariamente "de su libertad en la ejecución del trabajo"[10]. Por lo tanto, cuando nos enfrentamos a un contrato de trabajo, no estamos en absoluto ante a un vínculo entre iguales, sino de partida (*ab initio*) ante una relación claramente desigual o de carácter asimétrico.

Al respecto, es interesante lo señalado por Sinzheimer, en el sentido que el Derecho del Trabajo ha seguido un determinado derrotero: "Desde el hombre como cosa al derecho Civil, en que el hombre es reconocido como sujeto de relaciones de igualdad, para culminar en el Derecho Social, en que el hombre es acogido en su condición de desigualdad"[11]. Precisamente, una de las funciones —además de la pacificadora del conflicto social—, que se le atribuye al Derecho del Trabajo es la tuitiva o protectora, al ser esta una disciplina jurídica compensadora del desequilibrio de la relación de trabajo. Y antes que rechazar esa particular situación de desequilibrio, el Derecho del Trabajo actúa sobre ella, procurando "una distribución de poderes y límites"[12]. Porque no es que se busque anular esa peculiar relación de poder que se presenta en el contrato de trabajo, ya que lo central, lo *medular* en el contrato de trabajo, "es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre el trabajador"; para eso surge dicho contrato, "para poner de relieve tal aspecto", sin que eso signifique descuidar la búsqueda o defensa de "un equilibrio real mediante contrapoderes" internos y externos al contrato de trabajo, como el

---

8 Sobre esto último volveré más adelante, cuando me ocupe de los límites al *ius variandi* empresarial y el nuevo equilibrio en el contrato de trabajo a partir de la laboralización de los derechos de ciudadanía.

9 Señala Román de la Torre que la finalidad última del empleador es "rentabilizar la prestación de trabajo, obteniendo la máxima utilidad de este con vistas al fin o beneficio productivo, económico o patrimonial que pretende obtener y en la que encajaría la nota de ajenidad". ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato de trabajo, Valladolid, 1992, p. 87). Véase también SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas, Grijley, Lima, 2013, p. 124.

10 SUPIOT, ob. cit, p. 68.

11 Citado por GOLDÍN, ob. cit., p. 33, nota 13.

12 Ibidem, p. 33. Para Khan-Freund, lo primordial del Derecho del Trabajo es "regular, reforzar y limitar" tanto el poder de los empresarios como el de las organizaciones sindicales (KAHN-FREUND, ob. cit., p. 49). Es por eso que, el propio autor, concluye que: "El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo" (Ibidem, p. 52).

reconocimiento de derechos mínimos a favor del trabajador, en el primer caso, y el establecimiento de una normativa garantista de los derechos de libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga), en el segundo[13]. En definitiva, la asimetría consustancial al contrato de trabajo se ve compensada —no eliminada— con su sumisión a la ley y a la autonomía colectiva.

Esto marca una clara diferencia del rol que cumple la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho civil. En esta rama del derecho el acuerdo de voluntades tiene un papel fundamental. La ley, excepcionalmente indisponible, resulta supletoria respecto del contrato. La disposición de derechos es la regla, la indisponibilidad, la renuncia son la excepción. Un caso claro de esto último es el contemplado en el artículo 5 del Código Civil, relativo a los derechos de la persona, y que establece que: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria". Y es que, en definitiva, como reza el artículo 1354 del Código Civil: "las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". Con la misma lógica, el artículo 1356 del propio Código establece que: "Las disposiciones de la ley sobre los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

Lo pactado adquiere entonces una naturaleza casi sacrosanta y, por lo tanto —como regla—, no se permite su modificación por la voluntad unilateral de alguna de las partes del contrato (*pacta sunt servanda*): "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla", reza el artículo 1361 del Código Civil.

No ocurre lo mismo con el contrato de trabajo, dada la propia lógica de este contrato y la naturaleza compensadora o tuitiva del derecho laboral, sin que ello signifique, por cierto, que carezca de sentido lo que puedan pactar empleador y trabajador en el respectivo contrato. En este orden de ideas, son dos las características que merecen resaltarse del contrato de trabajo. De un lado, su carácter residual como fuente reguladora de la relación de trabajo, en la medida que gran parte de los derechos y obligaciones que conforman el contenido de dicha relación están ya predeterminadas por otras fuentes de mayor importancia y prevalencia: Constitución, ley, reglamento, convenio colectivo, etc. (aplica aquí el principio de jerarquía normativa). De otro lado, y en directa relación con lo anterior, el contrato de trabajo es concebido como una suerte de contrato de adhesión, por cuanto lo regulado por esas otras fuentes resulta, en su mayor parte, un mínimo indisponible para la autonomía individual (aplica aquí el principio de irrenunciabilidad de derechos). Pero entonces, ¿cuál es el margen de actuación de las partes en la

[13] OJEDA AVILÉS, Antonio, 2008, "La genealogía del contrato de trabajo", Palestra del Tribunal Constitucional, Año III, núm. 5, Lima, mayo de 2008, p. 103.

determinación del contenido del contrato?; y, lo que es central para el presente trabajo, ¿de qué manera opera su modificación?

Estas son dos cuestiones que generan tensión en la relación de trabajo y respecto de las cuales no necesariamente encontraremos una solución pacífica[14]. En principio, porque las partes contratantes están sujetas a un contenido que deben respetar y que son los mínimos fijados por la heteronomía estatal (ley) y la autonomía colectiva (convenios colectivos), pudiendo actuar sobre esos mínimos o ante la ausencia de los mismos. De no ser así, el margen del poder empresarial y la posibilidad de imponer determinado contenido al contrato de trabajo —que de por sí son bastantes amplios, dada la asimetría de la relación laboral—, serían prácticamente ilimitados, no cumpliendo entonces el Derecho del Trabajo su función equilibradora[15].

Pero aun calificando el contrato de trabajo como un contrato de adhesión —en los términos expuestos—, esto no significa que no quede nada por regular a las partes (empleador y trabajador) cuando deciden celebrar dicho contrato y dar inicio a una relación laboral. Por una cuestión de validez del contrato, independientemente del escaso margen de negociación que pueda tener el trabajador, corresponde a las partes establecer la concreta prestación de servicios que aquél debe realizar[16]. Como sostiene Arce Ortiz[17], hay un núcleo básico de condiciones de trabajo "que son necesarias para que se cumpla la función económica social del contrato de trabajo" y que están vinculadas precisamente con las características del tipo de trabajo objeto de protección del Derecho Laboral (principalmente, la finalidad productiva o económica del trabajo prestado y la ajenidad de los frutos generados por el trabajador). El citado autor —con el que coincidimos— señala tres condiciones: lugar, funciones y tiempo de trabajo[18], al que me permito agregar una cuarta y que constituye, además, uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo: la remuneración. Se trata además, como es fácil advertir, de condiciones que, por su importancia, solo podrían calificar como esenciales o sustanciales del

---

[14] Señala con razón Arce Ortiz que "la regulación de la prestación de trabajo es la institución del Derecho Laboral más sensible al conflicto de intereses en la empresa. El trabajador pugna por humanizar su prestación y estabilizar sus condiciones, evitando así transformarse en una cosa. Mientras, el empleador en mayor o menor media exige amplios poderes a efectos de obtener facilidades en la gestión de la mano de obra. Es decir, el empleador busca aumentar su poder en la empresa". (ARCE ORTIZ, ob. cit., p. 412). Esta relación de tensión también es anotada por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 2007, p. 105; SANGUINETI RAYMOND, Derecho del Trabajo..., ob. cit., pp. 54-55; entre otros.

[15] Como nos recuerda Gutiérrez Pérez, son contados los casos en los que el contrato de trabajo llega a expresar la voluntad real del trabajador GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p.126.

[16] Véase ARCE ORTIZ, ob. cit., pp. 421-422.

[17] Nuevamente ARCE ORTÍZ, ob. cit., p. 423.

[18] Loc. cit.

contrato de trabajo. Al margen de modulaciones posteriores que se puedan hacer al contenido del contrato de trabajo, el trabajador requiere conocer desde el inicio —y por ello deberían estar contempladas en el texto del contrato— qué labores va a desarrollar, dónde las realizará, la duración diaria de su actividad y cuánto va a ganar por ella. Porque es a partir de estas consideraciones que el trabajador estará en capacidad de adoptar un conjunto de decisiones vinculadas a su vida personal y familiar: capacidad de ahorro; dónde residirá y educará a sus hijos; el tiempo disponible para otras actividades; etc.

Desde mi punto de vista, esta necesidad de precisión de ciertos aspectos nucleares, pero fundamentales de la prestación debida opera, al mismo tiempo, como una cobertura garantista a favor del trabajador o, visto de otra manera, como un límite al poder empresarial de poder manejar a su antojo la ejecución del contrato de trabajo[19] y también de impedir que ciertas medidas que el empleador pueda adoptar, en aras de su *ius variandi*, terminen perturbando cuando no contrariando derechos fundamentales del trabajador. Y me refiero no solo a derechos específicamente laborales, esto es, aquellos propios de la relación de trabajo y que le son reconocidos al trabajador en su condición de tal, sino también a los que les corresponde en su calidad de ciudadano, aunque con implicancias en el contrato de trabajo y el mundo de la empresa. Es esta última clase de derechos —como la libertad de expresión o el derecho a la intimidad, por señalar solo un par de gran significancia en el ámbito laboral—, a la que la doctrina laboralista ha denominado derechos laborales inespecíficos[20] o derechos de ciudadanía laboral, la que mayor desarrollo y reconocimiento ha recibido de la jurisprudencia constitucional (nacional y comparada) en los últimos tiempos de la mano del proceso de flexibilización y consecuente individualización de las relaciones laborales.

Se trata de dos procesos que han corrido en paralelo y que en gran medida son de signo contrario, pues mientras el segundo ha supuesto un claro retroceso de la función garantista del Derecho del Trabajo, imprimiendo una lógica individualista a las relaciones de trabajo y un claro reforzamiento de la posición empresarial en

---

[19] El hecho que en el contrato de trabajo no se hayan estipulado expresamente estos aspectos, no permite concluir que el empleador quede habilitado para darle al contrato cualquier contenido que desee. En otras palabras, no podría afirmarse que hay una suerte de contrato "abierto" que pueda ser llenado por el empleador libremente. Existe una inicial oferta laboral donde el empleador expone ciertas necesidades, y es función a ello que, en principio, el trabajador decide aceptarla o no. Es decir, existe cierta predictibilidad con respecto a cuál será la prestación debida por el trabajador.

[20] Se le reconoce al profesor español Palomeque López la paternidad de esta denominación. Véase: PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en AA.VV (A.V. Sempere Navarro, director), El modelo social en la Constitución Española de 1978, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 229-248.

detrimento del trabajador[21], el primero se ha dirigido a afianzar el predominio de la Constitución y de los derechos que esta consagra, en sus distintos ámbitos, a favor de los ciudadanos. En ese sentido, los procesos de flexibilización e individualización de las relaciones de trabajo —justificados o no— no pueden servir de fundamento para erradicar el Derecho del Trabajo, mucho menos para quebrar un ordenamiento constitucional que está en busca de nuevos espacios en los cuales desplegar toda su eficacia normativa[22]. Visto bien, este doble fenómeno ha establecido —o al menos debería permitir mirar en esa dirección— un nuevo fiel en la balanza, un nuevo equilibrio entre las partes de la relación laboral. Es decir, las crisis económicas —no causadas por los trabajadores—, las reconversiones empresariales, los nuevos avances tecnológicos, la mundialización de la economía, han marcado una clara tendencia hacia la individualización de las relaciones laborales, pero al mismo tiempo, el redimensionamiento del Derecho Constitucional, con un juego transversal al resto de disciplinas jurídicas y con una apuesta firme por el Estado Constitucional de Derecho, ha terminado por consolidar y garantizar un núcleo de derechos fundamentales de la persona, también en el ámbito de la empresa. En definitiva, y por paradójico que parezca, se desprotege de un lado, con una regulación a la baja de derechos laborales, para garantizar por otro lado con el afianzamiento de los derechos de ciudadanía del trabajador.

¿Cómo juntar ambos cabos y encontrar ese nuevo equilibrio? Lo señalado anteriormente supone un redimensionamiento del contrato de trabajo en su papel regulador de la relación laboral[23], no necesariamente para acrecentar el poder del empleador, sino para encuadrarlo de una manera diferente. Sobre la base del Informe Aroux (Francia, 1981), Supiot rescata lo que dicho documento supuso en

---

21 Se trata de un proceso, o más bien de una suma de procesos en el tiempo —iniciados con la llamada crisis del petróleo de los setenta— que han debilitado importantes instituciones laborales y que han obligado a repensar el Derecho del Trabajo. Al respecto, Ojeda Avilés habla de la *deconstrucción*, esto es, de una "relectura prolongada de las instituciones laborales" de cara a saber en qué dirección marchamos (OJEDA AVILÉS, Antonio. La deconstrucción del Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2010, pp. 15-16). Pero advierte el propio autor, que si bien a raíz de estos sucesos la finalidad protectora del Derecho del Trabajo es un "enfoque que agoniza", sin que se sepa claramente por cuál se sustituye, no debe confundirse *deconstrucción* con *flexibilización*, ni tampoco entenderse que estamos ante el agotamiento total de la finalidad inicial —compensadora y pacificadora— del Derecho del Trabajo: "Porque, aunque en los últimos años los organismos internacionales abruman con su cerrada defensa de la flexibilidad, la función histórica del Derecho del Trabajo ha consistido en mantener la paz social través de la tutela del más débil, y esas metas han sufrido un desgaste en su contenido con los nuevos rumbos, pero en absoluto han desaparecido" (ibídem, p. 18).

22 Como señala Goldín: "Pese a aquella condición de desigualdad implícita en el vínculo de la dependencia laboral, el transcurso del tiempo y el avance de las ideas sociales no alcanzaron para abolirla, sino apenas para mejorar el diseño de los límites que la restringen, una de cuyas manifestaciones más recientes es, sin dudas, el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona en el trabajo". (GOLDIN, ob. cit., p. 34).

23 En ese sentido GUTIÉRREZ PÉREZ, ob. cit., p.124.

su momento en el ámbito de las relaciones laborales, en concreto, que los trabajadores son también ciudadanos en la empresa, y que la necesaria "penetración" del principio de igualdad dentro de la misma, obliga a una nueva visión de los poderes del empleador en la relación de trabajo[24].

Como fuese, esta nueva perspectiva garantista (encausar la ejecución de la prestación debida por el trabajador al amparo de los derechos fundamentales no propiamente laborales, pero con irradiación en el ámbito de la empresa) tiene, a mi juicio, un claro sustento constitucional. En efecto, el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución establece que: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador". Este mandato constitucional no puede leerse sin aquel otro que establece que, es obligación del Estado, "velar por la plena vigencia de los derechos humanos" (artículo 44). Esto nos remite pues a aquellos otros derechos que tiene reconocidos el trabajador en su condición de ciudadano y que se fundan en la dignidad de la persona[25].

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC), a partir de la vuelta de nuestro país a la normalidad democrática, a finales del año 2000, no ha sido ajeno a esta óptica. En efecto, en el caso Anicama[26] el TC señala que "(...) si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (...) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado". A su vez, en el caso Azanca Meza García sostuvo que: "El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la

---

[24] SUPIOT, ob. cit., p. 77. Una década antes este fenómeno empezó a tomar cuerpo en la Europa continental con la entrada en vigor del Estatuto de los trabajadores italiano.

[25] Sobre el particular, hay que resaltar que es bastante amplio el elenco de derechos y libertades recogidos por la Carta Magna, principalmente en el Título I, referido a los derechos fundamentales. Así, podemos citar el derecho de la persona a la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar (2,1); el derecho a la igualdad y a la no discriminación (2,2); la libertad de conciencia y de religión (2,3); las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (2,4); el derecho al honor y a la buena reputación, así como a la intimidad personal y familiar (2,7); el derecho al secreto de las comunicaciones (2,10); el derecho a elegir el lugar de residencia (2,11); el derecho a no ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (2,24,h); el derecho a la protección de la familia (4); entre otros. Listado que, por cierto, no es cerrado por mandato de la propia Constitución, al señalar que no quedan excluidos y también se garantizan, aquellos derechos que "se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno" (artículo 3).

[26] Exp. N° 1417-2005-PA/TC, fundamento 2.

valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada"[27].

Es con este enfoque y dentro de estos parámetros constitucionales que el TC ha resuelto casos de naturaleza laboral —como el del sindicato de los trabajadores de Toquepala, sobre jornada atípica de trabajo—, y debería ser también la norma a seguir por parte de los tribunales ordinarios de justicia, entre ellos los laborales, aunque en este último caso, lamentablemente, esto está lejos de haber sucedido de manera categórica[28] [29].

En cualquier caso, esta nueva dimensión de llevar los derechos de ciudadanía a la empresa, redefine, como señalé anteriormente, la relación contractual entre el trabajador y su empleador, actuando dichos derechos fundamentales como verdaderos límites al poder del empleador[30]. En ese sentido, "el empleador ya no es más el único juez en ejercicio de su poder de dirección y sus decisiones dependen de un control de proporcionalidad y de desvío de poder"[31]. ¿Cómo juegan estos límites respecto de posibles modificaciones de las condiciones de trabajo por la sola voluntad del empleador? A esta interrogante trataremos de responder en el acápite siguiente.

Por lo pronto, creemos conveniente señalar que la vía llamada para introducir modificaciones a las condiciones de trabajo, debería ser la misma que se usó para

---

27 Exp. N° 2945-2003-AA/TC, fundamento 9.

28 No obstante, puede citarse la Casación Laboral N° 6961-2012-Junín (fundamento 21), según la cual: "(...) la dignidad del trabajador como límite del ius variandi, impide —por ejemplo— que una medida tomada por el empleador sea considerada lícita si es que esta le causa un perjuicio significativo a aquel (...)". Aunque no se hace una diferencia clara entre modificaciones accesorias y sustanciales, lo interesante de esta sentencia es la alusión a la dignidad del trabajador como límite del *ius variandi* del empleador. Pero el límite sería tal, y vulneraría la dignidad del trabajador, solo si se ocasiona un perjuicio "significativo", en caso contrario, si el perjuicio ocasionado no es significativo, no se vulneraría la dignidad del trabajador y sería válida la medida empresarial. Tampoco queda claro en la fundamentación de esta sentencia cuándo estamos ante algo significativo y por qué solo un perjuicio de esta magnitud resulta lesivo de la dignidad del trabajador.

29 Al respecto, es interesante la línea seguida por la jurisprudencia laboral colombiana. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, en la Sentencia T-065/07, ha establecido que: "El trabajo en condiciones dignas implica que la potestad que ejerce el empleador para modificar las condiciones de trabajo, deba sujetarse también a las condiciones particulares del servidor, de manera que la decisión que (...) se adopte se encuentre adecuada a la realidad y sea el resultado de una ponderación entre las necesidades del servicio y el respeto por los derechos de los trabajadores". (el subrayado es mío).

30 Sanguineti señala que: "Los derechos fundamentales han operado, así pues, como fuente de integración del régimen jurídico de las relaciones de trabajo, imponiéndole límites que no se encontraban previstos por él" (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 80).

31 SUPIOT, ob. cit., pp. 78-79.

su concreción, es decir, el propio acuerdo de partes, en el entendido que dichas condiciones fueron expresamente establecidas en el contrato. Y si esto fue así, creemos que el principio de buena fe contractual exige que el acuerdo novatorio sea la forma prioritaria para modificar la prestación debida por el trabajador, siempre que se respeten los mínimos heterónoma y convencionalmente establecidos. Y el empleador ¿está facultado para hacerlo unilateralmente?

Se ha sostenido que, como el poder de dirección se funda en la libertad contractual, este "encuentra sus límites en la obligación de respetar las estipulaciones del contrato de trabajo. El vínculo de subordinación autoriza al empleador a modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, pero los términos del contrato no pueden, por el contrario, ser modificados sin el consentimiento expreso del asalariado"[32]. Pero, llegados a este punto, enfrentamos el problema de que la peculiaridad del contrato de trabajo, anotada líneas arriba, y la propia dinámica de la relación de trabajo y del sistema de producción que la sustenta, pueden requerir de formas distintas o alternativas para modificar el contrato, en particular, la que proviene de la voluntad de aquel que conduce la actividad del trabajador. En esa medida, habrá que reconocer que el acuerdo novatorio no será la única vía para modificar las condiciones de trabajo[33], porque si la posibilidad de su modificación residenciara exclusivamente en la voluntad común de las partes, podría llegarse a un inmovilismo tal que terminase dificultando o incluso impidiendo la ejecución de la prestación del trabajador.

Por lo tanto, no creo que esté discusión la posibilidad de modificar las condiciones de trabajo sin la participación de las partes que suscribieron el contrato, y que le esté vedado al empleador hacerlo unilateralmente. La cuestión está, desde mi punto de vista, en la intensidad de la medida empresarial y en las condiciones de trabajo que estén en juego, porque no es lo mismo concretizar la prestación pactada que modificarla respecto de sus términos iniciales o alterarla sustancialmente. Tampoco es igual una modificación temporal a otra que tenga una vocación de permanencia. Descartadas la arbitrariedad de la medida y el ánimo de perjudicar al trabajador con la misma, porque son actos que repele el ordenamiento jurídico, cada una de estas circunstancias merece una mirada y un tratamiento diferentes, a partir de un análisis que tome en cuenta los distintos derechos fundamentales concernidos, así como el equilibrio esperado en la relación de trabajo que ha intentado pautar la jurisprudencia constitucional en su todavía incipiente tarea de llevar la ciudadanía al ámbito de la empresa. Como ha sentenciado Pacheco

---

[32] Ibidem, p. 79.

[33] Así, para Rendón Vásquez el denominado *ius variandi* "no es (...), sino una versión hipertrofiada del poder de dirección, es decir, prescindiendo de la naturaleza contractual de la relación laboral. Como sucede en cualquier otro contrato, los elementos, términos o condiciones de éste, si la relación es bilateral no pueden ser impuestas ni variadas por una sola parte". RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Individual, Editorial Edial, Lima, 1999, p. 153.

Zerga —parafraseando el mandato del artículo 24 de la Constitución—, y con esto concluyo la primera parte de mi ponencia: "es deber del empleador organizar el trabajo, de tal modo, que la relación laboral no limite el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador"[34].

## 2. LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR UNILATERALMENTE EL CONTRATO DE TRABAJO. EL *IUS VARIANDI* EMPRESARIAL.

A nadie escapa que el contrato de trabajo es uno de tracto sucesivo, de ejecución continuada en el tiempo y que la lógica de la relación laboral indica que es poco probable que permanezca inalterado o incólume a lo largo de su existencia. A partir de esta constatación, la modificación del contenido contractual operaría de varias formas, dependiendo de si cuenta o no con la voluntad común de las partes que lo suscribieron. Siguiendo a Sala Franco[35] podría ser: a) de manera *automática*, esto es, cuando una norma (heterónoma o convencional) así lo establece; b) por *acuerdo novatorio* de las partes, si empleador y trabajador de manera directa deciden modificar el contrato de trabajo; c) *unilateralmente*, cuando legal o convencionalmente se reconoce a alguna de las partes, en concreto al empleador, la facultad de modificar el contrato de trabajo. Conforme a lo ya adelantado, es en esta última modalidad modificatoria en la que centraré mi análisis[36].

A los cambios que puede introducir el empleador en la organización del trabajo y la prestación debida por los trabajadores se le conoce como *ius variandi*. Si la nota característica del contrato de trabajo es la subordinación, y esta concede al empleador la facultad de dirigir la fuerza de trabajo que el trabajador pone a su disposición, es absolutamente lógico que se le permita al empleador, en la ejecución de la prestación debida por el trabajador, realizar los ajustes que resulten

---

[34] PACHECO ZERGA, Luz. "Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional", en: AA.VV., Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 84.

[35] SALA FRANCO, Tomás y otros. Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 443.

[36] Las particularidades del contrato de trabajo señaladas en la primera parte de esta ponencia, explican por qué la modificación unilateral del contrato de trabajo no podría darse de forma unilateral por voluntad del trabajador. La situación de sujeción jurídica en la que se encuentra le impide alterar el contenido del contrato; situación de desequilibrio que, como también se ha señalado, corresponde al ordenamiento laboral (en su expresión más lata) menguar y dar protección a la parte débil de la relación. En el caso español, no obstante, hay un reducidísimo margen —y de carácter claramente excepcional— para modificaciones de esta naturaleza. Según Martín Valverde, esto puede ocurrir en el caso del "ejercicio de algunos derechos que legal o convencionalmente se le reconocen... (como la reducción de la jornada, el traslado por consorte o el cambio de lugar de trabajo por razones de violencia de género)". MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros. Derecho del Trabajo, Tecnos S.A., Madrid, 2013, p.738.

necesarios. ¿Cuál es el alcance de esta facultad?, ¿Es esta una facultad ordinaria o excepcional?, ¿Cuáles son sus límites?

Al respecto hay que tener en cuenta un conjunto circunstancias o aspectos que pueden rodear al acto modificatorio. Así, por ejemplo, la centralidad o trascendencia de las condiciones de trabajo que pretenden modificarse o la envergadura de la modificación (accesoria o sustancial); o la duración de la modificación (temporal o permanente); o el número de los trabajadores comprendidos en la modificación (individual o colectiva). Este conjunto de circunstancias permiten realizar múltiples cruces y clasificaciones susceptibles de análisis[37], pero la pretensión de esta segunda parte de la ponencia es más modesta —y acotada—, y consiste en radicar el análisis de la facultad modificatoria empresarial respecto de las condiciones de trabajo tanto accesorias como sustanciales, esto es, establecer respecto de cuál de ellas (o de ambas) opera el *ius variandi* empresarial, en qué circunstancias y de qué manera. Y a las preguntas planteadas en el párrafo anterior habría que agregar, al menos, dos más: ¿Nuestro ordenamiento recoge ambas modalidades?, ¿La respuesta la encontramos en el artículo 9 de la LPCL?

Una definición bastante descriptiva del *ius variandi* es la que ofrecen Alonso Olea y Casas Baamonde, el que entienden como "la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida, para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios o perfeccionamientos en la cualificación profesional del trabajador"[38]. Es interesante esta definición, que corresponde, como es obvio, a su propia realidad normativa, porque nos permite identificar lo que creemos son los rasgos centrales del *ius variandi*. En primer lugar, se usa el término "modalizar", lo que lleva a preguntarnos si esto es lo mismo que "modificar" o incluso que "alterar" (si asumimos que esto último supone una modificación de mayor calado). En segundo lugar, hay una referencia a la duración larga o indefinida del contrato. ¿Esto significa que no procede el ius variandi respecto de contratos de corta duración o a plazo fijo? En tercer lugar, se plantea como justificación de la adaptabilidad de la prestación del trabajador, la presencia de circunstancias de distinta naturaleza (estructural, organizativa, tecnológica) que afecten a la empresa o de cambios que puedan producirse en la cualificación profesional del trabajador.

Me referiré únicamente a la primera y tercera características señaladas por los citados autores, que por lo demás están directamente relacionadas[39]. Al respecto,

---

[37] Para una clasificación exhaustiva de las distintas modalidades del *ius variandi* puede verse: Arce Ortiz, ob. cit., pp. 452-459.

[38] ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. Derecho del Trabajo, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p. 340.

[39] Considero que la referencia de los autores a la larga duración del contrato de trabajo, alude a su vocación de permanencia en el tiempo y que se expresa en el principio de continuidad de la relación laboral, pero que esto no tendría que significar que la facultad empresarial de

entiendo que una cosa es la modulación o precisión del contenido de la prestación laboral debida y otra bien distinta su modificación. Como señala Cruz Villalón, debe distinguirse enfáticamente, al menos desde una perspectiva teórica, "las facultades unilaterales de modificación de la prestación y las meras facultades de modalizar la ejecución del contrato"[40]. Y en ese sentido, creemos que "modalizar" supone la simple concreción o precisión que realiza el empleador respecto de las prestaciones que el trabajador debe ejecutar y que se derivan del compromiso asumido por este en virtud del contrato de trabajo. Esto estaría contemplado en nuestro ordenamiento en el primer párrafo del artículo 9 de la LPCL, cuando se señala que el empleador tiene las facultades de "normar reglamentariamente las labores" del trabajador y de "dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas", y que son necesarias de impartir en el día a día, porque es absurdo pensar que el texto del contrato llegue a tal nivel de concreción de ponerse en todos y cada uno de los supuestos que requieren la ejecución del contrato de trabajo durante su existencia[41].

Considero que el *ius variandi* se mueve en otro nivel, en el de la concreta adaptabilidad o modificación de la prestación debida por razones de un adecuado funcionamiento de la empresa, pero referido a condiciones o situaciones accesorias de la misma[42]. Este es el denominado *ius variandi* ordinario, porque —como ya se ha sugerido antes— las modificaciones de mayor calado, por la centralidad e importancia de las condiciones que están juego, merecen un tratamiento diferente, y entrarían en el terreno del *ius variandi* extraordinario.

Respecto al *ius variandi* ordinario, existe una suerte de consenso en la doctrina en señalar que esta facultad empresarial comprende exclusivamente a los cambios de naturaleza accesoria o secundaria de las condiciones de trabajo previamente pactadas[43]. En esa misma dirección apunta Ermida Uriarte, para quien "la varia-

---

modificar el contrato de trabajo no se aplique a los contratos a plazo fijo o sujetos a modalidad; aunque probablemente, por su menor duración, serán también menores las oportunidades para aplicar el *ius variandi* empresarial.

40 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Modificaciones de la prestación de trabajo, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1983, p. 104.

41 En el mismo sentido GUTIÉRREZ PÉREZ, ob. cit., p. 169, para quien, "la fijación por pacto del contenido contractual de la prestación laboral, no puede precisar, como es lógico, de una vez por todas y ab inicio, la serie abierta e indeterminada que tendrá que ir cumpliendo el trabajador a lo largo de su relación laboral. Por ello, es por lo que la ley acude al poder directivo del empresario con el fin de especificar aquellas obligaciones. Dicho poder marcará la actividad misma, así como el comportamiento que el trabajador habrá de desarrollar en la relación laboral, e incluso en ocasiones fuera de ella".

42 En el mismo sentido ARCE ORTZ, o. cit., pp. 453 y 459-460, quien lo denomina *ius variandi* "habitual" o "común".

43 Nuevamente ARCE ORTIZ, ob. cit., p. 453. También BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el Derecho Laboral Peruano, Jurista editores, Lima, 2013, pp. 653 y ss., y los autores allí citados.

ción solo puede recaer sobre las modalidades de trabajo, es decir, sobre aspectos secundarios o accidentales, no esenciales o fundamentales, y que generalmente se refieren a la forma, manera o modo de realizarse el trabajo"[44]. En nuestro caso, esta facultad se recoge en el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL. Dicha norma señala expresamente que: "El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

Los supuestos contemplados en el citado precepto (la forma y modalidad de la prestación de servicios y algunos aspectos referidos al tiempo de trabajo), así como la exigencia de ajustar la medida empresarial a determinados criterios (razonabilidad y necesidad del centro de trabajo), permiten concluir, sin mayores objeciones, de un lado, que las modificaciones que puede realizar el empleador en virtud del artículo 9 de la LPCL, son de carácter ordinario, accesorio, no sustancial; y, de otro, que la facultad que se le reconoce es excepcional, por eso se encuentra sujeta al cumplimiento de cierto requisitos. En rigor, se trata de una medida que debe responder a una doble causa objetiva (razonabilidad y necesidad), que de no cumplirse acarrea su nulidad[45]. Por lo tanto, no estamos ante un acto arbitrario, que responda al mero capricho del empleador, sino ante una decisión empresarial que acredite una debida motivación para ser realmente objetivo. En definitiva, el motivo alegado debe ser suficiente o proporcional y coherente[46].

Al respecto, acogiendo el test de proporcionalidad establecido en la jurisprudencia constitucional, se ha planteado que para valorar la adecuación de la medida empresarial, que en última instancia reside en la libertad de empresa consagrada en la Constitución (artículo 59), deben conjugarse los criterios de necesidad y proporcionalidad, es decir, "no basta la simple necesidad empresarial, sino que la modificación debe operar solo en el caso que no exista la posibilidad de tomar otra medida menos gravosa para el trabajador y que el beneficio empresarial no sea desproporcionado respecto del perjuicio de los trabajadores"[47]. Este tipo de

---

[44] ERMIDA URIARTE, Oscar. Modificación de condiciones de trabajo por el empleador, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 34.

[45] En contra MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, Tecnos S.A., Madrid, 3013, p. 425, para quien: "Como regla general, el empresario es libre de ordenar, en ejercicio de su *ius variandi* ordinario, sin alegación de causa y sin límite temporal" una serie de cambios de la relación de trabajo.

[46] LUQUE PARRA, Manuel. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Editorial Bosch, Barcelona, 1999, p. 241.

[47] ARCE ORTIZ (recogiendo la posición de Candela Rosas), ob. cit., p. 461, nota 520. Al respecto, señala Sanguineti Raymond que: "De la mano de la jurisprudencia constitucional, la aplicación del principio de proporcionalidad se ha ido extendiendo hasta erigirse en la actualidad el criterio dirimente básico para los conflictos entre particulares derivados del ejercicio de derechos fundamentales, incluidos los que se presentan en el ámbito de las relaciones de trabajo" (SANGUINETI RAYMOND, Derecho el Trabajo... ob. cit., p. 83).

análisis será particularmente importante cuando nos enfrentemos a una modificación de carácter sustancial.

### 3. EL *IUS VARIANDI* EXTRAORDINARIO. LA NECESARIA REMISIÓN A LOS ACTOS DE HOSTILIDAD.

Como ya se mencionó, la posibilidad de que el empleador adopte medidas respecto de las denominadas condiciones sustanciales de trabajo, se mueve en el campo de del *ius variandi* extraordinario o no habitual. Ya adelanté también que esta facultad no se encuentra regulada en el artículo 9, segundo párrafo, de la LPCL, referido exclusivamente, desde mi perspectiva, al *ius variandi* ordinario y, por lo tanto, a la modificación de las condiciones de trabajo accesorias o secundarias. En ese sentido, me parece discutible la posición de quienes sostienen que, al no tener nuestro ordenamiento una referencia clara que permita distinguir estas dos clases de modificaciones, lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL se aplica a cualquier clase de modificación del contrato de trabajo. Esta posición se fundamenta además, de un lado, en que la inclusión del segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL —que no figuraba en la versión original de la LPCL—, se produjo tras la derogación del Decreto Ley 25921, sobre facultades del empleador; y de otro, en que se dio en el marco de un duro proceso de flexibilización del mercado de trabajo y la consecuente desregulación de la legislación laboral en nuestro país, con la lógica de dotar de mayor amplitud a la facultad modificatoria del empleador[48].

No comparto esta tesis. Primero, porque si bien el proceso de flexibilización del mercado de trabajo y la consiguiente individualización de las relaciones laborales que este trajo consigo, supusieron un inmediato reposicionamiento del papel del empleador en la relación de trabajo, dicho proceso vino aparejado posteriormente de un redimensionamiento de los derechos fundamentales de ciudadanía en el ámbito de la empresa, sobre la base de rescatar la dignidad del trabajador como persona. Como se ha visto en el acápite anterior, por paradójico que parezca, dicho procesos han supuesto "la recuperación de espacios de libertad del propio trabajador", lo que se traduce, finalmente, en el "reforzamiento del papel de la

[48] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 247. Para este autor, el indicado precepto legal "alude a todas las modificaciones de las condiciones de trabajo que, unilateralmente, son introducidas por el empleador en la relación laboral. El dispositivo prevé un concepto amplio sin que exista una delimitación acerca de la naturaleza de las modificaciones que se pretenden implementar. Además, el dispositivo se incorporó en virtud de la Ley N° 26513 que, a su vez, derogó la Ley de Facultades del Empleador (Ley N° 25921), de tal manera que el legislador reemplazó un control administrativo previo de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (Ley N° 25921, por un control judicial posterior en la medida que el acto del empleador no sea razonable o no se ajuste a las necesidades del centro del trabajo (LPCL)".

autonomía contractual individual como fuente reguladora de la relación laboral"[49], en particular de regulación y respeto de los derechos de ciudadanía laboral. Es con esta nueva mirada que, entiendo, deben ponderarse los actos del empleador que intenten modificar la prestación debida por el trabajador, sobre todo cuando se trate de afectar las condiciones laborales de cualquier índole. En segundo lugar, porque la aludida Ley de facultades del empleador no tenía un señalamiento expreso a la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo y adolecía de una serie de problemas de técnica legislativa sobre la naturaleza de las modificaciones, la causalidad exigida para realizarlas y el procedimiento que debía seguirse para ello[50]. Es obvio que estas dificultades no fueron subsanadas con la derogación de la indicada norma y mucho menos se resuelven con la pretendida incorporación del *ius variandi* extraordinario al ámbito del artículo 9 de la LPCL. No parece tener sentido, finalmente, reconocer la existencia de distintos tipos de condiciones de trabajo, con una naturaleza diferenciada, para pretender luego sujetar su modificación a un idéntico trámite y a los mismos límites.

Por lo expuesto, considero que nuestro ordenamiento jurídico, si bien es justo reconocer que de manera asistemática, permite identificar las dos formas de modificación antedichas, dependiendo de la naturaleza o de la importancia que tengan las condiciones de trabajo en la prestación debida por el trabajador. En este orden de ideas, una lectura cabal del alcance del *ius variandi*, en sus versiones ordinaria y extraordinaria, no puede centrarse solo en el artículo 9 de la LPCL. Un análisis global y completo de esta institución pasa necesariamente por revisar la regulación que se hace de los aspectos esenciales o sustanciales de la prestación del trabajo, a saber: la contraprestación por los servicios que se brindan; el tiempo dedicado a realizarlos; el lugar en el que se ejecutan; y la función desempeñada por el trabajador[51].

En algunos casos, existe una regulación propia de estas instituciones, pero en su mayoría están vinculadas —y reguladas también— como actos de hostilidad equiparables al despido[52]. Así, si la medida empresarial afecta a alguna de estas

---

[49] GUTIÉRREZ PÉREZ, ob. cit., p. 124.

[50] Véase al respecto, BOZA PRÓ, Guillermo. "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano. Breves notas al Decreto Ley N° 25921", en: Asesoría Laboral, Lima, marzo de 1994, pp. 17-19.

[51] Ver supra 1, párrafo 11.

[52] Desde sus orígenes normativos en nuestro país esta institución estuvo ligada a los aspectos centrales de la prestación de trabajo. Así, por ejemplo, el Código de Comercio (de 1902) señalaba que los dependientes podían despedirse de sus principales por la falta de pago del sueldo en los plazos fijados en el contrato; el incumplimiento de las demás condiciones pactadas a favor del dependiente y los malos tratamientos u ofensas graves por parte del principal. Es el caso también del reglamento de la Ley 4916 (de 1924), que establecía como causales del despido indirecto a la rebaja inmotivada del sueldo; el cambio inmotivado de colocación o la rebaja de la categoría; el ostensible maltrato y el traslado a colocación en lugar distinto del anterior que perjudique su salud e intereses; así como el desconocimiento de los derechos o

condiciones, por la trascendencia o el efecto que pueda tener en la prestación inicialmente debida por el trabajador, el ordenamiento entiende que se trata de un acto grave o abusivo del empleador, que justifica la resolución del contrato por parte del trabajador, sin que le genere a este responsabilidad y generándosela más bien al empleador (pues de no rectificar su decisión, deberá abonar al trabajador la correspondiente indemnización por despido). Sobre esto volveremos en el acápite siguiente.

Ahora bien, en contraposición con el *ius variandi* ordinario, se ha señalado que la modificación de carácter sustancial supone "cambios radicales y de carácter definitivo del régimen contractual", ocasionando al trabajador "un daño material inmediato o futuro", bien de "carácter pecuniario o simplemente profesional"[53]. Como se aprecia, son varios los elementos que tendrían que tomarse en cuenta para analizar si la medida empresarial encierra o no una modificación de carácter sustancial, porque la diferencia podría estar no solo en la naturaleza de las condiciones de trabajo que se pretenden modificar, sino también en radicalidad de la medida (si es proporcional o no), en su temporalidad (si es transitoria o definitiva), o el potencial perjuicio que la modificación podría tener en la relación de trabajo. En esa medida, un análisis integral de la decisión empresarial debería venir acompañado también de una comprensión de las distintas circunstancias que rodean tal medida.

Adicionalmente, considero que la modificación o alteración de las condiciones sustanciales de trabajo deberían estar sujetas a dos clases de límites: internos y externos. Los primeros responden a las circunstancias o causas que impulsan la medida empresarial. Como se ha dicho, esta no es arbitraria de modo alguno, por lo que habrá que establecer un nexo causal entre el hecho constitutivo de los requerimientos empresariales y la decisión adoptada por el empleador: una suerte de estado de necesidad que justifica un cambio en la prestación debida por el tra-

---

el incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales reconocidos al empleado. En términos similares se reguló en las normas posteriores hasta llegar a la LPCL. Se aprecia una sintonía entre todas estas normas, y es que no pasa inadvertido para todas ellas la necesidad de preservar las condiciones expresamente pactadas por las partes, las condiciones sobre remuneración, categoría, lugar de trabajo y, por supuesto, la dignidad del trabajador. La mayor parte de estas causales se han mantenido en la LPCL, aunque centrándose en aquellas que hemos calificado como condiciones sustanciales de trabajo, y dejando de lado las establecidas expresamente en el contrato. Precisamente, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 16443-2014-Lima, define al acto de hostilidad como aquella conducta del empleador que implica el incumplimiento de sus obligaciones contractuales en detrimento del trabajador. No obstante, refiere que no todas esos comportamientos calificarían como actos de hostilidad equiparables al despido, sino que la LPCL ha optado por una lista cerrada de conductas que originan la extinción de la relación laboral.

53 Según De Ferrari (citado por BLANCAS BUSTAMANTE, ob. cit., p.657).

bajador[54], pero de mayor rigor a los establecidos para el *ius variandi* ordinario[55]. Los límites externos, por su parte, son de orden procedimental y tienen por finalidad fiscalizar la objetividad de la decisión empresarial (aceptación del trabajador, de sus representantes o de la autoridad administrativa de trabajo) y de garantizar, por cierto, los intereses del trabajador o trabajadores que pudieran verse afectados por tal medida. Fernández López —respecto del ordenamiento español— lo señala con claridad: se "concede al empresario una facultad que no es originaria, que, aunque descansa en la iniciativa empresarial requiere de un auxilio de una instancia ajena a las partes de la relación individual de trabajo que legitime la acción empresarial[56].

Es verdad que en la agenda laboral sigue pendiente —entre otros muchos temas— la dación de una normativa *ad hoc* sobre modificaciones sustanciales de trabajo, a fin de poner orden en esta materia y que sea capaz de orientar las decisiones que el empleador adopte sobre el particular. Es necesario que se fijen unos claros límites a una facultad que, de por sí, es excepcionalísima, no solo de carácter sustantivo sino también procesal. La normativa en cuestión debería establecer la causalidad de la medida, la necesidad de una debida justificación o acreditación y la relación de idoneidad entre la causa y la medida finalmente adoptada por el empleador; pero también debería señalar un cauce procedimental de control convencional (representantes de los trabajadores) y administrativo (autoridad de trabajo). Cómo ha puesto de manifiesto la doctrina nacional, esto daría predictibilidad a las partes sobre la validez de la medida empresarial, reduciendo posibles comportamientos arbitrarios del empleador, siendo al mismo tiempo, una forma de garantizar los derechos de los trabajadores que pudieran verse afectados por

---

54 RIVERO LAMAS, Juan, "Modificación de las condiciones de trabajo", en: Comentario a las Leyes Laborales (Efrén Borrajo Dacruz, director), EDERSA, Madrid, 1982, p. 159, llamó tempranamente a esto el *presupuesto objetivo* requerido por el ordenamiento español para la alteración de las condiciones sustanciales del contrato de trabajo, que no cuestionan el poder modificatorio del empresario, aunque sí parte de reconocer que se trata de un supuesto excepcional. Como señaló en su momento el Tribunal Constitucional español, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo "aparecen (...) como una manifestación del poder de dirección del empresario", pero de "una manifestación que excede del *ius variandi* o potestad directiva empresarial ordinaria" (STCo 92/1992 de 16 de junio, fundamento jurídico 3°).

55 En cualquier caso, parece lógico que si se exige al empleador, para los casos de modificaciones ordinarias, que actúe conforme a los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, con mayor razón debe tenerse presente esta exigencia cuando el empleador plantee cambios de carácter sustancial. En ninguna circunstancia deberían permitirse requisitos menores a los señalados. Pero, al mismo tiempo, es claro que no resulta suficiente la adecuación de la medida empresarial solo a los requisitos de razonabilidad y necesidad antes señalados, pues la relevancia de las condiciones en juego exige una mayor ponderación de quien adopta la medida (el empleador), en un primer momento, y de quien la evalúa (la autoridad administrativa, el juez), en una eventual segunda instancia.

56 FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", Revista de Política Social, núm. 143, Madrid, 1984, p. 184.

tal medida[57]. Esta es una materia, en consecuencia, en la que no puede haber una abdicación normativa por parte del Estado, sin desmedro, por supuesto, del apuntalamiento que también podría lograrse por la vía de la autonomía colectiva para conseguir los filtros o controles necesarios del *ius variandi* extraordinario. No obstante, una regulación estatal como la señalada —o convencional, dado el caso— no será suficiente si no se complementa con un apropiado tratamiento del tema en sede judicial y administrativa, conforme a las pautas desarrolladas por el Tribunal Constitucional sobre ciudadanía laboral.

## 4. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES SUSTANCIALES DE TRABAJO. BREVE ANÁLISIS DE LA REMUNERACIÓN, EL TIEMPO DE TRABAJO, EL LUGAR DE TRABAJO Y LA FUNCIÓN DESEMPEÑADA POR EL TRABAJADOR.

No voy a entrar en un análisis detallado de las condiciones sustanciales de trabajo. Ello escapa a las pretensiones de la presente ponencia. Baste por ahora recordar, conforme a lo expuesto y fundamentado anteriormente, que ellas son la remuneración, las condiciones referidas al tiempo de trabajo (jornada, horario y turno de trabajo), el lugar de trabajo y la función desempeñada por el trabajador; y que, desde mi posición, ninguna de ellas se encuentra comprendida en el *ius variandi* ordinario. Por lo tanto, la posibilidad de que sean modificadas unilateralmente por el empleador descansa en el *ius variandi* extraordinario, ubicado extramuros del artículo 9, segundo párrafo, de la LPCL, y supone límites y consideraciones de mayor rigor que los establecidos para las modificaciones comunes.

De otro lado, la sustancialidad de dichas condiciones de trabajo queda evidenciada, como se ha advertido anteriormente, con su asociación —salvo el supuesto del tiempo de trabajo, pero que en todo caso tiene también reglas propias— a los actos de hostilidad equivalentes al despido, regulados en el artículo 30 de la LPCL. Me queda claro que no puede tratarse de condiciones accesorias, si lo que está en juego respecto de ellas con la medida empresarial de modificación es la subsistencia misma de la relación de trabajo. Es por eso que su afectación (o alteración, más propiamente), cuando no se cumplen los requisitos legalmente establecidos, es equiparada al despido. Repárese que la posibilidad de reducir la remuneración o la categoría, o el cambio de lugar de trabajo, como en el resto de supuestos de hostilidad, no están regulados en sentido positivo sino en negativo. Así, califica como acto de hostilidad la reducción inmotivada de la remuneración o la categoría; o el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que habitualmente presta servicios. Y esto es una clara diferencia con el *ius variandi* ordinario del artículo 9 de la LPCL, que sí regula en afirmativo la facultad empresarial ("el empleador puede...."). Es decir, no es que se faculte al empleador a reducir la remuneración

[57] Sobre el particular véase: ARCE ORTIZ, ob. cit., pp. 213 y ss; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones laborales, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pp. 211 y ss.

o al trasladar al trabajador de su lugar de habitual de trabajo, sino que es, a partir de una interpretación a contrario de la normativa en cuestión, que se establece la posibilidad de hacerlo, y sujeto, claro está, a determinados requisitos. Esto debería llevarnos a realizar necesariamente una interpretación restrictiva de las posibilidades modificatorias de las condiciones sustanciales de trabajo por iniciativa del empleador.

Haremos ahora, para finalizar, un breve análisis de la viabilidad de la modificación de las condiciones que hemos calificado como sustanciales, a partir de su regulación como actos de hostilidad en el caso de la remuneración, la función desempeñada por el trabajo y el lugar de trabajo, y de su regulación particular en el caso del tiempo de trabajo.

### 4.1. La remuneración

La doble propiedad de elemento esencial y de condición sustancial de trabajo, ponen de relieve la indiscutible importancia que tiene la remuneración en el contrato de trabajo. Pero esta especial consideración parece haber importado poco a la Corte Suprema de Justicia que en la casación laboral N° 00489-2015-Lima —bastante desafortunada, hay que decirlo—, ha justificado, de forma contradictoria, la reducción unilateral por parte del empleador de la remuneración de su trabajador.

Hay un sinnúmero de argumentos dogmáticos y normativos que abonan por la intangibilidad de la remuneración. Para empezar, hay que recordar la finalidad productiva o económica del servicio prestado por el trabajador, que es la de procurarle los medios necesarios para subsistir. No es pues el contrato de trabajo uno de naturaleza gratuita sino onerosa, por lo que el trabajo prestado debe ser debidamente retribuido. Esta significancia económica —y social— tiene un claro respaldo constitucional en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 22 de la Carta Fundamental establece que el trabajo es la "base del bienestar social y un medio de realización de la persona"; añadiendo el artículo 23, cuarto párrafo, de la propia norma que: "Nadie puede ser obligado a prestar trabajo sin retribución". Cierra el círculo garantista de la remuneración el artículo 24, primer párrafo, de la Constitución, señalando que: "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual".

¿Son insuficientes estos tres preceptos constitucionales? Considero que no. El derecho reconocido a los trabajadores y el mandato a los poderes públicos de garantizarlo me parecen absolutamente claros. Hay en el sustrato de la remuneración un carácter alimentario porque ella está dirigida —por definición— a asegurar la subsistencia del trabajador y de los que de él dependen. Esto explica por qué a nivel infraconstitucional, el Código Procesal Civil proclama la inembargabilidad de la remuneración, siendo una excepción a la misma, precisamente, el embargo que por mandato judicial se disponga en el caso de deudas del trabajador con sus familiares por alimentos (cónyuge, hijos); y también por qué la Ley Gene-

ral del Sistema Concursal privilegia a las remuneraciones con el primer orden en la prelación para su cobro en caso de liquidación o insolvencia de las empresas[58].

¿Cómo opera entonces la modificación de la remuneración? Necesariamente por acuerdo de partes. Al menos, esta debería ser la regla. Y esto es así por mandato expreso de la Ley 9463 (de 1941), cuya vigencia no parece estar en discusión y que ha servido de fundamento al TC para permitir la reducción consensuada de la remuneración en reiteradas oportunidades, siempre que se ha acredite de manera indubitable la voluntad de las partes, para lo cual, como establece la STC-01.014-PI, debe existir "un acuerdo libre, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador"[59]. ¿Puede hacerla en forma unilateral el empleador? El tema se problematiza cuando el inciso b) del artículo 30 de la LPCL establece que constituye un acto de hostilidad la reducción "inmotivada" de la remuneración, y el Decreto Supremo N° 001-96-TR precisa que tal supuesto se da ante la ausencia de una causa objetiva o legal que justifique la rebaja salarial.

Según la Casación 00489-2015, una reducción salarial que no perjudique los derechos laborales de los trabajadores tendría que cumplir siempre las siguientes tres condiciones: a) Que la reducción no se sitúe por debajo de los mínimos legalmente establecidos, que en el caso que nos ocupa sería la denominada remuneración mínima vital; b) Que dicha reducción responda a circunstancias objetivas (aquí simplemente se repite lo señalado en el D.S. 001-96-TR); c) Que sea autorizada por el trabajador afectado en forma expresa y de manera indubitable, sin que deje lugar a dudas de su voluntad, lo que implica que no medie intimidación, coacción y/o violencia que vicien su manifestación de voluntad[60]. Lo dicho por la Corte Suprema permitiría sostener que la ausencia de algunos de estos requisitos termina generando un perjuicio a los intereses de los trabajadores e invalidando la medida. Pero no solo eso, sino también que si los requisitos señalados no son alternativos sino acumulativos, como efecto lo son a tenor de lo establecido expresamente en la sentencia, siempre se requerirá la autorización del trabajador para que pueda darse la reducción de su remuneración. En otras palabras, la causa objetiva que se exige como segundo requisito sería el propio acuerdo de partes autoritativo de la reducción y, con ello, la única forma posible de rebajar la remuneración. Esta es una sentencia confusa porque posteriormente habilita la posibilidad de una reducción salarial sin consentimiento del trabajador; lo que podrá ocurrir por decisión unilateral del empleador, pero siempre basada en una causa objetiva[61].

---

58 Para Zavaleta Cruzado, esto es una muestra de que la ley siempre cautela la intangibilidad del salario (ZAVALETA CRUZADO, Roger. "Ámbito y Límites del Ius Variandi: La modificación Unilateral de las Condiciones de Trabajo", en: AA.VV., Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Editorial Grijley, Lima, 2009, p. 599).

59 Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 38.

60 Casación laboral N° 00489-2015 de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 7 de junio de 2016, fundamento 6.

61 Casación Laboral N° 00489-2015, fundamento 10.

Algo alambicada esta lógica argumentativa de la Suprema para explicar que la rebaja de remuneración puede ser consensuada o no consensuada, sujeta en ambos casos al requisito de la objetividad de la medida, pero más precisamente a la excepcionalidad y razonabilidad de la misma[62]. Lo discutible es que dos modalidades (distintas) de reducción salarial reciban el mismo tratamiento, porque esto podría conducir en la práctica a eliminar el espacio del acuerdo para obtener la reducción.

Como se nos ha recordado, lo señalado por la Corte Suprema no es nuevo en la medida que el TC, en la sentencia N° 0020-2012-PI/TC, ya se había manifestado con anterioridad sobre estas modalidades de rebaja remunerativa, determinando la necesidad de la existencia de una casusa objetiva para que proceda la reducción por decisión unilateral del empleador, lo que en estricto supondría que estamos ante una causa ajena a la voluntad de este y, por ende, se justifica la medida empresarial[63]. Se trata, sin duda alguna, de una sentencia más lograda, en la que el Alto Tribunal le otorga claramente a la medida empresarial en cuestión una naturaleza excepcionalísima.

Hay que destacar de esta sentencia, en primer lugar, que fija el contenido esencial del derecho constitucional a la remuneración, y para ello establece que este derecho comprende los siguientes elementos: a) acceso (alude al trabajo libre y a la naturaleza contraprestativa del servicio prestado); b) no privación arbitraria (no se puede dejar de pagar la remuneración sin causa justificada); c) prioridad (pago preferente frente al resto de obligaciones del empleador); d) equidad (queda proscrito el cálculo de la remuneración por motivos discriminatorios); y, e) suficiencia (hay un *quantum* mínimo que debe ser garantizado)[64].

En segundo lugar, y de cara a la posibilidad modificar *in peius* la remuneración por voluntad unilateral del empleador, y por ende —añadiría yo—, de que tal acto no califique como una acto de hostilidad equiparable al despido, el TC ha formulado un conjunto de otras consideraciones que es importante tener en cuenta. Así, el TC establece un contenido accidental del derecho fundamental, implantado en los principios de consistencia e intagibilidad de la remuneración. Según el primero, lo que percibe el trabajador como remuneración debe guardar directa relación con "las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador". Según el segundo, no resulta permisible una disminución desproporcionada del salario[65].

Es posible entonces la reducción salarial, pero teniendo en cuenta que esto supondrá la restricción "de un derecho fundamental, debe estar sujeta a interpre-

---

62 Casación Laboral N° 00489-2015, fundamento 10.

63 Véase: AGUINAGA MEZA, Ernesto. "Comentario a la Casación Laboral N° 00489-2015", en: https://www.facebook.com/ernesto.aguinaga.98/posts/10154630945012642?pnref=story.

64 Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 16.

65 Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 32.

taciones restrictivas y al cumplimiento de requisitos rigurosos. Y estos requisitos, conforme a lo establecido por el TC en la sentencia que venimos analizando, son[66]: de un lado, la *excepcionalidad* del acto empresarial, esto es, que "la reducción de la remuneración sea una medida extraordinaria y coyuntural que tiene lugar en contextos especiales"; y, de otro, la *razonabilidad* del mismo, por lo que debe respetar "determinados límites de proporcionalidad de manera tal que no suponga una disminución significativa de la remuneración, ni sea arbitraria".

En definitiva, la reducción salarial no consensuada o por voluntad unilateral del empleador será posible "por causa objetiva y justificada"[67], conforme a los parámetros antes señalados. ¿Y qué clase de circunstancias extraordinarias y coyunturales podrían justificar una rebaja remunerativa que no cuente con la voluntad del trabajador, o incluso en contra de ella? Aguinaga Meza responde a esta interrogante señalando que el TC "las circunscribe a las especiales necesidades empresariales o estatales que se presentan en los contextos de déficit financiero o escasez de recursos que, en esa lógica, serían los que exigen la adopción de una serie de medidas dirigidas a evitar un perjuicio económico mayor (en este caso, por ejemplo, la pérdida del empleo y, por consiguiente, de todo tipo de ingreso)". En opinión del propio autor, "solamente estará justificada la reducción unilateral de la remuneración (...) cuando sea necesaria para mantener la continuidad del negocio", pero debiendo reconducirse al procedimiento de cese colectivo previsto en la LPCL[68].

En cualquier caso, una postura coherente con la protección del derecho fundamental a una remuneración justa y suficiente y del principio de intangibilidad de la misma, en los términos expuestos por el TC, debería llevar al empleador a intentar a adoptar la medida menos gravosa para el trabajador, esto es, la reducción de la remuneración como último recurso. Pero al mismo tiempo, la desaparición de las circunstancias que justificaron la rebaja, debería permitir retrotraer las cosas a su estado anterior, es decir, que la remuneración retorne a su cuantía original y que se realicen paulatinamente los reintegros correspondientes[69].

---

66 Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 35.

67 Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 43.

68 AGUINAGA MEZA, ob. cit.

69 Señala con agudeza Aguinaga Meza que el razonamiento seguido por el TC para justificar la reducción salarial, podría utilizarse del mismo modo en sentido inverso. "El punto es el siguiente: las razones que funcionan para justificar la rebaja, también pueden operar para justificar el alza. Por ejemplo, siguiendo la lógica del TC, si una situación excepcional de crisis o de escasez de recursos, puede dar lugar a una reducción unilateral pero motivada de la remuneración, ¿por qué entonces una situación excepcional de bonanza o de abundancia de recursos, no podría dar lugar también a un incremento unilateral pero motivado de la remuneración?" (AGUINAGA MEZA, ob. cit.).

### 4.2. *El tiempo de trabajo*

Esta es la única de las cuatro condiciones de trabajo tratadas que tiene una doble regulación en función de la trascendencia de la modificación que pretenda realizar el empleador. De un lado, está el artículo 9, segundo párrafo, de la LPCL que faculta al empleador a realizar cambios en los turnos, días u horas de trabajo, condicionados a la razonabilidad de la medida y la necesidad del centro de trabajo.

De otra parte, el Texto Único Ordenado de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR (en adelante, LJT), indica que el empleador puede establecer: a) la jornada ordinaria de trabajo, diaria o semanal; b) jornadas compensatorias de trabajo; c) jornadas acumulativas o atípicas de trabajo; d) reducir o ampliar el número de días de la jornada semanal del trabajo; y, e) horarios y turnos de trabajo fijos o rotativos.

Cuando el empleador pretenda modificar alguna de estas condiciones debe ceñirse a un procedimiento interno diseñado por la LJT, y que consiste, fundamentalmente, en informar con ocho días de anticipación a la organización sindical o, en su defecto, al representante de los trabajadores, designado para tal fin. Está sobreentendido que dichas medidas deben ir acompañadas del respectivo sustento que las valide, y que, como mínimo, deben sujetarse a los requisitos de razonabilidad y necesidad de la empresa exigidos para modificaciones de naturaleza accesoria.

Este doble tratamiento de las condiciones referidas al tiempo de trabajo refleja claramente que las normas citadas se mueven en dos niveles diferentes. En el caso de la facultad establecida en el artículo 9 de la LPCL, reafirma lo que hemos sostenido anteriormente, en el sentido de que dicha norma regula el *ius variandi* ordinario. De esta manera, la modificación de turnos, horarios o días de trabajo, que no supongan un cambio considerable (por ejemplo, un reajuste menor del horario de trabajo consistente en el adelanto de 15 minutos de la hora de inicio y finalización de la jornada de trabajo), se sujeta al artículo 9 de la LPCL y a los límites establecidos por dicha norma, mientras que las modificaciones de mayor envergadura y las otras condiciones sobre tiempo de trabajo se reconducen necesariamente a la LJT.

Sobre el particular, conviene tener en cuenta lo establecido por el TC en el caso del Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, porque en este caso el Alto Tribunal advirtió expresamente que lo resolvía a la luz del principio-derecho de la dignidad humana[70] y, con basamento en dicho principio-derecho, fijó un conjunto de criterios que buscan garantizar la plena vigencia de los derechos relacionados con el tiempo de trabajo, entre ellos el de una jornada máxima y el del descanso. Estos criterios deben servir de parámetros interpretativos de los actos empresariales cuando establezcan o pretendan modificar jornadas, horarios y turnos de trabajo.

---

[70] Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, fundamento 12.

Para empezar, se ha establecido la jornada de trabajo debe tener una limitación temporal razonable, y que debe ser de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos o insalubres[71]. De otro lado, el TC sostiene que trabajar más allá de la jornada máxima (8 horas), es una medida excepcional "que deberá aplicarse razonable, justificada y proporcionalmente, según el tipo de trabajo de que se trate y respetando los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados internacionales de Derechos Humanos"[72]. El análisis garantista del TC no queda ahí, pues apuntala la lógica de una jornada razonable con la necesaria articulación de este derecho con otros derechos fundamentales directa e indirectamente relacionados con el tiempo de trabajo, como el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre (artículo 25); a la salud y protección del medio familiar (artículo 7); y el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación (artículo 26).

### 4.3. La función desempeñada

El artículo 30 de la LPCL se refiere propiamente a la rebaja de categoría y no al cambio de la función desempeñada por el trabajador, aunque qué duda cabe de que se trata de dos figuras afines. La categorización profesional es un sistema de clasificación vertical que permite a las empresas ubicar a sus trabajadores en diferentes niveles o categorías, a partir de las capacidades, conocimientos, preparación técnica o profesional, complejidad de la función desempeñada y responsabilidades, entre otros criterios, que tenga el respectivo trabajador. En este orden de ideas, una determinada categoría —que permite subniveles a su interior— comprendería a trabajadores con una cualificación similar y que desarrolla también tareas de similar complejidad y responsabilidad. En todo caso, transitamos aquí el terreno de la movilidad funcional donde el requerimiento de un trabajador polivalente (capaz de adaptarse o de realizar más de una función), en un mundo altamente competitivo y en permanente transformación como el de las relaciones de producción, es cada vez mayor.

El cambio de la función puede darse en tres escenarios o sentidos diferentes: el vertical ascendente, el horizontal y, por último, el vertical descendente. El primer escenario se refiere a los ascensos o promociones que puede alcanzar un trabajador dentro de la empresa. Con esta modificación, cambia el estatus del trabajador, quien se incorpora a una categoría de grado superior, pasando a realizar nuevas o diferentes funciones que se entienden son de mayor complejidad y/o responsabilidad. Atendiendo al principio de *consistencia* de la remuneración establecido por el TC[73], y al que se ha aludido anteriormente, el ascenso debe venir acompañado

---

71 Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, fundamento 15.

72 Caso Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos, Exp. N° 4635-2004-AA/TC, fundamento 17.

73 Caso Ley de Reforma Magisterial 2, Exp. N° 0020-2012-PI/TC, fundamento 32.

de la correspondiente compensación económica. De lo contrario, más que de un beneficio —que es lo que se supone trae al trabajador una promoción—, la medida empresarial podría estar encubriendo un acto de hostilidad que, conforme a lo pautado por el artículo 30 de la LPCL, no sería equivalente al despido.

Respecto a las modificaciones funcionales en sentido horizontal, estas son las que operan dentro de una misma categoría. La función que pasa a desarrollar el trabajador es diferente, pero que se entiende resulta de una complejidad y responsabilidad similares a las que realizan el resto de trabajadores de la misma categoría. Esta clase de modificación debe suponer un mero cambio de puesto o encargo dentro del aparato organizacional de la empresa, que permita seguir ubicando al trabajador en la misma categoría o nivel jerárquico, porque de lo contrario, si el cambio significase, por ejemplo, una responsabilidad bastante mayor o bastante menor de los usual, podríamos estar moviéndonos en la figura de la modificación vertical ascendente o descendente, respectivamente, con las implicancias que ello tendría, según se ha visto antes o se verá inmediatamente.

Por último, me referiré a la modificación de funciones en sentido vertical descendente, que es la que supone, en estricto, una rebaja de categoría calificada por el inciso b) artículo 30 de la LPCL, como una acto de hostilidad que permite el despido indirecto, y en el que, más que una afectación económica directa al trabajador, se encuentra en juego la dignidad del trabajador[74].

Al respecto, la Corte Suprema en la Casación N° 624-2002-Lima ha precisado que: "(...) para que se produzca el acto hostilizatorio de rebaja de categoría previsto en el artículo 30 inciso b) de la LPCL, se requiere la existencia de perjuicio real y concreto en contra del trabajador a la fecha en que este requiere a su empleador el cese de tales actos (...)[75]". Este es un criterio discutible porque el ilícito laboral en el que incurre el empleador con la rebaja de categoría carente de justificación, se configura en el momento mismo que este se produce. Cosa distinta es que el acto de hostilidad se prolongue o desaparezca con el paso del tiempo. Pero esto servirá, en todo caso, para medir la magnitud del perjuicio ocasionado al trabajador y el tipo reparación que este merece. Y es que, aun en el caso que el empleador, ante el reclamo del trabajador o por mandato judicial, deje sin efecto el acto hostil, este hecho no elimina la posibilidad de que el trabajador requiera la correspondiente indemnización por daños y perjuicios o por daño moral. Hay que tener en cuenta que la rebaja de categoría, independientemente de que el empleador decida incluso mantener la remuneración, puede producir la afectación de diversos derechos fundamentales, no solo el de dignidad del trabajador en su condición de persona humana, sino también, por ejemplo, el derecho a su desarrollo personal y profesional[76].

---

[74] Caldera, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, El despido... ob. cit., p. 403.

[75] Casación Laboral N° 624-2002, Fundamento 8.

[76] Señala Zavaleta Cruzado que, incluso si no existiese una "cláusula expresa sobre la función que debe desempeñar [el trabajador] en la empresa, se presume que (...) está obligado a de-

### *4.4. El lugar de trabajo*

La modificación del lugar del trabajo, también se encuentran regulada como acto de hostilidad en el inciso c) del artículo 30° de la LPCL, equiparable al despido, concretamente "el traslado del trabajador a un lugar distinto del lugar en el que habitualmente presta sus servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio". El Decreto Supremo N° 001-96-TR, agrega que el traslado debe representar un cambio a un lugar geográfico distinto y que el propósito de causar un perjuicio al trabajador debe ser "deliberado" (artículo 50).

Por lo tanto, parecería que si el traslado es dentro del mismo ámbito geográfico o no se acredita el deliberado propósito de ocasionar un perjuicio al trabajador con el cambio locativo, la medida empresarial sería lícita. No obstante, una vez más, considero que al poder estar en juego —o en riesgo, más propiamente— ciertos derechos fundamentales del trabajador ciudadano, como el derecho a fijar su residencia o el derecho al desarrollo personal y familiar, el análisis que se haga en cada caso debe ponderar los intereses involucrados, tanto la necesidad empresarial de realizar el cambio, al amparo de su derecho de libertad de empresa reconocido constitucionalmente, y también de los del trabajador de cara a preservar una situación que no vulnere sus derechos fundamentales. Este es un espacio en el que, ocioso es decirlo, opera el test de proporcionalidad de derechos, a efectos de validar la medida empresarial y de, en todo caso, adoptar la medida —siempre con una lógica restrictiva— que resulte menos onerosa para el trabajador. En ese sentido, hay que considerar que cada trabajador es un sujeto particular, con diferentes intereses y necesidades, por lo que los requisitos legalmente establecidos para calificar el traslado como válido, no pueden entenderse como absolutos e inamovibles, en particular el que se refiere a la intención deliberada de ocasionar un perjuicio al trabajador (*animus nocendi*), porque resulta muy poco probable que pueda ser acreditado en la mayor parte de los casos.

En efecto, hay variadas circunstancias a tener en cuenta para la valorar la validez de la medida empresarial, incluso si no hubiese el ánimo de causar daño al trabajador, como por ejemplo, el estado civil del trabajador, la carga familiar que tiene, los estudios que se encuentra realizando, etc.[77] Incluso el factor geográfico al que la alude las normas en cuestión, y que en principio podrían parecer razonables, hay que tomarlo con mucho cuidado, pues dentro de una misma localidad o ámbito

---

sempeñar todos los encargos compatibles con su condición personal. El empleador, en este caso, puede variar la función del trabajador, pero siempre dentro de los límites resultantes de las condiciones personales de este último, que se refieren no solo a sus aptitudes física y profesionales, en términos generales; sino que, es necesario además examinar el problema bajo el punto de vista de la condición social y familiar del trabajador" (ZAVALETA CRUZADO, ob. cit., p. 591).

77 Como señala con acierto Blancas Bustamante, el ámbito geográfico en el que el trabajador debe prestar sus servicios, es probablemente, en la mayor parte de los casos, el factor determinante para que el trabajador decida celebrar el contrato de trabajo (BLANCAS BUSTAMANTE, El despido..., ob. cit., 409).

geográfico, dependiendo la extensión de la misma, o también por las dificultades del transporte, el desplazamiento del trabajador desde su domicilio hasta el centro de trabajo y viceversa, podrían generarle un perjuicio objetivo y cierto[78].

## 5. CONCLUSIONES

A partir de lo expresado en la presente ponencia, me permito llegar a las siguientes conclusiones:

Primera: El contrato de trabajo legitima una relación de desigualdad entre las partes: uno manda (el empleador) y el otro obedece (el trabajador). Pero esta es una particularidad inevitable de la relación de trabajo, puesto que esta relación de intercambio de trabajo por retribución y de ajenidad de los frutos del trabajo no podría funcionar sin la subordinación (jurídica) del trabajador al empleador, porque es la forma que tiene este de garantizar el éxito de su emprendimiento económico.

Segunda: Hay un núcleo básico de condiciones de trabajo que, por su importancia, califican necesariamente como esenciales o sustanciales del contrato de trabajo, por estar relacionadas con las labores que va a desarrollar el trabajador, el lugar donde las realizará, la duración diaria de su actividad y el *quantum* de lo que va a percibir por el servicio prestado. Es a partir de estas consideraciones que el trabajador estará en capacidad de adoptar un conjunto de decisiones vinculadas a su vida personal y familiar.

Tercera: En las últimas décadas dos importantes procesos de signo contrario han recorrido en paralelo el mundo de las relaciones laborales. El primero de ellos ha supuesto un retroceso de la función garantista del Derecho del Trabajo, imprimiendo una lógica individualista a las relaciones de trabajo y un claro reforzamiento de la posición empresarial en detrimento del trabajador. El segundo, por su lado, ha estado dirigido a afianzar el predominio de la Constitución y de los derechos que esta consagra, en sus distintos ámbitos, a favor de los ciudadanos.

Cuarta: Es esta nueva perspectiva garantista (encausar la ejecución de la prestación debida por el trabajador al amparo de los derechos fundamentales no propiamente laborales, pero con irradiación en el ámbito de la empresa) la que interesa resaltar por tener claro sustento constitucional, y porque permite redefinir la relación contractual entre el trabajador y su empleador (artículos 23 y 44,

---

[78] Son interesantes otra vez, los criterios planteados por la Corte Suprema de Justicia colombiana, la misma que señala la Sentencia T-065-07, lo siguiente: "Respetando la característica de residualidad de la acción, se han fijado condiciones para que el juez de tutela pueda entrar a pronunciarse sobre decisiones de traslados a docentes, entre las cuales se encuentra (i) que la decisión de traslado sea arbitraria al no haber consultado de forma adecuada y coherente las circunstancias particulares del trabajador y por tanto conlleve una desmejora de sus condiciones de trabajo y (ii) que de forma clara se evidencie una vulneración grave y directa de los derechos fundamentales del actor o de su núcleo familiar. (el subrayado es mío).

principalmente), a partir de la actuación de los derechos fundamentales como verdaderos límites del poder empresarial.

Quinta: Hay que diferenciar la simple modulación de la prestación de trabajo, recogida en el primer párrafo del artículo 9 de la LPCL, del *ius variandi* empresarial, tanto del ordinario, regulado por el segundo párrafo del citado artículo, como del extraordinario, que se ubica extramuros del artículo 9 de la LPCL y que su tratamiento se encuentra vinculado a los actos de hostilidad de los incisos b) y c) del artículo 30 de la LPCL y a la regulación de la LJT.

Sexta: Son varios los elementos a tener en cuenta para analizar si la medida empresarial encierra o no una modificación de carácter sustancial, entre ellos, la naturaleza de las condiciones de trabajo que se pretenden modificar, la radicalidad de la medida (si es proporcional o no), su temporalidad (si es transitoria o definitiva), o el potencial perjuicio que la modificación podría tener en la relación de trabajo.

Sétima: Es necesaria la dación de una normativa *ad hoc* sobre modificaciones sustanciales de trabajo, a fin de poner orden en esta materia y que sirva para orientar las decisiones que el empleador adopte sobre el particular. Es necesario que se fijen unos claros límites a una facultad que ha de ser entendida como excepcionalísima, tanto de carácter sustantivo como procedimental.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUINAGA MEZA, Ernesto. "Comentario a la Casación Laboral N° 00489-2015", en: https://www.facebook.com/ernesto.aguinaga.98/posts/10154630945012642?pnref=story.

ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho individual del Trabajo en el Perú, Palestra editores, Lima, 2013.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el derecho laboral peruano, Ara editores, Lima, 2013.

BOZA PRÓ, Guillermo. "La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano. Breves notas al Decreto Ley N° 25921", en: Asesoría Laboral, Lima, marzo de 1994

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Modificaciones de la prestación de trabajo, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. "La negociación colectiva y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", Revista de Política Social núm. 143, Madrid, 1984.

GOLDIN, Adrián. "Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio", en: Thémis, núm. 65, Lima, 2014.

GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales, Ediciones Laborum, Murcia, 2011.

KAHN-FREUND, Otto. Trabajo y Derecho (Traducción de Jesús M. Galiana Moreno), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

LUQUE PARRA, Manuel. Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral, Editorial Bosch, Barcelona, 1999.

MARTIN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ SAÑUDO, Fermín y Joaquín GARCÍA MURCIA. Derecho del Trabajo, Tecnos S.A., Madrid, 2013.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, Tecnos S.A., Madrid, 2013.

OJEDA AVILÉS, Antonio. La deconstrucción del Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, 2010.

OJEDA AVILÉS, Antonio. "La genealogía del contrato de trabajo", Palestra del Tribunal Constitucional, Año III, núm. 5, Lima, mayo de 2008.

PACHECO ZERGA, Luz. "Los derechos fundamentales del trabajador en la jurisprudencia constitucional", en: AA.VV., Estudios sobre la jurisprudencia constitucional en materia laboral y previsional, Academia de la Magistratura – Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. "Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos", en: El modelo social en la Constitución Española de 1978 (A.V. Sempere Navarro, director), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Individual, Editorial Edial, Lima, 1999.

RIVERO LAMAS, Juan. "Modificación de las condiciones de trabajo", en Comentario a las Leyes Laborales (Efrén Borrajo Dacruz, director), EDERSA, Madrid, 1982.

ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato de trabajo, Valladolid, 1992.

SALA FRANCO, Tomás y otros. Derecho del Trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas, Griyley, Lima, 2013.

SUPIOT, Alain. Derecho del Trabajo (Traducción de Patricia Rubini-Blanco), Heliasta, Buenos Aires, 2008.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones laborales, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

ZAVALETA CRUZADO, Roger. "Ámbito y Límites del Ius Variandi: La modificación Unilateral de las Condiciones de Trabajo", en: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano, Grijley, Lima, 2009.

# Presente y futuro del ejercicio del *ius variandi* frente a las vicisitudes de la relación laboral en el Perú

**Cecilia Guzmán-Barrón Leidinger**

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, y Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca. Docente de la PUCP. Socia de Gallo Barrios Pickmann, Abogados.
Contacto: cguzman@gbplegal.com

***SUMARIO***

*1. La prestación y las condiciones de trabajo.- 2. Las modificaciones por iniciativa del empleador.- 3. Las condiciones laborales y su modificación.- 3.1. La movilidad funcional.- 3.2. La reducción de remuneraciones.- 3.3. La modificación temporal.- 3.4. La movilidad geográfica.- 4. El futuro del ius variandi.- 5. Bibliografía.*

El contexto económico-productivo en el cual se celebra el contrato de trabajo entre el empleador y el trabajador no permanece estable con el pasar del tiempo. Muta. Y su cambio puede afectar en mayor o menor medida a la organización del trabajo, ante lo cual existe la posibilidad de que el empleador decida adoptar medidas que alteren las circunstancias y las características de la prestación de trabajo.

Como testigos de una realidad donde lo constante es el cambio[1], que se produce de forma ajena a nuestra voluntad, y que al impactar en la organización del trabajo genera conflictos de intereses entre las partes de la relación laboral, a nuestro juicio, resulta necesaria la intervención de la norma heterónoma para encauzar tales conflictos sin excluir la participación central de la autonomía privada en sus dos vertientes, individual y colectiva. La volatilidad del cambio externo a la relación laboral y su influencia en el seno de esta última exigen una respuesta del Derecho del Trabajo; necesitan que la función tuitiva y pacificadora de este último se cristalice en el día a día.

La presente ponencia tiene por objeto analizar qué circunstancias y características que hubieren sido establecidas por la autonomía privada individual o por la costumbre pueden ser variadas por la sola iniciativa del empleador, así como cuándo, cómo y dentro de qué parámetros cabe esta variación, teniendo como punto de partida el ordenamiento jurídico-laboral peruano. A partir de ello se estudiará si es necesario o no regular la materia a través de normas heterónomas, de ser así en qué aspectos, y cuál es el espacio normativo que debe ocupar la autonomía privada.[2] No serán materia de análisis aquellas modificaciones a que el empleador se encuentre compelido por razones vinculadas al trabajador.[3]

## 1. LA PRESTACIÓN Y LAS CONDICIONES DE TRABAJO

El objeto del contrato de trabajo debe cumplir con los requisitos exigidos al objeto de todo acto jurídico, pues se carece de norma especial aplicable al ámbito laboral. Estos requisitos resultan de una interpretación conjunta del artículo V del Título Preliminar y de los artículos 140 y 219 del Código Civil, y entre ellos es de destacar el carácter determinado o determinable del objeto.

Al crearse la relación laboral, el empleador y el trabajador convienen en el contenido obligacional de cada quien. Corresponderá en ese momento acordar cuál es la prestación debida por el trabajador –si esta es determinada- o los linea-

---

1 S. HELGESEN, *Abierto las 24 horas. Seis estrategias para navegar en el nuevo entorno profesional*, Ediciones Urano, Barcelona, 2003, p. 22.

2 En esta ponencia se usará las siguientes siglas: CAS. (sentencia expedida en casación), Exp. (expediente), LPCL (Ley de Productividad y Competitividad Laboral) y TC (Tribunal Constitucional).

3 Nos referimos a los ajustes razonables por discapacidad adquirida, al cambio de funciones de la trabajadora embarazada para evitar que continúe desarrollando tareas que ponen en peligro su vida o salud o la del feto, a la reorganización del trabajo por causa del ejercicio del derecho a la libertad religiosa, a la modificación de condiciones laborales en razón de la prevención de riesgos laborales, etc.

mientos para establecerla –si aquella es determinable-, sus características (por ejemplo, su duración), así como las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que habrá de ejecutarse. De igual manera, se definirá -o se fijarán las bases para definir- el contenido de la contraprestación económica por parte del empleador, sus características (por ejemplo, si tiene un componente fijo y otro variable, si parte de su percepción se encuentra condicionada) y sus circunstancias (tipo de moneda, medio, oportunidad y lugar de pago).

Por tanto, la determinación del objeto del contrato de trabajo es el resultado de un conjunto de acuerdos entre las partes laborales que no solo atañe a la prestación debida por cada parte (la actividad laboral a que se obliga el trabajador, y el pago de la remuneración a que se compromete el empleador), sino también a las características y circunstancias relativas a cada prestación. Desde la perspectiva del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo, cuanto mayor sea el grado de precisión del objeto del contrato de trabajo, mayor predictibilidad tendrá el trabajador sobre los límites de la promesa asumida. Ello no significa, de modo alguno, que las partes estén impedidas de establecer la exclusión del trabajador al cumplimiento de un horario de trabajo, la polifuncionalidad de la categoría en que se inserta su actividad laboral, la posibilidad de traslados o rotaciones de índole geográfica –dentro y fuera del país-, y la sujeción del pago de parte de la remuneración al cumplimiento de objetivos a ser especificados por el empleador. En cualquiera de estos casos, mediante el contrato de trabajo, el trabajador está reconociendo la facultad organizativa del empleador respecto de la actividad económica empresarial, y la facultad específica para dirigir su actividad laboral de forma dinámica.

En nuestra opinión, tanto las circunstancias de tiempo, modo y lugar que especifican la prestación de trabajo como las que delimitan la contraprestación económica son las condiciones de trabajo. De esta manera, nos apartamos de la definición que contempla nuestro ordenamiento jurídico-laboral en el marco de la regulación de la compensación por tiempo de servicios (artículos 19 y 20 del Decreto Supremo Nº 001-97-TR), cuando señala que las condiciones de trabajo son aquellas prestaciones realizadas por el empleador con la finalidad de dotar al trabajador de los medios suficientes para el desempeño de sus funciones, sin reportarle una ventaja patrimonial alguna.

Una definición amplia de las condiciones de trabajo permite comprender a la categoría y al puesto de trabajo (ergo, a las competencias personales, profesionales y de seguridad y salud ocupacional requeridas para cada categoría y puesto), a los aspectos cualitativos y cuantitativos del tiempo de trabajo (jornada, horario, módulos temporales de trabajo, periodos de descanso), al lugar de trabajo (espacio físico fijo o móvil, cercano o remoto) y a sus características (geográficas -en la tierra, en el espacio, en el mar, bajo superficie-, dinámicas –si la actividad se realiza o no en movimiento-, etc.), así como al paquete remunerativo y de beneficios (en dinero y en especie, en moneda nacional o extranjera o ambas, a consecuencia del cumplimiento de ciertos hechos demostrables y vinculados a la calidad o cantidad de trabajo o a situaciones personales o familiares del trabajador, etc.).

A su vez, las condiciones de trabajo pueden clasificarse según su origen (legales, convencionales, unilaterales, jurisprudenciales, consuetudinarias), su impacto (individuales y colectivas), y su relevancia para delimitar la prestación de trabajo (sustanciales y no sustanciales). Respecto de esta última clasificación, los cambios tecnológicos, el crecimiento de las ciudades y la mayor participación de la mujer en el trabajo asalariado (léase, no doméstico) han repercutido en una mayor valoración del tiempo y del lugar de la prestación por parte del trabajador, calificando como condiciones sustanciales junto con la categoría y la remuneración.

En ese sentido, las condiciones sustanciales de trabajo configuran un todo indesligable de la prestación de trabajo, por lo que aquellas deberían ser parte integrante del contrato de trabajo, es decir que deberían ser determinadas por las partes o estar delimitadas de forma tal que sean determinables en el decurso de la relación laboral.

## 2. LAS MODIFICACIONES POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR

La vocación de permanencia de la relación laboral presupone que las partes laborales ejecutan obligaciones de tracto sucesivo. Durante la ejecución del contrato de trabajo, el contexto económico-productivo que las rodeó al inicio muta. No es momento de ahondar en los desafíos que plantea al empleador un mercado cada vez más globalizado y competitivo, pero sí de reconocer que el Derecho del Trabajo tiene una tarea primordial en la preservación del modelo capitalista, que le impone atender y responder ante las consecuencias perniciosas que podrían derivarse para las partes de la magnitud del cambio y de su contenido.

Las prestaciones de ambas partes laborales podrían variar con el tiempo para adecuarse al nuevo contexto económico-productivo. Si las prestaciones y sus condiciones nacen del contrato de trabajo, en principio, cualquier modificación a las mismas debería ser el resultado de la autonomía privada de quienes participaron en dicho contrato. Sin embargo, del mismo contrato de trabajo también surgen el poder de dirección del empleador y la subordinación del trabajador, los cuales no se agotan en un instante, sino que persisten hasta la extinción del referido contrato. En efecto, en virtud del contrato, el trabajador pone su fuerza laboral a disposición del empleador, sujetándose así al poder de dirigir, fiscalizar y sancionar de este último.

La reglamentación y la dirección de la labor diaria forman parte del poder de dirección del empleador. Ahora bien, ¿puede el empleador, a su sola iniciativa y decisión, imponer variaciones en las condiciones de trabajo? En el centro del debate se sitúa el *ius variandi*, su origen, contenido y alcances.

No existe un concepto uniforme sobre el *ius variandi*, ni sobre su origen ni alcances. Generalmente, la amplitud o restricción a estos últimos tiene estrecha vinculación con el origen y el concepto que se le atribuye. Así, habrá quienes consideran que se trata de una facultad que coadyuva a concretar la prestación de trabajo a lo largo de la relación laboral, al calificarla como el "*poder de variación*

*de las condiciones de trabajo que consiste tanto en la facultad de especificar o concretar durante la vigencia del contrato la necesariamente genérica prestación laboral, como en modificarla, siendo algo consustancial a la empresa como estructura técnica y organizativa"*[4], *"el poder que corresponde al empleador para disponer variaciones, dentro de ciertos límites, a la forma y modalidades de la prestación de servicios del trabajador"*[5], o *"la facultad que tiene el empleador para modificar las bases de la relación de trabajo, sin el consentimiento del empleado, cuando existe una justa necesidad de empresa y no ocasione perjuicio moral o material a éste, ni importe una alteración sustancial de lo convenido"*[6]. De una u otra forma, todas estas definiciones aluden a lo mismo: el poder de variación de las condiciones de trabajo por parte del empleador.

La primera definición antes citada es genérica, pero las demás hacen referencia a que la variación no puede ser sustancial o que debe ser ejercida dentro de ciertos parámetros. Se encuentra una tercera postura sobre la materia que está en la línea de la definición genérica, pero que clasifica el *ius variandi* en dos subtipos, uno habitual y otro esencial o sustancial, según la magnitud del cambio[7]. De estas tres posturas, la más extendida es la segunda, según la cual el *ius variandi* excluye a las modificaciones sustanciales.

Años atrás, dos sentencias expedidas en casación habían reconocido al *ius variandi* como *"un ejercicio válido del poder de dirección"*, más concretamente, como una manifestación de *"la facultad de reglamentación y organización que ostenta el empleador y que implica no solo la libertad de establecer las condiciones de trabajo que estime conveniente, sino que incluye la potestad de poder cambiarlas en el devenir del tiempo"* (CAS. 8283-2012-Callao del 26-04-2013 y CAS. 6961-2012-Junín del 22-03-2013). En ambas sentencias se señaló que el *ius variandi* se sustentaba en la libertad de empresa consagrada a nivel constitucional, en el artículo 59 de la Carta Magna, y a nivel legal, en el artículo 9 del Decreto Legislativo Nº 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, que reza que *"toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente"*, así como en el artículo 9 de la LPCL.

Con la finalidad de delimitar los alcances del *ius variandi*, el debate nacional se ha centrado en la interpretación del artículo 9 de la LPCL, cuyo tenor es el siguiente:

> Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y san-

---

4 SALA FRANCO, T. y F. LÓPEZ TARRUELLA, *La modificación de la prestación de trabajo*, Ediciones Deusto, Madrid, 1991, p. 33.

5 SACO BARRIOS, R., *Jus Variandi. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral*, CIAT-OIT, Lima, 1993, p. 11.

6 MIROLO, R.R., *Variación de las condiciones de trabajo (Ius variandi)*, Editorial Mediterránea, 2002, p. 32.

7 ARCE ORTIZ, E., *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, Lima, 2008, p. 457-458.

> cionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Una primera interpretación de la norma consagrada en el segundo párrafo del citado artículo 9, sostiene que, si se permite al empleador variar condiciones esenciales vinculadas al tiempo de trabajo de mayor envergadura, tales como los turnos, horas e incluso días de trabajo, no habría razón para excluir de los alcances del *ius variandi* a las otras condiciones esenciales relativas al lugar, a la remuneración y a la función del trabajador. Bajo esta interpretación, en virtud de la norma en cuestión, el empleador se encontraría facultado a decidir inconsultamente toda clase de precisiones, incluso variaciones, a cualquiera de las condiciones de trabajo. Al respecto, se ha señalado que:

> ...el artículo 9 representaría una abdicación del Estado en favor de las facultades del empleador en la medida que se dispone, de manera general, la posibilidad de modificar –de manera sustancial o no- las condiciones de trabajo sin más límites que la razonabilidad y la necesidad de la empresa de variar la prestación de servicios del trabajador, y sin que se establezcan mecanismos previos de control al ejercicio de tales facultades.[8]

Una segunda lectura parte de calificar de autoritaria e inconstitucional a la primera interpretación, pues revela un desinterés por las preocupaciones sociales y profesionales del trabajador y, a la vez, permite que el objeto del contrato de trabajo -que ha sido fruto del consenso de las partes- sea desconocido unilateralmente por el empleador; todo lo cual supondría la violación de dos derechos constitucionales: la libertad de contratación (artículo 2.14 de la Constitución) y el principio de jerarquía normativa (artículo 51 del texto constitucional de 1993).[9] Para ARCE ORTIZ, el artículo 9 habilita una sola modificación sustancial, la del tiempo de trabajo, pero admite que la tutela de intereses superiores por sí sola –esto es, sin ampararse en el contrato de trabajo ni en otra fuente del derecho- permite ejercer el así denominado "ius variandi excepcional o de emergencia", que en estricto consiste en la modificación sustancial justificada en una circunstancia extraordinaria, que exige una decisión urgente del empleador, sin llegar a calificar de caso fortuito ni fuerza mayor.[10]

Sobre el primer apunte, ciertamente, el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL es manifestación del autoritarismo, pues su texto fue introducido a raíz de la

---

8 TOYAMA MIYAGUSUKU, J., "Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia", *Derecho & Sociedad,* Año 14, nº 21, 2003, p. 173.

9 ARCE ORTIZ, E., *op.cit.*, p. 462-463.

10 ARCE ORTIZ, E., *op.cit.*, p. 464-466.

Ley Nº 26513, que modificó de modo crucial al Decreto Legislativo Nº 728 y fue publicada el 28 de julio de 1995, tan pronto se inició el segundo periodo presidencial de Fujimori. En cuanto al ámbito de incidencia del artículo 9 en referencia, en una reciente sentencia (CAS. 10295-2014-Tacna del 26-04-2016), la Corte Suprema de Justicia de la República señala que el *ius variandi* es:

> ...aquella facultad especial que tiene el empleador de modificar, entre otros, los elementos no esenciales de una relación laboral o aquellas condiciones accesorias a la relación laboral; además, que esta facultad se encuentra expresado (sic) dentro del poder de dirección del empleador, es decir, del elemento de subordinación (elemento esencial del vínculo laboral), toda vez que el empleador, como dueño del centro laboral, puede realizar las acciones pertinentes, así como establecer las directrices necesarias para el correcto y adecuado funcionamiento del centro laboral. Asimismo, este precepto deberá estar dentro de los criterios de razonabilidad, tal como lo prevé el artículo 9º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo Nº 003-97-TR. Aunado a ello, cabría indicar que el *ius variandi* admite una clasificación atendiendo a la trascendencia de la modificación implementada, es decir, puede responder a un ejercicio normal, común o habitual o, en todo caso puede afectar de tal manera las condiciones de trabajo que transformarían prácticamente las condiciones contractuales inicialmente pactadas.

Vale decir que, para la Corte Suprema, el *ius variandi* es una facultad empresarial de variación de aspectos accesorios de la prestación laboral, la cual se deriva del poder directivo, se encuentra recogida en el artículo 9 de la LPCL, y admite dos clases, según la magnitud del cambio a implementarse. De esta suerte, se excluye de la figura del *ius variandi* y del artículo 9 a la modificación de condiciones sustanciales.

En nuestra opinión, si uno se adscribe a la tesis que propugna que el *ius variandi* es un derecho potestativo de titularidad del empleador, el cual consiste en la variación de las condiciones de trabajo de naturaleza accesoria, habrá que situar su fundamento en el contrato de trabajo, pues constituye una manifestación del poder de dirección. En cambio, si la tesis elegida es aquella que incluye dentro del *ius variandi* a las condiciones sustanciales y a las accesorias, las modificaciones de las primeras tendrán como sustento *"consideraciones de orden público y social que por encima de los intereses individuales del trabajador y del empleador, exige*(n) *que la empresa cumpla una función en la sociedad, como factor de desarrollo y como pieza esencial en el proceso productivo"*[11], por lo que una fuente de derecho de mayor jerarquía que la autonomía privada deberá legitimar la decisión unilateral del empleador. En razón de ello, coincidimos en que la regulación contenida en el artículo 9 de la LPCL es, por decir lo menos, escasa, pues una modificación de condiciones sustanciales exige una causa objetiva y probada que la justifique, no

[11] MIROLO, R.R., *op.cit.*, p. 35.

bastando alegar la razonabilidad de la medida y las necesidades del centro de trabajo. Es también una regulación desfasada, pues alude al centro de trabajo, cuando el contexto en que se dictó fue precedido por la apertura del mercado nacional a la competencia global, que trajo consigo un conjunto de fenómenos (fusiones, escisiones, liquidaciones, etc.) que exigían atender las necesidades de la empresa en su conjunto y, de ser el caso, hasta del grupo empresarial del cual formaba parte.

En consecuencia, las carencias de la redacción del artículo 9 de la LPCL no pueden soslayar la habilitación legal a introducir modificaciones a las condiciones laborales de cualquier índole, aunque las de mayor entidad sí requieran de una justificación superior a los intereses particulares de los dos sujetos celebrantes del contrato de trabajo. Esta interpretación permite cumplir con las dos funciones del *ius variandi* a que se refiere ERMIDA URIARTE en el siguiente texto:

> ...una primera, vista desde el lado del empleador, relativa a su facultad unilateral para dirigir y organizar su trabajo; y, una segunda, desde el lado del propio trabajador, punto desde el cual el *ius variandi* puede calificar como una "válvula de escape" que permite subsanar las inevitables tensiones del transcurrir del tiempo originadas al desarrollar una misma función a lo largo de todo el récord laboral, favoreciendo la continuidad o durabilidad del vínculo laboral.[12]

El alcance de dicho poder es materia de discusión por la doctrina y la jurisprudencia, encontrándose posturas extremas que niegan cualquier facultad empresarial relativa a la concreción de la prestación de trabajo que suponga algún tipo de cambio en sus condiciones, basándose en el carácter bilateral del contrato, o posturas intermedias que admiten la variación unilateral por parte del empleador según diversos criterios, entre los cuales se encuentran: el grado, la entidad, la causa y la duración de la variación.

Si nos referimos a las normas legales publicadas al amparo de las dos últimas Cartas Magnas, podemos sostener que, en términos generales, las modificaciones de las condiciones laborales por iniciativa del empleador han sido reguladas desde dos perspectivas: en primer lugar, en sentido negativo, configurándolas como casos concretos violatorios de la dignidad del trabajador, a través de la figura de los actos de hostilidad; y, en segundo lugar, se les ha considerado dentro del poder de dirección y, en particular, del *ius variandi*. A ello habría que agregar dos casos particulares: el de las condiciones vinculadas al tiempo de trabajo, cuya variación sí ha sido objeto de regulación durante dicho lapso; y el del cambio de lugar de trabajo al teletrabajo, bajo las circunstancias señaladas en la Ley Nº 30036. La variación del resto de condiciones de trabajo se encauzó a través del procedimiento establecido por el Decreto Ley Nº 25921, de corta vigencia.

---

[12] ERMIDA URIARTE, O., *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, citado por la CAS. 8283-2012-Callao del 27-04-2013.

En cuanto a los actos de hostilidad, su regulación ha sido objeto de sendas reformas, de manera que en la actualidad ya no tenemos un *numerus clausus* de actos unilaterales del empleador que se conciban como hostiles, sino que se han producido dos fenómenos: (i) se ha ampliado la calificación de hostilidad a todo acto contrario a la dignidad de la persona del trabajador, de manera que la relación primigenia de actos de hostilidad ha devenido en un concepto abierto, que abarca cualquier acto unilateral del empleador que afecte la dignidad del trabajador, sin importar su contenido, ni su entidad, ni el ánimo con el que se realiza, ni su finalidad, ni su causa; y, al mismo tiempo, (ii) se ha dotado al trabajador de un procedimiento específico cuando la afectación a su dignidad consista en una hostilidad sexual.

En consecuencia, los espacios normativos relativos al ejercicio del *ius variandi* son amplios, pudiendo ser cubiertos por la autonomía individual y colectiva. Cualquier regulación sobre la materia habrá de respetar el ordenamiento jurídico-laboral vigente (por ejemplo, el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 013-2006-TR, que precisa que el empleador se encuentra prohibido de modificar por sí solo el contenido de los convenios colectivos, de obligar a negociarlos nuevamente, y de adoptar cualquier medida que pueda afectar la libertad sindical) y, en especial, evitar cualquier menoscabo a la dignidad del trabajador –derecho consagrado en los artículos 2 y 23 de la Carta Magna-, la cual *"actúa como un límite a los límites"*. Así lo ha sostenido el Pleno Jurisdiccional del TC, al señalar:

> Lo que se está prohibiendo con el artículo 23 es la cosificación del trabajador o, lo que es lo mismo, su tratamiento como objeto y el desprecio de su condición de ser humano, situación que no puede ser objeto de especificación con carácter general sino que debe ser evaluada según las circunstancias de la situación enjuiciada. Esta protección especial de la dignidad del trabajador encuentra su justificación en la implicación personal del trabajador en la actividad laboral y en la realización misma de la actividad laboral como un espacio para desarrollar sus proyectos y planes de vida, pero además en la posición de sujeción del trabajador frente al empleador y en la posición propicia de este frente a aquél para causar lesiones a la dignidad personal.[13]

Por consiguiente, en el análisis ex post de la constitucionalidad del ejercicio del *ius variandi* habrá que ponderar el derecho a la dignidad del trabajador en comparación al mayor interés o valor constitucional que respalde la medida empresarial de variación, a través del test de razonabilidad. A ello se refiere la Corte Suprema cuando sostiene que *"toda medida del empleador que busque modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles; de no superar dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad."* (CAS. 4149-2009-Lima del 10-11-2010).

---

[13] Exp. Nº 0020-2012-PI/TC del Pleno Jurisdiccional del 16-04-2014 (Caso Ley de Reforma Magisterial 2).

## 3. LAS CONDICIONES LABORALES Y SU MODIFICACIÓN

A continuación nos dedicaremos a analizar los alcances del *ius variandi* sobre cada una de las condiciones laborales que delimitan el contrato de trabajo, a saber: la categoría, la remuneración, el lugar y el tiempo de trabajo.

### 3.1. La movilidad funcional

La actividad laboral forma parte de un conjunto de otras actividades que conforman el proceso productivo de bienes o servicios del empleador. Al organizar dicho proceso, en el ejercicio válido de su derecho constitucional a la libertad de empresa, el empleador diseña un sistema de relaciones en su interior que posibilita el resultado esperado. Cuando el paradigma productivo era el fordista-taylorista, en cuyo seno se gestó el Derecho del Trabajo, la organización del trabajo era estática, estructurada y compartimentada, de modo que a cada quien le correspondía realizar ciertas tareas, las cuales se agrupaban por puestos de trabajo, los que –a su vez- estaban dispuestos por categorías o niveles jerárquicos. Esto ha cambiado drásticamente en las últimas décadas, dando paso a la apreciación superlativa de la polifuncionalidad del trabajador, lo cual impacta en la delimitación de la categoría y del puesto de trabajo.

Durante el proceso de reclutamiento, el empleador evalúa si los candidatos cuentan con las competencias personales, profesionales y de seguridad y salud ocupacional requeridas por el puesto ofertado, y selecciona a aquél que las reúne. Entonces, manifestará al candidato seleccionado su oferta de empleo. La manifestación del consentimiento por parte del candidato sobre los términos de esta oferta perfeccionará el contrato de trabajo. En la valoración de la idoneidad del candidato para desarrollar cierta actividad reposa el carácter personalísimo de la prestación de trabajo. Al respecto, la Corte Suprema señala: *"ello implica que al ser el trabajador una persona determinada, éste ha sido contratado justamente por las cualidades que posee, las cuales además lo ubican en una determinada categoría profesional dentro de su centro de trabajo."* (CAS. 8283-2012-Callao del 26-04-2013).

La categoría y las funciones asignadas al trabajador permiten delimitar la deuda de actividad del trabajador. En el régimen común de la actividad privada las partes pueden pactar el contrato de trabajo sin seguir formalidad alguna, salvo cuando se trata de contratos de trabajo sujetos a modalidad, contratos de trabajo a tiempo parcial, o acuerdos de teletrabajo, en cuyo caso habrán de ser celebrados por escrito y contener, entre otros aspectos, la actividad prometida. En cualquier caso, se haya o no suscrito un documento, en virtud del mismo contrato de trabajo, el empleador gozará de la facultad de especificación del contenido de la actividad laboral.[14]

---

[14] VALLE MUÑOZ, F.A., *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, p. 29-30.

Al respecto, nuestra jurisprudencia ha distinguido los casos en que la modificación afecta la categoría, entendiendo esta como nivel jerárquico al interior de la organización empresarial, de aquellos en que únicamente las funciones han variado, preservándose la categoría.

Así, por ejemplo, en la CAS. 10295-2014-Tacna del 26-04-2016, en la cual se consideró que la asignación de labores complementarias -y no diametralmente distintas- era razonable y se encontraba dentro del ámbito del *ius variandi* del empleador. En la misma línea, en la CAS. 9264-2012-Lima del 26-04-2013 se concluyó que el cambio de funciones de lavado a empaque estaba dentro de los límites del *ius variandi*, porque aquel se sustentaba en la reestructuración de labores acreditada mediante instrumento público, no hubo traslado geográfico, ni rebaja remunerativa, ni se generó perjuicio al trabajador por el hecho de laborar los sábados.

En el marco del ejercicio de esta facultad de variación también es admisible la reasignación del puesto de trabajo, siempre que el nuevo puesto no corresponda a una categoría profesional inferior (CAS. 6961-2012-Junín del 22-03-2013). La Corte Suprema insistirá en varios fallos (aquí comentados) en la necesidad de un análisis casuístico que verifique si el cambio de puesto vulnera o no los límites legales al *ius variandi*, que consisten fundamentalmente en la justificación y, por tanto, la razonabilidad de la decisión empresarial, y los constitucionales, que se trasgreden al ocasionar perjuicios ciertos y concretos a la dignidad del trabajador.

El caso que da lugar a la sentencia en la CAS. 6961-2012-Junín resulta paradigmático de la violación de ambos límites, pues el empleador se limitó a mencionar que requería cubrir la vacante de Analista de Compras, pero no explicó por qué la demandante –quien ocupaba un cargo superior como Supervisora de Almacenes- tenía que ser la persona destinada -esto es, si tenía las cualidades- para satisfacer tal necesidad. La Corte Suprema destacó en su sentencia que mantener el nivel remunerativo del cargo de mayor jerarquía no enervaba la rebaja inmotivada de categoría.

Nótese que, incluso cuando la rebaja de categoría es convencional, lo cual ya no corresponde al ejercicio del *ius variandi*, la Corte Suprema ha declarado su invalidez, por considerar que carece motivación, al haber quedado demostrada la idoneidad del trabajador para el cargo y que la mayor categoría ha sido obtenida como resultado de un ascenso (CAS. 7225-2012-Lima del 10-04-2013). En consecuencia, en caso se haya producido una progresión en la carrera al interior de la empresa, esta última deberá demostrar que el cambio se encuentra debidamente justificado.

Sobre este ulterior aspecto, se sostiene en la CAS. 8283-2012-Callao del 26-04-2013 que, a pesar que el empleador no tiene la obligación legal de contar con un cuadro de categorías profesionales[15], no cabe duda alguna que nuestro orde-

[15] Como sostiene ARCE ORTIZ, el hecho que no sea obligatorio establecer dicho cuadro dificulta detectar cuándo la modificación de la categoría realmente es favorable o perjudicial para el traba-

namiento jurídico-laboral regula el derecho del trabajador a acceder a niveles o categorías superiores, en el marco de su contrato de trabajo, y a que se respete el nivel alcanzado, sancionando con ilicitud la reducción inmotivada de categoría. Desde la posición de la Corte Suprema, este es el sentido que debe darse al literal b) del artículo 30 de la LPCL.

Ahora bien, tener ese cuadro de categorías resulta importante para la resolución del caso. En la sentencia antes citada, sobre la base del manual de organización y funciones, los magistrados afirmaron que al demandante se le asignó indistintamente labores que pertenecían a dos puestos de trabajo que correspondían a la misma categoría. Luego, a partir de otros medios probatorios actuados en el proceso, señalaron que la variación de puesto estaba justificada, pues tales cambios *"responden a un genuino interés de la demandada por acoplarse a los cambios tecnológicos y estructurales que trae consigo la globalización y que exige, de parte de sus trabajadores, la prestación de servicios maleables y dúctiles, siempre en el marco de la categoría a la que estaban asignados"*.

En cuanto a los lineamientos del cuadro de categorías o descripción de puestos, a propósito de la CAS. 12690-2014-Lima del 20-08-2015, la Corte Suprema ha manifestado que la clasificación de cargos *"debe realizarse empleando criterios de razonabilidad justificada, proporcionalidad, y expresando una fundamentación adecuada"*. En el caso en cuestión, estimó que el documento denominado "Formulación de nuevas Categorías y Títulos Ocupacionales de la Planilla Diaria" elaborado por el empleador, no había sido confeccionado con criterio técnico, pues no respetaba el título ocupacional ni funciones específicas desarrolladas por el trabajador, es decir, los agrupaba en forma general sin tener en cuenta la especialidad ni la labor específica a desarrollar.

Hasta el momento se han citado sentencias que versan sobre circunstancias objetivas que originan las variaciones. Sin embargo, si bien el motivo justificante del cambio de funciones o categoría debe ser objetivo, ello no significa que deba ser ajeno a las partes y, en particular a la persona del trabajador. De allí que en la CAS. 11770-2013-Callao del 13-12-2013 se haya estimado que los factores personales, como el padecimiento de una enfermedad mental por parte del demandante, constituyeron razón suficiente para que el empleador modificara de forma sustancial, unilateral y temporal la prestación de trabajo de un médico cardiólogo, a quien se le asignó labores de personal administrativo.

Por consiguiente, de acuerdo a la jurisprudencia antes citada, se encuentra dentro del *ius variandi* la modificación unilateral y fundamentada de las funciones periféricas o esenciales del cargo, pero no así la de la categoría.

---

jador (ARCE ORTIZ, E., "La determinación de la prestación de trabajo en el contrato laboral (los casos de la determinación geográfica y funcional)", en: *Trabajo y Seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008, p. 209).

En el análisis judicial sobre los cambios en las funciones y la categoría del trabajador, y sobre si hubo o no exceso en el ejercicio de la facultad empresarial, generalmente, solo se verifica si el cambio está debidamente justificado. Es decir, la Corte Suprema se ha limitado a sugerir que las instancias de mérito constaten la literalidad del artículo 30 de la LPCL, esto es, si el cambio de categoría estuvo justificado objetiva y razonablemente, y si el mismo fue decidido o no unilateralmente por el empleador (CAS. 2677-2014-Lima del 7-01-2016). A modo de excepción, la referida Corte ha sido estricta, exigiendo que en el análisis se comparen las funciones específicas de cada cargo (el anterior y el posterior al ejercicio del *ius variandi*), con el fin de determinar si ambos cargos resultan equivalentes en cuanto a su trascendencia para el proceso productivo; incluso, ha pedido que en este análisis se aplique el criterio de razonabilidad y las máximas de la experiencia, pero teniendo presente que en la actualidad las empresas requieren *"personal dúctil en cuanto a la asignación de funciones"* (CAS. 4880-2013-Callao del 26-08-2013).

Consideramos que la exigencia expresada por la Corte en esta última sentencia es la que corresponde para definir el ámbito del ejercicio de la facultad de variación, pues, antes de introducir el cambio de funciones o de categoría, el empleador deberá determinar si efectivamente el trabajador reúne las competencias y titulaciones (títulos académicos o profesionales, colegiatura, permiso o licencia, etc.) que caracterizan las nuevas funciones o categoría; caso contrario, estaría colocando al trabajador en una situación de potencial incumplimiento laboral, la cual no sería atribuible al mismo, en la medida en que el trabajador sí cumplía con las competencias y titulaciones del puesto de trabajo para el cual fue contratado. Por tal motivo, más allá de comparar la descripción de tareas o funciones de cada puesto[16], la atribución de nuevas funciones debe estar precedida de una revisión del legajo personal del trabajador.

En ese sentido, mediante Resolución de Intendencia Nº 074-2015-SUNAFIL/ILM del 25-04-2015, se revocó la resolución que ordenó pagar una multa por incurrir en actos de hostilización contra un trabajador que fue cambiado de Técnico Mecánico a Técnico de Mantenimiento en el área de Trade Marketing, dado que no se había analizado el puesto y actividades laborales originarias en comparación a las nuevas, ni si la experiencia y formación técnica del trabajador eran suficientes para desarrollar el nuevo puesto.

Lo anterior es acorde con lo dispuesto por el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el artículo 7 del Protocolo Adicional de San Salvador, cuando contemplan el derecho a la promoción en el trabajo, en base a criterios objetivos, tales como el tiempo de servicios, las calificaciones, las competencias y la probidad.

---

[16] Sobre el particular, coincidimos con VALLE MUÑOZ, quien señala: "El tema de la equivalencia entre categorías es el criterio básico para determinar lo que es la movilidad funcional ordinaria del trabajador: la categoría de origen y la categoría de destino deben ser equivalentes." (VALLE MUÑOZ, F.A., *op.cit*. p. 91).

### 3.2. La reducción de remuneraciones

Cualquier variación de la remuneración que el empleador pretenda establecer, deberá tener presente el contenido esencial del derecho constitucional a la remuneración, que se encuentra consagrado en los artículos 23 y 24 de la Carta Magna, así como en los artículos 23.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 7 del Protocolo de San Salvador.

Precisamente a ello se refiere la sentencia del TC del 16-04-2014 cuando establece el contenido accidental del derecho a la remuneración, en el cual incluye la consistencia y la intangibilidad. Sobre la consistencia, el TC ha señalado que la remuneración "*debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto*", mientras que la intangibilidad se refiere a la imposibilidad de una reducción desproporcionada de la remuneración.[17] Por consiguiente, cualquier variación remunerativa deberá respetar ambos límites.

Por su parte, la Corte Suprema, mediante CAS. 4149-2009-Lima del 10-11-2010, ha establecido que el *ius variandi* que afecte a las remuneraciones deberá respetar tres principios: el de progresividad de las remuneraciones, el de protección, y el de irrenunciabilidad de derechos, lo cual se condice con el pronunciamiento del TC antes citado.

Respecto de la posibilidad de rebaja remunerativa por decisión unilateral del empleador, nuestra jurisprudencia ha transitado desde una completa negativa hasta una posición favorable, centrándose el debate –en la mayoría de casos- en la interpretación de la Ley Nº 9463. Esta ley admite la reducción de remuneraciones consensuada, pero ciertamente no hace alusión alguna al *ius variandi*.

Así, a inicios del 2004, el TC consideró que estaba prohibida toda rebaja remunerativa, incluso la consensuada, porque atentaba contra el artículo 23 del texto constitucional y contra el principio de irrenunciabilidad de derechos.[18] Meses después el mismo Tribunal ratificó la vigencia de la Ley Nº 9463, la cual autoriza a la rebaja remunerativa siempre que medie aceptación del trabajador.[19] Igual posición manifestó la Corte Suprema en la CAS. 2224-2005-Lima del 05-01-2007.

Una tercera posición sobre la rebaja consensuada, le añadió que esta fuera motivada en una causa objetiva (CAS. 4149-2009-Lima del 10-11-2010). Y una cuarta postura en referencia a la misma materia planteó que la reducción remunerativa era válida, solo si era consensuada y no afectaba derechos laborales, lo cual suponía verificar: a) que la rebaja no significara percibir una remuneración menor a la remuneración mínima vital, b) que debía obedecer a circunstancias objetivas, y c) que la voluntad del trabajador a favor de la rebaja debía ser expresa e indu-

---

17 Exp. Nº 0020-2012-PI/TC del Pleno Jurisdiccional del 16-04-2014.

18 Exp. Nº 2906-2002-AA/TC del 20-01-2004.

19 Exp. Nº 009-2004-AA/TC del 21-05-2004.

bitable, de modo que no cabía intimidación, coacción ni violencia al manifestar su voluntad[20]. Ambas posturas generaron jurisprudencia, quedando en evidencia que en nuestro país el ejercicio del *ius variandi* no alcanzaría a la remuneración.

Sin embargo, dos sentencias expedidas, una por el TC y otra por la Corte Suprema, y que aún no causan jurisprudencia, sí admiten la rebaja unilateral y motivada de la remuneración. Al respecto, cabe recordar que, según el literal b) del artículo 30 de la LPCL, en concordancia con el artículo 49 del Decreto Supremo Nº 001-96-TR, la reducción remunerativa que califica como acto de hostilización es la que *"carece de motivación objetiva o legal"*. Ambas sentencias analizan si existen o no motivaciones objetivas que podrían validar una decisión empresarial de rebaja remunerativa.

En primer lugar, la sentencia expedida por el Pleno del TC del 16-04-2014, resolvió una acción de inconstitucionalidad sobre la Ley de Reforma Magisterial[21], desarrollando entre sus fundamentos el contenido esencial y el accidental del derecho fundamental a la remuneración. Según el tenor de dicha sentencia, tal contenido esencial está configurado por cinco aspectos: el acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución; la no privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada; el carácter prioritario del pago de la remuneración frente a las demás obligaciones del empleador, dada su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y a la dignidad; la equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración; y la suficiencia, por constituir la remuneración el mínimo que garantiza el bienestar al trabajador y a su familia. Sobre el contenido accidental, como lo hemos indicado líneas arriba, el TC considera que la consistencia y la intangibilidad caracterizan a la remuneración.

En esa sentencia, el TC admite que la reducción de la remuneración puede no exigir un acuerdo, *"siempre y cuando existan razones de interés social que lo justifiquen o, lo que es lo mismo, siempre que exista causa objetiva o legal que la justifique y que, además, se trate de una medida extraordinaria, coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo"*. En ese sentido, se señala que la rebaja remunerativa unilateral debe ser excepcional y, al mismo tiempo, razonable.

En cuanto al carácter excepcional de la medida, se refiere a que sea extraordinaria y coyuntural. A modo de ejemplo, se indica que cabe la rebaja remunerativa unilateral, cuando la misma sea necesaria (i) para *"cumplir con los objetivos económicos y financieros"*, evitando un impacto negativo mayor, y (ii) para la *"reorganización del personal"* (cuando se modifican las escalas salariales). La causa de la rebaja debe

---

[20] CAS. 4023-2010-Lima del 21-09-2011; CAS. 1213-2012-Callao del 26-09-2012; CAS. 5039-2014-Lima del 5-06-2015; CAS. 13805-2014-Lima del 19-01-2015.

[21] Exp. Nº 0020-2012-PI/TC del 16-04-2014.

constar por escrito y debe ser precisa; debe ser una causa que afecte directamente a la empresa, que sea temporal y demostrable. Así se entiende que esta rebaja es una medida menos perjudicial que otras, por lo que a través de ella se busca preservar la fuente de trabajo.

Sobre el carácter razonable de esta medida excepcional, se considera que la rebaja no debe conllevar a una reducción significativa ni arbitraria de la remuneración; en ese sentido, tiene como límite a la remuneración mínima vital o a la remuneración pactada colectivamente, así como ha de ser proporcional a la jornada de trabajo y a la labor realizada.

Luego de emitida la sentencia, mediante un comunicado publicado el 27-08-2014, el TC ratificó su posición respecto a que el derecho a la remuneración –al igual que cualquier otro derecho- puede ser limitado, pues si fuese absoluto, ante una situación de crisis económica, el empleador no tendría otra alternativa que salir del mercado y, por tanto, cesar al trabajador. Al permitirse la rebaja excepcional y razonable de la remuneración, a su criterio, se preserva el derecho al trabajo.

Cuando esta sentencia fue emitida se discutió si sus alcances debían afectar también al empleador privado, a pesar que el texto de la misma sí hacía referencia a este último. Este debate quedó zanjado cuando mediante sentencia del 7-06-2016 la Corte Suprema resolvió la CAS. 00489-2015-Lima, pues esta acogió –entre sus argumentos- lo señalado por el TC en la sentencia antes comentada. En efecto, si bien mediante la sentencia del 7-06-2016 se mantiene la jurisprudencia relativa a la vigencia de la Ley Nº 9463 y los tres requisitos que deben confluir para que la rebaja remunerativa no afecte derechos laborales (citados en la cuarta postura), se declara que dicha rebaja es una medida excepcional, y que puede operar en forma consensuada o unilateral por el empleador.

El caso materia de pronunciamiento versó sobre una rebaja temporal del 15% de la remuneración que afectó a un grupo pequeño de la alta jerarquía de la empresa, mientras la empresa superaba una crisis económica (disolución y liquidación empresarial). Aunque –a partir del texto de la redacción de la sentencia- el caso no trataría sobre una rebaja unilateral, sino consensuada, la Corte Suprema se pronunció sobre la alternativa de una rebaja unilateral, como sigue:

> De otro lado, este Supremo Tribunal entiende que la reducción de la remuneración – ya sea consensuada o no consensuada – resulta válida siempre que sea excepcional y razonable. La reducción de la remuneración es excepcional si es una medida extraordinaria, que tiene lugar en contextos especiales. Es razonable si respeta determinados límites de proporcionalidad, de manera tal que no suponga una disminución significativa ni arbitraria de la remuneración. Debe precisarse que la posibilidad de la reducción de las remuneraciones se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y esta puede ser consensuada o no consensuada. a) Será consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador, tal como se regula en la Ley N° 9463. b) Será no consensuada si es adoptada por decisión unilateral del empleador,

> es decir, sin aceptación previa del trabajador. Esta posibilidad resulta de la interpretación en contrario del inciso b) artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR y del artículo 49° del Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador y sin causa objetiva o legal. En tal sentido, esta resultará viable si se expresa los motivos por los que así se procede (por ejemplo, garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado -o en su caso de una empresa-) o se invoca la ley que la justifique.

Adviértase que la Corte Suprema hace expresa mención a los dos caracteres antes indicados por el TC como requisitos para que la reducción unilateral de la remuneración sea admisible: excepcional y razonable. A lo que se debe añadir que la diferencia sustancial entre ambas sentencias radica en que, para la Corte Suprema, esta medida unilateral encuentra sustento en una interpretación a contrario de la LPCL y de su Reglamento (Decreto Supremo Nº 001-96-TR): si la reducción es unilateral pero motivada, no califica como hostilidad. Disentimos de esta posición. En nuestra opinión, el hecho que la rebaja remunerativa sea motivada no impide de modo alguno que pueda afectar la dignidad del trabajador, pero esto tendrá que dilucidarse en cada caso concreto, pues el juzgador deberá verificar las circunstancias que rodean la medida, así como el respeto al derecho a la remuneración, a la no discriminación y a los principios del Derecho del Trabajo. La facultad de variación de la remuneración por parte del empleador reside –como bien sustentó el TC en la sentencia del 16-04-2014- en intereses superiores a las partes, los cuales requieren ser acreditados dentro del proceso. En tal sentido, ante situaciones de emergencia que pueden conllevar el cierre parcial o total del centro de trabajo o de la empresa[22], será mejor para la sociedad que se preserve una fuente de trabajo a que se produzca el cese colectivo de los trabajadores que en ella prestan servicios, aun si ello conlleva a la necesidad de una rebaja remunerativa, sea consensuada o –en su defecto- unilateral.

### 3.3. La modificación temporal

La dimensión temporal del trabajo es la condición laboral más vinculada a la personalidad del trabajador, por cuanto a la par de poner su fuerza laboral a disposición del empleador, el trabajador también se obliga a hacerlo durante un cierto tiempo. En el tiempo de trabajo, tanto en su aspecto cuantitativo (jornada de trabajo) como cualitativo (horario de trabajo), el conflicto laboral se manifiesta de modo pleno. Las fronteras del tiempo de trabajo, así como su distribución, afectan

---

[22] Coincidimos con CARRASCO MENDOZA, cuando sostiene que "*el contexto especial debería necesariamente poner en eminente riesgo un derecho constitucional cuya satisfacción implique necesariamente la afectación de las remuneraciones (principio de idoneidad o adecuación de los medios a los fines)*". (CARRASCO MENDOZA, H., "Acerca de la posibilidad de la reducción unilateral de las remuneraciones", *Soluciones Laborales*, Año 7, n° 84, agosto 2014, p. 112).

el goce de derechos fundamentales, tales como el derecho a la integridad física y psíquica, al disfrute del tiempo libre, a la salud, a la libertad de asociación, a la libertad religiosa, entre otros. De allí que esta sea la única condición laboral cuya modificación se encuentra regulada de forma expresa.

En efecto, para introducir cambios en la jornada de trabajo, el empleador deberá seguir el procedimiento regulado por el artículo 2 del Decreto Supremo Nº 007-2002-TR y por el artículo 7 del Decreto Supremo Nº 008-2002-TR, a menos que se encuentre ante un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor que haga impostergable tal modificación[23].

El procedimiento conlleva comunicar, con ocho días de anticipación, al sindicato, o a falta de este a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores afectados, la medida a ser adoptada, así como los motivos que la sustentan. Dentro de los tres días siguientes de recibida la comunicación, el receptor de la misma, según sea el caso, podrá solicitar al empleador llevar a cabo una reunión, a fin de plantear una medida distinta a la propuesta (deberá justificar por escrito su oposición). La reunión se realizará en los tres días siguientes. A falta de acuerdo, el empleador estará facultado a modificar la jornada, sin perjuicio del derecho de los trabajadores a impugnar tal acto ante la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los diez días siguientes de implementada la modificación.[24]

El procedimiento antes reseñado también aplica cuando el empleador pretende introducir una jornada atípica, debiendo para ello, mediante la comunicación cursada al sindicato (o a los representantes de los trabajadores o, en su defecto, a los trabajadores involucrados), justificar el cambio *"en forma suficiente, atendiendo a su razonabilidad y proporcionalidad"*[25].

Sobre esta materia, la Dirección General de Trabajo estimó que la reducción de la jornada diaria de 12 a 8 horas y el alargamiento de la semana laboral de 4 a 6 días[26], fundamentados en los avances tecnológicos que permitían una menor

---

23 En estos supuestos, el empleador deberá obtener la aceptación escrita de los trabajadores involucrados en la medida, a pesar que tal exigencia no guarda proporción con la urgencia de adoptar el cambio de jornada.

24 Una vez impugnada la medida, la Autoridad Administrativa de Trabajo deberá pronunciarse sobre la procedencia de la medida en un plazo no mayor de diez días hábiles. Respecto del procedimiento de modificación, el Proyecto de Ley Nº 4707/2015-CR planteó sustituir la facultad empresarial de modificación por el acuerdo individual o colectivo.

25 Informe Nº 031-2011-MTPE/2/14 del 15-12-2011.

26 La modificación consistía en pasar de un régimen de 3 turnos de 12 horas diarias en una semana laboral de 4 días (3 días de descanso por semana), durante el cual la primera semana se laboraba 4 días intercalados, y la segunda 2 días en forma interdiaria y los 2 días siguientes en forma continuada, a un régimen de 3 turnos de 8 horas diarias dentro de una semana laboral de 6 días (1 día de descanso a la semana). Además, los turnos de 7:00 a 19:00 horas, de 10:00 a 22:00 horas y de 19:00 a 7:00 horas, serían cambiados por otros de 7:30 a 15:30 horas, de 15:30 a 23:30 horas y de 23:30 a 7:30 horas.

permanencia del personal, en razones de seguridad y salud en el trabajo, y en el artículo 25 de la Constitución, superaba el control de legalidad.[27]

En cuanto a la distribución del tiempo de trabajo, el ordenamiento jurídico-laboral reconoce al empleador la facultad de modificar el horario de trabajo sin alterar la jornada, debiendo seguir el mismo procedimiento de consulta y negociación que aplica para el cambio de jornada.[28] De acuerdo al precedente administrativo vinculante en esta materia[29], el empleador deberá motivar su propuesta de cambio de horario, en lugar de aludir a referencias genéricas o ambiguas, así como citar a reunión al sindicato, en caso así sea solicitado. Concluido el procedimiento, el sindicato podrá recurrir a la autoridad laboral, pero para ello no está obligado a concretar previamente una negociación con el empleador.

La diferencia fundamental entre el procedimiento de cambio de la jornada de trabajo y el de horario estriba en que la vía para impugnar el cambio de horario dependerá del número de trabajadores afectados. Si la variación afecta al horario de trabajo, es colectiva y mayor a una hora, los trabajadores deberán acudir a la Autoridad Administrativa de Trabajo, pero si la modificación es individual, sea cual fuere la variación, el trabajador deberá actuar como si se tratara de un acto de hostilidad, primero, emplazando por escrito al empleador para que cese la hostilidad, y, luego, interponiendo una demanda judicial.[30] En ambos casos, el procedimiento de consulta y negociación es el mismo. La diferencia antes anotada resulta irrazonable, pues la modificación de ambos aspectos del tiempo de trabajo puede resultar igualmente perjudicial para el trabajador; pero, además, la propia norma no especifica cuándo la modificación se considera colectiva.[31]

La modificación colectiva en los turnos de trabajo ha dado lugar a sendas impugnaciones ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, señalándose que mal puede justificarse en las *"necesidades de producción y orden en las jornadas de trabajo, adecuándolas a las nuevas normativas de la corporación"*[32], pues constituye una fórmula abierta e imprecisa. En cambio, se admite como válido alegar que los nuevos turnos permiten un mejor equilibrio entre la fisiología humana, la

---

27 Resolución Directoral General Nº 70-2014-MTPE/2/14 del 2-05-2015.

28 Así lo reconoce el TC, al señalar que: *"El empleador, al haber modificado el horario de trabajo sin alterar el número de horas trabajadas, sino más bien reducirlo en quince minutos, actuó en el marco de las facultades que le reconoce la ley en el artículo 6 del Decreto Supremo Nº 007-2002-TR, TUO del Decreto Legislativo Nº 854, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo".* (STC Nº 4169-2004-AA/TC del 15-05-2006).

29 Resolución Directoral General Nº 003-2012/MTPE/2/14 del 15-02-2012.

30 El procedimiento se encuentra regulado por el artículo 6 del Decreto Supremo Nº 007-2002-TR y por los artículos 4, 12 y 13 del Decreto Supremo Nº 008-2002-TR.

31 Coincidimos con la apreciación de TOYAMA MIYAGUSUKU, en el sentido que el procedimiento general de modificación sustancial del tiempo de trabajo (aplicable al horario y a la jornada), sí podría diferenciarse en función a la fuente normativa que estableció el aspecto materia de variación (TOYAMA MIYAGUSUKU, J., *op.cit*., 2003, p. 188).

32 Resolución Directoral Nº 035-2014-MTPE/1/20 del 01-09-2014.

situación familiar del trabajador y su papel en la comunidad, no interrumpen el ritmo circadiano de los trabajadores -pues inician sus labores en horas de luz de día, produciéndose menos errores administrativos y accidentes profesionales-, facilitan a los trabajadores dormir en horarios adeudados, tomar sus alimentos con sus familiares y realizar gestiones personales ante entidades públicas y privadas.[33]

Estimamos que el procedimiento tratado en este acápite, tal cual está regulado y con la salvedad mencionada, permite, de un lado, dar pronta viabilidad a los cambios a introducir en materia de tiempo de trabajo y, de otro, dotar de garantías a los trabajadores, brindándoles un periodo de consulta y negociación de la medida, así como el fácil acceso a un control posterior de la legalidad de dicha medida por parte de la autoridad laboral.

### 3.4. La movilidad geográfica

La globalización del mercado y, por ende, de los negocios es una característica de nuestro tiempo, que desde la perspectiva laboral tiene un impacto directo en la organización del trabajo. Existen actividades que se desarrollan de forma interconectada a escala mundial sin necesidad de desplazamientos de personas, otras que involucran una movilidad constante del centro de trabajo y, por último, aquellas que requieren la movilidad permanente o transitoria de los trabajadores para poder llevarse a cabo. En los dos últimos supuestos, se produce un cambio de lugar de trabajo. En el segundo caso, que puede ser el de los artistas, el trabajador está prevenido de antemano que su actividad no tiene un solo lugar de realización, pues debe llevarse a cabo donde se presente el espectáculo. En el último supuesto, sea por las particularidades de la actividad laboral (así, los representantes comerciales o encargados de cobranza que deben viajar constantemente al interior de un territorio asignado, o los que cumplen funciones de supervisión y requieren realizar viajes esporádicos a los centros de trabajo bajo su responsabilidades), o sea por causas empresariales (apertura de un nuevo mercado, reducción de operaciones, descentralización productiva, etc.), el trabajador se traslada esporádicamente, periódicamente o de forma permanente a otro lugar de trabajo. Este es el supuesto que interesa de cara al análisis del ámbito de aplicación del *ius variandi*.

La movilidad geográfica puede darse dentro del mismo centro de trabajo y a otro centro de trabajo, sea con o sin cambio de lugar de residencia del trabajador. Puede ser, a su vez, dentro del territorio nacional o a nivel global.

En opinión de SALA FRANCO y LÓPEZ TARRUELLA, el cambio de lugar de trabajo sí puede ser unilateral, cuando se produce: a) dentro del mismo centro de trabajo, b) a otro centro de trabajo sin cambio de residencia del trabajador, y c)

---

[33] Nótese que en este caso, incluso, la Autoridad Administrativa de Trabajo solicitó la opinión técnica del Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección al Medio Ambiente (CENSOPAS) del Ministerio de Salud (Resolución Directoral General Nº 003-2012/MTPE/2/14 del 15-02-2012).

de forma temporal.[34] Al respecto, nuestra legislación contempla como supuesto de hostilidad *"el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios"* (artículo 30, literal c, de la LPCL), lo cual precisa como *"cambio a un ámbito geográfico distinto"* (artículo 50 del Decreto Supremo Nº 001-96-TR). Nótese que este traslado deberá ir acompañado de un elemento subjetivo para que califique como hostil, cual es el ánimo deliberado de causar perjuicio al trabajador. Si nos ciñéramos a la literalidad de las normas citadas, deberíamos coincidir con los referidos autores en que los tres casos reseñados se encuentran dentro del ejercicio válido del *ius variandi*, no siendo necesario un análisis del ánimo del empleador al no configurarse el elemento objetivo. No obstante, en las sentencias que han sido materia de revisión, el análisis de ambos elementos se ha realizado de forma conjunta, pues desde antaño nuestra jurisprudencia ha dejado sentado que *"la cercanía o distancia implicada en el cambio es un factor que por sí solo no es suficiente para tipificar el ánimo perjudicial del empleador"*.[35]

El TC ha considerado que el *animus nocendi* se revela en el traslado de un trabajador de Arequipa a Cusco, cuando existía plaza vacante en Arequipa y los familiares del trabajador requerían contar con su presencia por la situación de menoscabo físico y psicológico en que se encontraban (Exp. Nº 02904-2011-PA/TC del 28-01-2013). Vale decir que, a tenor de esta sentencia, una limitación a la movilidad geográfica es la vulneración al derecho a la unidad familiar.

En esta misma línea se venía pronunciando la Corte Suprema, al sostener que *"el ámbito geográfico en el que el trabajador presta sus servicios es un factor determinante para éste al momento de celebrar el contrato; de manera que el cambio de esta situación suele crearle dificultades personales y a sus familiares; causándole problemas económicos y de salud."* (CAS. 298-99-Lima del 30-05-2000). Discrepamos de la generalización que atribuye a todo traslado un carácter perjudicial, por cuanto habrá que dilucidar en cada caso el entorno familiar del trabajador, cuál es la magnitud del traslado y, en especial, cuál es la motivación del mismo, sin soslayar el derecho fundamental de toda persona a elegir su lugar de residencia, que reconoce el artículo 2, literal 10, de la Constitución.

Con el ánimo de evitar generalizaciones, solo si la labor entraña el traslado temporal del trabajador a diversos lugares, o incluso pudiera conllevar el cambio periódico de su lugar de residencia (como ocurre con los jefes de sucursal de bancos, o con los ejecutivos que deben mudarse de país), la condición de movilidad laboral resulta esencial y debe constar expresamente en el contrato de trabajo. Sobre el particular, el TC desestimó una demanda de amparo de un trabajador que fue despedido por negarse a ser trasladado a Chiclayo y Apurímac, pues en el contrato de trabajo estaba previsto expresamente la posibilidad de cambio de localidad del demandante en cualquier momento por necesidad del servicio, y el

---

[34] SALA FRANCO, T. y F. LÓPEZ TARRUELLA, *op.cit.*, p. 66.

[35] DE LA TORRE UGARTE, C., "Traslado del trabajador de acuerdo a la jurisprudencia actual", *Thémis*, n° 12, 1988, p. 86.

demandante no había acreditado la intención del empleador de causarle perjuicio (Exp. Nº 00593-2009-PA/TC del 6-02-2009).

La Corte Suprema también se pronunció sobre un caso en el cual la movilidad geográfica estaba acordada por las partes en el contrato de trabajo (CAS. 2456-2014-Lima del 3-12-2015). No obstante dicha obligación contractual, y que la zona elegida por la demandante (Cañete) fue desactivada por mandato legal, por lo cual el empleador la trasladó a Lambayeque, se consideró que el traslado era ilegal, pues se verificó que había una plaza más cercana (Ica), y no se habría tomado en cuenta la condición de madre primeriza y lactante de la demandante. De esta manera, la Corte evaluó los elementos objetivos y subjetivos del traslado, y aclaró que *"no toda variación de las condiciones laborales constituye un atentado contra la estabilidad laboral de la mujer embarazada y lactante, pues debe existir dentro de cada caso concreto, prueba de que dicha variación afecta los derechos fundamentales de la trabajadora y por consiguiente, las condiciones dignas y justas en las cuales debe desarrollarse la relación laboral, o de que la variación se da por su condición de gestante."*. Por consiguiente, la valoración deberá ser casuística.

Por ello, a pesar de la envergadura de la movilidad geográfica, la misma podría estar incluida dentro del ejercicio del *ius variandi*, cuando quede demostrada su justificación objetiva y razonable, alejada de un ánimo perjudicial. Así lo ha expresado la Corte Suprema, al resolver la CAS. 505-2010-Lima del 1-04-2011:

> Dicho poder de dirección le permite en consecuencia al empleador, entre otras atribuciones, introducir cambios en la forma y modo de prestación de la relación de trabajo, lo que puede incluir modificaciones razonables en el tiempo y lugar, sujeto a criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo, en armonía con el respeto de los derechos fundamentales del trabajador, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado.

Con base en este razonamiento, no constituye hostilidad el traslado temporal del trabajador de Lima a Huánuco que se encontraba fundamentado en la política general de descentralización del empleador, y que no habría tenido como finalidad causar perjuicio en la categoría ni en la remuneración (por el contrario, señala la sentencia, se promovió al trabajador), pues incluso el traslado se postergó para que el demandante pudiera culminar los estudios de maestría, *"...lo que ha llevado a concluir a las instancias de mérito en base a la prueba actuada que el traslado cuestionado no obedece a un deliberado propósito de causarle perjuicio al trabajador ni propiciar su renuncia a la institución, sino que dicha facultad de dirección se sustenta en criterios objetivos y razonables que procuran satisfacer una necesidad institucional, sin que ello suponga una limitación intensa y desproporcionada en los derechos fundamentales del trabajador."*. Por ello, dado que el empleador justificó la medida en una causa objetiva y razonable -e incluso la postergó atendiendo a una situación personal del trabajador-, la Corte Suprema considera que los parámetros del *ius variandi* han sido respetados.

Cuando el cambio de lugar de trabajo importa pasar de la modalidad presencial de trabajo al teletrabajo, habrá que dilucidar el caso a la luz de lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley Nº 30036 y el artículo 4 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 017-2015-TR. En dichas normas expresamente se contempla que el cambio antes aludido debe ir precedido del acuerdo entre ambas partes laborales. No obstante, la reversibilidad del teletrabajo sí puede ser decidida unilateralmente por el empleador, cuando los objetivos trazados para la actividad laboral materia del teletrabajo no hayan sido alcanzados. Para esto último, será indispensable que el empleador comunique al trabajador la decisión de reversión, sustentándola por escrito y con quince días naturales de antelación.

En los casos en que la movilidad geográfica sea trasnacional, se presentan dos problemáticas: la primera es el caso de los denominados comúnmente como "expatriados", quienes con cierta periodicidad mudan su residencia de país, y la segunda versa sobre la determinación de la ley aplicable. En cuanto al primer punto, cabe preguntarse si el solo hecho de contemplar en el contrato de trabajo la obligación de movilidad trasnacional del trabajador es suficiente para que el empleador pueda disponer del lugar de trabajo y residencia sin dar un preaviso mínimo al trabajador.

La segunda materia resulta relevante a efectos de esclarecer cuál es el haz de derechos y obligaciones legales que recaen sobre las partes laborales. Conforme a lo dispuesto por la norma peruana de conflicto, contenida en el artículo 2095 del Código Civil, la ley aplicable será la elegida por las partes y, a falta de esta, la del lugar de cumplimiento de la obligación. También resuelve la norma de conflicto el caso de traslados constantes del trabajador a diversos países, en cuyo caso se aplicará la ley del lugar donde se ejecute la obligación principal y, en el supuesto que este lugar no puede determinarse, la del lugar de celebración del contrato.

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, el artículo 2095 del Código Civil plantea dos cuestiones para el debate. En primer lugar, se discute si el trabajador puede válidamente convenir con el empleador en someterse a la ley laboral extranjera. Sobre el particular, dos principios, el de protección del trabajador y el de territorialidad, podrían llevarnos a afirmar la invalidez de un acuerdo de esta naturaleza. De un lado, el principio protector procura no ahondar en la desigualdad entre las partes laborales, sometiendo al trabajador a una ley desconocida; de otro, conforme al principio de territorialidad, la ley de un país se aplica dentro de su territorio. En segundo término, y ante la falta de acuerdo expreso entre las partes sobre la ley aplicable, cabe preguntarse si se debe o no aplicar la ley del lugar de cumplimiento de la obligación. Nótese que la ley del lugar de cumplimiento podría coincidir con el principio de territorialidad antes mencionado. No obstante, resulta necesario recurrir al principio de condición más beneficiosa, a fin de determinar cuál es la ley laboral que establece mejores derechos y condiciones laborales para el trabajador. Esa será la ley aplicable de acuerdo a esta posición.

Respecto de los trabajadores protegidos por el fuero sindical, el artículo 30 del Decreto Supremo Nº 003-2010-TR establece que la movilidad geográfica entre

establecimientos de la misma empresa podrá ser unilateral, siempre que esté sustentada en una causa debidamente demostrada y que *"no le impida desempeñar el cargo de dirigente sindical"*. De esta manera, además de los criterios ya reseñados, el traslado de un dirigente sindical cubierto por el fuero deberá permitirle ejercer sus funciones dirigenciales.

Sobre esta materia, el TC ha considerado que se afecta la libertad sindical si el traslado del dirigente se produce en medio de la negociación del pliego, constituyendo así el traslado *"una extralimitación del poder de dirección del empleador"* (Exp. Nº 8330-2006-PA/TC del 15-11-2007). También se vulneró este derecho constitucional, al trasladar a casi el 100% de trabajadores sindicalizados -versus el 6% del total de trabajadores no sindicalizados- a un centro laboral que les obligaba a atravesar toda la ciudad, y que, por ende, impedía a los primeros incrementar el número de afiliados a la organización sindical; a lo cual se sumaba el perjuicio económico al ser trasladados a un centro con menores ingresos y el perjuicio en la salud y menor tiempo libre para dedicarse a actividades familiares y personales (Resolución Directoral Nº 406-2013-MTPE/1/20.4 del 25-06-2013).

Finalmente, en cuanto a la carga de la prueba, el TC concluyó en que el traslado de un dirigente sindical de Cusco a Quillabamba no había sido debidamente justificado, siendo insuficiente argumentar *"necesidades del servicio"* y presentar comprobantes de pago que acrediten que los costos del traslado fueron asumidos por el empleador (Exp. Nº 03377-2013-PA/TC del 6-01-2015). En la misma sentencia, se señaló que, cuando el trabajador aporta un indicio razonable que indique que la decisión del empleador obedece a la condición de afiliado sindical o a su participación en actividades sindicales, corresponde al empleador asumir la carga de la prueba respecto de la legalidad del traslado.

## 4. EL FUTURO DEL *IUS VARIANDI*

En las líneas anteriores hemos comentado acerca de las restricciones al ejercicio del *ius variandi* que se han de aplicar de modo general a todas las variaciones de condiciones de trabajo, y según cada condición laboral en particular. También hemos estudiado los pronunciamientos emitidos en los últimos años por el TC, la Corte Suprema y por la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. Corresponde entonces dar respuesta al cuestionamiento inicial, y lo hasta aquí señalado nos lleva a confirmar la necesidad de establecer reglas mínimas sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo a iniciativa del empleador, con el propósito de proteger la dignidad del trabajador y el ejercicio de sus derechos constitucionales y, simultáneamente, de conceder algún grado de seguridad jurídica al empleador respecto de la legalidad de las decisiones que adopte y que tengan incidencia sobre las condiciones de trabajo.

Desde esa perspectiva, las decisiones empresariales que modifiquen condiciones laborales deberán estar sustentadas en una causa objetiva, esto es, deberán ser razonables y excepcionales, a menos que se sustenten en situaciones de caso fortuito

o fuerza mayor o situaciones de emergencia. Coincidimos con ARCE ORTIZ y con el Proyecto de Ley General de Trabajo en que la causa objetiva deberá referirse a un motivo económico, técnico, estructural u organizativo[36], cuya relevancia habrá de ser valorada de forma casuística. Ahora bien, dicha causa no necesariamente tendría que ser determinante para superar una coyuntural empresarial negativa, porque ello dependerá del ámbito subjetivo de la variación.

En cuanto al procedimiento, hemos anticipado nuestro parecer sobre el establecido para el caso de modificaciones del tiempo de trabajo. Respecto de la variación de las demás condiciones de trabajo, somos de la opinión que bastará con una preaviso al trabajador afectado –no debiera ser inferior a siete días, salvo casos de emergencia-, cuando se trate de una modificación individual, pero se requerirá de un periodo de consultas y –de ser el caso- negociación, si la modificación es de carácter colectivo. En este segundo supuesto, si el empleador comunicara a la organización sindical (o, en su defecto, a los representantes de los trabajadores o, a falta de estos, a los trabajadores afectados) acerca de la medida y su causa, con antelación, y el periodo de consultas y negociación resultase infructuoso, aquel podría instaurar la variación. De allí la relevancia de contar con instancias administrativas céleres de resolución de la impugnación que pudiera plantear el grupo de trabajadores o el trabajador involucrado en la medida empresarial. En suma, se podría replicar con ciertos matices el procedimiento aplicable a la modificación temporal para las demás condiciones de trabajo.

Al respecto, la autonomía colectiva podría regular la dinámica de las reuniones durante el periodo de consultas y negociación, si es factible la intervención de algún tercero (conciliador o mediador), y cuál es el medio escrito a usar para las comunicaciones en esta materia. Mediante el pacto individual también podría estipularse los dos últimos puntos mencionados. Evidentemente, el convenio colectivo y el pacto individual son mecanismos que permiten adecuar las normas heterónomas a las particularidades de la actividad económica empresarial, en especial de aquella que depende sustancialmente de las fluctuaciones del mercado.

Prohibir el ejercicio del *ius variandi* de las condiciones de trabajo supone desconocer la realidad en que se inserta la relación laboral. No establecer un procedimiento para encauzarlo genera indefensión del trabajador. Exigir una motivación extraordinaria en todos los casos para justificarlo, lo equipararía al cese colectivo. Por todo ello, establecer normas mínimas para que el *ius variandi* se ejerza respetando el ordenamiento jurídico-laboral y los derechos fundamentales del trabajador, es permitir que las vicisitudes transiten por la relación de trabajo, pero no la extingan. En ese sentido, la supervivencia del contrato de trabajo dependerá del futuro del *ius variandi*.

---

[36] ARCE ORTIZ, E., "Modificación de la prestación de trabajo: un estudio sobre las modificaciones sustanciales", *Ius et Veritas*, Año XVI, nº 34, 2007, p. 131-132.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ARCE ORTIZ, E., *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, Lima, 2008, 580 p., ISBN 9789972224768.

ARCE ORTIZ, E., "La determinación de la prestación de trabajo en el contrato laboral (los casos de la determinación geográfica y funcional)", en: *Trabajo y Seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez*, Grijley, Lima, 2008, pp. 195-210.

ARCE ORTIZ, E., "Modificación de la prestación de trabajo: un estudio sobre las modificaciones sustanciales", *Ius et Veritas*, Año XVI, nº 34, 2007, pp. 124-135.

BOZA PRÓ, G. y L. MENDOZA LEGOAS, "Modificación de condiciones de trabajo en Perú", *IUSLabor Revista electrónica de Dret del Treball i de la Seguretat Social*, nº 3/2014, pp. 93-100, ISSN 1699-2938.

CARRASCO MENDOZA, H., "Acerca de la posibilidad de la reducción unilateral de las remuneraciones", *Soluciones Laborales*, Año 7, n° 84, agosto 2014, pp. 107-113, ISSN 1996-3076.

DE LA TORRE UGARTE, C., "Traslado del trabajador de acuerdo a la jurisprudencia actual", *Thémis*, n° 12, 1988, pp. 85-88, ISSN 1996-3076.

DE LAMA LAURA, M.G., "Los convenios de reducción de las remuneraciones en la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional", *Soluciones Laborales*, Año 7, n° 82, octubre 2014, pp. 114-119, ISSN 1996-3076.

DE LAMA LAURA, M.G., "La movilidad geográfica. Algunas consideraciones en relación con su tratamiento legal y jurisprudencial", *Soluciones Laborales*, Año 5, n° 54, junio 2012, pp. 13-21, ISSN 1996-3076.

FERNÁNDEZ HUAYTA, C., "En el ejercicio del *ius variandi*, ¿el traslado del trabajador configura un móvil de hostilización?", *Actualidad Empresarial*, nº 332, Primera quincena, agosto 2015, pp. 4-6, ISSN 1996-3076.

GARCÍA VALVERDE, M.D., *La movilidad geográfica (un análisis teórico jurisprudencial)*, Comares, Granada, 2002, 183 p., ISBN 8484444643.

HELGESEN, S., *Abierto las 24 horas. Seis estrategias para navegar en el nuevo entorno profesional*, Ediciones Urano, Barcelona, 2003, 255 p., ISBN 9788495787248.

MARTÍN VALVERDE, A., F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*. 10ma.ed., Tecnos, Madrid, 2001, 934 p., ISBN 84-309-2877-4.

MIROLO, R.R., *Variación de las condiciones de trabajo (Ius variandi)*, Editorial Mediterránea, 2002, 228 p., ISBN 9871020066.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, 8va.ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, 1169 p., ISBN 84-8004-422-5.

PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3era.ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 422 p. ISBN 950-14-1692-5.

SACO BARRIOS, R., *Jus Variandi. Modificaciones unilaterales a la forma y modalidades de la prestación laboral*, CIAT-OIT, Lima, 1993, 170 p.

SALA FRANCO, T. y F. LÓPEZ TARRUELLA, *La modificación de la prestación de trabajo*, Ediciones Deusto, Madrid, 1991, 167 p.

SANTOS FERNÁNDEZ, M.D., *El contrato de trabajo como límite al poder del empresario*, Bomarzo, Albacete, 2005, 299 p., ISBN 848697769X.

SCHOOF CHÁVEZ, A.E., *Actos de hostilidad del empleador contra el trabajador*, Lima, Tesis (bachiller), 1983, 81 p.

SERRANO OLIVARES, R., *La movilidad geográfica transnacional*, La Ley, Madrid, 2000, 211 p., ISBN 8476959052.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J., "Modificación de condiciones de trabajo: entre el poder de dirección y el deber de obediencia", *Derecho & Sociedad,* Año 14, nº 21, 2003, pp. 172-189.

TOYAMA MIYAGUSUKU, J., "La modificación de condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano", en: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT, Lima, 2000, pp. 107-133, ISBN 9223120551.

VALDERRAMA VALDERRAMA, L.R., "La movilidad geográfica del trabajador como potestad del empleador. Tratamiento doctrinal, legal y jurisprudencial", *Soluciones Laborales*, Año 7, n° 78, junio 2014, pp. 13-18, ISSN 1996-3076.

VALLE MUÑOZ, F.A., *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1998, 429 p., ISBN 8481880728.

VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo*, Consejo Económico y Social, Madrid, 1996, 189 p., ISBN 8481880353.

VILELA ESPINOSA, A., *Actos de hostilidad*, 2da.ed., AELE, Lima, 2015, 86 p., ISBN 9789972653766.

VITTERI GUEVARA, J.M., "Configuración de los actos de hostilidad en el centro de trabajo", *Soluciones Laborales*, Año 9, n° 104, agosto 2016, pp. 105-114, ISSN 1996-3076.

# *Ponencias libres*

# La movilidad geografica del trabajador: propuestas para una reformulacion legislativa


## Roberto Matallana Ruiz

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la misma casa de estudios. Profesor en Derecho Laboral en la Universidad del Pacífico y en Derecho Procesal del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consejero del Área Laboral del Estudio Miranda y Amado Abogados.


***SUMARIO***


*Introducción. I. El poder de dirección. 1. Noción. 2. Fundamento. 3. Facultades reconocidas al empleador. II. El ius variandi. 1. Noción. 2. Clases de ius variandi. 3. Limites. 3.1. Limites funcionales. 3.2. Limites sustanciales. III. La movilidad geográfica: Aspectos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales. 1. El lugar de trabajo. 2. Noción de movilidad geográfica. 3. Clases de movilidad geográfica. 4. La deficiente regulación legal de la movilidad geográfica en el Perú. 5. Criterios jurisprudenciales. Bibliografía.*

## INTRODUCCIÓN

El contrato de trabajo, a diferencia de otras instituciones jurídicas contractuales (como las que caracterizan al Derecho Civil), genera una relación especial entre las partes, en virtud del cual una de ellas (el trabajador), se encuentra sujeta a las órdenes y disposiciones de la otra (el empleador). Asimismo, producto del carácter subordinado del contrato laboral, el empleador goza de una serie de facultades destinadas a la orientación y organización de la empresa.

Sin embargo, el poder de dirección del empleador, de las que se derivan las diversas facultades, no estaría legitimado ni tendría razón de ser si no se encontrase sustentado en alguna norma de rango constitucional. Es así que, como lo veremos en el transcurso del presente trabajo, el poder de dirección se encuentra fundamentado en el denominado derecho fundamental a la libertad de empresa, en función del cual el empleador ostenta la facultad de organizar, orientar y conducir todos los factores productivos, en las que se encuentran las labores del trabajador.

Por otro lado, dada la acelerada y cambiante realidad, el contrato de trabajo puede ser modificado a voluntad unilateral del empleador, quien en aras de adaptar a la empresa a las diversas necesidades y hacerla más competitiva, puede disponer de las medidas que sean necesarias mientras no se pongan en riesgo los derechos del trabajador.

Por eso, con el fin de adaptar la empresa a las nuevas circunstancias que se le presentan, el legislador ha optado por regular la denominada facultad de variación, mediante el cual el empleador se encuentra autorizado a variar o cambiar aquellos aspectos no sustanciales de la relación de trabajo. Establecido ello, es de resaltar la importancia que representa esta figura, ya que cada día son más las empresas que producto de la expansión del mercado y con ello la competencia, deciden rotar a su personal a un lugar distinto de su puesto habitual. En ese sentido, se examinará de modo especial el poder de movilidad geográfica que ostenta el empelador, sus formas de manifestación y los límites trazados por el legislador peruano para tutelar el derecho de los trabajadores que pueden verse afectados con el traslado a una ubicación distinta de su lugar habitual de labores.

## I. EL PODER DE DIRECCIÓN

### 1. Noción

La relación de trabajo, a diferencia de otras figuras jurídicas similares con las que comparte algunos elementos, se caracteriza por la nota de la subordinación o dependencia; es decir, la relación entre trabajador y empleador dentro de la empresa, se desarrolla bajo el manto de la sujeción, en virtud del cual el primero, al ofrecer sus servicios personales al segundo, le confiere el poder de conducirlo en el desempeño de sus funciones.

Así lo indica Mario de la Cueva[1], quien refiere que la subordinación es la "facultad jurídica del patrono en virtud de la cual puede dictar los lineamientos, instrucciones u órdenes que juzgue conveniente para la obtención de los fines de la empresa, y una obligación igualmente jurídica del trabajador de cumplir esas disposiciones en la prestación de su trabajo". Es por ello que se afirma que la subordinación del trabajador supone necesariamente la autoridad o el poder de dirección, que comprende una serie de facultades, con las que el empleador influye de manera decisiva en la organización y dirección de las labores, con el objeto de adecuar los factores productivos a las necesidades de la empresa.

Según Guillermo Figueroa, el poder de dirección del empresario "es la facultad de impartir ordenes e instrucciones para que la fuerza de trabajo cumpla los propósitos de la empresa"[2]. Para Jorge Toyama, "supone la facultad de dirigir, regular, reglamentar, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos fundamentales de los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales"[3].

Por su parte, y de manera más detallada, Lupo Hernandez argumenta que dicho poder consiste en "una pluralidad de facultades que el ordenamiento jurídico reconoce como necesarias e indispensables para el funcionamiento normal de la empresa, para su organización económica, técnica y funcional. Esto se traduce, en hecho y en derecho, en la facultad de dar órdenes, impartir instrucciones y trazar directivas, en la facultad de legislar en el seno de la empresa, la facultad de imponer sanciones disciplinarias y en diversas facultades o derechos (de control, de ordenar la empresa, de variar las condiciones de trabajo), reconocidos al empleador como necesarias para conducir la empresa"[4].

Por consiguiente, es posible concluir que el poder de dirección consiste en la facultad del empleador de dar órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de la prestación del servicio, la facultad de especificar los puestos y atribuciones de éstos, con la finalidad de que el trabajador cumpla con las obligaciones contraídas; de ordenar la empresa conforme a sus necesidades específicas de orden técnico, funcional y económico, como son la producción de bienes y servicios, la distribución y el intercambio de los mismos.

---

1 DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 5ª edición, Porrúa, México, 1978, p. 203.

2 GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. "Contenido del Contrato de Trabajo. Obligaciones de las Partes". En: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México, 1997, p. 393.

3 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú". En: *Ius et veritas*, vol. 19, núm. 38, Lima, 2009, p. 122.

4 HERNANDEZ RUEDA, Lupo. "Poder de dirección del empleador". En: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997, p. 405.

**2. Fundamento**

El poder de dirección encuentra su fundamento constitucional, en el llamado derecho a la libertad de empresa. Así lo estima Jorge Toyama, quien citando a Luque Parra indica que el poder de dirección es "un poder privado derivado de la libertad de empresa y que incide sobre una relación laboral con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva"[5]. En otras palabras, "en virtud del ejercicio de su derecho constitucional relativo a la libertad de empresa, el empleador dirigirá la labor de sus trabajadores en favor de los fines que como titular de la empresa se ha planteado"[6].

De igual forma, Blancas Bustamante, apoyándose en Valdés Dal-Re refiere que "el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa brinda la oportunidad para la configuración unitaria del poder de dirección, entendiendo por tal, en su sentido más genérico, el conjunto de facultades que definen su posición en la relación laboral. O dicho en otras palabras, la libertad de empresa se proyecta en el contratado de trabajo a través de las facultades y poderes que los ordenamientos reconocen a los empresarios"[7]. Por su parte, Eduardo Birimisa, concluye que "la libertad de empresa le concede al empresario la facultad de realizar empresa fijando los objetivos y metas que crea necesarios. Para esto, ya en su calidad de empleador y en virtud del poder de dirección se le reconoce la facultad de dictar órdenes necesarias para el cumplimiento de sus objetivos y, de manera simultánea, las facultades de fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones, y la de sancionar la trasgresión de las mismas".

Ahora bien, sobre el contenido del referido derecho constitucional, esto es, la libertad de empresa, Marcial Rubio indica que "consiste en la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial, dentro de los marcos de la Constitución y la ley. La empresa es una entidad que toma decisiones libremente sin ofender al derecho"[8].

La libertad de empresa, está compuesto por un cúmulo de facultades, dentro de las cuales se encuentra la libertad de organización y la libertad de gestión. El primero "consiste en la facultad que se le otorga al empresario para determinar sus objetivos empresariales y, en función de ellos, decidir la manera de combinar los elementos materiales e inmateriales de la empresa". Es decir, "esta libertad se materializa en la posibilidad que tiene el empresario para ordenar sin mayores

---

5 Citado en TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La modificación de condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano". En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Perú, 2000, p. 113.

6 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú". Ob. cit., p. 122.

7 Citado en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo*. 2ª edición, Fondo Editorial, PUCP, 2013, p. 99.

8 RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 227.

limites el proceso económico, combinando los factores productivos (capital y trabajo), buscando maximizar el resultado y reduciendo los costes"[9]. El segundo, está referida a la conducción no solo de los bienes con que cuenta la empresa, sino también de su personal, es decir, de todos los elementos que los componen[10].

Así, el empleador, al hacer uso de su poder de dirección, actúa como titular del derecho a la libertad de empresa, siendo este el que otorga legitimidad a dicho poder. Por ende, la libertad de empresa, como fundamento de los poderes y facultades de las que goza el empleador, encuentra su máxima expresión en el contrato de trabajo, cuyo rasgo característico es la subordinación del trabajador a las decisiones del empleador.

### 3. Facultades reconocidas al empleador

El poder de dirección del empleador, comprende un haz de facultades necesarias para el buen ejercicio de la función empresarial. Al respecto, se admite que dicho poder está integrado por la facultar normativa, ordenadora, de control y vigilancia, de adaptación o variación y de la facultad disciplinaria.

Sobre el particular, el artículo 9 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), señala que el empleador tiene facultades para normar reglamentariamente las labores (facultad reglamentaria), dictar las ordenes necesarias (facultad ordenadora), sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento laboral (facultad sancionadora). Asimismo establece que el empleador está facultado para introducir cambios (facultad de adaptación o *ius variandi*).

Sin embargo, si bien no es un tema que nos ocupa en el presente trabajo, es pertinente mencionar que dentro de las facultades directivas reconocidas por nuestra legislación, no se encuentra la denominada facultad de control y fiscalización, que pese a ser una de mucha importancia —debido a que su ejercicio desproporcionado puede comprometer la vulneración de la intimidad del trabajador— no ha sido tomado de manera taxativa por nuestro legislador.

## II. EL *IUS VARIANDI*

### 1. Noción

El contrato de trabajo, al enfrentarse con nuevas y variadas situaciones, puede perfectamente verse modificado, ya que producto del dinamismo económico, el empleador se ve muchas veces en la necesidad de adoptar medidas que implican

---

[9] GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo" (comentario al artículo 59 de la Constitución). en: *La Constitución comentada*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, 2013, p. 255.

[10] Ídem.

cambios en la relación jurídica; es decir, el empleador, con ciertas condiciones y limitaciones, se encuentra facultado para modificar algunas cláusulas del contrato de trabajo.

Esto es a lo que la doctrina ha denominado como el *ius variandi,* el cual es definido como "la potestad reconocida al empleador de variar, dentro de ciertos límites, las condiciones, forma y modo de prestación del servicio a cargo del trabajador"[11]. Este poder, según indica Julián Arturo, "es la potestad del empleador de modificar las condiciones de trabajo de forma unilateral, en la medida que estos cambios no afecten modalidades esenciales del contrato, se ejerzan con razonabilidad, y no generen daño moral o material al trabajador"[12].

Ahora bien, haciendo un paréntesis, es preciso señalar que el *ius variandi* no debe se confundido con la alteración unilateral del contrato, ya que el "primero trata sobre la forma de actuar del trabajador, mientras la segunda versa sobre temas sustanciales del contrato"[13]. Si bien ambos se basan en modificaciones unilaterales, el *ius variandi* no constituye modificaciones sustanciales del contrato, que sí pueden darse con la modificación unilateral.

Sobre el particular, Hernández Rueda, apoyándose en Pla Rodríguez nos dice que "La diferencia con el *ius variandi* no se produce en cuanto a los sujetos porque en ambos casos actúa solo el empleador; sino en cuanto al objeto, ya que el i*us variandi* versa sobre pequeñas variaciones, relativas a la forma de actuar el trabajador, y la alteración versa sobre temas sustanciales del contrato"[14].

### 2. Clases de *ius variandi*

Ahora bien, siguiendo la clasificación hecha por Guillermo Guerrero, es posible identificar dos tipos de *ius* variandi: el normal y el excepcional. El primero está referido a lo ya mencionado hasta el momento; es decir, a "la posibilidad de introducir pequeñas modificaciones en cualquier momento de la ejecución del contrato. Es un ejercicio ordinario del empleador en forma habitual sobre las condiciones de trabajo. Con base a este ejercicio no se podrían alterar las condiciones sustanciales del contrato ni ocasionar perjuicios al trabajador; está sujeto a ciertas condiciones de validez sin límite de tiempo y su duración dependería de que en el futuro se establecieran nuevas variantes"[15]. Ello resulta cierto, pues de modificarse unilateralmente alguna condición sustancial de trabajo, por ejemplo una reducción de la remuneración, estaremos ante la figura de la alteración antes referida.

---

11 HERNANDEZ RUEDA, Lupo. Ob. cit., p. 410.

12 ARTURO DE DIEGO, *Julián. Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* 5ª Ed. Buenos Aires, Argentina, Abelardo Perrot, 2002, p. 226.

13 GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Ob. cit., p. 395.

14 HERNANDEZ RUEDA, Lupo. Ob. cit., p. 411.

15 GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Ob. cit., p. 397.

El segundo, se refiere a la facultad de modificar las condiciones en que se presta el trabajo por el surgimiento de un imprevisto estado de emergencia. "Es una situación de excepción que concede la posibilidad de que las variaciones sean más amplias, pero mientras dure la situación excepcional"[16]. Según Arce Ortiz, este tipo de variación es llamado i*us variandi* sustancial o esencial, en base al cual "El empresario transforma la relación jurídica en otra distinta, al afectar sustancialmente las condiciones determinadas con anterioridad, con carácter [temporal] o permanente"[17].

Pero como esta figura no se encuentra regulada dentro de nuestra legislación laboral, salvo para el caso de la modificación sustancial de la condición de tiempo, en cuyo caso la propia ley funciona como fundamento jurídico y regula su actuación, el ejercicio de ésta siempre será ilícito. Por tanto, "para realizar una modificación sustancial o esencial, el empresario deberá acudir al contrato de trabajo como instrumento de novación contractual"[18].

### 3. Limites

El ejercicio del *ius variandi,* al igual que las demás facultades no es absoluto, más por el contrario se encuentra limitado, con el objeto de impedir que el empleador pueda hacerse un uso abusivo y desproporcionado. Así, es posible identificar dos tipos de límites: funcionales y conceptuales.

#### *3.1. Limites funcionales*

Está referido a que el empleador, en ejercicio del *ius variandi*, debe efectuar modificaciones de las condiciones de trabajo teniendo en cuenta la razonabilidad, objetividad, previsibilidad y proporcionalidad. De lo contrario, el perjuicio ocasionado al trabajador por la modificación introducida por el empleador debe conducir a la declaración de ilicitud del acto de modificación de la condición de trabajo[19].

De este modo, toda vez que una condición de la prestación de servicios (lugar, funciones y tiempo) ya fue determinada, el empleador podrá variarla unilateralmente solo si la legislación laboral lo permite, pues de no ser así, el empleador podría variar o modificar toda condición sin ningún límite. Es por ello que se afirma que "Si el poder empresarial no se somete a la ley, la empresa se convertiría poco menos que en una zona franca apartada de la sociedad, donde los intereses de los trabajadores no tienen significado alguno"[20].

---

16 Ídem.

17 ARCE ORTIZ. Elmer. "Modificación de la Prestación de trabajo. Un estudio sobre las modificaciones sustanciales". En: *Ius Et Veritas*, vol. 17, nº 34, Lima, 2007, p. 125.

18 Ibídem, p. 129.

19 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú". Ob. cit., p. 121.

20 ARCE ORTIZ. Elmer. Ob. cit., p. 125.

Por ende, la facultad de modificar las condiciones no sustanciales del contrato de trabajo, no puede ser ejercida en forma abusiva, lesionando los intereses morales o materiales del trabajador, sino que dichas modificaciones serán válidas, solo si se encuentran autorizadas por la ley y sin ánimo de ocasionar perjuicio.

### *3.2. Limites sustanciales*

El *ius variandi* tiene como fronteras la naturaleza misma de los cambios que se puedan realizar y los efectos que produce sobre los derechos del trabajador. No se puede ejercer esta facultad para modificar las cuestiones esenciales del contrato de trabajo tales como la cuantía del salario y los servicios convenidos, los cuales sólo podrán ser alterados por el mutuo consentimiento. Es por ello que se afirma que el *ius variandi* está limitado por la sustancia de la prestación de servicio que deberá ser apreciado por el juez en cada caso[21].

Asimismo, no podrán modificarse las condiciones de trabajo que se encuentran establecidas en un convenio colectivo, dado el carácter normativo y la fuerza vinculante del mismo, razón por la cual se erige como un límite a la potestad del empleador para modificar unilateralmente las condiciones de trabajo. Por último, esta limitación encuentra su fundamento en que otorgar a cualquiera de las partes laborales la posibilidad de modificar unilateralmente lo dispuesto en un convenio colectivo, representaría "vaciar" de contenido al convenio colectivo y enervar los efectos de la autonomía colectiva.[22].

En conclusión, el ejercicio del *ius variandi*, además de no poder alterar las condiciones esenciales del contrato de trabajo, no podrá tampoco perjudicar los derechos o intereses del trabajador, mucho menos si es ejercido desconociendo o en contra de los derechos de los trabajadores.

## III. LA MOVILIDAD GEOGRÁFICA: ASPECTOS DOCTRINALES, LEGISLATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

### 1. El lugar de trabajo

Al momento de formalizar el contrato de trabajo, las partes intervinientes fijan una serie de reglas que van regular las condiciones en que se va a efectuar la prestación de trabajo, las cuáles resultan indispensables para satisfacer la finalidad económico-social del contrato. En la medida de que la prestación de trabajar tiene un carácter genérico, se requerirá que mientras dure la ejecución de la prestación el empleador vaya delimitando, dentro de los márgenes establecidos en el contrato (límite inmediato) y las leyes (límite mediato), las condiciones de trabajo pactadas inicialmente; de ese modo, la empresa podrá adaptarse a las circunstancias eco-

---

21 GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. Ob. cit., p. 399.

22 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú". Ob. cit., pp. 121-122.

nómicas y sociales sobrevinientes, satisfaciendo así sus necesidades organizativas y productivas.

Las condiciones de trabajo que son materia de mayor atención por las partes son: el lugar de la prestación, el tiempo de la prestación, la cantidad de trabajo, la calidad de trabajo y el modo de la prestación (referidas al deber de buena fe, a pactos de exclusividad, entre otras).

Podemos definir como lugar de trabajo[23] a aquel espacio físico determinado en que el trabajador despliega la actividad para la que fue contratado, y que está bajo el control del empleador. Este espacio físico puede ser fijo (como sucede comúnmente en el caso de las labores administrativas) o itinerante (por ejemplo, los que trabajan en medios móviles). Cabe advertir que no necesariamente la noción de lugar de trabajo va a coincidir con la empresa, lo que dependerá de la organización que esta tenga, es decir, si está conformado solo por una unidad técnico-productiva (donde ambas nociones se funden) o por varios establecimientos (conformada por unidades satélites).

La atención que presta el Derecho del Trabajo al lugar de la prestación no es casual, pues la necesidad de determinarla obedece al "carácter normativo" de esta figura. Así, el ámbito espacial del contrato de trabajo: (i) orienta al trabajador sobre la localización en que deberá cumplir los deberes y ejercitar los derechos dimanantes de la relación laboral; (ii) establece el régimen jurídico aplicable a la relación obligatoria; y, (iii) demarca la competencia del juez que deberá conocer los eventuales conflictos de intereses entre las partes[24]. Por ello, podemos afirmar que este tratamiento del lugar de trabajo es algo específico de esta rama por las consecuencias que pueden generar al trabajador su alteración, mientras que en el Derecho Civil el lugar de la prestación se atiende como algo accesorio o circunstancial, poniéndose mayor énfasis en la regulación del "lugar de pago".

---

[23] Al analizar la noción de centro de trabajo recogido en la legislación española, Raquel Serrano advierte una diferencia importante entre "centro de trabajo" y "lugar de trabajo". El centro de trabajo puede ser definido como una unidad productiva con organización específica, es decir, que cuenta con un poder de dirección específico y diferenciado para ella (autonomía organizativa), al cual se encuentra adscrito el trabajador a los efectos de organizar las relaciones laborales en la empresa; mientras que el lugar de trabajo representa la unidad productiva sin organización específica, donde el trabajador ejecuta de forma efectiva su actividad (Cfr. SERRANO OLIVARES, Raquel. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Consejo Económico Social, Madrid, 2000, pp. 52 y ss.). Si bien esta distinción puede resultar importante para un análisis profundo de la delimitación del "lugar de trabajo", para los fines de este trabajo carece de trascendencia debido a que nos interesa más estudiar los efectos del desplazamiento o traslado del trabajador.

[24] SERRANO OLIVARES, Raquel. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Consejo Económico Social, Madrid, 2000, p. 47.

**2. Noción de movilidad geográfica**

Atendiendo a las nociones anteriormente dilucidadas, se puede aseverar que el poder de movilidad geográfica, en su sentido más general, hace referencia a la potestad del empleador de introducir cambios del lugar de prestación de trabajo (pactado contractualmente) de forma unilateral, viéndose así el trabajador compelido a variar de punto geográfico. De ese modo, no califican como movilidad geográfica los siguientes casos: (i) la que surge del acuerdo entre trabajador y el empleador; (ii) en los servicios que implican centros móviles o itinerantes, donde resulta implícita la movilidad del trabajador; (iii) los casos en que lo exija la ley (por ejemplo, la Ley N° 30334 otorga al trabajador víctima de violencia el derecho al cambio de lugar de trabajo en tanto sea posible y sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría).

De ese modo, la movilidad geográfica puede abarcar desde aquellos actos de desplazamiento temporal del trabajador (producto de un encargo o para cubrir un puesto vacante en otro sitio por un breve plazo) hasta el traslado permanente de todo el centro de trabajo a un lugar distinto. Sin duda, la intensidad de la variación del lugar en los derechos del trabajador ostenta una serie de matices, pues la movilidad geográfica puede representar tanto una mera concreción del marco contractual (que corresponde a un ejercicio legítimo del poder de dirección del empleador y que no requiere mayor trámite), como una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (donde la decisión del empleador reemplazaría el acuerdo al que arribaron las partes al celebrar el contrato), en cuyo caso resulta exigible una regulación especial para evitar un desmedro excesivo de los intereses del trabajador. Sobre el particular, aseveran Manuel Palomeque y Manuel Álvarez:

> "(...) las consecuencias de las facultades de organización del empresario no son absolutas. De hecho provocan consecuencias muy relevantes sobre la vida de relación del trabajador, existiendo, pues, razones subjetivas y aún objetivas que justifican el interés del trabajador a la inamovilidad. La regulación de la movilidad geográfica significa la prevalencia de los intereses de la empresa respecto a los del trabajador, portador de un interés contrario en cuanto dirigido a la conservación del originario lugar de trabajo (...)"[25].

En efecto, existe un patente conflicto de intereses entre el trabajador y el empleador al momento de limitar el lugar de trabajo: mientras que al trabajador busca la permanencia, fungiendo este como un derecho conectado con intereses extralaborales (determinación de su domicilio); al empresario le resulta más beneficioso una óptima localización de sus recursos, que puede implicar la movilidad de los trabajadores en la medida que disponga de varios lugares de trabajo. Para conjugar la actitud conservadora del trabajador con la predilección a la flexibilidad del empleador, la doctrina ha realizado esfuerzos para examinar en qué situación

[25] PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 16ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 708.

la alteración de las condiciones del contrato resultaría sustancial[26], prestando atención a una serie de presupuestos que deben estar presentes en el ejercicio del poder de movilidad geográfica. Así, para que este pueda sea ejercitado de forma legítima por el empleador, se ha concluido que deben existir causas justificantes y observar un criterio de razonabilidad.

Las causas justificantes que motivan la movilidad geográfica del trabajador deben entrañar razones organizativas, es decir, la ordenación racional de los factores productivos (el trabajo en este caso) a tenor de las exigencias funcionales y locativas de la empresa. Si lo analizamos en términos técnicos, la transferencia de personal puede responder a motivos diversos: (i) razones formativas (preparando al trabajador de cara a futuras responsabilidades), (ii) razones técnicas (al hilo de introducción de maquinaria o instrumentos informáticos), (iii) motivos imprevistos (ausencia, bajas imprevistas), (iv) razones estratégicas y de mercado (apertura de nuevos centros o ampliación de los mismos), o, en fin, (v) razones de mero acoplamiento (eligiendo la empresa a personas que por su cualificación pueden cumplir mejor sus cometidos en otro centro)[27]. La movilidad geográfica serviría entonces como un instrumento de mejora de la productividad, de reducción de costes, de optimización de recursos, etc., aspectos que deben ser atendidos por la empresa para consolidar su posición económica. Para tutelar el derecho del trabajador a la permanencia geográfica en su lugar de trabajo, distintas legislaciones preceptúan que no basta con alegar la existencia de una causa objetiva, sino que esta debe ser probada.

Por otro lado, con referencia a la razonabilidad, podemos señalar que la movilidad geográfica del trabajador será razonable cuando no suponga un perjuicio altamente gravoso para el trabajador, no debiendo operar el traslado si median otras alternativas para satisfacer las necesidades productivas empresariales. Por ende, la razonabilidad exige un análisis de la proporcionalidad del medio con el fin que pretende conseguir la empresa, lo cual debe ser puesto en conexión con un examen de los bienes jurídicos protegidos constitucionalmente que pueden resultar afectados.

---

[26] El criterio de "sustancialidad" tiene importancia para distinguir entre aquellos elementos que son esenciales en el contrato de trabajo (y que, en principio, solo pueden ser modificados si media el consentimiento de ambas partes), de los accesorios o circunstanciales (y por ende pasibles de variación ante cambios organizativos o económicos), justificando así un régimen jurídico diferenciado para su tratamiento. Cabe precisar que no podemos caer en la lógica reduccionista de que todo aquello que implique una modificación sustancial del contrato debe ser prohibido si no existe el acuerdo de ambas partes, toda vez que por la naturaleza dinámica de la relación laboral, pueden presentarse circunstancias especiales que justifiquen —previo análisis del caso concreto— el cambio de las condiciones de trabajo a sola decisión del empleador.

[27] ALEMÁN PAEZ, Francisco; JIMÉNEZ GARCÍA, Juan y Vega López, Julio. *Derecho del Trabajo II*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Gran Canaria, 2007, p. 32.

### 3. Clases de movilidad geográfica

A nivel doctrinario[28], se ha esbozado distintas clases de movilidad geográfica, las que pueden ordenarse en dos perspectivas:

a) Desde la perspectiva del lugar de trabajo: Existen tres clases: (i) el simple cambio de puesto de trabajo dentro del mismo centro; (ii) el cambio de centro de trabajo que no exige cambio de residencia del trabajador; y, (iii) el cambio de centro de trabajo que exige cambio de residencia del trabajador.

b) Desde la perspectiva de la decisión movilizadora: Existen tres clases: (i) a iniciativa del empresario, bien por causas técnicas, organizativas o de producción, bien por causas disciplinarias, (ii) a iniciativa del trabajador (como los traslados por reagrupamiento familiar); y, (iii) bilateral, esto es, realizada por muto acuerdo de las partes.

Conforme se puede apreciar, esta clasificación si bien puede resultar didáctica, no obedece al interés de este trabajo de evaluar la incidencia de la variación espacial por decisión unilateral del empleador. En efecto, el cambio de puesto de trabajo dentro del mismo centro solo de forma impropia puede ser calificado como movilidad geográfica, pues representa más bien un caso de movilidad funcional. Por otro lado, al delimitar el concepto de movilidad geográfica, ya hemos excluido aquellas transferencias de personal por iniciativa del trabajador o por mutuo acuerdo de las partes.

En suma, para clarificar el nivel de incidencia del poder movilidad geográfica en cada caso concreto, habrá que tener en cuenta los siguientes criterios:

| | **Incidencia mínima** | **Incidencia máxima** |
|---|---|---|
| **Por su duración** | Temporal (cuando el traslado es por un breve lapso) | Permanente |
| **Por su extensión** | Local | Nacional o transnacional |
| **Por la cantidad de personal** | Individual o plural (un grupo de trabajadores) | Colectivo (un sector de la empresa o todo el personal) |
| **Por la naturaleza de la necesidad** | Estructural | Coyuntural |
| **Por la carga atribuida al trabajador** | Sin cambio de residencia | Con cambio de residencia |

[28] ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; CAMPS RUIZ, Luis *et al*., *Compendio de Derecho del trabajo*. T. II (Contrato individual), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 131.

### 4. La deficiente regulación legal de la movilidad geográfica en el Perú

A fin de tutelar los derechos de los trabajadores, los ordenamientos jurídicos de distintas latitudes han establecido dos tipos de límites al poder de movilidad geográfica: (i) materiales, es decir, que el traslado derive de una causa objetiva y razonable; y (ii) procedimentales, siendo exigible un procedimiento específico antes de que opere la movilidad (ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o mediante una negociación colectiva). Además de estos límites se pueden establecer una serie de garantías a favor del trabajador, las cuales dependen del grado de afectación de la medida, como el derecho a ser informado con anticipación del traslado, la posibilidad de impugnar la decisión del empleador en sede judicial, el derecho a recibir sumas —en calidad de condición de trabajo— para cubrir el costo del traslado y su manutención, así como el otorgamiento de una compensación económica en caso que el trabajador no quiera trasladarse.

Al respecto, la protección que depara nuestra legislación a los trabajadores frente a los casos de movilidad geográfica se reduce a lo siguiente:

a) Tutela positiva: Exigiendo una causa objetiva y razonabilidad. Está regulada en el segundo párrafo del artículo 9 de la LPCL que señala lo siguiente: "El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo".

b) Tutela negativa: Calificando como acto de hostilidad aquella movilidad que no responda a ninguna justificación, al tener el propósito de generar un perjuicio al trabajador. Esto se encuentra previsto en el artículo 30 de la LPCL del modo siguiente: "Son actos de hostilidad equiparables al despido: (...) c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en que preste habitualmente servicios con el propósito de causarle daño"[29].

De una lectura de estos textos legales se puede desprender, tal como asevera Jorge Toyama, que el perjuicio concreto que sufre el trabajador no resulta relevante para cuestionar la modificación del empleador, por lo que bastará que se verifique una causal objetiva que origine el traslado, o que, inclusive, el trabajador no lograra acreditar que el traslado pretende causarle un perjuicio para que la medida resulte válida. Advierte además que a nivel jurisprudencial solo se ha exigido al empleador que proporcione los medios adecuados al trabajador para que sea incuestionable el

[29] Por su parte, el artículo 50 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo dispone que: "El traslado contemplado en el inciso c) el [sic.] Artículo 63 de la Ley [artículo 30 de la LPCL], es aquel que importa un cambio a un ámbito geográfico distintos y siempre que tenga el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio al empleador".

traslado, a través del otorgamiento de las condiciones de trabajo necesarias para ello (pasajes, viáticos, etc.)[30].

Por ende, interpretando de forma literal estas disposiciones, se pueden llegar a las siguientes conclusiones: (i) cualquier variación del lugar de trabajo (aunque implique un alejamiento drástico del lugar de residencia del trabajador) resultará valida siempre y cuando obedezca a las necesidades del centro de trabajo y respete criterios de razonabilidad; (ii) el trabajador no puede oponerse a la decisión del empleador que respete estos parámetros, pudiendo impugnarla solamente si demuestra que el empleador opero la modificación con el ánimo de causarle daño (*animus nocendi*), en cuyo caso podrá solicitar que no se haga eficaz el traslado o terminar la relación laboral recibiendo una indemnización.

Sin embargo, una lectura cuidadosa de esta regulación nos advierte sobre una serie de deficiencias técnicas legislativas y sustanciales (protección de bienes jurídicos constitucionales), como las que se comentan a continuación:

a) Nuestro ordenamiento jurídico otorga un mismo tratamiento a las diferentes manifestaciones de movilidad geográfica, sin detenerse en los matices que exigen el establecimiento de efectos jurídicos distintos. Efectivamente, no es lo mismo movilizar al personal a otro lugar de trabajo que está a 10 kilómetros del lugar de origen, que destacarlo a una unidad productiva de otra provincia. El legislador español, advirtiendo la complejidad del tratamiento de esta figura, ha fijado dos supuestos de movilidad geográfica sustancial: traslados (aquellas variaciones de lugar de trabajo que entrañan un cambio de residencia, pudiendo ser su duración definitiva o muy prolongada en el tiempo) y desplazamientos (cuando la variación no implica un tiempo prolongado, incidiendo levemente en el trabajador y su familia). Mientras que en el primer caso el trabajador afectado tiene derecho a rescindir el contrato, y como consecuencia recibir una indemnización, en el segundo caso no. Esta solución se encuentra vinculada con otras formas de tutela, como el derecho de los trabajadores a la consulta previa, así como la instauración de procedimientos especiales que evalúen la legitimidad de una medida de variación sustancial.

b) Acertadamente, Jorge Toyama anota que dentro de las distintas manifestaciones de movilidad laboral (funcional, temporal y geográfica), la geográfica a pesar de ser la menos frecuente es la que puede afectar en mayor grado la personalidad del trabajador. Indica además que hubiera sido ideal que al margen de la existencia de una intencionalidad del empleador de dañar, cuando se aprecie una variación del centro de trabajo, el trabajador pueda impugnar la medida o solicitar una compensación

[30] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Gaceta Jurídica, 2008, Lima, pp. 234 y 235.

económica por la extinción de la relación laboral[31]. El cambio de un criterio subjetivo (intencionalidad) a uno objetivo (daño producido) de responsabilidad reduciría la carga excesiva que tiene que afrontar el trabajador para observar la medida unilateral.

c) La legislación no ha prestado atención al derecho de inamovilidad del trabajador, el cual se encuentra en conexión con otros derechos extralaborales. Tal como afirma Elmer Arce, la determinación del lugar del trabajo, además de ser un elemento indispensable para obtener la función económica y social del contrato de trabajo, tiene una importante influencia en factores como las expectativas profesionales del trabajador, la vida familiar y social[32]. Asimismo, no hay que dejar de lado que el lugar de trabajo tiene una conexión directa con el domicilio del trabajador, pues este es muchas veces determinado en función de su proximidad al lugar donde se ejecutan las labores. Esta relevancia constitucional del lugar de trabajo exige que el legislador instaure un conjunto de mecanismos para evitar un menoscabo grave de estos derechos conexos, por ejemplo, el otorgamiento de permisos especiales con goce de haber a aquellos trabajadores afectados con una medida de variación de carácter definitiva; el abono de sumas por manutención, traslado y educación a favor de los familiares del trabajador afectado, entre otras.

Todo esto nos lleva a concluir que la mejor manera de evitar la arbitrariedad en las medidas de variación geográfica del personal es mediante el establecimiento de una regulación que observe las principales manifestaciones del poder de movilidad geográfica, otorgando distintos niveles de protección en función del grado de incidencia en los derechos constitucionales del trabajador. Por otro lado, por vía legislativa se puede determinar supuestos excepcionales en que, a pesar de que el derecho a la inamovilidad del trabajador se vea gravemente afectado, sí resultarían válidas las modificaciones sustanciales del lugar de trabajo, sea por situaciones en que se encuentre en peligro la continuidad de la actividad empresarial o por caso fortuito o fuerza mayor. La negación de esta potestad al empleador conllevaría a recaer en una rigidez que afectaría la competitividad y el posicionamiento de las empresas en el mercado.

### 5. Criterios jurisprudenciales

A falta de una adecuada técnica legislativa que desarrolle los principales supuestos de movilidad geográfica, ha sido tarea de los jueces esclarecer en qué condiciones el ejercicio de este poder no resulta legítimo. Aunque el derrotero jurisprudencial carece de un criterio unívoco sobre la debida tutela de los trabaja-

---

[31] Ibídem, p. 235.

[32] ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo. Desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2008, p. 431.

dores afectados por una medida de traslado geográfica, se han esbozado una serie de ideas donde se ha examinado la relevancia constitucional de la determinación del lugar de trabajo.

a) Afectación de derechos constitucionales: En la Cas. Lab. Nº 2456-2014 Lima la Corte Suprema el caso de una madre trabajadora que demandó a su empleadora por obligarla a trasladarse a otro centro de labores. La Corte se inclinó por defender el derecho a la inamovilidad de la trabajadora, por considerar que el traslado dispuesto para que la demandante labore en la sede la institución demandada, ubicada en Lambayeque, resulta ilegal en la medida que, teniendo la condición de madre primeriza y lactante, le han sido vulnerado sus derechos constitucionales como madre, así como los derechos de su menor hija. Remarca además que aunque la trabajadora afectada haya suscrito un documento en la que acepta la posibilidad de ser trasladada geográficamente, esta manifestación no puede imponerse frente a la protección a la mujer trabajadora y al niño dentro del texto constitucional.

b) Afectación de los derechos colectivos de los trabajadores: El Tribunal Constitucional a través de la sentencia recaída en el Exp. N° 8330-2006-PA/TC, sostiene que todo acto lesivo, no justificado e irrazonable, que afecte a los trabajadores sindicalizados y a sus dirigentes y que haga impracticable el funcionamiento del sindicato, debe ser reparado; incluyendo dentro de los supuestos de afectación de la libertad sindical el hecho que el empleador ordene el traslado de un trabajador en el momento en que este se encontraba asumiendo la defensa colectiva del sindicato al que pertenece (miembro de la comisión negociadora del pliego de reclamos). Similar criterio fue expresado en el pronunciamiento recaído en el Exp. N° 02318-2007-PA/TC, mediante el cual el Tribunal Constitucional reconoce que se ha producido una afectación del fuero sindical cuando la empresa procedió a trasladar a un trabajador que tenía la condición de dirigente sindical (Secretario de Actas y Archivo), más aún cuando esta decisión opero sin su consentimiento y sin dar explicación alguna.

c) Acreditación de la existencia de *animus nocendi* del empleador: Con relación al traslado motivado por el ánimo de causar perjuicio por parte del empleador, si bien la carga de la prueba la tiene el trabajador, esto no quiere decir que la existencia del ánimo de perjudicar tenga que ser demostrada de forma exhaustiva. Así lo ha señalado la Corte Suprema en la Cas. Lab. N° 505-2010-Lima, en la que reconoce basta con ofrecer indicios y medios de prueba idóneos que permitan advertir que el ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad, menoscabando y denigrando los derechos fundamentales del trabajador.

**BIBLIOGRAFÍA**

ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; CAMPS RUIZ, Luis *et al*., *Compendio de Derecho del trabajo*. T. II (Contrato individual), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

ALEMÁN PAEZ, Francisco; JIMÉNEZ GARCÍA, Juan y Vega López, Julio. *Derecho del Trabajo II*. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Gran Canaria, 2007.

ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del trabajo. Desafíos y deficiencias*. Palestra, Lima, 2008.

ARCE ORTIZ. Elmer. "Modificación de la Prestación de trabajo. Un estudio sobre las modificaciones sustanciales". En: *Ius Et Veritas*, vol. 17, nº 34, Lima, 2007.

ARTURO DE DIEGO, *Julián*. *Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.* 5ª Ed. Buenos Aires, Argentina, Abelardo Perrot, 2002.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo*. 2ª edición, Fondo Editorial, PUCP, 2013.

DE LA CUEVA, Mario. *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. 5ª edición, Porrúa, México, 1978.

GUERRERO FIGUEROA, Guillermo. "Contenido del Contrato de Trabajo. Obligaciones de las Partes". En: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM México, 1997.

GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. "Libertad de empresa, libertad de comercio, libertad de trabajo" (comentario al artículo 59 de la Constitución). en: *La Constitución comentada*. Tomo II, 2ª edición, Gaceta Jurídica, 2013.

HERNANDEZ RUEDA, Lupo. "Poder de dirección del empleador". En: *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1997.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Derecho del trabajo*. 16ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2008.

RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo III, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1999.

SERRANO OLIVARES, Raquel. *Lugar de trabajo, domicilio y movilidad geográfica*. Consejo Económico Social, Madrid, 2000.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El despido disciplinario en el Perú". En: *Ius et veritas*, vol. 19, núm. 38, Lima, 2009.

- *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Gaceta Jurídica, Lima, 2008.
- "La modificación de condiciones de trabajo en el ordenamiento peruano". En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*. Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Perú, 2000.

# El tratamiento deficiente al *ius variandi* y a sus límites en la legislación laboral peruana

**Josef Antonio Mimbela González**

Especialista Legal en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Abogado por la Universidad Cesar Vallejo, Lima Norte. Cursando estudios de Maestría en Derecho del Trabajo, en la Universidad San Martín

***SUMARIO***

*1. Introducción. 2. Desentrañando el contenido del ius variandi. 3. ¿Podra ejercerse el ius variandi fuera del contenido asignado por la ley?. 4. El ius restistentiae ante el exceso del ius variandi. 5. El paliativo sustantivo como mecanismo insuficiente de protección. 6. Mecanismos procesales actuales. 7. Una propuesta para el cambio. 8. Conclusiones. 9. Referencias bibliográficas.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Naturalmente el contrato de trabajo como elemento que hace emerger la relación laboral fija las obligaciones y derechos por convenio de las partes contratantes, empero dada la especial relación habida entre el trabajador y empleador, resulta una tarea difícil que se establezca en dicho acuerdo de voluntades, todas las obligaciones del trabajador.

En tal escenario, la ley faculta al empleador a introducir cambios en la prestación de servicios[1], pero que analizado con detenimiento no se logra advertir cual es el universo que abarca dicha facultad empresarial.

En ese orden de ideas, conforme se describirá en líneas posteriores y de acuerdo al análisis practicado a la legislación laboral peruana, no resulta claro cuál es el contenido del *ius variandi*, dada la ausencia de una normatividad que encierre sus linderos, asimismo, no se sabe si el empleador puede ejercer el *ius variandi* fuera de los supuestos legales, o si acaso el trabajador puede resistir aquellas modificaciones a la prestación de servicios o condiciones de trabajo que se hallen fuera de los limites establecidos.

Asimismo, determinaremos cual es el paliativo sustantivo que propenda la neutralización del uso desmedido del ius variandi, así como señalaremos nuestra crítica al actual tratamiento procesal a dicha herramienta sustantiva. Y por supuesto formularemos nuestra propuesta de reforma de dicha situación conflictiva.

## 2. DESENTRAÑANDO EL CONTENIDO DEL *IUS VARIANDI*

A fin que el empleador no caiga en excesos y se resguarde la serie de derechos que componen la esfera individual del trabajador, es necesario que toda legislación ostente reglas claras y delimitadoras que establezcan el componente del ius variandi. Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico tiene una regulación lacónica que no permite comprender en puridad cual el ámbito que abarca esta facultad empresarial.

En principio nuestro ordenamiento jurídico laboral, no ha definido la estructura del *ius variandi*, sino que por su parte, la doctrina se ha encargado de hacerlo. Así tenemos, al profesor Elmer Arce Ortiz, quien ha clasificado al *ius variandi*, en: i) *Ius variandi* común o habitual; ii) *Ius variandi* esencial; y iii) *Ius Variandi* extraordinario. Al primero lo entiende como la facultad para introducir cambios o modificaciones accesorios o secundarios de las condiciones de la prestación de servicios ya pactada. Respecto al segundo, ha señalado que se trata de aquellas modificaciones esenciales o sustanciales el contrato de trabajo. Y respecto al tercero, sostiene que se trata de modificaciones sustanciales o esenciales, tomadas en situaciones extraordinarias, excepcionales o de emergencia[2].

---

1 Facultad empresarial que ha recibido el rotulo con raíz latina de *ius variandi*,

2 Arce Ortiz, Elmer. Derecho individual de trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Editorial Palestra. P. 452-458.

Iniciando el recorrido para delimitar el contenido legislativo del *ius variandi*, como primera estación tenemos la facultad conferida en el segundo párrafo del artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Decreto Legislativo N° 728°(en adelante TUO 728) que a la letra dice: "*El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo*.", norma jurídica del cual se puede extraer las siguientes facultades empresariales: **i)** introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo (*ius variandi en aspectos temporales*)[3]; y, **ii)** introducir cambios o modificar la forma y modalidad de la prestación de las labores, (*ius variandi en la ejecución de la prestación de servicios*).

Visto las facultades de modificación empresarial reguladas en dicho artículo, conforme a la clasificación ensayada por el profesor Elmer Arce, puedo sostener que en nuestro ordenamiento jurídico laboral, aquellas modificaciones o cambios en la forma o modalidad de la prestación de servicios y aquellas modificaciones de tiempo de prestación de servicios razonables, suponen el uso del ius variandi común o habitual, dado que dicha facultad supone implantar alteraciones sobre el modo o forma y tiempo de la prestación de servicios, lo cual resulta lógico, en vista que esta se debe adecuar a las necesidades empresariales que enfrente la empresa[4].

Y por su parte, aquellas alteraciones de la prestación de servicios o condiciones de trabajo que trastoquen los acuerdos definidos sobre estos, contenidos en el contrato de trabajo, supondrán el uso del *ius variandi* esencial. V*erbigracia*, si en el contrato de trabajo se ha establecido que el turno de trabajo del prestador de servicios es de mañana (entiéndase en el día), y posteriormente, argumentando necesidades del servicio, se modifica dicho turno a la noche, ello supondrá una modificación sustancial en la prestación del servicio.

De otro lado, conforme a lo glosado, tendríamos como contenido del ius variandi: **a)** En aspectos temporales; y, **b)** En aspectos de ejecución de la prestación de servicios.

Ahora bien, a pesar que la norma jurídica analizada, señala taxativamente que el empleador está facultado para introducir los cambios o modificaciones antes señaladas, con una suerte de lista cerrada de supuestos, el mismo TUO 728, abre la puerta falsa para el ingreso de nuevos supuestos. A dicha conclusión podemos

---

[3] Véase el procedimiento para la modificación de aspectos temporales de la prestación de servicios en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854.

[4] En un similar sentido, se ha sostenido "el objeto sobre el que recae el jus variandi es designado como las modalidades de prestación de las tareas del trabajador, con lo cual se pretende señalar que la variación solo puede recaer sobre modalidades de trabajo, es decir, sobre aspectos secundarios o accidentales, no esenciales o fundamentales, y que generalmente se refieran a la forma, manera o modo de realizarse el trabajo – la prestación de trabajo —". (Ermida Uriarte, Oscar. Modificación de condiciones de trabajo por el empleador, Buenos Aires. Editorial Hammurabi, 1989, p. 34)

llegar, haciendo una interpretación en contrario de las normas jurídicas contenidas en el inciso b) y c) del artículo 30° del cuerpo normativo antes anotado[5]; por lo que, aquella reducción motivada[6] de la remuneración o de la categoría, o aquel traslado del trabajador a un lugar distinto[7] de aquel en el que preste habitualmente servicios, sin ánimo de generar perjuicio, también se encontraran comprendidos en el bagaje del *ius variandi*. Precisando además, que dichas modificaciones dado que alteraran el contrato de trabajo se encuentran contenidos en el ius variandi esencial.

En suma, de acuerdo al análisis realizado, podemos sostener que conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico laboral, el contenido que entraña el ius variandi, es: **a)** De aspectos temporales; **b)** De aspectos en la ejecución de la prestación de servicios; **c)** De reducción remunerativa; **d)** De reducción de categoría; y **e)** De traslados distantes.

## 3. ¿PODRA EJERCERSE EL *IUS VARIANDI* FUERA DEL CONTENIDO ASIGNADO POR LA LEY?

Habiendo quedado claro el contenido legal del ius variandi. Ahora queda establecer que sucede con aquellos supuestos que se hallan en el limbo. Es decir, que sucede con aquellos supuestos de ius variandi no contemplados en la ley.

En esa línea de ideas, dado que nuestra legislación laboral no cierra los supuestos de actuación del *ius variandi*, al dejar espacios abiertos para que en muchos casos transite la arbitrariedad empresarial. Resulta trascendental establecer si fuera de los supuestos no contemplados por la Ley, el empleador en uso de la regla genérica establecida en el artículo 2° numeral 24° inciso a) de la Constitución, que a la letra dice: "*Nadie está obligado hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe*", podría establecer modificaciones a la prestación de servicios y condiciones de trabajo.

A nuestra consideración, creemos que el empleador podría realizar modificaciones en la prestación o condiciones de trabajo en uso de la facultad de libertad genérica establecida en la norma constitucional antes citada, al no existir mandato que le obligue a hacer lo contrario o prohibición que lo restringa a hacerlo. Empero como veremos más adelante bajo ciertos límites.

En ese sentido, las limitaciones vienen impuestas en: **i)** La Constitución; **ii)** La Ley, y; **iii)** El contrato de trabajo.

---

[5] *Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; y c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicios.*

[6] Que, a decir del reglamento del TUO 728, aquella motivación debe ser objetivo o legal.

[7] Entendido lugar distinto como ámbito geográfico distinto, conforme lo señala el artículo 50° del D.S 001-96-TR

La Constitución así como reconoce al empleador la libertad de no hacer aquello que la ley no manda, y reconoce la potestad de hacer lo que ella no prohíbe, así también, limita dicho derecho para la no generación de perjuicios hacia el trabajador, proscribiendo de este modo el abuso del derecho. Sobre el particular, Diez Picazo y Gullon, al referirse al abuso del derecho, señalan que: *Los derecho subjetivos, aparte de sus límites legales, con frecuencia defectuosamente precisados, tienen otros de orden moral, teleológico y social, y que incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad*"[8]

En razón a ello, es plenamente valido sostener que los derechos de una persona terminan, donde comienza los derechos de los demás, y sumar que la propia constitución, en su artículo 103° establece que la Constitución no ampara el abuso del derecho[9]. De modo que, a pesar que pueda existir vacíos legislativos que puedan llevarnos a pensar que el empleador se encuentra facultado para que en dichas zonas francas pueda introducir cambios a diestra y siniestra. Ello no debe tomar dicho significado, puesto que la propia constitución ha proscrito el abuso del derecho, lógicamente a fin de evitar la generación de perjuicios.

Se abona a lo sostenido, el criterio adoptado por el Dr. Victor Garcia Toma, quien ha delimitado las características del ejercicio de la libertad, que a su consideración son: "a) La declaración de libertad lleva consigo la posibilidad de hacer todo lo que no dañe a otra persona, b) el límite del ejercicio de la libertad en no impedir ese mismo derecho a otros miembros de la sociedad, c) la ley es el instrumento de que se vale el Estado para señalar los límites de acción"[10]

Máxime, si la propia constitución ha dispuesto expresamente que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales o rebajar la dignidad del trabajador, conforme lo establece en su artículo 23, que a la letra dice: "*El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. (...) Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.*"

De esta manera, aquellas modificaciones introducidas por el empleador que supongan la vulneración de los derechos reconocidos por la constitución, por ejemplo, *si el empleador alterara el ritmo de las funciones de un trabajador, asignándole la carga laboral de otro trabajador a causa de su renuncia, exigiéndole al primero*

---

8 DIEZ— PICAZO, Luis y GUILLON, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Quinta Edicion. Tecnos, Madrid, 1984, p. 447.

9 Del mismo modo, el artículo II del Título Preliminar del Codigo Civil, establece que: La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso."

10 GARCÍA TOMA, Victor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993, p. 116.

*de estos, que cumpla dicha exigencia en el mismo plazo que él tenía para prestar sus tereas*. Evidentemente dicha sobrecarga laboral podría repercutir negativamente en la salud del trabajador[11], a consecuencia del estrés que lógicamente produce el cumulo de tareas y por qué no decirlo en el disfrute de su tiempo libre[12], al restarle de tiempo para que reponga energías, disfrute de su tiempo libre con su familia, y círculo social, y/o cualquier modo de empleo de dicho tiempo.

De esta manera, conforme a lo sostenido los límites que impone la constitución al *ius variandi* no reconocido legalmente, se encuentran: En el ejercicio abusivo del derecho, en el perjuicio al trabajador, y en el respeto de los derechos constitucionales del trabajador.

Respecto a los límites impuestos por la ley, si bien el propio ordenamiento jurídico puede callar respecto a si es factible o no el uso del *ius variandi* fuera del contenido legal reconocido, también es cierto, que siendo una de las características de la ley, la imperatividad de sus normas, es decir, el cumplimiento ineludible de sus disposiciones cuando tengan dicho carácter, es preciso destacar entonces, que el empleador por ejemplo no se encuentra facultado para modificar la jornada de trabajo por encima de las 48 horas semanales alegando necesidades del servicio, conforme lo impone el artículo 1°, primer párrafo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 854°, que expresamente señala "*La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo*."

Por último, respecto a los límites que impone el contrato de trabajo respecto al uso de *ius variandi* no regulado por la ley, es de precisarse que siendo el contrato de trabajo legítima fuente de las obligaciones, tanto para el trabajador como para el empleador. En uso de su libertad contractual[13], estos tienen la potestad de estructurar de manera voluntaria la serie de derechos y obligaciones a que se sujetaran. En virtud a ello, las partes podrían convenir la ampliación de las facultades reconocidas por la ley para la modificación de las condiciones de trabajo. Aunque resulte cuestionable, dado que en el terreno de los hechos, la autonomía de la voluntad del trabajador se encuentra supeditada a lo establecido por el empleador. Por tal situación, con mucha razón se ha sostenido y se sostiene que el contrato de trabajo contiene ciertos rasgos del contrato por adhesión[14].

---

[11] Artículo 2° numeral 1° de la Constitución: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

[12] Artículo 2° numeral 22° de la Constitución: 22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

[13] Artículo 1354° del Codigo Civil: Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

[14] Artículo 1390° del Codigo Civil: El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la

Sin embargo, a pesar que la Ley no puede reemplazar la posición contractual del trabajador, desde afuera se encarga de establecer disposiciones que tienden a limitar el ejercicio desmedido de la facultad del *ius variandi* del empleador. De esta manera, si se da el caso de imposiciones leoninas del empleador, fijadas en el contrato de trabajo, el trabajador quedara enteramente facultado para solicitar la nulidad de dicha condición, conforme lo faculta el propio Artículo V del título preliminar del Codigo Civil[15].

Por tanto, conforme a lo sostenido, resultara legítimo el uso de ius variandi no contemplado legalmente, en los siguientes supuestos: **i)** Que no importe un abuso del derecho; **ii)** No se perjudique al trabajador; **iii)** Que se permita el ejercicio de los derechos fundamentales; y, **iv)** Que no se atente contra normas imperativas.

## 4. EL *IUS RESTISTENTIAE* ANTE EL EXCESO DEL *IUS VARIANDI*

Habiendo establecido el contenido del *ius variandi*, tanto al interior de la ley como fuera de ella, así como sus respectivos límites. Ahora, conviene establecer si resultaría legítimo que el trabajador desacate las órdenes del empleador que supongan modificaciones a las condiciones de la prestación de servicios o condiciones de trabajo que estén fuera del contenido esbozado.

Como es sabido, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce expresamente al trabajador a que resista las órdenes del empleador, dado que la Ley parte de la premisa que estas órdenes guardan conformidad con las normas jurídicas laborales, imponiéndose de este modo, el principio de *solve et repet*, máxima que se resume en lo siguiente: obedezco luego reclamo. Sin embargo, no ha establecido cual es la acción que puede ejercer el trabajador para evitar un perjuicio que se consumaría si cumple con las órdenes del trabajador.

Al respecto, somos de la consideración que dicho principio solo se aplica sobre las órdenes relacionadas con las labores del trabajador y en lo que nos corresponde, sobre las modificaciones de las condiciones de trabajo que se encuadren dentro de los límites del *ius variandi*, siendo que fuera de dichos supuestos creemos que resultaría valido y legítimo que el trabajador no acate las órdenes del empleador.

Este desacato, que en puridad resultaría legítimo, tiene como fundamento el mismo principio de libertad que faculta al empleador a ejercer modificaciones que no supongan el abuso de su derecho. De este modo, el trabajador en uso de libertad individual, que no se ve restringido en la relación laboral, no se encontrara obligado de hacer aquello que no se encuentre establecido en el contrato de trabajo, en la Ley o Constitución, ni mucho menos se encontrara impedido de hacer lo que estos instrumentos no prohíban.

---

otra parte, declara su voluntad de aceptar.

[15] Artículo V del Título Preliminar del Codigo Procesal Civil.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Siguiendo esta línea, aquellas ordenes emanadas de un ejercicio irregular del derecho del empleador, dado que no encuentran respaldo contractual, legal ni constitucional, podrán ser obviadas por el trabajador. Entiéndase, desobedecidas o desacatadas por el trabajador. Príncipe, porque el trabajador no puede ser obligado a aquello carente de las fuentes antes mencionadas. Creemos, que por tal razón, nuestra propia norma sustantiva, conforme a lo establecido en el artículo 9° del TUO del D.L 728, solo faculta al empleador a sancionar aquellas infracciones o incumplimientos de las obligaciones a cargo del trabajador[16]. Entiéndase, obligaciones emanadas de las fuentes antes mencionadas.

## 5. EL PALIATIVO SUSTANTIVO COMO MECANISMO INSUFICIENTE DE PROTECCIÓN.

En la actualidad, estando a que es ardua la obtención de un empleo, y a fin que no se vea perjudicado la percepción de su remuneración, para el mantenimiento del trabajador y su familia, muchas veces los trabajadores, no tiene la voluntad de dar por extinguida la relación laboral, sino que por el contrario, mantienen la esperanza de revertir la incómoda situación que les toca enfrentar.

Por tal virtud, el ordenamiento jurídico ha establecido un mecanismo que permite al trabajador objetar o cuestionar las decisiones empresariales que les generen perjuicio, mientras se encuentra viva la relación laboral. Así, es el propio artículo 35° inciso a)[17] del TUO 728, que faculta al trabajador que se encuentre siendo hostilizado a accionar para que cese la hostilidad padecida.

Aunque per se, resulte ser un mecanismo que no genere un apremio para el ánimo torticero del empleador.

## 6. MECANISMOS PROCESALES ACTUALES

Habiendo destacado el mecanismo de protección sustantivo reconocido por el TUO 728, es de describir que en la actualidad el cauce que se le ha brindado al cuestionamiento de los actos de hostilidad, es demasiado lato, pues, conforme lo

---

[16] Artículo 9° del TUO del D.L 728, que al respecto dice: "Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador". Nótese, que solo el empleador se encontrara facultado para sancionar disciplinariamente los incumplimientos de las obligaciones a cargo del trabajador, es decir, aquellas inobservancias que no sean obligatorias, en efecto, no deben ser sancionados.

[17] Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad

establece el artículo 2° numeral 1° inciso d) de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, su conocimiento será encausado vía proceso ordinario laboral, lo que significa, que su conocimiento se hará con plazos más largos[18] y con distanciamiento de las etapas procesales (Audiencia de Conciliación y Juzgamiento).

Sin embargo, creemos que la sustanciación asignada a dicho conflicto jurídico, atendiendo a la urgencia de los derechos que se encuentran involucrados (salud, dignidad, remuneración, disfrute de su tiempo libre, etc), y aunado a que la materia de debate no resulta ser de suma complejidad, lo idóneo sería que la pretensión invocada por el trabajador sea tramitada vía proceso abreviado laboral. Más aún, si como es de conocimiento público, las causas en el Poder Judicial, en sentido contrario de lo que se creía con la implementación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, se encuentran siendo solucionadas en casi tres años, por lo mínimo.

Ahora bien, *per se*, creemos que la interposición de la demanda de cese de actos de hostilidad no resulta ser el paliativo para neutralizar el acto de hostilidad padecido, sino que debe ir acompañada necesariamente de la medida cautelar de innovar[19] o de no innovar[20] conforme se dé el caso. Cautelares, que sin mediar sentencia se ordena que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario a la situación existente[21].

La Nueva Ley Procesal de Trabajo en el artículo 54° establece que "A pedido de parte, todo juez puede dictar medida cautelar, antes de iniciado un proceso o dentro de este, destinada a garantizar la eficacia de la pretensión principal. Las medidas cautelares se dictan sin conocimiento de la contraparte. Cumplidos los requisitos, el juez puede dictar cualquier tipo de medida cautelar, cuidando que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión principal. En consecuencia, son procedentes además de las medidas cautelares reguladas en este capítulo cualquier otra contemplada en la norma procesal civil u otro dispositivo legal, sea esta para futura ejecución forzada, temporal sobre el fondo, de innovar o de no innovar, e incluso una genérica no prevista en las normas procesales. Véase, que la ley adjetiva laboral, no establece los requisitos para la procedencia de las medidas cautelares, y menos aún, y esa es la critica que realizamos, no establece de exigencias menores para la procedencia de las medidas cautelar de innovar o de no innovar en supuestos de actos de hostilidad, como si lo establece para los casos de reposición provisional.

En ese sentido, puede darse el caso, de aquella persona que padece de alguna enfermedad bronquial, y quiere ser trasladada a una zona con clima húmedo, o personas con enfermedades a la piel cuyos traslados se han ordenado a zonas con

---

18 Véase el artículo 42° y siguientes de la Nueva Ley Procesal de Trabajo.

19 Vease el articulo 682º del Codigo Procesal Civil.

20 Vease el articulo 687º del Codigo Procesal Civil.

21 Ledesma Narvaez, Marianella. La tutela Cautelar en el Proceso Civil. Gaceta Juridica. Lima, p. 384.

sol irradiante todo el año, o de aquella madre de familia, que tiene algún familiar directo enfermo, cuya enfermedad es tratada solo en determinada zona del país, y cuya recuperación también se encuentra supeditada a mantenerse en estado constante con su familiar, supuestos en los cuales, se podría generar un daño irreparable no solo en la persona del trabajador sino también en personas ajenas a la relación laboral, pero que en la práctica puede resultar difícil la probanza.

De esta manera, debería flexibilizarse en pro del trabajador los supuestos de procedencia de dichas medidas cautelares, puesto que en la actualidad se debe cumplir con requisitos de fondo exigidos en el Codigo Procesal Civil, es decir, se debe superar la verosimilitud del derecho invocado, e ingresar al campo de la casi certeza[22], fundamentar la razonabilidad de la medida, y acreditar la inminencia de un perjuicio irreparable, que en muchos casos pueden ser de difícil probanza.

Véase, el caso de aquel empleador que de manera inmotivada —término que según el reglamento del TUO 728, se entiende como aquel acto que carece de motivación objetiva o legal— reduce de categoría al trabajador, afectando en consecuencia su dignidad como persona. En este supuesto, si bien el requisito de la casi certeza se encuentra con el hecho inmotivado de reducir su categoría, la razonabilidad de la medida se encontrara en el hecho que esta es la única medida cautelar capaz de contener los efectos del acto de hostilidad padecido. Sin embargo, el problema viene dado por la acreditación de la producción de un perjuicio irreparable. En ese sentido, ¿Cómo podría el trabajador acreditar la generación de un perjuicio irreparable sobre su dignidad?. De esta manera, estando a la dificultad de acreditación de este requisito, a pesar que es evidente que el trabajador se encontrara perjudicado en su esfera interna, no podrá prosperar la interposición de la medida cautelar de innovar.

Por tanto, resulta necesario que legalmente la Nueva Ley Procesal De Trabajo atenué las exigencias establecidas en el Código Procesal Civil, para el amparo de las medidas innovativas, a fin que también en el proceso cautelar se siga la tónica protectora del Derecho del Trabajo.

## 7. UNA PROPUESTA PARA EL CAMBIO

Somos conscientes que ni el sistema jurídico más desarrollado del mundo ha logrado establecer un ordenamiento jurídico al que no se le escape algún supuesto conflictivo, sin embargo, también somos conscientes que una vez advertidos aquellos flancos desprotegidos deben ser cubiertos por los distintos mecanismos existentes para llenar los vacíos o ajustar los defectos normativos existentes.

---

22 Al respecto la Dra. Marianella Ledesma, ha sostenido "En las anticipatorias, una fuerte probabilidad, casi una certeza de estar asistido por el derecho que se invoca". Vease en Ledesma Narvaez, Marianella. La tutela Cautelar en el Proceso Civil. Gaceta Juridica. Lima, p. 384.

En razón a ello, y conforme a lo que se ha sostenido en el presente trabajo de investigación, las propuestas se dirigen en el plano sustantivo y adjetivo. En el plano sustantivo, corresponde: 1) Establecer taxativamente y con supuestos cerrados cual es el contenido del ius variandi, a fin que el empleador mueva su actuación dentro de esos límites, y se evite la arbitrariedad empresarial; y, 2) Establecer expresamente los supuestos del ius restintiae, a fin que el trabajador ostente de un mecanismo inmediato a fin que pueda repeler el perjuicio que se le avecinaría.

Y en el plano procesal: 1) Modificar la vía procedimental para la tramitación del proceso de cese de hostilidades, dada su extensión, la materia urgente y reducida complejidad; y 2) Establecer una regulación propia de procedencia de medidas cautelar innovativas atenuando las exigencias establecidas en los requisitos del Codigo Procesal Civil.

## 8. CONCLUSIONES

De lo debidamente expuesto a lo largo de las líneas precedentes, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Conforme lo establece nuestro ordenamiento jurídico laboral, tanto directa como indirectamente, el contenido que entraña del ius variandi, es: de aspectos temporales, de aspectos en la ejecución de la prestación de servicios, de reducción remunerativa, de reducción de categoría, y de traslados distantes.

El ius variandi fuera de los supuestos recogidos tanto directa como indirectamente por nuestro ordenamiento jurídico laboral, puede ejercerse siempre que no importe un abuso del derecho, no se perjudique al trabajador, se permita el ejercicio de sus derechos fundamentales, y, no se atente contra normas imperativas.

Aquellas órdenes emanadas de un ejercicio irregular del derecho del empleador, dado que no encuentran respaldo contractual, legal ni constitucional, podrán ser obviadas por el trabajador. Entiéndase, desobedecidas o desacatadas por el trabajador. Desacato que encuentra su fundamento en la libertad individual del trabajador, mediante el cual éste no se encuentra obligado de hacer aquello que no se encuentre establecido en el contrato de trabajo, en la Ley o Constitución, ni mucho menos impedido de hacer lo que estos instrumentos no prohíban.

El ordenamiento jurídico ha establecido un mecanismo que permite al trabajador objetar o cuestionar las decisiones empresariales que les generen perjuicio, mientras se encuentra viva la relación laboral, el cual se encuentra reconocido en el artículo 35° inciso a)[23] del TUO 728, el mismo que faculta al trabajador que se encuentre siendo hostilizado a accionar para que cese la hostilidad padecida.

---

[23] Artículo 35.- El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30 de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad

Creemos que la interposición de la demanda de cese de actos de hostilidad no resulta ser el paliativo para neutralizar el acto de hostilidad padecido, sino que debe ir acompañada necesariamente de la medida cautelar de innovar o de no innovar conforme se dé el caso.

Por lo visto, resulta necesario que legalmente la Nueva Ley Procesal De Trabajo establezca un nuevo cauce para el cese de hostilidades y atenué las exigencias establecidas en el Código Procesal Civil, para el amparo de las medidas innovativas, a fin que también en el proceso cautelar se siga la tónica protectora del Derecho del Trabajo.

## 9. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

LEDESMA NARVAEZ, MARIANELLA. La tutela cautelar en el proceso civil. Gaceta juridica, lima.

ARCE ORTIZ, ELMER. Derecho individual de trabajo en el perú. Desafíos y deficiencias. Editorial palestra, lima.

GARCÍA TOMA, VICTOR. Análisis sistemático de la constitución peruana de 1993, p. 116

IVONNE SÁNCHEZ CASTRO. El derecho de resistencia del trabajador y su escasa regulación en el ordenamiento jurídico español, en:

Http://www.Cielolaboral.Com/wpcontent/uploads/2016/05/isanchez_n5_noticias_2016.Pdf.

DIEZ-PICAZO, LUIS Y GUILLON, ANTONIO. Sistema de derecho civil. Quinta edicion. Tecnos, madrid, 1984.

PLA RODRIGUEZ, AMERICO. Los principios del derecho del trabajo. Tercera edicion. De palma. Buenos aires, 1998.

FABREGAT MONFORT. GEMMA. La posicion del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius ressistentiae o solve et repete?: En: http://www.Ces.Gva.Es/pdf/trabajos/articulos/revista_27/art2-rev27.Pdf

ERMIDA URIARTE, OSCAR. Modificación de condiciones de trabajo por el empleador, buenos aires. Editorial hammurabi, 1989.

CALDERA RAFAEL. El despido indirecto. Editorial buenos aires, 1989.

# Modificación de condiciones de trabajo: una mirada desde la jurisprudencia laboral y una propuesta

**Jorge Toyama Miyagusuku**

Profesor Principal de la PUCP. Profesor en la U. Pacífico y UDEP.
Contacto: jtoyama@mafirma.com.pe

***SUMARIO***

*I. Poder de dirección del empleador y modificación de condiciones laborales. 1.1. La facultad del empleador de modificar las condiciones laborales. 1.2. Los actos de hostilidad. II. Reducción inmotivada de la categoría y cambios de funciones. III. Traslados del centro de trabajo. IV. Reducción de remuneraciones. V. A título de conclusiones.*

La regulación de la modificación de condiciones de trabajo ("ius variandi") requiere de urgentes cambios como se puede desprender de las sentencias que se vienen emitiendo sobre el tema. Actualmente, existe un desequilibro que genera situaciones que no deberían ser admitidas por el Derecho Laboral, ya sea porque no se protege adecuadamente al trabajador o porque no se reconoce las necesidades del empleador.

Además, existe una regulación genérica (como los alcances de las facultades del empleador, si cubren modificaciones radicales o solo las no esenciales), desigual (una regla general para las modificaciones y una especial para el tiempo de trabajo), con efectos diferentes (supuestos específicos que generan el despido indirecto y otros que solamente merecen un cese de hostilidad) y finalmente situaciones extremas que no tienen una regulación adecuada (por ejemplo un traslado de todo un centro de trabajo por causas objetivas y necesarias, y la tutela que puede tener una persona que tiene imposibilidad de trasladarse al nuevo centro laboral).

Como consecuencia de lo expresado, hay una serie de resoluciones judiciales —algunas contradictorias— que reconocen los derechos de trabajadores en algunos casos para ejercer el derecho de resistencia o reconocer una indemnización frente a la variación de condiciones laborales, o también las facultades del empleador para introducir cambios en la prestación de trabajo.

A través de la presente ponencia, que se presenta en el marco del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, queremos describir las situaciones normativas y las resoluciones laborales que ha venido emitiendo tanto la Corte Suprema de la República como el Tribunal Constitucional; todo ello, con el objetivo de provocar una "modificación" de la regulación sobre modificación de condiciones de trabajo en nuestro país.

Para ello, primero detallaremos sobre las facultades del empleador a nivel normativo y judicial; luego desarrollaremos los principales supuestos de cambios de condiciones de trabajo (funciones o categoría, lugar y remuneración). Finalmente, expondremos las principales conclusiones de la ponencia a título de una propuesta de reforma legislativa. Todo este análisis se realizará esencialmente a través de la jurisprudencia laboral.

## I. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR Y MODIFICACIÓN DE CONDICIONES LABORALES

### 1.1. La facultad del empleador de modificar las condiciones laborales

A diferencia de otros contratos de prestación de servicios, el contrato de trabajo genera un vínculo de subordinación entre el trabajador y el empleador a través del cual el primero se sujeta al poder de dirección del segundo. Dicho poder de dirección —y que en sede constitucional se sustenta en la libertad de empresa— permite al empleador organizar la prestación de servicios del trabajador. En tal sentido, el empleador tiene la facultad de dirigir el servicio, fiscalizar el cumplimiento de sus directivas, y sancionar al trabajador en caso de incumplimiento.

La facultad de introducir cambios de manera unilateral en una relación de trabajo —conocida también como *ius variandi*— está reconocida a cualquier empleador, debido a que ella se deriva del poder de dirección con el que cuenta éste. En efecto, en la medida que en un contrato de trabajo el trabajador se subordina a un empleador, éste otorga a aquél la facultad de dirigir su actividad. El atributo o poder conferido es de tal magnitud que, precisamente por ello, el empleador puede ordenar la actividad laboral para cumplir con las finalidades de su organización.

Naturalmente, la facultad del empleador no debe entenderse como un poder irrestricto o absoluto. En concordancia con ello, obsérvese el segundo párrafo del artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, la LPCL), aprobado mediante Decreto Supremo No. 003-97-TR:

> "*El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.*"

Nuestro ordenamiento hace expreso reconocimiento del derecho del empleador a introducir cambios en la forma y modo de la prestación laboral. Sin embargo, dicha facultad está sujeta a dos requisitos: que la variación se produzca dentro de criterios de razonabilidad y que la modificación responda a las necesidades del centro de trabajo.

Sobre este tema, el profesor Arce expone lo siguiente:

> *"Esto es importante porque por muy secundaria, accesoria o no sustancial que sea la modificación de la condición, la voluntad del empresario debe regirse por márgenes desprovistos de toda arbitrariedad. Por ejemplo, un empresario no puede obligar a realizar labores distintas a un trabajador, aun cuando respete su categoría profesional, sólo por un capricho personal. (...) La razonabilidad de la decisión del empresario, entonces, debe respetar una causa objetiva, suficiente y coherente"*[1].

Sobre el particular, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación No. 3636-2010-CUSCO sostiene lo siguiente:

> "VIGÉSIMO SEXTO: Adicionalmente, es pertinente señalar que el poder del empleador para modificar las condiciones de trabajo tiene límites, es decir, no es absoluto (...); en tal horizonte, se establece que toda medida del empleador que busque modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles; de no superar dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad".

---

[1] Arce Ortiz, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, 2008, P. 456.

Así, todo empleador debe efectuar modificaciones de las condiciones de trabajo teniendo en cuenta la razonabilidad, objetividad, previsibilidad y proporcionalidad. Es decir, una causa justa, una motivación que justifique la variación de las condiciones de trabajo. De esta forma, el ejercicio válido del ius variandi —por ejemplo, el traslado de un centro de trabajo— depende de la existencia de razones objetivas que sustenten la decisión de modificar la forma o modalidad de la prestación de servicios.

En igual sentido, la Corte Suprema, al momento de dictar sentencia en el caso referido al Expediente No. 1861-2003 LIMA, señaló que:

> "*Que, sobre el fondo de la controversia el artículo nueve del Decreto Supremo cero cero tres —noventa y siete— TR, establece que el empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de los criterios de razonabilidad teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la Empresa*".

De esta manera, en nuestro sistema jurídico, contamos con un enunciado general que permite modificaciones unilaterales del empleador con la apreciación valorativa de elementos esenciales que solamente dependen de él (razonabilidad y las necesidades de la empresa), a diferencia del derecho civil donde se requiere como regla el acuerdo entre las partes. A este propósito, la Sentencia recaída en el Expediente No 3524-2005-AA el Tribunal Constitucional indicó:

> "Décimo: que, en ese orden de ideas se concluye que el empleador, en ejercicio del ius variandi, así como está facultado en precisar y concretar la posición del trabajador dentro de la empresa, está facultado también para variar esta posición mientras se mantenga vigente la relación laboral, en razón de las necesidades de la empresa, así como influir en cualquier momento sobre la relación jurídica existente, determinando variaciones a la forma y modalidades de prestación de servicios del trabajador".

Como se puede apreciar expresa y claramente en esta sentencia, es el empleador el encargado de "concretar la posición del trabajador y variar esta posición", no se hace referencia a la posibilidad de que esa facultad sea otorgada al trabajador. La participación del trabajador en la decisión, estaría cubierta con la justificación razonable de la medida, en tanto se colige que el empleador no está tomando una decisión arbitraria y se encuentra dentro de los límites de la subordinación. Sin perjuicio de ello, el trabajador o el sindicato en representación, podrían cuestionar judicialmente el traslado, esto claro, luego de observar el cambio.

En el mismo sentido, la Casación N° 505-2010-Lima describe las facultades del empleador en el marco del respeto de los derechos fundamentales del trabajador:

> "Noveno: Dicho poder de dirección le permite en consecuencia al empleador, entre otras atribuciones, introducir cambios en la forma y modo de prestación de la relación de trabajo, lo que puede incluir modificaciones razonables en el tiempo y lugar, sujeto a criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las

necesidades del centro de trabajo, en armonía con el respecto de los derechos fundamentales del trabajador".

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, en Casación Laboral N° 8283-2012-Callao, consideró que la posibilidad del empleador de modificar condiciones de trabajo está limitada no solo por los criterios de razonabilidad y necesidades del centro de trabajo, sino también en virtud de los derechos fundamentales cuyo fundamento último es la dignidad de la persona.

Entonces, de lo analizado, podemos decir, que los límites ordinarios a la facultad de modificación o ius variandi del empleador sobre aspectos de la relación laboral tiene cuatro límites ordinarios: (i) los criterios de razonabilidad de la medida, (ii) las necesidades del centro de trabajo, (iii) que no califiquen como actos de hostilidad y (iv) el respeto a los derechos fundamentales del trabajador.

### 1.2. Los actos de hostilidad

Existe una limitación adicional en el ejercicio del *ius variandi* otorgado al empleador consistente en la configuración de un acto de hostilidad, ya sea que se trate de uno equiparable al despido o uno que no.

Así, las modificaciones al desarrollo de las prestaciones de trabajo no deberán calzar dentro de alguno de los supuestos señalados por el artículo 30 de la LPCL como acto de hostilidad equiparable al despido. El citado artículo menciona como tales a los siguientes supuestos:

"Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;

c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;

d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;

e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier índole;

g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad".

En caso el empleador incurra en alguna de estas conductas, el trabajador podrá cuestionar éstas optando de manera excluyente por alguno de los siguientes mecanismos: (i) demandando el cese de los actos de hostilidad en sede judicial; o, (ii) dándose por despedido con derecho a la indemnización por despido arbitrario.

En ambos supuestos, el trabajador debe emplazar previamente y por escrito al empleador. Adicionalmente, sería posible que los trabajadores afectados o algún sindicato presenten una denuncia ante la SUNAFIL solicitando una actuación inspectiva para que, en caso se detecte un exceso en la facultad del empleador, se requiera al empleador para que cese su acto hostil y, en caso de resistencia, se emita un acta de infracción y se inicie un proceso sancionatorio.

Asimismo, de la regulación contenida en el artículo 30 de la LPCL se deriva la posibilidad de que se configuren actos de hostilidad que no resulten equiparables al despido. Estos actos no podrán ser objeto de ninguno de los dos mecanismos antes mencionados, siendo posible su cuestionamiento como un incumplimiento laboral en la vía judicial o en la vía administrativa. Cabe mencionar que la carga de probar el acto de hostilidad padecido corresponde al trabajador, conforme a lo establecido por el literal b) del artículo 23.3 de la Ley 29494, Nueva Ley Procesal del Trabajo[2].

Una primera observación que surge de los actos de hostilidad se relaciona con el carácter cerrado de la lista de actos de hostilidad. Supuestos como el retraso en el cumplimiento de pago de remuneraciones, toda modificación del tiempo de trabajo (cambios de horarios, elevación de jornada, variación de día de descanso, etc.), etc. no aparecen en el electo de actos del empleador que configuran como supuestos de hostilidad. Ciertamente, estos actos pueden ser denunciados como incumplimiento general del empleador y se puede accionar el cese de la hostilidad, pero no dan lugar al despido indirecto (ruptura del contrato laboral por iniciativa del trabajador que genera el derecho a recibir la indemnización tarifada prevista para el despido arbitrario.

Si bien la afectación a la dignidad puede ser atendible, consideramos que no es suficiente como para recoger los supuestos excluidos que hemos mencionados. Podría ingresar supuestos que correspondan al contenido constitucionalmente protegido de la dignidad. Por ejemplo, de acuerdo a la Corte Suprema, si un empleador no asigna funciones a un trabajador, afecta la dignidad de este último e incurre en un acto de hostilidad debido a que crea un sentimiento de insatisfacción a nivel laboral que atenta el adecuado equilibrio emocional del trabajador al mantenerlo durante largos períodos de tiempo sin realizar labor alguna. Este criterio forma parte de la Casación Laboral N° 3034-2012-Lima.

---

[2] "Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de: (...) b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido."

Al respecto, en la Casación N° 16443-2014-Lima, la Corte Suprema de Justicia del Poder Judicial determinó que no todos los incumplimientos del empleador configuran actos de hostilidad, dado que el legislador ha considerado, al establecer una lista cerrada, que solo algunos incumplimientos del empleador pueden ser calificados como tal y dar origen a la extinción del contrato de trabajo.

En este caso, la Corte Suprema considera que los actos de hostilidad se producen en el momento en que el empleador incumple sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo y ocasiona al trabajador algún perjuicio determinado y previsto en el artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, lo que inclusive podría dar lugar a la extinción del vínculo laboral. La Corte Suprema precisó que el cambio de metas para el otorgamiento de comisiones no puede ser equiparable al no pago de remuneraciones que constituye un acto de hostilidad, por cuanto la comisión solo se genera cuando se da el supuesto de hecho previsto en la política de comisiones y, en este caso, las discrepancias radicaban en el porcentaje de las comisiones y en las modificaciones de las metas, y no en el ánimo del empleador de no querer pagar las comisiones de la demandante.

Un segundo tema que se desprende de la clasificación sobre actos de hostilidad se relaciona con la existencia de una intencionalidad del empleador, esto es, una modificación carente de razonabilidad y que no se ajusta a las necesidades de producción. En otras palabras, debe existir una intencionalidad del empleador para perjudicar al trabajador para que sea posible la extinción del vínculo laboral con derecho a la indemnización.

La Corte Suprema ha señalado, a este respecto, lo siguiente (Casación No. 624-2002-Lima):

> "La hostilidad como acto del empleador puede tomar diversos matices, encontrándose la rebaja remunerativa y la baja de categoría como una muestra de ellos. Pero para calificarlos como hostiles, dichos actos deben carecer de motivación por parte del empleador. Es necesario tener presente que el empleador tiene entre sus atribuciones el poder de dirección del empleador y puede, atendiendo a la necesidad de la empresa, efectuar cambios en las condiciones y modalidades de trabajo, todo ello debidamente justificado. La necesidad de la empresa podría obligar al empleador a tomar medidas, como rebajar la remuneración y modificar la categoría del empleado, sin que estos signifiquen actos hostiles".

En la misma línea, en otro caso, la Corte Suprema señaló la inexistencia de un acto de hostilidad (CAS. Nº 3942-2015 TACNA):

> "Si bien de las instrumentales que corre en fojas siete, ciento cincuenta y cuatro a novecientos dieciséis y mil doce a mil diecisiete, se advierte que la demandante ha cumplido las funciones como Asistente de Atención al Público y Especialista, así como Auxiliar Administrativo, cargos que no se encuentran dentro de la categoría de Técnico Administrativo II, también es cierto que en fojas ciento treinta y tres a ciento cuarenta y ciento cuarenta y dos a ciento cincuenta y uno, obran los Memorándums de la Corte Superior de Justicia

> de Tacna dirigidos a la demandante, mediante los cuales se le comunica las funciones adicionales a su cargo que deberá cumplir para el adecuado funcionamiento de la Corte Superior de Justicia. Décimo Noveno: Siendo así, se verifica que la demandada en uso de su facultad del ius variandi, modificó las funciones que ostentaba la demandante en los contratos suscritos entre las partes, los mismos que se encuentran debidamente sustentados a través de los Memorándums citados precedentemente, situación que no genera la existencia de una simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley, toda vez que dicho precepto se encuentra dentro del poder de dirección que ostenta el empleador, tal como se ha establecido en los párrafos anteriores; más aún, si la modificación de las funciones se encuentran dentro de los criterios de razonabilidad, y las labores no son diametralmente distintas, sino complementarias a las propias funciones que suple, teniendo en cuenta la finalidad de las labores de la demandada, pues el Poder Judicial tiene como fi n la administración de justicia; lo que conlleva a establecer, la existencia de ponderación, dentro del contexto de un balance de razonabilidad entre las labores por las que se contrató y las labores adicionales que se le encomendó".

Ahora bien, mediante la Casación 5491-2012-San Martín, la Corte Suprema ha señalado que el empleador puede modificar unilateralmente las condiciones de trabajo siempre que respete los límites siguientes: (i) la razonabilidad, es decir que la modificación no sea arbitraria; (ii) funcionalidad, lo cual implica que la modificación obedezca a un motivo atendible, y; (iii) la indemnidad del trabajador, lo cual exige que a este último no se le provoque menoscabo patrimonial o moral, o un perjuicio material que no le sea adecuadamente compensado. El último requisito fue advertido por la Corte Suprema para analizar la validez de una modificación de condiciones de trabajo. Llama la atención esta consideración judicial dado que "el perjuicio objetivo" que sufre un trabajador no aparece expresamente como un rasgo de la hostilidad. Lo clave, según las normas laborales citadas, es la intención del empleador de perjudicar al trabajador pero no el perjuicio que puede tener el trabajador ante un cambio.

La exigencia de una falta de perjuicio al trabajador es atendible pero no aparece en otras sentencias judiciales salvo para reconocer situaciones muy peculiares como el traslado a un trabajador con discapacidad física o a un trabajador cuyo familiar depende del trabajador. A modo de excepción, consideramos que este tema es relevante y debería merecer de un cambio legislativo.

## II. REDUCCIÓN INMOTIVADA DE LA CATEGORÍA Y CAMBIOS DE FUNCIONES

De las modificaciones de condiciones de trabajo, probablemente la que refleja más uniformidad en el tratamiento judicial es la rebaja de categoría. La rebaja inmotivada de la categoría de un trabajador constituye un acto de hostilidad equiparable al despido conforme con lo dispuesto en el artículo 30, literal b) de la LPCL. En este sentido, el artículo 49 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (en

adelante "DL N° 728") prevé que la reducción de la categoría a la que se refiere la LPCL debe carecer de una motivación objetiva o legal.

Sin embargo, la ley no define lo que ha de entenderse por categoría, por lo surgen una serie de interrogantes sobre si la reducción incluiría todos los casos en los que exista una rebaja del nivel del cargo dentro del organigrama de la empresa, o si ello debe estar acompañado de un cambio drástico de funciones asignados a un puesto de categoría inferior.

Si la modificación solo ha sido de nomenclatura y responde a una justificación general o singular, no existe una rebaja de categoría. Pero si el cargo se mantiene con igual denominación, pero las funciones asignadas son sustituidas por otras totalmente distintas a las originalmente pactadas y de un rango inferior habría que revisar si hubo justificación objetiva para ello.

Veamos la facultad del empleador de modificar de manera general organizativa y estructuralmente su empresa. En general, la jurisprudencia ha reconocido los cambios generales. Así tenemos, la Casación No. 407-2002-Lima que resolvió:

> *"(...) el empleador está facultado para introducir cambios (...) teniendo en cuenta las necesidades de funcionamiento de la* Empresa*; (...) toda Empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente; Quinto.- Que, en tal sentido, si bien es cierto, las Empresas están facultadas legalmente a introducir cambios o modificaciones en su organización y funcionamiento, también lo es que dichas facultades deben efectuarse dentro de los criterios de razonabilidad, como lo indican las normas antes acotadas".*

Como se puede apreciar, en tanto la modificación organizacional y funcional esté debidamente motivada, esta es posible. Es decir, si en una empresa el puesto de "mensajero" ya no tiene contenido pues todas las comunicaciones con entidades públicas y privadas se canalizan a través de correos electrónicos, resultaría irrazonable sostener que dicho puesto siga existiendo. En ese sentido, cabrían varias posibilidades como: el cese de los trabajadores involucrados (ya sea uno o más), o la reubicación de los mismos en otro puesto con la debida capacitación, entre otros. Sobre este último punto volveremos más adelante.

Es así que, de acuerdo a lo desarrollado, no bastaría para motivar debidamente una movilidad funcional, un argumento netamente económico, por más relevante que este sea para la empresa, sino también se necesitaría acreditar la razonabilidad de la medida, por ejemplo, demostrando que el personal a movilizar está capacitado para cubrir los puestos, y que no se verá afectada la operatividad del área al que están siendo trasladados. Sobre este tema, tenemos la siguiente sentencia de la Corte Suprema **(Casación No 1932-98-Lima):**

> *"La estructura organizativa de una empresa responde a las actividades, objetivos, funciones, número de trabajadores y otros factores (...)* ***la*** *disminución en la categoría como acto de hostilidad no se determina en función de la variación de la remuneración efectiva percibida con la que aparece la nueva estructura para el cargo reasignado, sino en la carencia de una motivación de la disminución de la categoría causándole perjuicio al trabajador".*

En sentencia del 16 de abril de 2014, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia muy controversial que abordó el tema. Se trató de la evaluación de la Ley de Reforma Magisterial (Ley N° 29944) de fecha 25 de noviembre de 2012 que unificó los regímenes previstos en la Ley N° 24029 y la Ley N° 29062. La nueva Ley estableció ocho (8) escalas para la carrera pública magisterial (anteriormente 5), dentro de las cuales ubicó de forma diferenciada a los profesores regidos por la Ley N° 24029 y los profesores que provenían de concurso público según la Ley N° 29062. De acuerdo con el nuevo sistema de escalas, los profesores del sector público regidos por la Ley N° 24029 comprendidos dentro de los niveles II al V fueron rebajados de nivel.

En este caso, el Tribunal Constitucional consideró que la restructuración total de la carrera magisterial se hizo sobre la base de criterios razonables y justificados tales como el mérito y la capacidad de los docentes y que la migración de los profesores de la Ley N° 24029 no supone una modificación de su actividad funcional como docente ni su desarrollo, sino sólo un cambio de su status laboral. De allí que se determine que una rebaja de categoría o nivel es válida en la medida que existan razones justificadas para ello.

En otro caso, luego de una restructuración del centro de trabajo, el trabajador pasó de laborar como mezclador a embolsador, ambos pertenecientes a la categoría de Ayudante de Planta. La Corte Suprema (Casación Laboral N° 8283-2012-CALLAO) consideró que en este caso no hubo rebaja de categoría pues, a pesar del cambio de puesto las labores realizadas, en ambos eran predominantemente manuales y no requieren especialización.

Adicionalmente la Corte tomó en cuenta que ambos puestos pertenecían a la misma categoría, así como el hecho que antes de la restructuración el trabajador había desempeñado indistintamente las labores de mezclador y embolsador, por lo que descartó que el cambio tuviera como motivo que el trabajador había sido elegido Secretario de Prensa del sindicato de la empresa.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el poder de dirección del empleador y su facultad de modificar las condiciones de trabajo dentro de los límites de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. En este sentido, ha insistido que el *ius variandi* no es irrestricto, pues *"no puede omitir considerar el límite que le viene impuesto desde la propia Constitución Política, esto es, el respeto por la dignidad del trabajador en tanto persona humana."*.

De esta forma considera que, *"la dignidad del trabajador no se ve soslayada ante disposiciones abiertamente inconstitucionales, sino que también la transgresión puede darse a través de medidas que, por ejemplo, implique la reasignación de un trabajador a un puesto de trabajo que corresponda a una categoría profesional inferior para la que fue contratado"*[3].

[3] Sentencia Casación 6961-2012 Junín del 22 de marzo del 2013 (fundamento 15)

En este orden de ideas, refiriéndose a la rebaja de categoría, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que se afecte la dignidad del trabajador con ocasión de una movilidad funcional vertical descendente éste debe ir unido a un menosprecio de la condición personal, como por ejemplo cuando se asignan labores de una categoría inferior, o si las labores no están de acuerdo con el puesto que desempeña o si no tienen utilidad práctica para la empresa[4].

Ciertamente, en ocasiones, no solo estamos ante un acto de hostilidad sino ante hechos que han afectado el derecho a la libertad sindical. Así, en la sentencia recaída en el Expediente No 02318-2007-PA/TC en el que un trabajador miembro de la Junta Directiva del Sindicato es trasladado de Auxiliar del Departamento de Servicios Generales (labores de personal no calificado) a Auxiliar del Departamento de Créditos y Cobranzas (labores de personal calificado), el Tribunal Constitucional indicó:

> *"(...) que la variación impugnada por el trabajador efectivamente lesionó su dignidad y carecía de justificación, toda vez que no resultaba de utilidad para los fines de la empresa colocar a una persona en un puesto para el cual no estaba debidamente capacitada".*

> *"(...) no se tuvieron criterios básicos de razonabilidad dado que se encargaron nuevas tareas al demandante, conforme consta en el Memorándum No 669-SGO-2005, de fecha 8 de junio de 2005, y en el Memorándum No 680-SGO-2005, de fecha 8 de junio de 2005, sin siquiera haberle enviado previamente la carta funcional en la cual estaban establecidas sus labores, la cual recién fue enviada mediante Memorándum No 685-SGO-2005, de fecha 10 de junio de 2005. Además, tales labores fueron encomendadas sin un tiempo razonable para su elaboración y sin tener en cuenta que el trabajador recién se había incorporado a su nuevo puesto de trabajo y requería de un plazo razonable para la adaptación a sus nuevas funciones".*

Asimismo, tenemos la Sentencia recaída en el Expediente No 8330-2006-PA/TC en el que un dirigente sindical fue degradado de categoría de Técnico Administrativo a Conserje de la Dirección de Mantenimiento:

> *"De los hechos expuestos se concluye que las medidas adoptadas por el empleador resultan irrazonables, por cuanto los traslados sucesivos, la rebaja de categoría sin justificación alguna y sin amparo legal, así como la clausura del centro de labores en el contexto de una negociación colectiva resultan actos violatorios que atentan contra la libertad sindical".*

De lo reseñado en estas sentencias, queda claro, que la movilización de un trabajador de un puesto a otro, de una categoría a otra o, simplemente, cambiarle de funciones, se requiere una serie de requisitos adicionales respecto de características personales de los trabajadores; más aún si el cambio reduce de categoría

---

[4] Sentencia Casación 6961-2012 Junín del 22 de marzo del 2013 (fundamento 21). En igual sentido Casación Laboral N° 8283-2012-Callao del 26 de abril de 2013.

al trabajador. Estos requisitos serían: (i) pactar en el contrato de trabajo la posibilidad que ante motivos razonables y objetivos el trabajador pueda ser trasladado funcionalmente, (ii) un aviso previo respecto de las nuevas labores a desempeñar, (iii) capacitación previa al trabajador en sus nuevas funciones, (iv) un plazo de adaptación al nuevo puesto de trabajo y (v) mantenimiento del nivel de operatividad de la empresa.

Conforme con lo anterior, podríamos decir que, si la rebaja de categoría está motivada en criterios objetivos, razonables, proporcionales y existe una justificación legítima, la misma sería válida aun cuando cause perjuicios al trabajador, siempre que no vulnere los derechos constitucionales del trabajador.

## III. TRASLADOS DEL CENTRO DE TRABAJO

Seguidamente abordaremos el traslado de centro de trabajo que tiene casos tratados en sede judicial interesantes, y donde se aprecia con más insistencia las referencias a los perjuicios que sufre el trabajador como una limitación a la facultad del empleador. De acuerdo con lo previsto en el inciso c) del artículo 30 de la LPCL se considera un acto de hostilidad equiparable al despido, el traslado del trabajador a un lugar distinto de aquél en el que habitualmente presta sus servicios con el propósito de causarle un perjuicio. Por su parte, el artículo 50 del Reglamento de la LPCL ratifica que debe existir un deliberado propósito de ocasionarle un perjuicio al trabajador para que el traslado sea considerado como un acto de hostilidad[5].

Como se puede apreciar, una decisión de traslado sólo calificará como acto de hostilidad equiparable al despido si (i) implica una movilización geográfica (no están comprendidos los traslados dentro de un mismo centro de trabajo) y (ii) tiene el deliberado propósito de perjudicar al trabajador.

Sobre el particular, la jurisprudencia, de manera general, ha entendido que el traslado es válido en la medida que esté justificado en criterios de razonabilidad y en las necesidades del empleador, así como se garanticen los medios adecuados para la movilización del trabajador, su familia y sus enseres. De allí que, para constituirse un acto de hostilidad es necesario demostrar que el empleador ha tenido el propósito o la intención de perjudicar al trabajador con el traslado. En efecto, no se trata que el traslado perjudique al trabajador, sino que el empleador tenga el propósito deliberado de hacerle daño.

Un primer supuesto es la variación pactada contractualmente. En la Sentencia recaída en el Expediente No 593-2009-PA/TC negó que se haya realizado un acto de hostilidad con un trabajador que fue trasladado geográficamente por haber pactado dicha posibilidad en su contrato de trabajo:

---

[5] Artículo 50: "*El traslado contemplado en el inciso c) el Artículo 63 de la Ley, es aquel que importa un cambio a un ámbito geográfico distinto y siempre que tenga el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador*".

> "(...) en el caso de autos, existía renuencia del demandante al cumplimiento de los deberes de la relación laboral, toda vez que en el contrato de trabajo suscrito con el empleador se había establecido expresamente la posibilidad de que el demandante sea cambiado de localidad en cualquier momento por necesidad del servicio".

Sobre los traslados en general, la Corte Suprema (Casación 298-99-Lima) calificó como acto de hostilidad el traslado de un trabajador desde Lima hacia Cusco, y luego Piura, porque el mismo importó un cambio sustancial en las condiciones existentes al momento de la celebración del contrato de trabajo y el empleador no pudo acreditar la existencia de la causa objetiva que había invocado para justificarlo (la disminución de los recursos humanos en Cusco y Piura con motivo del Fenómeno del Niño). Lo interesante de este pronunciamiento es que centra el análisis de la validez del traslado en el respeto del límite de la razonabilidad, por lo que no exige la acreditación del propósito deliberado del empleador de ocasionar un perjuicio.

En otro caso, la Sala Laboral (Expediente 3584-2005, Primera Sala Laboral de Lima) como válido el traslado de un trabajador desde el Cercado de Lima hacia Miraflores, y luego a San Luis, porque el trabajador no pudo acreditar que la decisión del empleador tenía el propósito deliberado de causarle un perjuicio. Lo interesante de este pronunciamiento es que, a diferencia del anterior reseñado previamente, no analiza la razonabilidad de la medida (sólo alude al *ius variandi* del empleador) y se limita a descartar la configuración del acto de hostilidad invocado por la falta de acreditación de uno de sus elementos constitutivos.

En otro proceso, se validó el traslado basado en la facultad de dirección del empleador. El Tribunal Constitucional (Expediente No. 593-2009-PA/TC) calificó como válido el despido de un trabajador por la comisión de una falta grave consistente en haberse negado a ser trasladado de Lima a Chiclayo y Apurímac. En el Fundamento 4 de la sentencia, el Tribunal Constitucional señala expresamente que "*la Ley reconoce la atribución del empleador para trasladar al trabajador; no obstante lo cual le impone el deber de ejercer dicha atribución de buena fe; es decir, sin la intención de ocasionarle un perjuicio, de tal suerte que solo en el caso de que el traslado del trabajador haya estado motivado por un afán de perjudicarlo, el mismo será contrario a Ley*".

Otro supuesto de traslado validado por la Corte Suprema. En este caso, la Corte Suprema (Casación 505-2010-Lima) calificó como válido el traslado de un trabajador desde Lima hacia Huánuco, porque el empleador acreditó que: (i) el traslado del demandante se produjo en el marco de una política general de descentralización de la institución (Contraloría General de la República); (ii) el traslado no ha implicado un perjuicio en el cargo, categoría y remuneración del trabajador, el cual incluso fue promovido a propósito de su implementación; y, (iii) la decisión de traslado fue postergada para que el demandante pueda concluir los estudios de maestría que venía cursando.

En este pronunciamiento se señala que el trabajador no tiene que acreditar de manera exhaustiva el "propósito de ocasionar perjuicio", bastando el ofrecimiento de indicios y medios probatorios que permitan advertir que el ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad[6]. Esto quiere decir que, para defender la validez de una decisión de traslado, el empleador tendrá que acreditar que la misma se sustentó en criterios objetivos y razonables, no bastando la invocación del argumento de la carga de la prueba del trabajador respecto del "propósito de ocasionar perjuicio".

Ahora bien, con el tiempo la jurisprudencia ha venido restringiendo el traslado de los trabajadores procurando una mayor protección a favor de los trabajadores. De esta forma ha admitido que la prueba del propósito del empleador de causar el perjuicio se constituya a través de indicios y no de plena prueba. En ocasiones, ha cuestionado el traslado aun sin pruebas de que el empleador haya tenido la intención de perjudicar al trabajador, fundado en que la medida afecta los derechos constitucionales de éste.

En un caso discutido ante el Tribunal Constitucional (sentencia del 13 de julio de 2015 expediente N° 05999-2013-PA/TC) el trabajador alegó que padecía una enfermedad que le impedía trasladarse a climas fríos porque podría generarse un daño a su capacidad funcional. En esta oportunidad el Tribunal Constitucional consideró, además del hecho que disponía de una vía ordinaria laboral para su reclamo, que no había acreditado en autos que la ciudad a la cual sería trasladado tenga un clima frío que perjudique su salud. Si bien el Tribunal no falló a favor del trabajador, dejó entrever que se puede cuestionar el traslado si se demuestra que las condiciones del nuevo centro de trabajo perjudican la salud del trabajador.

En términos similares, la Casación Laboral N° 2456-2014 LIMA, publicada en El Peruano el 30 de marzo de 2016, se dispuso que a pesar que el contrato de trabajo preveía la posibilidad del traslado, éste era ilegal, por cuanto afectaba los derechos de la trabajadora como madre y los de su menor hija. Se trataba del caso de una trabajadora que recién había dado a luz y su empleador había decidido trasladarla a Lambayeque con fundamento en que el contrato de trabajo preveía la posibilidad de trasladarla a otra ciudad.

Sobre el particular, la ley es clara al disponer que debe existir un deliberado propósito de ocasionarle un perjuicio al trabajador para que el traslado sea considerado como un acto de hostilidad. No obstante, de acuerdo con los criterios anteriormente mencionados ante determinadas circunstancias excepcionales en los que se vean afectados derechos constitucionales del trabajador, aunque el traslado

---

[6] La Corte Suprema de Justicia sostuvo que si bien las exigencias legales *"no suponen una acreditación exhaustiva del propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador"*, ello *"se satisface ofreciendo los indicios y medios de prueba idóneos que permitan advertir que el ejercicio de la facultad de dirección o ius variandi por parte del empleador no se ha sujetado a los límites que impone el principio de razonabilidad, sino que por el contrario, haciendo un uso abusivo del mismo, menoscaban y denigran los derechos fundamentales del trabajador"*.

no constituya un acto de hostilidad equiparable al despido, sería inconstitucional y no podría ejecutarse.

Finamente, un supuesto excepcional es el fuero sindical. En el caso de trabajadores que pertenecen al fuero sindical, en el caso de traslados geográficos, hay dos posibilidades de que sea válido: (i) cuando hay una motivación debida o (ii) cuando el trabajador da su consentimiento. Este tema es tratado, por ejemplo, en la Sentencia recaída en el Expediente No 2318-2007-PA/TC:

> *"En consecuencia se ha producido una lesión del fuero sindical del demandante al haberse dispuesto, a contramano de lo establecido por los artículos 30° y 31° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, su traslado a otro departamento de la empresa sin haber mediado previamente su consentimiento ni la expresión de la causa que justifique debidamente tal medida".*

El consentimiento, podría ser entendido en cierta forma como una elección, pues de no haber motivo razonable de traslado, podría solicitarse el consentimiento del trabajador (dirigente sindical) y si este no acepta, y hay más puestos disponibles de traslados, podría ofrecérsele otro y darse una elección.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional (Expediente No. 8330-2006-PA/TC) calificó como antisindical el traslado sucesivo de un dirigente sindical a diversos centros de trabajo dentro de Lima Metropolitana, porque este vino acompañado de una reducción injustificada de su categoría, así como de la clausura previa de su centro de trabajo original en el contexto de una negociación colectiva.

A criterio del Tribunal Constitucional, en este caso se configuró una extralimitación del poder de dirección del empleador, ya que no se respetó el límite de la razonabilidad ni se invocaron causas que justifiquen las medidas adoptadas.

Como hemos apreciado, a nivel normativo, se admiten los traslados de personal en tanto sean decisiones razonables y que respondan a las necesidades del centro de trabajo, salvo en aquellos casos en que el traslado califique como un acto de hostilidad por realizarse con ánimo de generar un perjuicio al trabajador u obstaculizar su actividad sindical.

A nivel jurisprudencial, sin embargo, no existe uniformidad respecto a cuándo el traslado del trabajador califica como una decisión legítima y cuándo constituye una afectación a algún derecho del trabajador. Lo expresado por la jurisprudencia podría resumirse en lo siguiente:

- Que la decisión de traslado responde a una necesidad real del negocio. Esto implica almacenar los antecedentes por los cuales el empleador opta por disponer que un trabajador que presta servicios en una localidad sea asignado a otra localidad.
- Que la decisión de traslado se adopta de manera razonable y proporcional. Esto implica que el empleador pueda demostrar que no existían medidas alternativas y menos gravosas que la decisión de traslado, y que la decisión de trasladar al trabajador se complementa con medidas compensatorias que reduzcan el impacto negativo que puede generar el traslado (por ejemplo,

anticipación razonable en la comunicación de la medida, asunción de gastos del traslado para el trabajador y familiares, otras).

- Que la decisión de traslado no busca generar perjuicios a otros derechos del trabajador (por ejemplo, derecho a la educación, salud, familia). Consideramos que este elemento puede resultar gravitante al evaluar una decisión de traslado, especialmente en aquellos casos en los que el empleador haya tenido conocimiento previo de la situación particular del trabajador (por ejemplo, trabajadores cursando estudios universitarios, o realizando algún tratamiento de salud, o que se encuentran en situación familiar particular).

## IV. REDUCCIÓN DE REMUNERACIONES

Ante una situación de necesidad o caso fortuito, una reorganización de la estructura de ingresos, una variación de remuneración fija a variable, etc. ¿es válida la reducción de remuneraciones?

Cuando existe un acuerdo expreso entre las partes, es posible que se convenga una deducción de las remuneraciones recibidas siempre que la rebaja no afecte el pasado, el nuevo ingreso no sea por debajo de los mínimos legales y el acuerdo responda a una decisión voluntaria del trabajador. De allí que, no proceda la rebaja remunerativa cuando la reducción provenga de la sola decisión del empleador (unilateral), el salario resultante sea menor que el mínimo legal, exista una aplicación retroactiva o la aceptación del trabajador se derivó de una presión o intimidación.

Así las cosas, cuando el trabajador y el empleador se ponen de acuerdo sobre una variación de los ingresos (ya sea reduciendo su cuantía o introduciendo elementos variables y/o aleatorios), nos encontramos ante actos que no afectan al principio de irrenunciabilidad de derechos (porque no se afectan mínimos legales: los nuevos ingresos son iguales o superiores al mínimo vital) ni los derechos adquiridos del trabajador (pues existe un acuerdo entre las partes y no hay retroactividad) ni hay actos de hostilidad (porque hay aceptación del trabajador).

En la línea descrita, el Tribunal Constitucional (TC) ha destacado la validez de los acuerdos de reducción de remuneraciones por así establecerlo una norma antigua, la Ley No. 9463 (Exp. No. 009-2004-AA/TC). Sin embargo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (CSR), ha indicado, en una sentencia que ha tenido votos discrepantes, que la Ley No. 9463 no se encuentra vigente porque fue derogada tácticamente por la Constitución de 1979 al "*proteger de manera adecuada los derechos laborales de los trabajadores*". Así, se aprecia una disparidad de criterios entre los más altos órganos de interpretación legal en el Perú.

De un lado, pensamos que los criterios del TC deberían preferirse porque es el máximo intérprete de la Constitución de acuerdo a diversas normas. De otro lado, aun cuando no exista una ley expresa que avale una rebaja salarial, estimamos que, cuando existe una aceptación voluntaria y expresa del trabajador, debería

avalarse esta situación tal como ocurre con una variación del lugar del trabajo o de las funciones desarrolladas por el trabajador. Inclusive, si bien la rebaja de remuneraciones tiene su natural supuesto aplicativo ante una grave situación financiera de la empresa, nada obsta para que se aplique en cualquier caso siempre que se aprecie un elemento muy importante: la voluntad del trabajador.

La reducción de la remuneración es un acto jurídico válido en el desenvolvimiento de la relación laboral, cuando existe acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador. En ningún caso debe obedecer a la voluntad unilateral o arbitraria de este último y se materializa a través de un convenio escrito.

Aunque a primera impresión pareciera que por el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales ni siquiera el propio trabajador podría autorizar la reducción de su salario o de sus ingresos, existen dos dispositivos legales vigentes que sí permiten dicha reducción cuando el trabajador interviene y la aprueba expresamente. Así:

a) La Ley Nº 9463, que mantiene su vigencia pese a ser una norma de larga data, autoriza la reducción de la remuneración cuando es aceptada por el trabajador.

b) El literal b) del artículo 30 de la LPCL sanciona como un acto de hostilidad equiparable al despido arbitrario, la reducción inmotivada de la remuneración.

   Se entiende inmotivada aquella reducción que es dispuesta unilateralmente por el empleador, que carece de motivación objetiva o legal.

   Si se interpreta este dispositivo en sentido contrario y en concordancia con la Ley Nº 9463, se entiende que la reducción que no sea inmotivada (léase, autorizada por el trabajador) no está prohibida, pues sino el legislador no habría tenido la necesidad de resaltar que (sólo) las reducciones inmotivadas son sancionadas sino que se hubiera referido a "todo tipo de reducción de remuneración" o simplemente a "la reducción de remuneración".

Sin perjuicio de ello, existen numerosos fallos del Tribunal Constitucional que ya han señalado que la reducción del salario autorizada por el trabajador no colisiona con las disposiciones constitucionales, así como también existen criterios del Poder Judicial (Corte Suprema) que también han admitido la reducción de sueldo cuando el trabajador lo autoriza expresamente y no obedece a un acto unilateral del empleador.

Sobre lo último, en la sentencia emitida en la Casación N° 9072-2014-Amazonas, la Corte Suprema ha señalado que, para que se configure el acto de hostilidad, el empleador no solo debe haber incumplido con su obligación de mantener invariable la remuneración sino que, además, el acto por el cual reduce el salario debe revestir gravedad y continuidad, y debe perjudicar sobremanera al trabajador. De lo contrario, se deduce de la posición de la Corte, habrá incumplimiento del empleador aunque no se configure el acto de hostilidad equiparable al despido arbitrario.

Es decir, no es que con esta última sentencia el empleador ha quedado facultado a reducir unilateralmente la remuneración de su personal sino que, para que se configure el acto de hostilidad, deben presentarse los tres requisitos enumerados por la Corte Suprema: gravedad, continuidad y perjuicio desmedido al trabajador. De no presentarse, si bien es cierto que no se configurará el acto de hostilidad, igualmente habrá incumplimiento por parte del empleador de su obligación de respetar las condiciones del contrato de trabajo. Entendemos esto porque la sentencia en comentario no podría contradecir las disposiciones legales antes reseñadas; de hecho, se sostiene en ellas[7].

Volviendo a la irrenunciabilidad de la remuneración, a nuestro entender el acto voluntario por el cual un trabajador aprueba que se le reduzca el salario no vulnera su carácter irrenunciable ya que, si acepta percibir un salario menor del que venía percibiendo, el trabajador no se está desprendiendo o renunciando a sus ingresos: sus labores seguirán siendo retribuidas aunque ahora de modo diferente.

Además de ello, si con la reducción no se le abonará una suma inferior a la remuneración mínima vital (RMV) entonces tampoco hay norma imperativa que se esté vulnerando. A nuestro entender, el principio de irrenunciabilidad de derechos laborales sí se vulneraría en caso el trabajador no perciba suma alguna por sus servicios o, si la percibe, ésta es inferior a la RMV y no sea un trabajador *part time;* en todos los demás casos que lo autorice el trabajador no se afectará el principio constitucional de irrenunciabilidad de la remuneración.

Sostener que por el principio de irrenunciabilidad no se puede acordar la reducción de sueldos sería algo irreal pues muchas veces los empleadores, con participación de sus trabajadores, deben suscribir este tipo de acuerdos para preservar la continuidad del negocio en la medida que les resulta imposible continuar abonando remuneraciones elevadas. Puede tratarse de una herramienta que busque preservar la fuente de trabajo.

Por lo general, debe existir una razón objetiva para reducir los salarios, por ejemplo, cuando la situación financiera de la empresa exija adoptar medidas que disminuyan sus costos u otra situación análoga. Así, por ejemplo, en el marco de un cese colectivo como medida que impida el cese de personal de conformidad con el artículo 48 de la LPCL. Sostener que por el principio de irrenunciabilidad no se puede acordar la reducción de sueldos sería algo irreal pues muchas veces los empleadores, con participación de sus trabajadores, deben suscribir este tipo de acuerdos para preservar la continuidad del negocio en la medida que les resulta imposible continuar abonando remuneraciones elevadas. Puede tratarse de una herramienta que busque preservar la fuente de trabajo. Sin embargo, subrayamos que también se requiere la autorización de los trabajadores.

Finalmente, una sentencia de la Corte Suprema nos llamó la atención. En la Casación No. 489-2015-Lima, se indicó que la *"reducción de la remuneración en el*

[7] Entre otros, en el sexto considerando de la sentencia referida.

*contexto de la Ley N° 9463, puede ser consensuada y no consensuada, requiriéndose para el primer supuesto la aceptación del trabajador mientras que para el segundo supuesto, la existencia de causa objetiva que de modo excepcional y razonable justifique la medida*". En concreto, la Corte Suprema indica sobre la reducción de sueldo no consensuada:

> "*Será no consensuada si es adoptada por decisión unilateral del empleador, es decir, sin aceptación previa del trabajador. Esta posibilidad resulta de la interpretación en contrario del inciso b) artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR y del artículo 49° del Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de a remuneración es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador y sin causa objetiva o legal. En tal sentido, esta decisión resultará viable si se expresa los motivos por los que así se procede (por ejemplo, garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado —o en su caso de una empresa-) o se invoca la ley que la justifique*".

A nuestro entender, aun cuando nos encontremos ante una medida excepcional y temporal (como la crisis económica), se requiere de un acuerdo entre las partes. Si el empleador unilateralmente reduce la remuneración, no estaremos ante una causal de hostilidad en los términos de la LPCL (es decir donde se puede optar por el cese de hostilidad o la indemnización por despido indirecto), pero nos encontraremos ante un incumplimiento contractual, una afectación al principio de condición más beneficiosa que debería merecer tutela jurídica (esto es, se puede demandar incumplimiento de obligaciones laborales que importa un cese de hostilidad).

De lo expresado, y salvo algunas sentencias aisladas, podríamos concluir lo siguiente sobre este tema:

a) Si la reducción de remuneraciones se realiza por acuerdo entre el empleador y el trabajador será un acto jurídico válido y surtirá todos sus efectos legales.

   No se configurará el acto de hostilidad a que se refiere el literal b) del artículo 30 de la LPCL.

b) Si, por el contrario, la reducción salarial se realiza por decisión unilateral del empleador, se habrá configurado la reducción inmotivada a que se refiere el literal b) del artículo 30 de la LPCL y, consecuentemente, el acto de hostilidad equiparable al despido arbitrario.

   El trabajador podrá darse por despedido e iniciar acciones contra la Empresa a fin de que se le abone la indemnización por despido arbitrario como si hubiera sido cesado intempestivamente.

c) Si el empleador tiene una razón objetiva para reducir el salario igualmente deberá existir aceptación por parte del trabajador, aun cuando pueda demostrar la existencia de esa causa. De hacerlo sin autorización, según nueva posición de la Corte Suprema, no se configurará el acto de

hostilidad pero sí incumplimiento por parte del empleador, por lo que igualmente tendrá que regularizar los salarios diminutos.

A nuestro modo de ver, no se requerirá de acuerdo con el trabajador para reducir el salario si acaso éste, o una porción de éste, estaba sujeto al cumplimiento de una condición o el mantenimiento de una situación, para su percepción. Por ejemplo, si el trabajador accede a un puesto de confianza —o, en general a un puesto superior sin que necesariamente sea de confianza— y con ello se le incrementa el salario o se le abona un complemento salarial, el empleador podrá interrumpir automáticamente el pago del incremento y/o complemento si el trabajador retorna a su puesto de origen, siempre que así haya sido establecido desde un primer momento.

## V. A TÍTULO DE CONCLUSIONES

De lo revisado en la jurisprudencia laboral, consideramos necesario un cambio de la regulación sobre la modificación de condiciones de trabajo. La regulación propuesta podría tener el siguiente contenido:

1. El reconocimiento de la facultad del empleador para modificar las condiciones de trabajo siempre que se ejerza en forma razonable y justificando las necesidades de la empresa.
2. Los límites a la modificación unilateral deben estar dados por no solo por la ausencia de una justificación del empleador sino el respeto de los derechos fundamentales del trabajador.
3. Se debería contar con una regulación uniforme sobre las modificaciones de condiciones de trabajo (que incluya cualquier variación que afecte o incida en la prestación laboral) y ella debería prever una notificación previa y con la posibilidad de sostener reuniones para tratar de encontrar medidas que eviten o generen el menor perjuicio al trabajador.
4. En casos donde exista una afectación grave al trabajador pero, a su vez, exista una razón justificada del empleador, se debería permitir el término del contrato de trabajo con indemnización a favor del trabajador. Piénsese en un cierre de planta que genere la necesidad de traslado; en este caso, se debería otorgar la posibilidad al trabajador de optar por el término indemnizado de la relación laboral aun cuando no exista una intención de perjudicar al trabajador.
5. Los supuestos de hostilidad no deberían limitarse. Debería existir un listado abierto sobre los casos de hostilidad.
6. Un pleno jurisdiccional sobre el tratamiento de la modificación de condiciones de trabajo y los supuestos de hostilidad debería estar en la agenda del Poder Judicial para unificar criterios.

*Capítulo quinto*

# LA FUNCIÓN INSPECTIVA DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE TRABAJO

# Luces y sombras de la inspección de trabajo


## Elmer Guillermo Arce Ortiz

Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz en España. Postdoctorado de investigación en la Universidad de Sevilla en España. Profesor de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ex Director General de Inspecciones Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.


***SUMARIO***


*I. Razones organizativas.- 1.1. El número pequeño de inspectores de trabajo.- 2. Los inspectores auxiliares.-.3. Número reducido de intendencias.-1.4. Aumento del número de orientaciones y el carácter sancionador de la inspección.- 1.5. Se priorizan denuncias a trabajo programado.- II. Razones normativas que reducen el poder del inspector.- 2.1. Restricción del ámbito subjetivo.- 2.2 materias restringidas.- 2.3. Requerimientos obligatorios.- 2.4. Comunicación al inspector del destino de su acta de infracción.- III. Conclusión.*

Para empezar, hay algunos números de la inspección de trabajo en el Perú que llaman la atención por alarmantes: 1) Las multas impuestas por resolución del procedimiento sancionador fueron poco más de 3,600, cuando se generaron cerca de 80,000 órdenes de inspección en el año 2015, 2) De esas 80,000 órdenes casi la mitad proviene de denuncias, 3) De esas 80,000 órdenes casi la mitad acaba en informes, es decir, sin que el inspector recomiende multa alguna, 4) De esas 80,000 órdenes casi 22,000 son órdenes de orientación y 5) Los trabajadores afectados por incumplimientos detectados por Sunafil ascienden a 245,000, cuando la PEA en el Perú excede los 15 millones de trabajadores[1].

Una presentación que intente hacer un balance sobre la función inspectiva tiene, desde mi punto de vista, dos caminos. Por un lado, puedo analizar la rigurosidad de las actas de infracción, la pertinencia de las resoluciones del procedimiento sancionador y su capacidad de coaccionar al empleador para que cumpla con sus obligaciones laborales. Por otro lado, lejos de centrarme en resultados, puedo evaluar si realmente la inspección de trabajo peruana tiene los instrumentos y los poderes adecuados para actuar de modo eficaz.

El peligro del primer camino es el perdernos en abstracciones formales que no consideran el problema de fondo: el poder coercitivo de la inspección sobre el mercado de trabajo. Me explico, a lo mejor puedo enfrentarme a una inspección famélica, de reducido ámbito de acción y débil que es muy exitosa en sus poquísimas intervenciones. Es evidente que su evaluación será muy positiva en los pocos casos en que actuó, sin embargo, es una inspección de poco o nulo impacto sobre el mercado de trabajo. Por ello, de esta manera, descarto el primer camino de análisis y me sumo al segundo.

Desde este segundo camino, quisiera hacer el esfuerzo de explicar los datos planteados al inicio de esta exposición. ¿Por qué el impacto de la inspección es tan reducido?. Esta reducción actúa, a saber, en dos sentidos. Uno de tipo cuantitativo, que se refleja en su impacto numérico ínfimo (detectar 245,000 casos de violaciones de derechos en un universo de 15 millones es evidente). Y, otro de tipo cualitativo, que se refleja en el bajo número de multas impuestas respecto al número de órdenes de inspección generadas (menos de 5%), así como el alto porcentaje de informes sin recomendación de multas en que acaban las órdenes (cerca del 50%).

Creo que la limitación cuantitativa se explica desde una razón básicamente organizativa, mientras la limitación cualitativa de la inspección se explica desde una o varias razones normativas que relativizan el poder real de la inspección.

---

[1] Estos números han sido extraídos del Anuario Estadístico 2015 que publica el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

## I. RAZONES ORGANIZATIVAS

En el año 2013, entra en vigencia la Ley que crea Sunafil. A pesar de su inmediata ejecución, la misma ha sido parcial y muy limitada. A la fecha, por ejemplo, no se ha constituido el Consejo Directivo ni el Tribunal de Fiscalización Laboral. El Consejo Directivo es un órgano colegiado que debe decidir las pautas centrales de la política inspectiva, por lo que ante su inexistencia esta labor sigue recayendo en el Superintendente. Tampoco se ha instalado el Tribunal de Fiscalización, cuyo encargo es el de resolver en vía de revisión las resoluciones de segunda instancia de procedimiento sancionador, por lo que hasta ahora muchas casos terminan con solución definitiva en las regiones. Esta lentitud en la ejecución de la Ley que crea Sunafil deja claro la poca importancia en su fortalecimiento.

Junto a ello, hay otros temas que explican directamente los números tan bajos de intervenciones:

### 1.1. El número pequeño de inspectores de trabajo

Entre supervisores, inspectores de trabajo e inspectores auxiliares tenemos poco más de 400 inspectores a nivel nacional. Esta es quizá la principal explicación del reducido impacto de la inspección sobre el mercado de trabajo. Según OIT, que aplica un coeficiente razonable que relaciona el número de trabajadores que puede atender un inspector (2,521 trabajadores para cada inspector), la inspección de trabajo en el Perú debería tener por lo menos 2000 inspectores.

### 1.2. Los inspectores auxiliares

Según la Ley de Inspecciones no todos los inspectores tienen las mismas funciones o facultades. Por ejemplo, los inspectores auxiliares son aquellos que sólo pueden ingresar por su cuenta y riesgo en empresas pequeñas. No pueden ingresar en medianas o grandes, salvo que sea como ayudante de un inspector de trabajo.

Tomando en cuenta esta reducción de facultades, llama la atención el gran número de inspectores auxiliares en la actualidad. De los 400 inspectores, 275 son auxiliares. Es decir, la eficacia de Sunafil es bastante relativa, ya que su cuerpo de inspectores tiene facultades de inspección recortadas.

Incluso, en regiones o en intendencias regionales, a veces no existen siquiera inspectores de trabajo. ¿Qué pueden hacer en este contexto los inspectores auxiliares?. El tema es crucial en la medida que según la Ley, los auxiliares deberían ser promovidos luego de cumplir 2 años. Sin embargo, esto no se aplica en Sunafil, poniéndose como pretexto el tema presupuestal.

### 1.3. Número reducido de intendencias

En la implementación de Sunafil sólo se han conformado 8 intendencias autónomas en las Regiones, las demás regiones trabajan en convenios de cooperación

entre Sunafil y Gobiernos Regionales. Es decir, utilizan locales y recursos que son puestos a su disposición por los gobiernos regionales, pero eso también tiene un costo para la autonomía. Y, además, para la eficacia del sistema.

### 1.4. Aumento del número de orientaciones y el carácter sancionador de la inspección

De 9,629 órdenes de orientación que se emitieron en el 2014 suben a 22,000 en el 2015, sobre todo por el plan cuadrante. Y porque la Ley que modifica la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley 30222, en su disposición complementaria única señala que en un marco de enfoque preventivo, "la inspección de trabajo privilegia acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras". Este enfoque preventivo es transitorio, ya que la misma norma señala que este tipo de actuaciones se darán durante un periodo de 3 años (culmina el año que viene).

Ello, reduce la eficacia de la inspección en tanto se reduce el ámbito de fiscalización y se usan recursos en difundir la legislación laboral (cuando eso no es propiamente un rol de la inspección). Con el reducido número de inspectores que tenemos, insistir en un enfoque orientativo relativiza el poder de coacción de la inspección.

Creo que plantear la discusión en términos de enfoque sancionador y enfoque de orientación es erróneo. Cuando se habla de una política sancionadora se llega a relacionar la sanción con un mal que debe asumir ineludiblemente el sujeto inspeccionado y que a menudo no repara en los efectos perjudiciales que tiene sobre la economía de la empresa (en el caso de las multas). Se aísla la facultad sancionadora y se le ve como un fin en sí mismo, que no aporta más que perjuicio. Es más, la sanción nunca soluciona el problema de fondo. Me queda claro que esta visión "sataniza" la sanción. Sin embargo, esta visión pesimista encuentra su verdugo en la visión de la "sanción adecuada" a que se refiere el artículo 18 del Convenio 81 OIT.

Las sanciones no tienen que ser un fin en sí mismo, sino que al contrario deben tener un rol disuasivo y preventivo de nuevos incumplimientos. Con esta consideración, pasamos a un concepto de "sanción adecuada", que no es otra cosa que una sanción suficiente, efectivamente impuesta y cobrable en el caso de las multas[2]. Esta sanción proporcional y razonable le aporta credibilidad a la inspección laboral. Es suficiente porque no es ni tan alta (como para que desaparezca la empresa) ni tan baja (para que las ignoren). Es efectivamente impuesta, porque no hay forma de librarse de la multa si se cometió el incumplimiento. Y cobrable, ya que si fue impuesta no es posible que falle el sistema de cobranza coactiva.

---

[2] En el mismo sentido, CAVALIE CABRERA, Paul, Balances y Perspectivas de la Inspección del Trabajo en el Perú, Ponencia Oficial en el VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social realizado en Arequipa, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2014, pp. 445— 447.

Esto significa que sancionar puede tener un rol preventivo o disuasivo también. Por eso, repito, la sanción no tiene por finalidad destruir la empresa ni aumentar las arcas del Estado, sino evitar comportamientos anormales o no deseados para el futuro.

De otro lado, cuando se habla de una política preventiva se relaciona esta decisión política con un privilegio casi irracional de la difusión de normas. Se pretende que la inspección se dedique a dotar de información en el cumplimiento de las normas a los empleadores. En otras palabras, lo que se busca es que se conozca la norma y no se disponga una sanción que generará un grave perjuicio a la economía de las empresas. Entiendo que esta visión amplia de la prevención, encaja perfectamente con una visión "impopular" que tienen a menudo las sanciones. No obstante, creo que una visión tan simple de la prevención desfigura el objeto de cualquier Sistema de Inspección de Trabajo. A saber, cualquier opción de difusión de normas debe tener algún nivel posterior de control, ya que una simple orientación constituye un despilfarro de recursos humanos[3] y económicos de la inspección. Entendemos que el objeto debe seguir siendo evitar los incumplimientos de normas sociolaborales. De este modo, prevención entendida como simple difusión de normas no tiene cabida como concepto.

Además, hay una pregunta algo extrema, pero enteramente lógica. ¿Por qué el Estado debe gastar sus recursos en difundir su legislación?. Sabemos que la legislación se presume conocida por todos al momento de su publicación, no obstante las empresas que precisen asesoramiento deberían contratar asesores o consultores y pagar sus servicios. Después de todo así funciona el mercado. Otra cosa muy diferente es que entendamos la prevención como asesoramiento o consultas técnicas, sobre criterios interpretativos de la inspección. Esto sí debería ser difundido por la inspección de trabajo, pero teniendo como objetivo la preparación del sujeto inspeccionado para una posterior fiscalización. A esta concepción de prevención técnica nos hemos referido antes cuando estudiamos las funciones de la Inspección en el artículo 3 del Convenio 81 OIT y busca evitar sanciones irrazonables en las actuaciones inspectivas.

Ahora bien, sobre lo expuesto concluimos que las dos posiciones que propugnan políticas absolutistas son ineficaces de cara al objeto de la inspección. Ni una política puede construirse sobre la base de sanciones irreales, donde se imponga la sanción porque sí. Es decir, sin pensar en que se persuada al cumplimiento de la norma no observada. Ni tampoco una política puede alzarse sobre voluntades vacías de difusión de normas. De lo que se trata es de ajustar las políticas sancionatorias y dotarlas de una eficacia preventiva. Lo que se debe buscar es desterrar los incumplimientos de normas sociolaborales en la realidad. En suma, con estas

[3] Cada política debe comprender su propio contexto, lo cual significa que si tenemos muy pocos inspectores debemos maximizar su rendimiento de cara al objeto de superar los incumplimientos de la normativa sociolaboral.

reflexiones, me parece que el verdadero dilema está entre políticas de sanciones adecuadas y políticas no sancionatorias.

Dentro de una política de "sanciones adecuadas", la discrecionalidad del inspector es fundamental. Tanto para graduar los montos de las sanciones, en el marco de una escala por supuesto, como para saber si debe imponer la sanción o debe dar una oportunidad más. El fortalecimiento de la figura del inspector es central en este esquema de funcionamiento. La Alta Dirección de SUNAFIL no puede restar discrecionalidad a la decisión del inspector señalando que siempre se sanciona ni que siempre se orienta en temas técnicos. Aquí es importante que la decisión final se deje en manos de los inspectores, porque nadie mejor que ellos saben que el incumplimiento se debe a la mala organización de la empresa, a la falta de motivación de sus funcionarios, a su reducida dimensión, etc[4]. No obstante, a pesar de los matices que puedan derivarse de cada caso en concreto y de los efectos de una orientación eminentemente técnica, el poder del castigo a través de la sanción adecuada siempre debe estar latente. Con la reducida cantidad de inspectores que tenemos a nivel nacional no podemos darnos el lujo de negar la importancia de la sanción y de la coerción en el sistema inspectivo. Un sistema no sancionatorio, en el sentido que hemos graficado, tiene asegurado el fracaso.

### 1.5. Se priorizan denuncias a trabajo programado.

El principio de eficacia señala que una de sus acciones concretas es promover un trabajo programado para la inspección del trabajo. La misma Ley General de Inspección en su artículo 10 promueve el trabajo programado por encima de la atención de denuncias cuando señala: "Sin perjuicio de atender adecuadamente las denuncias y peticiones de actuación que se formulen, la actividad inspectiva responderá al principio de trabajo programado en aplicación de planes y programas generales y regionales que se establezcan".

La planificación y programación de las inspecciones es un tema esencial para su eficacia. Los planes anuales deben preferir la inversión de tiempos en solucionar realmente problemas de categorías de trabajadores o de sectores productivos que intervenir para casos concretos de investigación de accidentes y denuncias. Las investigaciones de accidentes son una obligación legal de la inspección que no puede eludir, sin embargo, no se puede ser un organismo meramente reactivo a denuncias. Y de eso depende en mucho la gestión apropiada que haga la Alta Dirección de SUNAFIL.

---

[4] Aunque en estos casos el papel de la Autoridad Central consiste en velar por que esa discrecionalidad se ejerza con coherencia. La discrecionalidad del inspector no puede entenderse tan amplia como para amparar actuaciones inspectivas arbitrarias o caprichosas. Es interesante la reflexión que sobre el particular tiene VON RICHTHOFEN, Wolfang, La Inspección de Trabajo, Guía de la Profesión, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 158— 163.

Los objetivos de una planificación apropiada deben ser extraídos de los datos numéricos que aporta el sistema informático de la inspección. Por ejemplo, con los datos estadísticos que arroja el sistema me doy cuenta que los restaurantes inspeccionados del cono norte en un 90% no cumplen con el pago de gratificaciones de navidad a sus trabajadores. Es muy probable que los restaurantes no inspeccionados hasta hoy de ese sector de Lima también tengan un alto nivel de incumplimiento en otorgar la gratificación de navidad. De este modo, sé que debo programar un operativo de inspección laboral a todos los restaurantes del cono norte. Repárese, que no vamos de manera improvisada a inspeccionar otros locales comerciales que no sean los restaurantes ni tampoco vamos a perseguir otros incumplimientos que no sean lo de la gratificación de navidad.

Finalmente, debemos destacar que el trabajo programado en la inspección peruana sigue siendo marginal. Ello, sin duda, pone en cuestión la eficacia de nuestro sistema de inspección. Obsérvese que no es un problema de calidad del cuerpo de inspectores cuanto sí un problema de gestión. Según el Anuario Estadístico del año 2015, en todo el Perú se generaron cerca de 80,000 órdenes de inspección, de las cuales sólo 17, 090 son de procedencia de la voluntad interna del sistema (entre las que se encuentran las provenientes de la iniciativa del inspector o los propios operativos). Estos números destacan lo devaluado que está la planificación y la programación en la inspección peruana. Digamos que nada más que un 22% de órdenes provienen de órdenes de investigación o comprobación desde los operativos, dejando claro que el actuar en la inspección peruana sigue siendo básicamente reactivo (por denuncias).

## II. RAZONES NORMATIVAS QUE REDUCEN EL PODER DEL INSPECTOR

Al lado de las razones organizativas y de política de gestión de la inspección del trabajo, abundan argumentos legislativos que prueban la voluntad deliberada de "maniatar" el sistema de inspección. Ello implica relativizar su poder de coerción. Y el referente para medir estas restricciones será el Convenio 81 de la OIT.

### 2.1. Restricción del ámbito subjetivo

El Convenio 81 de la OIT es bastante flexible en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo sobre el que opera la inspección. Se refiere a las labores que se realizan sólo en dos sectores: en la industria (artículo 1) y el comercio (artículo 22).

No obstante, vamos a decir que este ámbito de aplicación subjetivo flexible y restrictivo, ha ido ampliándose con posterioridad a 1947. El Protocolo de 1995, que amplía la competencia de la inspección al sector "no comercial", constituye un hito en el fortalecimiento de las normas internacionales sobre el sistema inspectivo.

Ahora bien, en la medida que las normas internacionales han ido fortaleciendo la competencia de los sistemas de inspección, las leyes peruanas también han hecho lo propio. El artículo 4 de la Ley General de Inspección, Ley 28806, señala que 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". De este modo, el ámbito de aplicación subjetivo es absoluto, ya que se aplica a todos los sujetos empleadores que contratan trabajadores. Por eso, se ejerce con fuerza omnicomprensiva en todas las empresas, centros de trabajo, vehículos, aviones, barcos, puertos, aeropuertos, domicilios en los que presten servicios trabajadores del hogar, etc.. En esta línea, todos los sectores del sector privado ingresan en el ámbito de competencia de la SUNAFIL. Aunque cuestión distinta sucede en el sector público o en empresas del Estado, ya que SUNAFIL sólo ingresa cuando los trabajadores están contratados mediante el régimen laboral de la actividad privada. En consecuencia, los servidores públicos contratados por el régimen laboral 276 estarán excluidos del ámbito competencial de SUNAFIL (artículo 4.1 Ley General de Inspección).

Finalmente, cuestión de gran importancia que se plantea en torno a esta última exclusión es si ésta alcanza también a los contratos CAS (Contratos Administrativos de Servicios). Me parece que el problema de fondo se plantea en los términos siguientes: Es verdad que la ley sólo admite dentro de la competencia a los trabajadores con contratos 728 y no a los CAS, sin embargo, también es verdad que el régimen laboral CAS es un régimen creado con posterioridad a la Ley de Inspección que es del 2006. No existía al momento que se hizo la delimitación. Recordemos que el Decreto Legislativo 1057 recién entra en vigencia el año 2008. Por eso, aquí hay un aparente problema de laguna del derecho, ya que la fiscalización de los trabajadores CAS no se ha encargado a otro órgano del Estado. Sin embargo, creo que el artículo 4 de la Ley General de Inspección al revelar una actuación omnicomprensiva de la actividad inspectiva, nos soluciona la aparente laguna. En realidad, es cuestión de leer extensivamente el artículo 4 de la Ley, siguiendo la misma lógica del Convenio 81. Esto es, que se aplica a todas las relaciones laborales y más todavía si dichas relaciones laborales se encuentran huérfanas de inspección como el caso del CAS. Lastimosamente, hasta el día de hoy nuestra inspección del trabajo no puede fiscalizar los contratos CAS, pues directivas internas (y, desde nuestro punto de vista, ilegales) se lo impiden.

### 2.2 Materias restringidas

El artículo 3.a del Convenio 81 de la OIT encarga al sistema de inspección "velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores de trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de estas disposiciones". Asimismo, en el 3.b la inspección debe "facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales".

De lo anterior, quiero resaltar que el ámbito material de la vigilancia en el cumplimiento de normas y de la asesoría técnica que se encarga a la inspección es el mismo: disposiciones legales relativas a condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

No obstante la claridad del Convenio 81 es conveniente hacer algunas precisiones. Primero, los inspectores no sólo vigilan el cumplimiento de disposiciones legales, sino que dentro de este concepto deben incluirse también las disposiciones reglamentarias, las convencionales (producto de convenios colectivos) y cláusulas contractuales que contengan condiciones de trabajo. En referencia a estas últimas, no son pocas las veces que los contratos de trabajo determinan condiciones de lugar, funciones o jornadas inferiores a la máxima, razón por la cual los inspectores deben vigilar su cumplimiento.

Segundo, ¿qué materias serían objeto de atención de los inspectores?. En principio, el Convenio 81 se refiere a condiciones de trabajo en general y a la protección de trabajadores en el ejercicio de su profesión. Estas menciones son tan amplias que permiten velar por el cumplimiento de disposiciones que van desde la oferta de empleo hasta la terminación del contrato de trabajo. Todo hecho posterior al contrato de trabajo ya no implica un "ejercicio de la profesión". Por eso, aunque el propio Convenio trate de identificar algunas de estas materias concretas (horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores, etc.), simplemente lo hace a título de ejemplo.

La legislación peruana también admite un ámbito material de fiscalización laboral sumamente amplio. Así, la Ley General de Inspección en su artículo 3.1 señala que los inspectores vigilan el cumplimiento de las normas en materia de relaciones individuales y colectivas de trabajo, derechos fundamentales en el trabajo (como por ejemplo, la no discriminación), la seguridad y salud en el trabajo, trabajo infantil, trabajo de personas con discapacidad, etc.. El mismo artículo incorpora también a las normas referidas a seguridad social (pensiones y salud). Digamos que, en términos generales, abarca las materias que menciona ejemplificativamente el Convenio 81. No obstante, el mismo artículo 3.1 de la Ley General de Inspección excede propiamente el marco de una relación de trabajo (así como del Convenio 81) y también encarga a la inspección la vigilancia de las normas de promoción del empleo, formación profesional y normas relativas a migraciones laborales. Por si fuera poco, existen relaciones jurídicas no laborales, como las modalidades formativas laborales, cuya vigilancia del cumplimiento de sus normas también se confía al sistema de inspección peruana (artículo 49 de la Ley 28518, Ley de modalidades formativas).

Finalmente, a pesar del reconocimiento omnicomprensivo de materias que contiene la legislación nacional, hay una exclusión que merece nuestro comentario: derechos de los trabajadores en caso de despido. No es una exclusión expresa, sino que se ha derivado de la idea de que el despido debe ser calificado como justificado, arbitrario o nulo en la vía judicial. Quizá esta apreciación nace del artículo 45 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuando señala

que "la Autoridad Administrativa de Trabajo, a solicitud de parte, prestará su concurso para verificar el despido arbitrario que se configure por la negativa injustificada del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores, lo que se hará constar en el acta correspondiente". Por ende, parece lógico pensar que si el inspector puede sólo verificar el despido, frente a la negativa de permitir el ingreso del trabajador a la empresa, no podrá exigir el cumplimiento de obligaciones legales o contractuales al momento que se produce el despido.

Creo que esta interpretación de la acción inspectiva frente a un despido es desproporcionada y equivocada. Por ejemplo, ¿qué pasa si el inspector verifica un despido donde no existe causa alguna, no existe carta de despido, no dejan entrar al trabajador a su centro laboral y, por si fuera poco, no se acredita el pago de la indemnización por despido arbitrario?. ¿Qué impide al inspector levantar un acta de infracción ya que está frente a un despido arbitrario sin pago de indemnización?. Yo creo que nada lo impide. Se estaría cautelando el derecho del trabajador de recibir al menos una indemnización, lo cual estaría dentro "de las normas que regulan las relaciones individuales de trabajo" como lo dice la Ley General de Inspección peruana. Es más, cuando en el seno de la OIT se presentó los proyectos finales tanto del Convenio 81 (1947) sobre inspección de trabajo como del Convenio 129 (1969) sobre inspección en la agricultura, se mantuvo en la lista ejemplificativa "los derechos de los trabajadores en caso de despido". Es verdad, que luego no fueron incluidos en la lista definitiva de estos Convenios, pero ello no significa que estos derechos no se encuentren comprendidos en la frase del convenio 81: velar por el cumplimiento de las condiciones de trabajo y la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión.

### 2.3. Requerimientos obligatorios

La Ley 30222, que modifica la Ley de Seguridad y Salud, obliga a los inspectores a formular obligatoriamente un requerimiento al infractor. La lógica del requerimiento es la de solicitar que se levante el incumplimiento detectado en un plazo determinado, pues de este modo el infractor no se verá perjudicado por la multa. Es decir, un empresario puede mantenerse en incumplimiento flagrante durante 2 años y cuando recién el inspector lo requiera, podrá cumplir sin necesidad de pagar una multa. Lo peligroso de este razonamiento es que nos acostumbremos a vivir al margen de la legalidad laboral y que sólo reaccionemos ante la presencia del inspector. Si tuviéramos un número suficiente de inspectores, esta estrategia quizá sea adecuada, sin embargo, en nuestro contexto no funciona.

Por su parte, el artículo 14 de la Ley General de Inspección dice contrariamente otra cosa: "Los requerimientos que se practiquen se entienden sin perjuicio de la posible extensión del acta de infracción y de la sanción que pueda imponerse". En otras palabras, según este artículo 14, cuando el inspector detecta el incumplimiento puede levantar un acta de infracción de manera inmediata, sin perjuicio que luego

se haga el requerimiento respectivo. Recuérdese que la sanción debe servir como disuasorio a conductas violatorias de derechos.

Son dos normas contradictorias. A pesar que la Ley 30222 es una ley posterior a la Ley General de Inspección, lo que se produce es una antinomia conflictiva. Y en esa línea, el primer criterio de solución de la antinomia ha de ser la jerarquía. Sin embargo, ante la misma jerarquía, procede pasar a un test de especialidad. Obviamente, la especialidad inclina la balanza a favor del artículo 14 de la Ley de Inspección. Al margen del rasgo de transitoriedad que tiene la disposición de la Ley 30222.

Precisamente, la disposición del requerimiento obligatorio que contiene la Ley 30222 es transitoria, porque implícitamente acepta que el requerimiento no es ni puede ser obligatorio. Pues de lo contrario, se hubiera modificado definitivamente la Ley General de Inspección. El problema de ello es que seguimos debilitando la inspección del trabajo en sus propios procedimientos y, con ello, debilitamos la imagen y figura del inspector.

### 2.4. Comunicación al inspector del destino de su acta de infracción

Dado que el inspector de trabajo cuando levanta un acta de infracción sólo recomienda la imposición de una multa, lo que corresponde es esperar la resolución final en la etapa del procedimiento sancionador a efectos de saber si se ha acogido la recomendación del inspector o no. Muchas veces el procedimiento sancionador revoca lo señalado en el acta de infracción y otras declara la nulidad de la misma.

Sería bueno que los inspectores conozcan cuáles son los criterios utilizados en el procedimiento sancionador para no repetir los mismos errores. Hace falta mayor conexión entre las distintas etapas de la inspección, ya que ello permite eliminar errores y tener mayor eficacia en la actuación.

## III. CONCLUSIÓN

Lo expuesto refleja que muchas veces la existencia de un sistema de inspección no asegura un compromiso de cumplimiento de la normativa. Al contrario, la existencia de un sistema débil y limitado, bien puede demostrarnos que ese sistema es simbólico y poco eficaz. Entiendo que el fortalecimiento del sistema de inspección no pasa sólo por fortalecer Sunafil como institución, aunque ello es necesario no es suficiente, pues deben ampliarse y sincerarse las facultades de los inspectores (sin recorte alguno). Mientras no exista un fortalecimiento real y serio de la inspección laboral, es poco oportuno hacer un balance sobre los resultados concretos de la misma.

# Problemática actual en el cumplimiento de la función inspectiva

**Anna Vilela Espinosa**

Abogada Laboralista. Jefa del Área Laboral de AELE.

***SUMARIO***

*I. La organización internacional del trabajo y su rol.- II. La inspección del trabajo.- III. Marco legal del sistema de inspección del trabajo en nuestro país.- 3.1. Ley General de Inspección del Trabajo y su norma reglamentaria.- 3.2. Ley Nº 29981, Ley de Creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL).- IV.Balance actual de la inspección del trabajo.- 4.1. Principales logros alcanzados.- 4.2. Necesidad de centralizar funciones de administración y cumplimiento de la legislación laboral.- 4.3 demora en su implementación.- 4.4 Tribunal de Fiscalización Laboral.- 4.5 Inspectores de trabajo.- 4.6 Falta de incorporación de la informática y archivos digitales.- 4.9 Sobre la falta de predictibilidad y uniformidad en los pronunciamientos.- 4.10 Sobre los documentos emitidos en materia inspectiva.- 4.11 Falta de recursos presupuestales.- 5. Conclusión.*

## I. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y SU ROL

En el año 1919 se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como parte de los resultados del Tratado de Versalles que puso fin a la primera guerra mundial, al mismo tiempo que la Sociedad de las Naciones. Esta institución tripartita tiene por finalidad esencial la protección y mejoramiento de la situación de los trabajadores a partir de la concertación y compromiso con los empleadores y los gobiernos. Dichas finalidades, fueron reafirmadas después de la segunda guerra mundial en la Declaración de Filadelfia de 1944, igualmente paralela a la constitución de las Naciones Unidas en reemplazo de la Sociedad de las Naciones.

La gran tarea inicial de la OIT fue normativa: lograr elaborar los Convenios y Recomendaciones en un esfuerzo singular por garantizar internacionalmente normas elementales de protección laboral en los diversos campos de regulación del trabajo. En sus primeros 20 años de acción, es decir antes de la segunda guerra mundial, ya se habían aprobado 87 convenios, a pesar de una disminución de ritmo en el período de la gran crisis de 1929-1930. Inmediatamente después de la guerra, sin embargo, el ritmo de las convenciones y ratificaciones se recuperó hasta generar un cuerpo básico. Así, según Nicolás Válticos hacia finales de los años sesenta, "la obra fundamental está realizada"[1].

El establecimiento de normas, generaba a la vez el requerimiento de mecanismos de garantía de la aplicación que no fueran solamente los contemplados como sanciones políticas y morales a los gobiernos. En una primera fase, la Recomendación N° 5 sobre la inspección del trabajo (servicios de higiene) y la Recomendación N° 20 sobre la inspección del trabajo acerca de los aspectos de administración de esta función, propugnan que los gobiernos establezcan las instituciones y procedimientos necesarios para el cumplimiento de la legislación nacional e internacional en materia de inspección y mejora de la situación de los trabajadores.

Sería recién en 1974 que se adopta el Convenio 81 y la Recomendación del mismo número sobre la inspección del trabajo aplicable a la industria y el comercio y, en el mismo año, el Convenio 85 sobre la inspección del trabajo en territorios no metropolitanos que tuvo especial impacto en los estados de administración fideicomisaria en esa época. Solamente en 1969, se logró un Convenio, el número 129, con similares alcances al 81 pero aplicable a la agricultura.

La relativa amplitud temporal de la vigencia de las recomendaciones sobre inspección del trabajo, en lugar de normas obligatorias como los Convenios, se explica en el ámbito de la OIT por la importancia dada primigeniamente a la administración interna de los Estados, que involucra sus responsabilidades soberanas. Tras la segunda guerra mundial, esta visión se restringe a la vez que se refuerza notablemente el derecho laboral internacional y las instituciones sindicales en

[1] Válticos Nicolás. "La gran época de las normas", en TRABAJO, Revista de OIT: Número 8, Ginebra, junio 1994.

Occidente. Se crearon recién entonces las condiciones propicias para el reforzamiento normativo y administrativo de las obligaciones para con los trabajadores.

Las acciones de la OIT no se han limitado a este marco. Como una extensión del reforzamiento institucional, se ha desarrollado durante los últimos 50 años un amplio programa de cooperación técnica, especialmente con los países del tercer mundo, y se ha dado un énfasis especial a la promoción del empleo y la seguridad social, reforzando las estadísticas, recomendando políticas, desarrollando la administración, colaborando en la elaboración de normas y delegando misiones técnicas sobre asuntos específicos.

En una época de grandes cambios, la OIT ha ido renovando igualmente sus procedimientos y la orientación de sus actividades, pero sin perder el núcleo de su existencia que es la búsqueda de la justicia social.

En el esforzado camino a través del cual se ha ido unificando y extendiendo el sistema de relaciones laborales que podemos considerar generalmente aceptable, se han ido también ampliando los campos de acción envueltos por este propósito.

El hilo conductor ha sido el establecimiento de un marco normativo generalizado, la búsqueda de compromisos de los gobiernos en su legislación interna y en los convenios internacionales con este programa básico, el reforzamiento de las instituciones y la cooperación técnica, y una creciente preocupación por la mejora del empleo y la seguridad social, así como el fortalecimiento de la inspección del trabajo.

## II. LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

Como ya hemos mencionado, la Inspección del Trabajo tiene como marco normativo internacional al Convenio 81 de la OIT adoptado en la Trigésima Reunión de la Conferencia General celebrada en Ginebra en 1947.

Dicho convenio[2], reconoce que todo país miembro de la OIT que lo haya ratificado "deberá mantener un sistema de inspección del trabajo". Además, en su artículo 3º señala que "*el sistema de inspección estará encargado de:*

(a) Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, tales como las disposiciones sobre horas de trabajo, salarios, seguridad, higiene y bienestar, empleo de menores y demás disposiciones afines, en la medida en que los inspectores del trabajo estén encargados de velar por el cumplimiento de dichas disposiciones;

(b) Facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales;

---

[2] Aprobado por nuestro país a través de la Resolución Legislativa 13284. Ratificado el 01 de febrero de 1960.

(c) Poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes".

Mientras que en su artículo 18º se establece lo siguiente:

"Artículo 18°.- La legislación nacional deberá prescribir sanciones adecuadas, que habrán de ser efectivamente aplicadas en los casos de violación de las disposiciones legales por cuyo cumplimiento velen los inspectores del trabajo, y en aquellos en que se obstruya a los inspectores del trabajo en el desempeño de sus funciones".

De acuerdo a los alcances reseñados en los dos artículos citados se puede apreciar que el ámbito de la inspección no solo se debe circunscribir al cumplimiento de normas laborales, sino que también se fomenta un sistema orientador y asimismo participatorio tripartito.

En este sentido cabe precisar que entre las principales conclusiones sobre la Administración e Inspección del Trabajo contenidas en las Actas de la 100ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT (realizada en Ginebra en junio del año 2011), se ha señalado en forma clara los lineamientos y tendencias en materia de Inspecciones del Trabajo, al precisarse respecto al tema de las sanciones que "si bien éstas formaban parte de las prácticas de inspección del trabajo, debía darse prioridad a ayudar a los empleadores para crear una cultura de la prevención y del cumplimiento de la legislación laboral. A ese respecto, debían estimularse los incentivos con miras al respeto de la ley, antes que recurrir a sanciones."[3]

Tal como se aprecia en los lineamientos antes reseñados, la Inspección Laboral tiene una tendencia distinta a la coercitiva por excelencia, que tiene como objetivo principal multar al empleador.

"Las normas legales que regulan las inspecciones laborales constituyen un instrumento a través del cual se supervisa el subsistema de Control de la Legalidad en el Sistema de Relaciones Laborales del país. En este sentido, dichas normas deben tener como objetivo esencial lograr que el trabajador acceda a los derechos que le corresponden, y que el empleador cumpla con las condiciones de trabajo y las obligaciones legales y convencionales aplicables. Su finalidad es esa y no simplemente cobrar multas y aplicar sanciones que ubiquen a los derechos laborales como inalcanzables, lejanos o imposibles."[4]

Y es que "las normas relativas a las inspecciones de trabajo, por su finalidad y objetivos, tienen una lógica normativa particular, debiendo responder a la ecuación: verificar— prevenir-asesorar-sancionar"[5]. En este sentido su objeto principal no debe ser únicamente la recaudación de multas sino más bien prevenir riesgos y

---

[3] Actas de la 100ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, Conclusión 2.2.

[4] ANÁLISIS LABORAL. Editorial. Enero 2013, p. 2.

[5] ANÁLISIS LABORAL, "La Inspección del Trabajo: Un análisis de la eficacia del proyecto sobre la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral", Octubre 2012, páginas. 38-40.

preservar la aplicación de las obligaciones laborales, fomentando de esta forma que el trabajador goce de sus derechos y beneficios laborales.

No se trata pues de un sistema con carácter puramente sancionador, función esta última que si bien es cierto es necesaria no constituye la esencia del mismo. Ambos enfoques, orientador y sancionador deben darse conjuntamente en aras de lograr el objetivo central de la inspección del trabajo cual es verificar el cumplimiento de las normas de trabajo.

> "(...) Las acciones de inspección —inicialmente dominadas por metas de descubrimiento de infracciones y de aplicación de sanciones— paulatinamente fueron disminuyendo sus aspectos "policiales" y "punitivos", para ceder terreno a funciones encaminadas a facilitar y extender el nivel de cumplimiento de las normas, mediante acciones preventivas, de información y de asesoramiento"[6].

## III. MARCO LEGAL DEL SISTEMA DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO EN NUESTRO PAÍS

### 3.1. Ley General de Inspección del Trabajo y su norma reglamentaria

El sistema de inspección de trabajo actual de nuestro país se instauró en el año 2006 cuando se promulgó la Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante LGIT), Ley Nº 28806, la misma que si bien posteriormente ha sido modificada en algunos aspectos mantiene el modelo original. Su Reglamento fue aprobado por D.S. Nº 019-2006-TR (en adelante RLGIT).

La LGIT se elaboró teniendo en consideración la necesidad de modernizar la Inspección del Trabajo y las observaciones emitidas en el año 2005 por la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), según las cuales algunas disposiciones de la Ley y el Reglamento de Inspección vigentes en ese momento no se encontraban acordes a las disposiciones contenidas en el art. 12º del Convenio 81º de OIT que se refiere a la Inspección del Trabajo.

Es así que teniendo en consideración lo antes reseñado se promulga la LGIT, en cuyo artículo 1º se señala que la Inspección del Trabajo tiene un rol fundamental en materia de relaciones laborales, correspondiéndole vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral y de seguridad social, exigir las responsabilidades administrativas que procedan, así como orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, todo esto de conformidad con lo establecido en el Convenio Nº 81 de OIT antes reseñado. Con lo cual nuestra legislación recoge los dos enfoques reseñados en el numeral anteriormente desarrollado, es decir el orientador y fiscalizador.

---

[6] MORGADO VALENZUELA, Emilio. "Reseña histórica de la evolución de la administración del trabajo en Latinoamérica". En: El nuevo marco económico, jurídico y social de la administración laboral y de los ministerios de trabajo. OIT. Primera Edición, 1997, p. 3.

### 3.2. Ley Nº 29981, Ley de creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL)

En concordancia con los alcances del Convenio 81 de OIT que indica que siempre que sea compatible con la práctica administrativa del País Miembro, la inspección del trabajo deberá estar bajo la vigilancia y control de una autoridad central, mediante Ley Nº 29981 se creó en enero de 2013 en nuestro país la SUNAFIL como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo responsable de promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico socio laboral y de seguridad y salud en el trabajo.

También se le ha asignado la función de desarrollar y ejecutar todas las competencias del Servicio de Inspección establecidas en el art. 3º de la LGIT en el ámbito nacional, cumpliendo el rol de autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo (SIT) tal como lo establece el art. 19º de la LGIT modificado por la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley Nº 29981. En ese mismo artículo se señala que forman parte también de la estructura del SIT las unidades orgánicas de los gobiernos regionales que dependen funcional y técnicamente de dicha autoridad central en materia de inspección del trabajo.

Como señala Adolfo Ciudad "La sujeción del sistema a una autoridad central facilita el establecimiento y la aplicación de un criterio apolítico y uniforme en el conjunto de territorio, y permite utilizar racionalmente los recursos, en particular limitando la actividad interventora."[7]

En este contexto, la SUNAFIL tiene competencia sancionadora y aplica las sanciones económicas que correspondan, siendo primera y segunda instancia, ya que el Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) será quien resuelva en última instancia administrativa en aquellos casos que sean sometidos a su conocimiento mediante la interposición del recurso de revisión, tal como analizaremos más adelante.

Conviene tener presente también que la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley Nº 29981 modificó el literal f) del art. 48º de la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, estableciendo que los Gobiernos Regionales tienen competencia en los procedimientos de supervisión, control e inspección de las normas de trabajo respecto de las microempresas, aplicando las sanciones que correspondan de acuerdo a ley, en el ámbito de su competencia. Por lo tanto, en materia de fiscalización de microempresas la fiscalización y trámite sancionatorio es de responsabilidad de los gobiernos regionales.

---

[7] CIUDAD REYNAUD, Adolfo. Conversatorio "Luces y Sombras de la Inspección del Trabajo", APERT. Lima 2015.

## IV. BALANCE ACTUAL DE LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO

### 4.1. Principales logros alcanzados

De modo general podemos señalar que entre los principales avances logrados por la SUNAFIL figura el hecho que las inspecciones de trabajo son más coordinadas; se viene trabajando con inspecciones de trabajo focalizadas; se privilegian las acciones de prevención y asesoría; hay un incremento en la cantidad de fiscalizaciones; se viene brindando una mayor capacitación a los Inspectores.

Respecto a los avances logrados en el presente año 2016, en el Informe de Análisis Estratégico del Plan de Actividades y Metas Institucional 2016, Primer Semestre de la SUNAFIL se precisa, respecto al Centro de Formación y Capacitación del Sistema de Inspección del Trabajo que durante el primer semestre de este año desarrolló:

- Capacitación a 112 servidores que ejercen competencias del Sistema de Inspección del Trabajo (SIT) en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo, logrando un avance del 112% de la meta programada.
- Capacitación a 105 servidores que ejercen competencias del SIT en materia de Normas Sociolaborales, logrando un avance del 100% de la meta programada
- Capacitación a 259 servidores que ejercen competencias del SIT orientada a incrementar la mejora de los procesos internos institucionales, logrando un avance del 108% de la meta programada.

Asimismo, figuran como Conclusiones del Informe mencionado las siguientes:

- Al primer semestre se programaron 398 actividades en el documento de gestión "Actividades y Metas Institucionales 2016", obteniéndose que 345 de ellas (87%) alcanzaron la meta programada en el periodo de evaluación; 45 actividades (11%) obtuvieron una ejecución parcial mientras que 8 actividades (2%) no reportaron ejecución. En adición, debe mencionarse que se ejecutaron 4 actividades no programadas en el primer semestre.
- A nivel de la Intendencia Lima Metropolitana e Intendencias Regionales se generaron 10 288 órdenes de inspección de fiscalización por denuncias y 4 096 órdenes de inspección de fiscalización programadas. Asimismo, se realizaron 4 934 actuaciones inspectivas de orientación, comprendiendo a un total de 14 904 trabajadores y empleadores. El total de actividades de fiscalización representa un avance del 109% de ejecución y el total de personas orientadas representa el 160% de ejecución respecto de lo programado, respectivamente.
- La Intendencia Nacional de Prevención y Asesoría, la Intendencia de Lima Metropolitana y las Intendencias Regionales desarrollaron un total de 509 eventos de capacitación en temas de formalización laboral (89), seguridad y salud en el trabajo (164), derechos fundamentales (110), y normas sociolaborales (146) dirigidas a empleadores y/o gremios empre-

sariales (169), trabajadores y/o organizaciones sindicales (219) y PEA potencial – estudiantes (121).

- La Intendencia Nacional de Supervisión del Sistema lnspectivo ejecutó 26 visitas a las Intendencias Regionales (2) y Direcciones o Gerencias Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo (24) a nivel nacional, con el fin evaluar la correcta aplicación de las normas en los procedimientos administrativos concluidos de actuaciones inspectivas y del procedimiento sancionador, así como de gestión del Sistema de Inspección del Trabajo (políticas, planes, programas, proyectos institucionales, documentos de gestión, directivas, procedimientos, etc).
- En cuanto a la ejecución presupuestal devengada, al 30 de junio del presente año se alcanzó el 41.75% de avance respecto del Presupuesto Institucional Modificado.

### 4.2. Necesidad de centralizar funciones de administración y cumplimiento de la legislación laboral

El art. 19º de la Ley Nº 28806, LGIT, fue modificado por la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley Nº 29981, Ley que crea la SUNAFIL, estableciéndose que este organismo es el ente rector y la autoridad central del Sistema de Inspección del Trabajo de acuerdo al Convenio Nº 81 de la Organización Internacional del Trabajo.

Asimismo, la Segunda Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley Nº 29981 modificó el literal f) del art. 48º de la Ley Nº 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, estableciendo que los Gobiernos Regionales tienen competencia en los procedimientos de supervisión, control e inspección de las normas de trabajo respecto de las microempresas, aplicando las sanciones que correspondan de acuerdo a ley, en el ámbito de su competencia.

Si bien la definición de Microempresa establecida en el art. 4º del TUO de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial aprobado por D.S. N° 013-2013-PRODUCE, precisa que "La Micro y Pequeña Empresa es la unidad económica constituida por una persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial contemplada en la legislación vigente, que tiene como objeto desarrollar actividades de extracción, transformación, producción, comercialización de bienes o prestación de servicios", y, tal como se señala en su art. 5° tendrán tal calidad en la medida que su nivel de ventas anuales no exceda las 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), únicamente para efectos de aplicar la función inspectiva por parte de los Gobiernos Regionales, se aplicará la siguiente definición especial establecida en el art. 2º del D.S. Nº 015-2013-TR: "se considera como microempresa al empleador que cuenta entre uno (1) y diez (10) trabajadores registrados en la Planilla Electrónica, creada por D.S. Nº 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias". Esta definición comprende tanto a las microempresas formales como a las no formales.

En este contexto, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) elaborará un listado de las microempresas que se encuentran en el ámbito de competencia de los Gobiernos Regionales, considerando el promedio de trabajadores registrados en la Planilla Electrónica en los doce (12) últimos meses anteriores al 30 de junio de cada año.

La SUNAFIL ejerce, pues, la labor inspectiva de trabajo respecto de todos los empleadores no comprendidos en la definición establecida en el art. 2º del D.S. Nº 015-2013-TR antes reseñado.

Como se puede apreciar la SUNAFIL ha otorgado a los Gobiernos Regionales la competencia de supervisar, controlar, inspeccionar e, inclusive, sancionar a las microempresas en materia de Inspección del Trabajo. Al respecto, habría que considerar: a) Si realmente estos cuentan con personal idóneo para realizar esta labor inspectiva; b) Que los Gobiernos Regionales no fueron creados para realizar esta vigilancia, la que debió haberse dejado a cargo de las Direcciones Regionales del MTPE.

### 4.3 Demora en su implementación

La Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) creada en el año 2013 ha tenido una evolución un tanto tardía, teniendo en cuenta que ya han pasado más de tres años desde su creación y en la actualidad aún no ha terminado de implementarse, ya que tiene presencia en solo nueve de las veinticinco regiones de nuestro país incluyendo el Callao.

Así, las Intendencias Regionales que se encuentran en funcionamiento son las de Áncash, Cajamarca, Huánuco, Ica, La Libertad, Loreto, Moquegua, Tumbes y Lima por lo que contamos con una SUNAFIL implementada solo en un 36%.

### 4.4 Tribunal de Fiscalización Laboral

El Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL) es un órgano resolutivo con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

Es la última instancia administrativa para resolver a nivel nacional los casos sometidos a su conocimiento vía recurso de revisión, teniendo además entre sus facultades expedir resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

El Tribunal estará integrado por tres vocales designados mediante resolución suprema, refrendada por el Ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, los cuales son elegidos mediante concurso público.

Pese a la importancia de contar con este órgano resolutivo, a la fecha y pese al tiempo transcurrido aun no se ha implementado. Actualmente, la SUNAFIL y los Gobiernos Regionales actúan como primera y última instancia en un procedimiento sancionador.

### 4.5 Inspectores de Trabajo

El Convenio Nº 81 de OIT contempla que el número de inspectores del trabajo será suficiente para garantizar el desempeño efectivo de las funciones del servicio de inspección; sin embargo, en nuestro país existe una reducida cobertura de la inspección del trabajo.

Tenemos una población ocupada nacional de 15.919 (ENAHO 2015) millones de los cuales son trabajadores asalariados 7.477 millones de trabajadores (ENAHO 2015). Si tenemos en consideración solo aquellos que figuran en la Planilla Electrónica y que serían pasibles de una inspección laboral —pues se cuenta con su domicilio registrado— estamos hablando de 3 millones 356 mil 683 trabajadores en 279 mil 812 empresas[8] para los cuales existe en la actualidad 410 Inspectores. 250 de estos inspectores realizan actividades en Lima Metropolitana como parte de SUNAFIL, y en el resto del país se cuenta con 160 incluyendo alrededor de 40 destacados que son parte de la planilla de SUNAFIL de Lima, y de las regiones donde SUNAFIL no se ha implementado.

En la sede de Lima del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, se cuenta con 15 inspectores para la micro y pequeña empresa como parte de la Dirección Regional de Lima, que aún no ha cumplido con la transferencia de funciones a la Alcaldía de Lima[9].

Quedarían sin embargo más de 4 millones de trabajadores en alrededor de 300 mil empresas al margen de la fiscalización, principalmente en micros y pequeñas empresas. SUNAFIL ha iniciado en el 2015 un sistema de barridos geográficos —denominado Cuadrante Inspectivo— que permite ubicar algunas empresas no registradas, pero el efecto es, obviamente, marginal.

La capacidad de fiscalización en SUNAFIL y en las Direcciones o Gerencias de Trabajo de las diversas regiones es marcadamente insuficiente. Al respecto, personal directivo del MTPE y de SUNAFIL considera que la cantidad de inspectores debería al menos quintuplicarse, como para ser una fuerza activa en la fiscalización y en la formalización.

Otro tema a considerar es el relacionado con las condiciones de trabajo de los inspectores ya que de acuerdo a lo establecido en el art. 11º del Convenio 81 de OIT la autoridad competente deberá adoptar las medidas necesarias para proporcionar a los inspectores de trabajo oficinas locales debidamente equipadas, habida cuenta de las necesidades del servicio, y accesibles a todas las personas interesadas. Asimismo, en el art. 30º de la LGIT se indica que *"El sistema de Inspección del Trabajo dispondrá de oficinas y locales debidamente equipados de acuerdo con las necesidades del servicio.*

*Los recursos informáticos del Sistema de Inspección comprenderán los sistemas lógicos y físicos necesarios, así como las conexiones informáticas y el sistema de*

8 Anuario Estadístico 2015 del MTPE, Información sobre Planillas.

9 Información de la Dirección Nacional de Políticas de Empleo en el MTPE.

*comunicaciones entre la Autoridad Central del sistema de Inspección y sus órganos territoriales(…)".*

Sin embargo esto no se cumple. Los Inspectores de Trabajo en Lima no cuentan con un local propio y siguen en la sede del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en condiciones que no resultan las más apropiadas para el desarrollo de sus funciones.

### 4.6 Falta de incorporación de la informática y archivos digitales

Asimismo, se encuentra pendiente la incorporación de la informática y de los archivos digitales en el servicio de inspecciones. Al respecto resulta incomprensible que éste, pese a que cuenta con una plataforma informática como la Planilla Electrónica (PLAME) y el T-REGISTRO, sin dejar de mencionar el Sistema de Registro de Contratos de Trabajo y Convenios de Modalidades Formativas Laborales, no acceda a dichas bases para aplicar el correctivo de aviso o sanción a los empleadores, sino que cuando los inspectores van a las empresas solicitan que se les den copia de dicha información, pese a que esta ya figura en los archivos. Cabe precisar que la LGIT señala expresamente la colaboración entre entidades (SUNAT, RENIEC, ONP, AFP, etc.) por lo que como ya lo mencionamos la falta de uso de estas herramientas le quita eficacia y celeridad a la inspección.

Esto no se condice con la finalidad con que fue establecida la Planilla Electrónica, esto es, "..facilitar el acceso a más información laboral por parte de las autoridades encargadas de la inspección laboral. Esto en la medida en que se trata de un mecanismo más amigable para la obtención y evaluación de datos y declaraciones que pueden ser obtenida con rapidez, pues están disponibles para su uso las 24 horas siguientes a la declaración oficial del empleador o del empleado"[10].

La informática no se ha incorporado aun de manera adecuada a las inspecciones, pese a que es un tema prioritario relacionado con el abaratamiento en el costo de las mismas.

### 4.7 Falta de una Superintendencia estable

Hemos señalado al inicio del presente trabajo que las funciones orientadora y fiscalizadora de la SUNAFIL deben darse conjuntamente en aras de lograr el objetivo central de la inspección del trabajo, cual es verificar el cumplimiento de las normas de trabajo. Lamentablemente, la forma como se ha venido manejando este tema no se condice con lo antes afirmado y denota una falta de uniformidad así como la carencia de una política integral de acción respecto a este tema, tal como veremos a continuación.

---

[10] Fortalecimiento de la inspección laboral en Perú: la Planilla Electrónica y el Plan RETO. Notas sobre Tendencias de la Inspección del Trabajo, FORLAC, OIT, 2015.

En un inicio la norma de creación de la SUNAFIL contempló un incremento desproporcionado de las multas laborales en un 300%, ya que de 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), en caso de infracciones muy graves, se incrementó a 200 UIT, de 10 UIT en caso de infracciones graves a 100 UIT y de 5 UIT en caso de infracciones leves a 50 UIT. Además se estableció que la multa máxima por el total de infracciones detectadas no podrá superar las trescientas (300) UIT vigentes en el año en que se constató la falta (antes 30 UIT). Con lo cual se evidenciaba una tendencia evidentemente sancionadora.

Sin embargo, por D.S. Nº 012-2013-TR se modificó el artículo 17º.3 del RLGIT disponiéndose que *"Cuando el sujeto inspeccionado subsane las infracciones advertidas, antes de la expedición del acta de infracción, la propuesta de multa irá acompañada de la indicación de la aplicación de una reducción del noventa por ciento (90%) respecto de las infracciones efectivamente subsanadas"*. Con este esquema se atemperó un poco la tendencia inicial reseñada en el párrafo anterior y se procedió a otorgar a las empresas el beneficio de poder subsanar, es decir, cumplir con sus obligaciones laborales, antes de la expedición del acta de infracción lo que conllevaba además un beneficio de reducción de multas.

Dos años después en julio de 2014, mediante la Única Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 30222, norma que modificó la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, se estableció el "Privilegio de la prevención y corrección de las conductas infractoras", disponiéndose lo siguiente:

**a)** **Enfoque preventivo de la política de inspección del trabajo.-** Se establece un plazo de tres (3) años, contados desde el 12.07.2014, (es decir hasta el 11.07.2017) durante el cual el Sistema de Inspección del Trabajo privilegia acciones orientadas a la prevención y corrección de conductas infractoras.

**b)** **Subsanación de infracciones durante la inspección de trabajo.-** Cuando durante la inspección del trabajo se determine la existencia de una infracción, el inspector de trabajo emitirá un acta de requerimiento orientado a que el empleador subsane su infracción. En caso de subsanación en la etapa correspondiente se dará por concluido el procedimiento sancionador; en caso contrario, continuará la actividad inspectiva.

**c)** **Tope para la aplicación de las multas.-** Durante el periodo de tres años, referido en el inciso a), la multa que se imponga no será mayor al 35% de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto sobre la base de los principios de razonabilidad, proporcionalidad así como las atenuantes y/o agravantes que correspondan según sea el caso.

El tope de las multas antes señalado (35%) no se aplicará en los siguientes supuestos:

- Infracciones muy graves que además afecten muy gravemente:

i) la libertad de asociación y la libertad sindical; y, ii) las disposiciones referidas a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

- Infracciones referidas a la contravención de: i) la normativa vigente sobre la protección del trabajo del niño, niña y adolescente, cualquiera sea su forma de contratación, y ii) la normativa vigente sobre prohibición del trabajo forzoso u obligatorio.
- Infracciones que afecten las normas sobre Seguridad y Salud en el Trabajo, siempre que hayan ocasionado muerte o invalidez permanente al trabajador.
- Actos de obstrucción a la labor inspectiva, salvo que el empleador acredite que actuó diligentemente.
- Actos de reincidencia, entendiéndose por tal la comisión de la misma infracción dentro de un periodo de seis meses desde que quede firme la resolución de sanción a la primera.

Posteriormente, en setiembre de 2014 se aprobó el D.S. Nº 010-2014-TR, el mismo que establece que en atención a la finalidad preventiva y correctora de las conductas infractoras prevista en la Única Disposición Complementaria Transitoria de la Ley Nº 30222 y de conformidad con el art. 3º de la Ley N° 28806 y el art. 4º literal f) de la Ley N° 29981, la autoridad de inspección del trabajo, previamente a la implementación de campañas u operativos de fiscalización del cumplimiento de las obligaciones sociolaborales de su competencia, desarrollará actuaciones de orientación, a fin de brindar adecuada información a los empleadores acerca del cumplimiento de sus obligaciones en la materia.

### 4.9 Sobre la falta de Predictibilidad y Uniformidad en los pronunciamientos

Otro de los grandes problemas que evidencia la SUNAFIL es la falta de predictibilidad en sus pronunciamientos y uniformidad de criterios, más aún con la pendiente implementación del TFL que, como ya mencionamos, tiene entre sus facultades expedir resoluciones que constituyen precedentes de observancia obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación bajo su competencia.

No existen, pues, los precedentes reseñados en el párrafo anterior, ni tampoco una unificación de criterios, por lo que los inspectores de trabajo encargados de emitir las actas de infracción, actúan de acuerdo a su propio criterio, llegando inclusive en muchos casos a "interpretar" normas laborales —pese a que no tienen esta facultad—, lo que deviene en falta de predictibilidad respecto a la forma como se pronunciarán en cuanto al cumplimiento por parte de las empresas de sus obligaciones sociolaborales.

> "Sabemos que hay una gran insatisfacción de los administrados, debido a que existen pronunciamiento de inspectores de trabajo regional que difieren incluso de un mismo hecho investigado y ya sancionado"[11].

[11] Sylvia Cáceres. Conversatorio "Luces y Sombras de la Inspección del Trabajo". APERT, Lima, 2015.

Es así que en la práctica, y respecto de un mismo tema, se evidencian criterios diversos, como por ejemplo los relacionados con: la asignación familiar y si esta debe abonarse siempre de forma completa o por el contrario en función al número de días efectivamente laborados por el trabajador, pese a que existe un informe del MTPE[12] respecto a esta materia; las boletas de pago y la posibilidad de la utilización de la firma digitalizada, cuando sobre este tema también se ha pronunciado el MTPE[13]; la exigencia de consignar en el Registro de Control de Asistencia el inicio y término del refrigerio, tomando en cuenta que la norma no lo exige.

### 4.10 Sobre los documentos emitidos en materia inspectiva

La SUNAFIL ha emitido durante el 2015 y el presente año una serie de Directivas/Procedimientos y Protocolos que si bien tienen como finalidad establecer uniformidad de criterios en algunas materias que se inspeccionan, no han tomado en consideración pronunciamientos emitidos por el MTPE cuando la fiscalización laboral estaba a su cargo.

Ante ello en la actualidad nos encontramos con documentos que tratan sobre un mismo tema pero de manera distinta, lo que conlleva a que no se tenga la certeza respecto a qué es lo que se encuentra vigente o no de lo anteriormente emitido por el MPTE y si es que la SUNAFIL aplica o desconoce dichos pronunciamientos.

### 4.11 Falta de recursos presupuestales

El proyecto de Ley del Presupuesto General de la República para el año 2017 alcanza el monto de 142,471 millones de soles, de los cuales figuran para la Función Trabajo, 415 Millones, es decir, 0.0029 o más simplemente 0.3 del 1 por ciento o 3 milésimos.

Cabe precisar al respecto que la función Trabajo incluye a tres programas: Trabaja Perú (para empleo temporal) con 84 millones, Proempleo (básicamente, la bolsa de trabajo) con 57 millones, y Fortalecimiento Laboral con 101 millones que incluyen 64 de SUNAFIL. Vistos en términos de Recursos Ordinarios (sin préstamos ni ingresos recaudados por la entidad) solamente son 2 milésimos de dicho concepto, o 1.3 milésimos del gasto total.

El MTPE sigue así siendo el último de los Ministerios del Perú, con menos recursos, proporcionalmente, que la amplia mayoría de ministerios de trabajo de la región, y con capacidades y facultades disminuidas.

SUNAFIL corre la misma suerte. Su presupuesto es magro. Los ingresos propios que se le proyectan, son de apenas 3 millones de soles.

---

[12] Informe Nº 385-2011-MTPE/4/8.

[13] Informe Nº 065-2013-MTPE/2/14.

La falta de recursos antes mencionada hace que no se pueda contar con un sistema que opere de forma eficiente y que permita solventar no solo un mayor número de inspectores sino también mejores condiciones para que puedan desarrollar su función. "En muchos países, la falta de recursos constituye un importante impedimento para la eficacia de la administración del trabajo. En los países donde el nivel de recursos disponibles es sumamente bajo, será preciso aumentarlos de forma sustancial y sostenida"[14].

## 5. CONCLUSIÓN

Como se ha podido apreciar a lo largo del presente trabajo si bien ha habido avances en materia de inspecciones de trabajo, aún falta mucho camino por recorrer y diversos aspectos que solucionar como la falta de concordancia de las normas que regulan el SIT con la realidad; la necesidad de centralizar las funciones de administración y cumplimiento de la legislación laboral por parte de la SUNAFIL; la demora en su implementación, así como en la del Tribunal de Fiscalización Laboral, pese a que ya han pasado más de tres años desde su creación; el escaso número de inspectores de trabajo (en la actualidad aproximadamente 410) para un requerimiento real de cinco veces dicho número, así como las condiciones de trabajo en las que operan que no son las más adecuadas para el desarrollo de sus funciones; la falta de incorporación de la informática y archivos digitales lo que le resta eficacia y celeridad a la inspección; la falta de predictibilidad en sus pronunciamientos y uniformidad de criterios; y, entre otros, la falta de recursos presupuestales, que hace que no se pueda contar con un sistema que opere de forma eficiente y que permita solventar no solo un mayor número de inspectores sino también mejores condiciones para que puedan desarrollar su función.

Lamentablemente, las debilidades de la administración del trabajo van más allá de lo mencionado y contemplan también la falta de capacidad en materia de definición de funciones, poder político y defensa de su autonomía.

En este contexto, la inspección del trabajo en nuestro país requiere de nuevas políticas y estrategias que contemplen la complejidad de un mundo de trabajo que atraviesa por grandes cambios —en el cual conviven diversas fórmulas de empleo— así como contar con los recursos necesarios para poder llevar a cabo de manera eficiente las funciones que son de su competencia.

---

[14] 100º Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, Conclusiones. Ginebra, Suiza, junio 2011.

*Capítulo sexto*

# EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO

# Apuntes al régimen disciplinario en la Ley del Servicio Civil

**Edgardo Sergio Balbín Torres**

Abogado y docente de derecho del trabajo

***SUMARIO***

*I. Introducción .- II. Diversidad e igualdad en el régimen disciplinario .- III. La naturaleza de la relación de empleo público y el régimen disciplinario.*

## I. INTRODUCCIÓN

Ha sido de consenso la afirmación de que la reforma integral del empleo público resultaba necesaria y urgente, dada la inaceptable situación generada por la convivencia de tres regímenes laborales generales con objetivos, derechos, obligaciones y procedimientos diferenciados. Los efectos de esta situación no solo venían repercutiendo negativamente en la gestión de los servicios públicos, sino también en el goce de ciertos derechos (diferenciados) de los trabajadores estatales y la efectividad de valores y garantías constitucionales aplicables a la función pública, como la igualdad de trato, el mérito y la carrera profesional.

Frente a esta evidente necesidad de reforma, la Ley del Servicio Civil (LSC) se ha erguido como el puntal del proceso. La LSC plantea la unificación de los regímenes y, por tanto, la igualación del trato legislativo. Además de ello, según lo indica si propio texto, propone un nuevo marco institucional para la gestión del empleo público con aptitud para promover la prestación eficiente de los servicios públicos y la efectividad de los valores y garantías constitucionales, amenazados por el estado de cosas previo a la reforma[1].

Bajo este marco, las reglas sobre el régimen disciplinario conforman un apartado estratégico. El ejercicio de la potestad disciplinaria cumple dos funciones centrales para el empleo público: por un lado, constituye un mecanismo de salvaguarda de la dignidad de la persona, dado que sujeta la función de normalización de conductas a un marco de garantías que racionaliza la potestad sancionadora y la circunscribe al incumplimiento de la promesa de trabajo; y, por otro lado, conforma un mecanismo para asegurar el adecuado funcionamiento de los servicios públicos corrigiendo las distorsiones en su prestación, originadas en la capacidad y conducta de los trabajadores. De allí que constituya un asunto vital que la configuración del régimen disciplinario establecido por la LSC y sus normas de desarrollo tenga aptitud real para garantizar el cumplimiento de estas dos funciones.

Con anterioridad a la reforma del empleo público, el panorama del régimen disciplinario se caracterizaba por la convivencia de mecanismos diferenciados según el régimen laboral aplicable: el flexible para quienes se encontraban bajo el ámbito del régimen laboral privado —regulado en el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral—; y el otro, acusado de extrema rigidez, aplicable a quienes se encontraban en el marco del Decreto Legislativo Nº 276. A éstos se sumaban algunos regímenes disciplinarios específicos previstos en leyes especiales, de alcance solo en determinadas entidades públicas.

---

[1] Los artículos I y II del Título Preliminar de la Ley Nº 30057, Ley del Servicio Civil establecen, por un lado, que el objeto de la Ley es "*establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado*"; y, por el otro, que su finalidad es que "*las entidades públicas del Estado alcancen mayores niveles de eficacia y eficiencia, y presten efectivamente servicios de calidad a través de un mejor Servicio Civil, así como promover el desarrollo de las personas que lo integran*".

Además de la convivencia de mecanismos diferenciados, el régimen disciplinario se caracterizaba por el ejercicio encubierto de las potestades sancionadoras a través de canales desprovistos de toda garantía, como la decisión de no renovación de los contratos a plazo fijo. Definitivamente, el uso creciente de la contratación temporal, sujeta en la mayor parte de los casos a plazos fijados discrecionalmente por las autoridades, ha venido inhibiendo el ejercicio de la potestad sancionadora conforme a las reglas previstas en la normativa, y ha servido para liberarla de los controles que los procedimientos sancionadores prevén. Así, en muchos casos la decisión de no renovación del contrato temporal (sobre todo en el régimen CAS) ha asumido un auténtico carácter punitivo y, cuando no ha servido para ocultar situaciones de discriminación o pura arbitrariedad, ha significado la aplicación de la sanción máxima (el despido) frente a cualquier incumplimiento o inconducta del trabajador.

Lo anotado ha sido fuente de severas distorsiones que aún hoy vienen perjudicando a trabajadores y entidades públicas. El recurso a la no renovación del contrato temporal como mecanismo de sanción y con exclusión de las garantías y controles previstos para el ejercicio de la potestad sancionadora, ha alentado la arbitrariedad y ha ampliado considerablemente los márgenes de sujeción de los trabajadores, lo que ha derivado en situaciones extremas de explotación laboral. Adicionalmente a ello, al no hacerse explícitas las situaciones de incumplimiento y las conductas desviadas, se ha privado a la gestión pública de una herramienta de análisis indispensable para la mejora de sus procesos.

En lo que sigue, y en línea a determinar si la configuración del régimen disciplinario establecido por la LSC y sus normas de desarrollo tiene aptitud para revertir estas distorsiones, revisaremos dos temas: la intensidad con la que el marco normativo garantiza la efectividad del principio de igualdad, y los problemas que pueden derivar de la definición de la naturaleza jurídica del régimen disciplinario.

## II. DIVERSIDAD E IGUALDAD EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Como lo señalamos antes, la situación previa a la expedición de la LSC venia marcada por la diversidad de regímenes disciplinarios, consecuencia de la aplicación de distintos regímenes laborales en el empleo público. Lo inconveniente de esta situación derivaba básicamente, y entre otros aspectos, de la diferenciación de lógicas, de conductas calificadas como infracción o de la diversidad de procedimientos y autoridades intervinientes, incluso al interior de una misma entidad. Esta realidad no solo afectaba la gestión del empleo público, sino que resultaba atentatoria de la igualdad de trato legislativo al preverse reglas diferenciadas para el tratamiento de situaciones iguales[2].

[2] Al respecto, recordemos que en un pronunciamiento altamente cuestionado, expedido con ocasión de la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el régimen CAS, el TC validó la diferencia de trato impuesta por esta norma sobre la base de un criterio meramente formal:

De partida, la LSC parece apostar por salvar estos inconvenientes al establecer en el artículo I del Título Preliminar que su objeto es establecer un régimen único y exclusivo para las personas que prestan servicios en las entidades públicas del Estado. Sin embargo, la Primera Disposición Complementaría y Final establece una primera diferenciación al señalar que el régimen disciplinario se aplicará sólo de modo supletorio a los trabajadores no comprendidos en la LSC que, como se sabe, luego de la sentencia del TC que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra la LSC, son únicamente los trabajadores de las empresas del Estado y los servidores sujetos a carreras especiales[3]. De esta forma, para buena parte de los trabajadores estatales la reforma ha aportado un régimen disciplinario único e igualitario —al margen del régimen laboral al que pertenezcan— y, además, de inmediata vigencia según lo dispuesto por la Décima Disposición Complementaria Transitoria de la LSC.

Esta relativa uniformidad propuesta por la LSC en materia de régimen disciplinario no asegura, sin embargo, la plena observancia del principio de igualdad. Como se sabe, la relación de supletoriedad implica que la norma señalada expresamente como supletoria se aplica únicamente a las situaciones no previstas por la regulación suplida con el objeto de dar cobertura a potenciales situación de vacío normativo[4], más no supone predeterminar u ordenar los aspectos que serán regulados en una u otra norma. Con ello, es posible que en la normativa general y en las denominadas leyes especiales subsistan tratamientos diferenciados que carecen de justificación y que pueden y deben ser materia de control bajo la óptica del principio de igualdad.

En principio, las exclusiones operadas por la LSC parecen seguir una lógica respetuosa del principio de igualdad. En aplicación de la Primera Disposición Complementaria Final de la LSC, validada en este extremo por la sentencia del TC, el régimen sancionador general será solo de aplicación supletoria, en primer término, a los trabajadores estatales que por el carácter de la entidad en la que laboran no desarrollan función pública (empresas del Estado)[5]; y, de otro lado, a los trabajadores que desarrollan funciones de naturaleza diferenciada (militar,

---

el hecho que el régimen CAS prevea un mecanismo de acceso al empleo público distinto al regulado por el régimen del Decreto Legislativo Nº 276 y del TUO de la LPCL, sin analizar siquiera si el trato diferenciado recaía sobre situaciones de hecho iguales o diferentes.

3 Me refiero a la sentencia recaída en los Expedientes Nº 0025-2013-PI/TC, Nº 0003-2014-PI/TC, Nº 0008-2014-PI/TC, y Nº 0017-2014-PI/TC, de fecha 26 de abril de 2016.

4 Neves Mujica. Javier. Introducción el Derecho Laboral, Lima: PUCP, 2003; p. 124

5 Con relación a esta afirmación, en el fundamento 71 de la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra la LSC, el TC señala que: "*En el caso de los obreros de los gobiernos regionales y gobiernos locales" cabe señalar que estos realizan <<función pública>>, en la medida que se encuentran al servicio del Estado, aun cuando en realidad no realizan una <<carrera administrativa>>*". Considero que el TC refiere al "empleo público" y no a la función pública pues esta última noción no solo alude al hecho de tener una relación de empleo con el Estado sino a las características de las labores asumidas en virtud de dicha relación.

policial, educativa, sanitaria, diplomática, o penitenciaria) a los que, tradicionalmente y en virtud de la especificidad de tales funciones, se les ha reconocido un estatuto particular dentro del empleo público.

De hecho, con anterioridad a la sentencia del TC que resuelve la acción de inconstitucionalidad contra la LSC, la exclusión de los obreros de gobiernos locales y regionales, los servidores civiles del Banco Central de Reserva del Perú, el Congreso de la República, la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, y la Contraloría General de la República no encontraba sentido, dado que se trataba de trabajadores que desarrollaban funciones a las que no se reconocía particularidad o especificidad alguna. En afirmación del TC que debemos compartir, al no sustentarse estas exclusiones en la naturaleza especial o en las particularidades de las funciones desarrolladas, resultan inconstitucionales, pues "*si la ley del servicio civil debe ser, en principio, aplicable a todos los servidores públicos, toda exclusión debe estar razonablemente fundada en la especial naturaleza o la particularidad de la prestación del servicio. Sólo de esta manera estaría justificada la exclusión de un determinado grupo de servidores públicos de los alcances de la ley*"[6]. De allí que para las entidades anotadas, en base a la declaración de inconstitucionalidad de las anotadas exclusiones, la aplicación del régimen disciplinario de la LSC deje de ser supletoria y pase a ser directa y plena.

Sin embargo, el control de constitucionalidad ejercido por el TC en la referida sentencia no elimina todos los riesgos de afectación del principio de igualdad, pues podrían subsistir al menos dos situaciones potencialmente lesivas.

La primera situación derivaría del hecho de que subsistan regímenes disciplinarios diferenciados en las entidades que, previamente a la expedición de la sentencia, se encontraban excluidas de la aplicación de la LSC. Uno de estos casos es el del Congreso de la República, que poco antes de la expedición de la sentencia aprobó por Resolución Legislativa Nº 002-2015-2016-CR (norma con rango de ley) el Estatuto del Servicio Parlamentario. El Estatuto, además de establecer un régimen sancionador sustancialmente diferente al de la LSC, dispone en su Tercera Disposición Complementaria Final que serán de aplicación supletoria, en primer término, las normas del régimen laboral de la actividad privada y, sólo luego de ellas, las normas generales de la administración pública (entre las que, entendemos, se encuentra la LSC). Es decir, el Estatuto relega a un segundo plano la actuación supletoria del régimen disciplinario de la LSC.

Conviene recordar que aunque no fue objeto de la demanda de inconstitucionalidad, el TC anticipó criterios sobre el referido Estatuto señalando que "*entiende que la actividad de los trabajadores de ese poder del Estado [el legislativo] no tiene una progresión específica ni carácter especial que justifique el tratamiento diferenciado*". Reafirma el TC que "*si el objeto que ha perseguido el legislador es tender a uniformar el régimen de los servidores públicos, las exclusiones que realice deben tener*

[6] Fundamento 66 de la antes mencionada sentencia.

*un fundamento en la naturaleza de la función y constituir propiamente una carrera desde la perspectiva de la progresión. La diferencia no puede basarse solamente en la particularidad de la actividad que realizan, por cuanto las funciones de cada órgano del Estado son, de alguna manera, especializadas y diferentes*"[7]. Y es que, en efecto, la consagración de un régimen especial por norma con rango de ley no legitima en sí misma la diferenciación, pues ésta debe sujetarse a los parámetros constitucionales derivados de la aplicación del principio de igualdad. En suma, el caso descrito hace patente el riesgo de que en algunas entidades públicas bajo el ámbito de la LSC subsistan regímenes disciplinarios diferenciados en clara contravención al objetivo de uniformización que ésta norma persigue y que ha resultado validado por el TC. De ocurrir ello, corresponderá al Tribunal del Servicio Civil declarar la nulidad de las sanciones impuestas.

La segunda situación deriva de lo siguiente: aun cuando las leyes especiales puedan fundarse en diferencias relevantes reconocidas como aptas para justificar una diferencia de trato legislativa, esto no implica necesariamente que toda diferencia de trato contenida en dichas leyes especiales resulte legítima de por sí. Es posible que al interior de estas leyes especiales se establezcan diferencias de trato injustificadas, pues si bien se reconoce la especificidad genérica de las funciones que son objeto de estas regulaciones especiales, tal especificidad no tiene por qué alcanzar a todos los aspectos de la relación de trabajo. Por esta razón, conviene echar una mirada panorámica a la configuración de los regímenes disciplinarios contemplados en estas leyes, en particular en lo referido a tres aspectos clave: la tipificación de las infracciones, las sanciones previstas y la estructura del procedimiento.

Como se ha anticipado las denominadas leyes especiales corresponden básicamente a cinco funciones estatales: seguridad pública (externa e interna, incluida la de los establecimientos penitenciarios), sistema de justicia, educación, salud y representación diplomática. En la mayor parte de los casos, las mencionadas leyes y sus referencias al régimen sancionador preceden en vigencia a la LSC y son de extensión variable. Por ejemplo, las normas especiales referidas a las fuerzas armadas, policiales y personal penitenciario regulan con mucho detalle el régimen sancionador, en tanto que la ley que regula el régimen de los profesionales de la salud dedica apenas un artículo al tema. Esta variable intensidad en la regulación modela la amplitud con la que la LSC cumple su función supletoria.

En cuanto a las infracciones dos son las características centrales. De un lado, en la mayor parte de los casos las leyes especiales incluyen la tipificación de conductas propias del desarrollo de cada función, lo que en apariencia parece armonizar con las exigencias del principio de igualdad. Sin embargo, en el caso de los regímenes disciplinarios de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional[8] se

---

[7] Fundamentos 68 y 69 de la sentencia antes mencionada.

[8] El régimen disciplinario de la Policía Nacional del Perú fue aprobado por Decreto Legislativo N° 1150 y modificado por el Decreto Legislativo N° 1193. Es aplicable al personal de la Policía

aprecia una extensa lista de infracciones relacionadas con la ética, el espíritu militar o las buenas costumbres, formuladas de manera genérica y sin satisfacer las exigencias del principio de tipicidad; e, incluso, se establecen otras infracciones que pueden incidir desproporcionadamente en el ejercicio de libertades personales protegidas por la Constitución[9]. En este segundo caso, aunque ha sido frecuente justificar muchas de estas limitaciones en la lógica de sujeción intensa que vincula al personal militar y policial, considero que estos límites deben ser revisados en línea a reconocer la máxima efectividad posible de los derechos de ciudadanía sin menoscabo de la lógica de jerarquía que articula a la institución militar y policial. De otro lado, con relación a las infracciones previstas en otras leyes especiales, los listados de infracciones suelen replicar o establecer precisiones irrelevantes a las infracciones ya tipificadas en el régimen sancionador de la LSC, sin conexión con las particularidades de la función desempeñada, esto es, con aquello que alcanza a justificar la diferencia de trato.

En materia de sanciones aplicables el panorama se encuentra marcado por la diversidad. Así, la intensidad de las sanciones resulta variable y no se limita al esquema de amonestación, suspensión y despido de la LSC, sino que incluye otras variantes punitivas. Así, en el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas se contempla como sanción el arresto simple y el arresto de rigor. En el régimen de la Policía Nacional se establece la disminución de puntos en la nota anual de disciplina. En el régimen disciplinario del Poder Judicial[10], aplicable a magistrados, se prevé como sanción la aplicación de multas no mayores del 10% de la remuneración total, en tanto que en el régimen disciplinario del Ministerio Público[11] se prevén multas no mayores al 25% del haber básico mensual, ni menores del 5%. Finalmente, en el régimen disciplinario de los servidores penitenciarios[12], de los docentes universitarios[13] y del magisterio nacional[14] se distingue la sanción "suspensión" de la sanción "cese temporal" en función del número de días que el trabajador no asiste a laborar.

Como puede verse, es notorio que los tipos de sanciones previstos en las leyes especiales difieren de las de la LSC sin que tales diferencias se expliquen o siquiera

---

Nacional del Perú en situación de actividad y disponibilidad.

9 Por citar algunos ejemplos, en el régimen disciplinario de la Policía Nacional se prevé como infracción los "*actos o comentarios que tiendan a disociar o afectar la armonía entre el personal*" o "*concurrir a lugares frecuentados por personas de mala o dudosa reputación*". En el mismo sentido el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas tipifica como infracción: "*Mal comportamiento en una reunión social*" y "*Falta de seriedad, urbanidad, modales, espíritu de cuerpo o voluntad en actividades del Servicio*".

10 Ley Nº 29277, Ley de la Carrera Judicial.

11 Decreto Legislativo Nº 052, Ley Orgánica del Ministerio Público.

12 Ley N° 29709, que regula la Carrera Especial Pública Penitenciaria

13 Ley N° 30220, Ley Universitaria, que establece el régimen de los docentes universitarios.

14 Ley N° 29944, Ley de Reforma Magisterial.

relacionen con las particularidades de la función desempeñada. Por ejemplo, es claro ninguna particularidad del desarrollo de la función jurisdiccional sustenta que se prevea la sanción de multa para magistrados o fiscales. De otro lado, perviven sanciones como el arresto, que si bien corresponden con antiguas tradiciones militares, se presentan imbuidas de una alta connotación aflictiva y limitan más allá de lo razonable libertades personales elementales. Al respecto, conviene destacar una interesante tendencia en la legislación comparada a reducir el campo de acción del arresto a las inconductas producidas en situaciones de guerra, movilización efectiva o misiones.

En lo referido a la estructura del procedimiento sancionador, en todos los casos se sigue el esquema de la LSC que distingue una etapa instructiva y una etapa sancionadora, aunque se establecen diferencias sobre todo en cuanto a plazos, derivando algunos procedimientos en más expeditivos que otros. A modo de ejemplo, en el caso del régimen disciplinario de los servidores penitenciarios se instituye un órgano de investigación (la Oficina de Asuntos Internos del INPE) y un órgano de decisión (el Tribunal Disciplinario del INPE), y en caso del régimen del servicio diplomático el procedimiento se reconduce en su etapa de investigación a través de una comisión disciplinaria y en su etapa resolutiva por medio del Viceministro Secretario General de Relaciones Exteriores. En todos los casos, se sigue el diseño común de los procedimientos sancionadores replicado por la LSC, en el que se prevé una fase de instrucción, encomendada a un órgano técnico cuya función es desarrollar una investigación objetiva, y una fase resolutiva, que corresponde a una autoridad de corte político, que aprecia los resultados de la instrucción pero con una discrecionalidad limitada.

En resumen, las leyes especiales dejan entrever un panorama de diversidad y diferencias de trato no necesariamente relacionadas con las particularidades de la función que, en ocasiones, llega a incidir de manera desproporcionada en la efectividad de derechos fundamentales de los trabajadores. Aunque la situación se explica por el hecho de que estas leyes anteceden a la LSC, una revisión de las mismas aparece como necesaria y urgente.

## III. LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO

La naturaleza jurídica del régimen disciplinario de los servidores públicos es un tema asociado a la discusión sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público, asunto ya definido por el TC en reiteradas sentencias. En su momento, y aunque sin asumir protagonismo en el debate académico, esta discusión opuso a quienes, por un lado, asimilaban la relación de empleo público a la lógica del derecho administrativo; y, por otro lado, a quiénes propugnaban su carácter de relación sujeta a la lógica del derecho del trabajo.

La evolución histórica de la relación de empleo público explica en buena medida la asimilación inicial del régimen disciplinario de los servidores públicos a la

lógica del derecho administrativo. En efecto, el derecho disciplinario en la función pública constituye una limitación a la facultad de la Autoridad Pública de separar libremente a sus servidores[15], nacida junto con una variedad de garantías destinadas a limitar los poderes punitivos del príncipe y salvaguardar espacios de libertad para los ciudadanos. Esta identificación de las potestades disciplinarias respecto de los funcionarios con la potestad sancionadora respecto de los ciudadanos fue un factor relevante para que en sus orígenes el denominado derecho disciplinario funcionarial sea asimilado al derecho sancionador administrativo.

Nieto relata con detalle el debate jurídico en torno al derecho disciplinario, al que inicialmente se concibió desprendido del derecho penal debido al uso de la pena como medio para el logro de sus fines; luego al derecho civil al enfatizar su carácter de manifestación de poder nacida de un contrato; para, finalmente, recalar en el derecho administrativo[16]. En este último caso, a la noción de sujeción general del ciudadano frente a los poderes públicos se agrega la teoría de las relaciones de sujeción especial, según la cual determinadas categorías de ciudadanos (como los funcionarios públicos pero también como los estudiantes, presos o titulares de establecimientos públicos) ostentan un estatus especial o un vínculo de subordinación más intenso con la Administración, que puede imponer limitaciones estrictas a sus derechos fundamentales. En lo que refiere al régimen disciplinario, las relaciones de sujeción especial sustentarían una matización de diversos principios aplicables en el derecho sancionador (p.e. tipicidad o culpabilidad) debido a que su función no sería preservar el orden general sino salvaguardar el interés concreto de la administración[17].

Como lo hemos advertido en otro trabajo[18], este desarrollo doctrinal resulta plenamente aplicable en países con una consolidada tradición funcionarial, heredera de los regímenes monárquicos, más no necesariamente es funcional y aplicable a realidades como la nuestra, en la que, sobre todo, el temprano proceso de asalarización de las servidores públicos forjó un enfoque diverso basado en el reconocimiento del carácter laboral de relación de empleo público.

Y, sin duda, esta ha sido la convicción del TC que, al aclarar el sentido a las disposiciones relativas a la función pública y al empleo público, ha reafirmado el carácter laboral de la relación del empleo público y la aplicación por igual de los

---

15 Nieto, Alejandro. Problemas capitales del derecho disciplinario; en: Revista de administración pública Nº 63, Madrid: 1970, p. 44

16 Nieto, Alejandro. Op Cít; p. 56 y ss.

17 Sobre las relaciones de sujeción especial puede verse: Prieto Álvarez, Tomás. La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción; en: Revista de Administración Pública núm. 178, Madrid, enero-abril; 2009; o, Ramírez, María Lourdes. Consideraciones a la figura jurídica de las relaciones de sujeción en el ámbito español; en: Universitas. Bogotá N° 118, enero-junio de 2009.

18 BALBIN TORRES, Edgardo, *Unilaterlaismo y Negocaiciòn Colectiva en la Administracion Pública*; Lima: PUCP, 2005, pp. 78.

derechos constitucionales a los trabadores del sector privado y público[19]. Esto, naturalmente, no quiere decir que no existan diferencias entre el empleo en la empresa privada y el empleo público y que ambos segmentos de empleo admitan el mismo trato. Por el contrario, el TC ha destacado en todo momento que los valores y garantías relativos a la función pública demandan de un marco regulador específico que ahora viene representado por la LSC. Sin embargo, ha reafirmado que dicho marco normativo tiene naturaleza laboral y no administrativa.

Esta asentada doctrina del TC es importante por sus connotaciones practicas y, en particular, por sus connotaciones en el régimen disciplinario. Si, al modo español, se tratase de una relación estatutaria de derecho administrativo, la gestión de la relación de empleo debería recurrir principalmente a los principios, instituciones y herramientas del derecho administrativo. En cambio, si tal como se desprende de nuestra Constitución según la lectura que de su texto hace el TC, se tratase de una relación regida por el derecho del trabajo, la gestión de la relación de empleo debería recurrir principalmente (aunque no exclusivamente) a los principios, instituciones y herramientas del derecho laboral. En lo que refiere al régimen disciplinario, esto último conlleva a reconocer que el ejercicio de potestades sancionadoras por parte del Estado-empleador corresponde a los fines de autotutela de su interés como parte en la relación de trabajo, ejercida con las garantías fijadas para el ejercicio de todo poder sancionador.

Pues bien, es en este punto donde se advierte una inconsistencia que atañe a la materia aquí tratada. La gestión de la relación de empleo público y, más en concreto, el ejercicio de la potestad disciplinaria del empleador se realiza por vía del acto administrativo y de su teoría, equiparándose en buena cuenta la aplicación de sanciones disciplinarias laborales al ejercicio de potestades sancionadoras respecto de los ciudadanos. El sustento de esta orientación no se parece encontrarse en la LSC sino en algunos pronunciamientos del Tribunal del Servicio Civil, que aún refieren al carácter estatutario de la relación de empleo público o acogen el esquema de la teoría de las relaciones de sujeción especial[20], y ha dado lugar, por ejemplo, a situaciones en las que se ha negado la revisión de sanciones impuestas dado que ya había vencido el plazo para declara su nulidad de oficio o al hecho de que el control judicial de la potestad sancionadora deba cumplir el requisito de

---

[19] Los pronunciamientos han sido diversos y entre ellos se cuenta, al menos, las sentencias que resuelven la acción de inconstitucionalidad contra la Ley Marco del Empleo Público (Expediente Nº 008-2005-PI/TC, fundamento 17 de la sentencia), la Ley que regula el Contrato Administrativo de Servicios (Expediente Nº 002-2010-PI/TC, fundamentos 21 a 39), y la Ley del Servicio Civil (Expedientes Nº 0025-2013-PI/TC, Nº 0003-2014-PI/TC, Nº 0008-2014-PI/TC, y Nº 0017-2014-PI/TC; entre otros, los fundamentos 141 y 145).

[20] Entre otros, puede verse el párrafo 15 de la Resolución de Sala Plena Nº 001-2012-SERVIR/TSC, precedente obligatorio referido a la aplicación del principio del debido procedimiento administrativo en los procedimientos disciplinarios seguidos por las entidades empleadoras al personal a su servicio y el derecho de defensa en el marco del régimen laboral del Decreto Legislativo Nº 276 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo Nº 005-90-PCM.

agotamiento de la vía administrativa[21]. En estos supuestos, la lógica del procedimiento administrativo priva al régimen sancionador. Obsérvese, finalmente, que aunque las decisiones relativas al personal parecen encuadrarse más en la definición de los actos de gestión interna que en la lógica de los actos administrativos, en cualquier caso el uso de estos últimos como medio para viabilizar la voluntad empleadora no debe menoscabar el fundamento laboral del régimen disciplinario y la consistencia del modelo.

[21] Puede verse, a modo de ejemplo, el Informe Técnico N' 1437-2016-SERVIR/GPGSC

# El régimen disciplinario en el marco de la Ley del Servicio Civil


## Orlando De Las Casas

Abogado y Magister por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor de derecho del trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Ricardo Palma, encargado del Área Laboral del Estudio Yori Abogados, miembro de la SPDTSS.


***SUMARIO***


*Introducción.- I. Antecedentes.- 1. El Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Decreto Ley No. 11377).- 2. La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo No. 276).- II. Situación actual: la ley del servicio civil (Ley No. 30057).- III. La regulación constitucional y el rol del código de ética.- IV. Aspectos a considerar en la situación actual de los procedimientos sancionadores.- 1. De los procedimientos declarados nulos por el Tribunal del Servicio Civil.- 2. La proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de las sanciones.- 3. Doce meses sin goce de remuneración: ¿sanción adecuada?.- 4. El Reglamento de la Ley No. 30057 y las faltas de carácter disciplinario.*

## INTRODUCCIÓN

La potestad sancionadora es una de las manifestaciones de la subordinación, y por lo tanto una situación inherente a todo empleador. Los servidores civiles[1], en tanto mantienen la calidad de trabajadores del Estado no son, por lo tanto, ajenos al marco disciplinario que el Estado, en su calidad de empleador, tiene la facultad y derecho de aplicar.

Recordemos que todo empleador tiene (como parte del elemento esencial subordinación) las facultades de dirección, de fiscalización y de sanción (manifestaciones de la subordinación), siendo los dos (2) últimos de los mencionados, los más directamente vinculados al régimen disciplinario.

Sin embargo, a lo largo del tiempo, el régimen disciplinario aplicable a los servidores públicos ha tenido particularidades y dificultades. En algunos casos se contaba con regulación insuficiente, en otros, la multiplicidad de regímenes que coexistía (y aun coexisten) generaba situaciones de vacíos normativos o de ausencia de regulación.

La reforma del servicio civil emprendida por la Autoridad Nacional del Servicio Civil, y reflejada en la Ley No. 30057 (Ley del Servicio Civil) ha buscado realizar los correctivos necesarios para establecer un sistema único, que permita una adecuada aplicación de la facultad sancionadora.

En el presente trabajo realizaremos un breve recuento de cómo se reguló el régimen disciplinario aplicable a los servidores civiles, y la forma en la que actualmente está planteado, centrándonos en las facultades de sanción (causales, tipificación, sanciones, etc.) antes que en procedimiento propiamente.

Se busca hacer una breve presentación de los aspectos que órganos como el Tribunal del Servicio Civil deben tener en cuenta, o en todo caso, aquellos aspectos que necesariamente deben ser atendidos legislativamente para cubrir eventuales defectos o ausencias en las que la Ley del Servicio Civil pueda haber incurrido.

## I. ANTECEDENTES

Resulta, en nuestra opinión, importante realizar un breve repaso por las normas que a lo largo del tiempo han regulado el régimen legal de los servidores

---

[1] Usamos la calificación "servidores civiles" por ser la misma calificación establecida por la Ley No. 30057 (artículo 2) y por su Reglamento, el Decreto Supremo No. 040-2014-PCM (artículo IV, inc. i), incluyéndose a los funcionarios públicos, directivos públicos, servidores civiles de carrera y servidores de actividades complementarias. Asimismo se comprende a los servidores de todas las entidades, independientemente de su nivel de gobierno, cuyos derechos se regulan por los Decreto Legislativo No. 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, Decreto Supremo No. 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de carreras especiales de acuerdo con la Ley, a los contratados bajo el régimen del Decreto Legislativo No. 1057, etc.

civiles. Esto nos puede llevar a entender la situación y lógica (si esta cabe) en la que nos encontramos actualmente, pero sobre todo, cuál es la lógica que tiene el régimen disciplinario.

**1. El Estatuto y Escalafón del Servicio Civil (Decreto Ley No. 11377).**

El Decreto Ley No. 11377 (Estatuto y Escalafón del Servicio Civil), norma de mayo de 1950 emitida por la Junta Militar de Gobierno que presidía Manuel A. Odría), primera norma que reguló de manera integral el régimen laboral. Creó la carrera administrativa (ingreso, condiciones, asensos y salida).

Nos presenta, en su artículo 6, las categorías o clases de empleados públicos: los empleados de carrera (que tenían carácter estable); los empleados a contrata (que desempeñan cargos con carácter transitorio); los empleados adscritos (que desempeñaban cargos de secretario, asesor u otro de confianza, sea técnico o político; y el personal del servicio interno (porteros, portapliegos, ascensoristas, etc.).

Se reconoce a los empleados de carrera como los únicos que se encuentran dentro del escalafón del servicio civil (art. 7).

El artículo 83 detallaba las faltas de carácter disciplinario (incumplimiento de las normas establecidas en el Estatuto, faltamiento al superior, abuso de autoridad, incompetencia o incapacidad para el cargo, etc.), regulándose además las graduaciones o gravedades de las faltas (art. 84), la reincidencia (art. 85) y las sanciones, entre las que encontramos la de amonestación privada o pública, multa, suspensión sin goce de haber, cesantía y destitución (art. 86); especificándose, en los artículos 38 y 39, los casos de cesantía (incapacidad física temporal, falta de carácter disciplinario, renuncia y supresión de plaza) y destitución (grave falta disciplinaria, inmoralidad comprobada, abandono del cargo, entre otras).

Finalmente, como una forma de garantía frente a la supuesta comisión de una falta, el artículo 93 del Decreto Ley No. 11377 establecía que quien cometía una falta, debía ser sometido a un proceso administrativo escrito en forma sumaria, cuyo resultado podría ser apelado ante el Consejo Nacional de Servicio Civil, cuyo pronunciamiento era definitivo.

Vemos que más allá de prever el establecimiento de un procedimiento que regule el régimen disciplinario (sujeto a lo establecido por la norma reglamentaria) no se dieron mayores precisiones.

Además, no podemos dejar de considerar que por la época en la que el Decreto Ley No. 11377 fue promulgado, estaba vigente la Constitución de 1933, que determinaba lo siguiente:

> *"Art. 20.- El que desempeña un cargo público es directa e inmediatamente responsable por los actos que practique en el ejercicio de sus funciones. La Ley determinará la forma de hacer efectiva esta responsabilidad (...)".*

Como vemos, la "Ley" remitió los detalles a la norma reglamentaria. Situación cuestionada que será analizada más adelante.

**2. La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (Decreto Legislativo No. 276).**

El Decreto Legislativo No. 276 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público), norma de 1984, manteniendo la misma lógica del Decreto Ley No. 11377, plantea algunos aspectos que en nuestra opinión resultan importantes de rescatar.

Su artículo 1, define el término 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 (...)"* y que tiene *"(...) por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público"*. Asimismo, deja en claro cuáles son los servidores excluidos de la misma (los servidores públicos contratados, los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, especificándose que hay disposiciones que sí resultarían aplicables, y los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta cualquiera sea su forma jurídica, a quienes la norma no se les aplicaría en ninguno de sus aspectos.

Regula, siguiendo la misma lógica del Decreto Legislativo No. 11377, pero con algo más de detalle, el ingreso a la carrera administrativa, los ascensos, las remuneraciones y las condiciones de salida en la carrera administrativa.

Respecto del régimen disciplinario, el Decreto Legislativo No. 276 es bastante más específico que el Decreto Ley No. 11377.

Se detalla, en primer lugar, que *"(...) los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público, sin perjuicio de las sanciones de carácter disciplinario por las faltas que cometan"* (art. 25, subrayado nuestro); se prevén sanciones como consecuencia de la comisión de faltas disciplinarias (amonestación verbal o escrita, suspensión sin goce de remuneración hasta por treinta días, cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses y destitución, art. 26).

El artículo 28 reconoce como faltas disciplinarias sancionables con cese temporal o destitución, dependiendo de la gravedad de la falta, las siguientes:

a. El incumplimiento de las normas establecidas en la misma Ley y su reglamento.
b. La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores.
c. 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.
d. La negligencia en el desempeño de las funciones.
e. El impedir el funcionamiento del servicio público.

f. La utilización o disposición de los bienes de la entidad en beneficios propio o de terceros.
g. La concurrencia reiterada al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y, aunque no sea reiterada, cuando por la naturaleza del servicio revista excepcional gravedad.
h. El abuso de autoridad, la prevaricación o el uso de la función con fines de lucro.
i. 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 ésta.
j. Los actos de inmoralidad.
k. Las ausencias injustificadas por más de tres días consecutivos o por más de cinco días no consecutivos en un período de treinta días calendario o más de quince días no consecutivos en un período de ciento ochenta días calendario.
l. El incurrir en actos de hostigamiento sexual, conforme a ley sobre la materia.
m. Las demás que señale la Ley.

Como adelantamos, el Decreto Legislativo No. 276 resulta ser bastante más específico respecto al régimen disciplinario. Se reitera que los grados de sanción corresponderán a la magnitud de las faltas, según su menor o mayor gravedad, especificándose que su aplicación no será necesariamente correlativa ni automática, debiendo contemplarse en cada caso, no sólo la naturaleza de la infracción sino también los antecedentes del servidor, constituyendo la reincidencia serio agravante. Del mismo modo se ratifica que la falta será tanto más grave cuando más elevado sea el nivel del servidor que la ha cometido.

Nos llama la atención lo señalado por el segundo párrafo del artículo 27, ya que se determina que los descuentos por tardanzas e inasistencia no tienen naturaleza disciplinaria, por lo que no eximen de la aplicación de la debida sanción[2].

Se establecía de manera expresa que las entidades establecerían comisiones permanentes de procesos administrativos disciplinarios para la conducción de los respectivos procesos (art. 32).

Queremos hacer notar que dentro del periodo de vigencia del Decreto Legislativo No. 276 se encontraba vigente la Constitución Política de 1979, que no contenía regulación expresa del tipo (o nivel) de norma que debía regular las sanciones de los servidores civiles.

---

[2] Tal vez esta haya sido la razón por la que en diversas entidades del sector público se "castigaba" económicamente a los trabajadores por el hecho de ingresar a deshora (si llegaba, por ejemplo, diez minutos después de la hora de ingreso, se castigaba al trabajador con el descuento de una hora de remuneración. Esta situación más que cuestionable era irregular, habiendo sido corregida a la fecha, hasta donde se tiene entendido, en la mayoría de entidades.

## II. SITUACIÓN ACTUAL: LA LEY DEL SERVICIO CIVIL (LEY NO. 30057).

La Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil, tiene (al menos en nuestra opinión) una mucho más completa regulación del régimen disciplinario, la misma que además es aplicable a los distintos regímenes laborales coexistentes en la esfera estatal. Resaltamos los aspectos centrales[3].

En primer lugar, busca unificar la aplicación del régimen disciplinario a las diversas categorías de servidores civiles. Llegamos a esa conclusión por lo señalado en el primer párrafo de la Décima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley No. 30057, que a la letra nos señala:

> *"A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, los procesos administrativos disciplinarios en las entidades públicas se tramitan de conformidad con lo estipulado en la presente Ley y sus normas reglamentarias (...)".*

Se debe aplicar un criterio de proporcionalidad en las faltas (art. 87 de la Ley No. 30057), considerando en el análisis del caso o falta investigada lo siguiente:

a. La grave afectación a los intereses generales o a los bienes jurídicamente protegidos por el Estado.

b. El haber ocultado la comisión de la falta, o en todo caso impedir su descubrimiento.

c. El grado de jerarquía y especialidad del servidor civil que comete la falta, entendiendo que cuanto mayor sea la jerarquía de la autoridad y más especializadas sus funciones, el servidor tendrá mayor deber de conocerlas y apreciarlas debidamente.

d. Las circunstancias en que se comete la infracción.

e. La concurrencia de varias faltas.

f. La participación de uno o más servidores en la comisión de la falta o faltas.

g. La reincidencia en la comisión de la falta.

h. la continuidad en la comisión de la falta.

i. De ser el caso, el beneficio ilícitamente obtenido.

Existe obligación de prever que la comisión de la conducta sancionable no vaya a resultar más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción[4].

El listado de sanciones es amplio, teniendo entre las principales las siguientes:

---

[3] Recordemos que la Ley del Servicio Civil lo que busca es la unificación de los distintos regímenes que coexisten al interior de la administración pública, regímenes que de manera adicional a la Carrera Administrativa (Decreto Legislativo No. 276) fueron incorporándose a las entidades estatales (Régimen Laboral de la Actividad Privada, Servicios No Personales, Contrato Administrativo de Servicios) a partir de los años 90.

[4] Lógica aplicable a otros campos en los que razonablemente se debe analizar si la consecuencia del acto (sanción, multa, etc.) no resulta más beneficiosa que la infracción misma, incentivando con ello la comisión de la infracción.

a. La reiterada resistencia al cumplimiento de las órdenes de sus superiores relacionadas con sus labores.
b. 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.
c. La negligencia en el desempeño de las funciones.
d. Impedir el funcionamiento del servicio público.
f. La utilización o disposición de los bienes de la entidad pública en beneficio propio o de terceros.
g. La concurrencia al trabajo en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes.
h. El abuso de autoridad o el uso de la función con fines de lucro.
i. Causar deliberadamente daños materiales en los locales, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación y demás bienes de propiedad de la entidad o en posesión de ésta.
j. Las ausencias injustificadas por más de tres (3) días consecutivos o por más de cinco (5) días no consecutivos en un período de treinta (30) días calendario, o más de quince (15) días no consecutivos en un período de ciento ochenta días (180) calendario.
k. El hostigamiento sexual cometido por quien ejerza autoridad sobre el servidor civil, así como el cometido por un servidor civil, cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica de la entidad pública.
l. Realizar actividades de proselitismo político durante la jornada de trabajo, o a través del uso de sus funciones o de recursos de la entidad pública.
m. La discriminación por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión o condición económica.
n. El incumplimiento injustificado del horario y la jornada de trabajo.
ñ. La afectación del principio de mérito en el acceso y la progresión en el servicio civil
o. Actuar o influir en otros servidores para obtener un beneficio propio o beneficio para terceros.
p. La doble percepción de compensaciones económicas, salvo los casos de dietas y función docente.

Vemos que el listado de faltas disciplinarias lo que ha hecho es incorporar faltas graves que históricamente habían formado parte de las faltas graves previstas para el régimen laboral de la actividad privada, situación que nos parece positiva, ya que no existe razón para que un mismo hecho sea igualmente sancionable en el régimen laboral de la actividad privada y en el régimen público.

Asimismo, y con el ánimo de salvar las faltas disciplinarias previstas en el Reglamento (o en normas de nivel secundario) el listado de faltas disciplinarias

del artículo 85 de la Ley No. 30057 comienza señalando que son faltas de carácter disciplinario *"(...). el incumplimiento de las normas establecidas en la presente Ley **y su reglamento** (...)"* (resaltado nuestro). Este punto será analizado más adelante, pero la remisión al reglamento resulta ser cuestionable.

Efectivamente, el Reglamento de la Ley No. 30057 (el Decreto Supremo No. 040-2014-PCM), incrementa el listado de faltas (cuestionablemente, como explicaremos más adelante) señalando que *"(...) también son faltas disciplinarias (...)"* las siguientes (art. 98.2 del Decreto Supremo No. 040-2014-PCM):

a. Usar indebidamente las licencias cuyo otorgamiento por parte de la entidad es obligatorio conforme a las normas de la materia, no incluyéndose las licencias concedidas por razones personales.
b. Incurrir en actos que atenten contra la libertad sindical.
c. Incurrir en actos de nepotismo conforme a lo previsto en la Ley y el Reglamento.
d. Agredir verbal y/o físicamente al ciudadano usuario de los servicios a cargo de la entidad.
e. Acosar moral o sexualmente.
f. Usar la función con fines de lucro personal, constituyéndose en agravante el cobro por los servicios gratuitos que brinde el Estado a poblaciones vulnerables.
g. No observar el deber de guardar confidencialidad.
h. Impedir el acceso al centro de trabajo del servidor civil que decida no ejercer su derecho a la huelga.
i. Incurrir en actos de negligencia en el manejo y mantenimiento de equipos y tecnología que impliquen la afectación de los servicios que brinda la entidad.
j. Otras previstas en la Ley[5].

Siguiendo la misma lógica del Decreto Legislativo No. 276, se califica los tipos de sanciones disciplinarias a aplicar (art. 88): amonestación verbal o escrita;

[5] Se prevé la eventualidad de aplicar disposiciones que formen parte de otros cuerpos normativos. El mismo Decreto Supremo No. 040-2014-PCM lo prevé, por ejemplo, la prevista en el artículo 99 del mismo Decreto Supremo No. 040-2014-PCM (constituye falta disciplinaria la inobservancia por parte de alguno de los ex servidores civiles de las restricciones previstas en el artículo 241 de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General), o la prevista en el artículo 100 del mismo cuerpo legal (también constituyen faltas para efectos de la responsabilidad administrativa disciplinaria aquellas previstas en los artículos 11.3, 12.3, 14.3, 36.2, 38.2, 48 numerales 4 y 7, 49, 55.12, 91.2, 143.1, 143.2, 146, 153.4, 174.1, 182.4, 188.4, 233.3 y 239 de la Ley No. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y en las previstas en la Ley No. 27815 —Ley del Código de Ética de la Función Pública-, las cuales se procesan conforme a las reglas procedimentales previstas en el Título V del Decreto Supremo No. 040-20014-PCM, "Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionador").

suspensión sin goce de remuneraciones desde un día hasta por doce (12) meses; y destitución[6].

Finalmente, la Ley No. 30057 regula en su artículo 93 el procedimiento administrativo Disciplinario de la siguiente manera:

a. La autoridad a cargo de la primera instancia del procedimiento administrativo disciplinario lo inicia ya sea de oficio o como consecuencia de una denuncia.
b. Deberá comunicar por escrito el hecho al servidor, indicándole las presuntas faltas y otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para presentar el descargo y las pruebas que crea conveniente para su defensa. Para no afectar el derecho de defensa, se establece que el servidor civil tiene derecho a conocer los documentos y antecedentes que dan lugar al procedimiento.
c. Vencido el plazo sin la presentación de los descargos, el proceso queda listo para ser resuelto.
d. Si la comunicación de la presunta falta hubiera sido realizada a través de una denuncia, y fuera rechazada, el rechazo a iniciar un proceso administrativo disciplinario deberá ser motivado y notificado al que puso en conocimiento la presunta falta.
e. De manera previa al pronunciamiento de las autoridades del proceso administrativo disciplinario de primera instancia, y luego de presentados los descargos correspondientes, el servidor civil procesado podrá ejercer su derecho de defensa a través de un informe oral, ya sea efectuado personalmente o a través de un abogado.

---

[6] Resulta una virtud de la norma el buscar ser específica en la regulación, llegando en cada una de las eventuales sanciones, a brindarnos una definición de la misma y una muy breve, pero importante, detalle del procedimiento a seguir.

Así tenemos, que la amonestación puede ser verbal o escrita (art. 89 de la Ley No. 30057). La verbal la efectúa el jefe inmediato en forma personal y reservada. La escrita se aplica previo proceso administrativo disciplinario; es impuesta por el jefe inmediato; se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces; y la apelación será resuelta por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces.

La suspensión sin goce de remuneraciones (art. 90 de la Ley No. 30057) se aplica hasta por un máximo de 365 días calendario previo procedimiento administrativo disciplinario; el número de días de suspensión es propuesto por el jefe inmediato y aprobado por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, pudiendo este último modificar la sanción propuesta; la sanción se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga su veces; y la apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.

Finalmente, la destitución (art. 90 de la Ley No. 30057) se aplica previo proceso administrativo disciplinario por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces; es propuesta por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces y aprobada por el titular de la entidad pública, el cual puede modificar la sanción propuesta; se oficializa por resolución del titular de la entidad pública; y la apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.

f. La autoridad a cargo del procedimiento administrativo disciplinario de primera instancia realizará las investigaciones del caso, solicitará los informes respectivos, examinará las pruebas que se presenten e impondrá las sanciones que sean de aplicación.

g. Durante el tiempo que dure el procedimiento administrativo disciplinario, el servidor civil procesado, según la falta cometida, podrá ser separado de su función y puesto a disposición de la oficina de recursos humanos. Mientras se resuelva su situación, tendrá derecho al goce de sus remuneraciones, estando impedido de hacer uso de sus vacaciones, licencias por motivos particulares mayores a cinco (5) días o presentar renuncia.

El Decreto Supremo No. 040-2014-PCM nos brinda mayores especificaciones respecto de la forma en la que debe desarrollarse el Régimen Disciplinario.

Se señala, por ejemplo, que el procedimiento administrativo disciplinario contará con dos (2) fases (art. 106): la instructiva (a cargo del órgano instructor y que comprende las actuaciones conducentes a la determinación de la responsabilidad administrativa disciplinaria; culmina con la emisión y notificación del informe en el que el órgano instructor se pronuncia sobre la existencia o no de la falta imputada al servidor civil, recomendando —si corresponde— al órgano sancionador la sanción a ser impuesta) y la sancionadora (a cargo del órgano sancionador, y que va desde la recepción del informe del órgano instructor, hasta la emisión de la comunicación que determina la imposición de sanción o que determina la declaración de no a lugar).

Se regula que desde el inicio del procedimiento administrativo disciplinario y la notificación de la comunicación que impone sanción o determina el archivamiento del procedimiento, no puede transcurrir un plazo mayor a un (1) año calendario; asimismo que el órgano sancionador deberá emitir la comunicación pronunciándose sobre la comisión de la infracción imputada al servidor civil, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haber recibido el informe del órgano instructor, prorrogable hasta por diez (10) días hábiles adicionales, debiendo sustentar tal decisión.

Se deberán cumplir con ciertas formalidades. Así por ejemplo, la resolución que dé inicio al procedimiento administrativo disciplinario deberá contener (art. 107): la identificación del servidor civil; la imputación de la falta (descripción de los hechos que configurarían la falta); la norma jurídica presuntamente vulnerada; la medida cautelar[7], en caso ésta corresponda; la sanción que correspondería a la

[7] El artículo 96 de la Ley No. 30057 señala que las medidas cautelares que excepcionalmente podrá adoptar la entidad son: separar al servidor de sus funciones y ponerlo a disposición de la Oficina de recursos humanos, o la que haga sus veces, para realizar trabajos que le sean asignados de acuerdo con su especialidad; o exonerar al servidor civil de la obligación de asistir al centro de trabajo.

Éstas podrán ser adoptadas al inicio o durante el procedimiento administrativo disciplinario sin perjuicio del pago de la compensación económica correspondiente.

falta imputada; el plazo para presentar el descargo; los derechos y las obligaciones del servidor civil en el trámite del procedimiento; los antecedentes y documentos que dieron lugar al inicio del procedimiento; y la autoridad competente para recibir los descargos y el plazo para presentarlos. Es importante señalar que, con el ánimo de no afectar el derecho de defensa del servidor, el acto de inicio con el que se imputan los cargos deberá ser acompañado con los antecedentes documentarios que dieron lugar al inicio del procedimiento administrativo.

Respecto del ejercicio del derecho de defensa, el servidor tendrá derecho a acceder a los antecedentes que dieron origen a la imputación en su contra.

El artículo 114 del Decreto Supremo No. 040-2014-PCM detalla el contenido del informe que emitirá el órgano instructor al órgano sancionador (antecedentes del procedimiento; identificación de la falta imputada, así como de la norma jurídica presuntamente vulnerada; hecho que determinarían la comisión de la falta; pronunciamiento sobre la comisión de la falta por parte del servidor civil; la recomendación de la sanción aplicable, de ser el caso; y el proyecto de resolución), permitiendo que el órgano sancionador se aparte de las recomendaciones del órgano instructor, siempre y cuando motive adecuadamente las razones que lo sustentan.

La primera instancia culmina (art. 115 del Decreto Supremo No. 040-2014-TR) con la resolución del órgano sancionador, acto en el que se deberá pronunciar sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa disciplinaria, debiendo contener por lo menos la referencia a la falta incurrida (descripción de los hechos y las normas vulneradas, expresando con toda precisión su responsabilidad respecto de la falta que se estime cometida), la sanción impuesta, el plazo para impugnar y la autoridad que resolverá el recurso de apelación.

Finalmente, tanto la Ley como el Reglamento prevén los recursos administrativos de reconsideración (sustentado en la presentación de prueba, y que se interpone ante el órgano sancionador que impuso la sanción, quien deberá resolverlo) y apelación (cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas, se trate de cuestiones de puro derecho o se cuente con nueva prueba instrumental; dirigiéndose a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna, pero que será resuelto por el Tribunal del Servicio Civil).

De una simple revisión, podemos concluir que el régimen disciplinario regulado por la Ley del Servicio Civil es mucho más completo que los previstos en el pasado por el Decreto Ley No. 11377 y el Decreto Legislativo No. 276, respetándose aspectos centrales de todo procedimiento disciplinario, como son la tipificación de las falta cometidas por el servicios, el respeto al derecho fundamental al debido

---

De manera excepcional, las medidas cautelares podrán imponerse antes del inicio del procedimiento, siempre que el órgano instructor determine que la falta presuntamente cometida genera la grave afectación del interés general. La medida provisional se encuentra condicionada al inicio del procedimiento administrativo disciplinario.

proceso, y el adecuado sustento de los pronunciamientos, sea para absolver como para sancionar a los servidores civiles.

## III. LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y EL ROL DEL CÓDIGO DE ÉTICA.

A partir de la última afirmación en el punto precedente (respecto a la tipificación de las faltas cometidas) que haremos una breve mención al rol que jugó el Código de Ética (Ley No. 27815), norma que regula los principios, deberes y prohibiciones éticas que se establecen en el presente Código de Ética de la Función Pública rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública (art. 1).

La Ley del Código de Ética considera infracción al mismo la transgresión de los principios y deberes establecidos en el Capítulo II (principios de deberes éticos del servidor) y de las prohibiciones señaladas en el Capítulo III (prohibiciones éticas del servidor público), generándose, consecuentemente, responsabilidad pasible de sanción (art. 10.1).

Regula expresamente que será el Reglamento el que establezca las correspondientes sanciones, considerándose que para su graduación, se tendrá presente las normas sobre carrera administrativa y el régimen laboral aplicable en virtud del cargo o función desempeñada (art. 10.2).

Finalmente, señala que las sanciones aplicables por la transgresión al Código no eximiría de las responsabilidades administrativas, civiles y penales establecidas en la normatividad (art. 10.3).

Nótese que la intención del Código de Ética es unificadora (busca una aplicación a los distintos regímenes que coexisten en la administración pública.

Sin duda, para efectos sancionadores, el Código de Ética y su reglamento (Decreto Supremo No. 033-2005-PCM) resultaron ser de suma utilidad para efectos de determinar sanciones. Sin embargo, éstas (las sanciones impuestas) resultaban ser altamente cuestionables.

Efectivamente, no podemos dejar de reconocer que el artículo 2, inciso 24, literal "d" de la Constitución Política de 1993 nos señala que:

> *"(...) nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificada en la Ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la Ley (...)".*

El mismo texto Constitucional, nos señala en su artículo 40 lo siguiente:

> *"La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos (...)".*

Es evidente que es a través de una norma de rango primario como se deben establecer las responsabilidades (faltas) y las consecuencias (sanciones) para los servidores civiles.

Asimismo, y de acuerdo a lo señalado en el texto constitucional, la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley No. 27444) en el artículo 230, inciso 1, prevé como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa el de legalidad, señalando a la letra lo siguiente:

> " (...) sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado (...)".

Resulta claro que para ejercer la facultad sancionadora en las entidades del sector público, existe reserva legal, la misma que (más allá del afán unificador sancionatorio del Código de Ética) a lo largo de los últimos años, no se vino cumpliendo.

Con ello, infinidad de procedimientos administrativos disciplinarios que fueron conocidos por el Tribunal del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil[8] fueron declarados nulos, sustentándose este tipo de decisiones justamente en la necesidad y obligatoriedad de contar con regulación de rango legal.

## IV. ASPECTOS A CONSIDERAR EN LA SITUACIÓN ACTUAL DE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES.

Actualmente nos encontramos con una situación particular.

La coexistencia de diversos regímenes laborales al interior del sector público (ver nota a pie de página No. 2) generaron a lo largo del tiempo una seria dificultad en la aplicación de un régimen disciplinario. Si bien la regulación establecida por el Decreto Legislativo No. 276 resultaba bastante completa, no se podía considerar a quienes se encontraban dentro del régimen laboral de la actividad privada (Decreto Supremo No. 003-97-TR), y tampoco a quienes se encontraban dentro del régimen del Contrato Administrativo de Servicios (Decreto Legislativo No. 1057).

La intención unificadora del régimen disciplinario de la Ley No. 27815 (Código de Ética) se vio frustrada por la indebida regulación reglamentaria, generándose, como ya señalamos, declaratorias de nulidad de una infinidad de procedimientos disciplinarios de parte del Tribunal del Servicio Civil.

La Ley del Servicio Civil (Ley No. 30057) unifica los diversos regímenes que en la actualidad coexisten en el sector público, y establece un único procedimiento sancionador. Asimismo, se practican correctivos que en nuestra opinión resultan ser muy rescatables, como eliminar las mutas como parte de la facultad sancionadora.

---

[8] Órgano integrante de la Autoridad de Servicio Civil que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, y que constituye última instancia administrativa (sus pronunciamientos únicamente pueden ser impugnados ante la Corte Superior a través de una acción contencioso administrativa).

Sin embargo, hay algunos aspectos que debemos tomar en cuenta.

**1. De los procedimientos declarados nulos por el Tribunal del Servicio Civil.**

Hemos realizado una breve referencia a los procedimientos administrativos disciplinarios sancionados por nulidad por el Tribunal del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil, en los que se practicó una incorrecta tipificación, generada por una indebida aplicación del Código de Ética.

Recordemos que esta aplicación (la del Código de Ética) lo que buscaba era la unificación de los regímenes que coexistían, pero al mismo tiempo la correcta identificación a la falta cometida y de la sanción a aplicar.

La nulidad de las diversas resoluciones de sanción ha generado incertidumbre respecto de la norma sustantiva a aplicar por las entidades que iniciaron los procedimientos administrativos sancionadores que finalmente fueron conocidos en última instancia por el Tribunal del Servicio Civil.

Ya nos hemos referido a lo señalado en el primer párrafo de la Décima Disposición Complementaria Transitoria de la Ley No. 30057, respecto de la aplicación de la Ley a los procesos administrativos disciplinarios. Sin embargo, el problema surge respecto de las faltas de carácter disciplinario, ya que las tipificaciones previstas por la Ley No. 30555 resultan inaplicables, y en muchos casos no existe (ante la inaplicación del Código de Ética y su Reglamento) falta tipificada legalmente que resulte aplicable.

**2. La proporcionalidad y razonabilidad en la aplicación de las sanciones.**

Un aspecto no resuelto está dado por la proporcionalidad en la aplicación de las sanciones.

Ya desde la regulación establecida por el Decreto Legislativo No. 276, se consideraba dentro de las sanciones por falta disciplinaria *"(...) el cese temporal sin goce de remuneraciones hasta por doce meses (...)"* (art. 26, inc. d).

Esta situación generó que se establecieran suspensiones disímiles o distintas, en muchos casos atendiendo a criterios subjetivos, por los que una misma falta fuera sancionada con una suspensión sin goce de remuneraciones por un periodo breve en una entidad, y por un periodo mucho más extenso por otra entidad. Peor aun, se podían presentar situaciones en las que una falta disciplinaria seria era sancionada con una breve suspensión en una entidad, y otra menos gravosa con una suspensión sin goce de haberes bastante extensa.

El periodo máximo de suspensión (hasta doce meses sin goce de remuneraciones) se mantiene en la Ley del Servicio Civil (art. 88, inc. b).

La evaluación de la razonabilidad de la sanción es un aspecto no tratado por el Tribunal del Servicio Civil, haciéndose necesario la obligación legal de analizar este tipo de situaciones a fin de evitar o corregir las distorsiones en las que han incurrido o puedan incurrir en el futuro las diversas entidades del sector público.

**3. Doce meses sin goce de remuneración: ¿sanción adecuada?**

En el punto precedente nos hemos referido ya a la sanción de suspensión sin goce de remuneraciones.

¿Doce (12) meses, que es la sanción máxima de suspensión, resulta un plazo razonable? Consideramos que no. Privar de la remuneración (que en buena cuenta es la forma de subsistencia de todo trabajador) por un periodo tan extenso.

Si bien no existen parámetros que nos puedan ayudar a determinar la razonabilidad en la aplicación de este tipo de medidas, lo que no podemos negar es que aplicar una suspensión sin goce de haber por un periodo largo de tiempo genera serios problemas de subsistencia de los servidores civiles a los que se les puede haber aplicado este tipo de sanciones.

La falta de ingreso, finalmente, es ausencia de remuneración, que constituye no solamente uno de los elementos esenciales de la relación laboral, sino además, la natural fuente de ingreso y subsistencia del trabajador y de su familia.

**4. El Reglamento de la Ley No. 30057 y las faltas de carácter disciplinario.**

En el punto III del presente trabajo hemos hecho una referencia a lo establecido en el artículo 2, inciso 24, literal "d" de la Constitución Política (*"(...) nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificada en la Ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la Ley (...)"*) y a lo expresamente regulado por el artículo 230, inciso 1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (" *(...)* sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado (...)").

Siendo claro que la tipificación de las faltas de carácter disciplinario deben ser establecidas por norma de rango legal, lo señalado en el inciso "a" del artículo 85 de la Ley No. 30057 (que prevé como falta de carácter disciplinario el incumplimiento a las normas previstas en la Ley **y su reglamento**) podría ser cuestionado, máxime cuando actualmente el reiterados pronunciamientos del Tribunal del Servicio Civil, se ha establecido la inaplicación de las faltas de carácter disciplinario previstas en normas reglamentarias, a propósito de la aplicación del Reglamento del Código de Ética, es verdad, pero en los que justamente la inaplicación de la tipificación de la falta se sustenta en el hecho de estar contenida en una norma reglamentaria.

En este nuevo marco legal, el rol que deberá cumplir el Tribunal del Servicio Civil resultara fundamental.

# Régimen disciplinario de la nueva Ley de Servicio Civil


## Carlos Guillermo Morales

Presidente del Tribunal del Servicio Civil. Profesor de Derecho Laboral de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y del curso de Empleo y Gestión Pública de la Universidad de Piura (UDEP). Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. No obstante, las apreciaciones vertidas en el presente texto son efectuadas a título estrictamente personal.

Buenas tardes a todos:

Me han solicitado unas reflexiones a propósito del régimen disciplinario de la Ley del Servicio Civil que, como ustedes saben, entró en vigencia el 14 de setiembre de 2014; es decir, ya tiene más de dos años de vigencia. Como es lógico, como toda norma nueva, plantea una serie de problemas de aplicación que requieren de la definición de criterios legales claros y precisos por parte de los organismos encargados de la resolución de estas controversias, como es el caso del Tribunal de Servir.

¿Cuáles son estos problemas?

A mi juicio son los siguientes, y baso mi apreciación en los recursos de apelación que interponen los servidores civiles que llegan al Tribunal: la recurrencia de vicios de nulidad por la causal de afectación al debido proceso, originada en la aplicación incorrecta del régimen legal de faltas y sanciones y la inobservancia de los plazos prescriptorios previstos en la Ley N° 30057.

La casuística es amplia, por lo que les propongo analizar estos temas en el orden planteado, selección que creo, cubre adecuadamente el espectro de áreas críticas identificado:

Comencemos por el tema de los vicios de nulidad por afectación al debido proceso, que tienen una doble implicancia, pues no sólo acarrean el reinicio del proceso, por lo que la entidad tiene que volver a formular imputación de cargos, con la consiguiente distracción de recursos humanos y materiales, sino también otro efecto pernicioso: que conforme a las normas de la Ley N° 27444, la declaratoria de nulidad conlleva responsabilidad administrativa para el o los funcionarios responsables de la emisión de dichos actos administrativos (artículo 11°, numeral 11.3).

Como sabemos, la razón de ser de la NLSC es uniformizar el régimen legal aplicable al personal al servicio del Estado, que se ha caracterizado por la aplicación de una multiplicidad de regímenes laborales, como el Decreto Legislativo 276, la LPCL, régimen del CAS, del Código de Ética, que a su vez recogen distintas reglas para los regímenes disciplinarios; es decir, sistemas de faltas y sanciones, plazos de prescripción, normas de procedimiento, etc., y cada uno de ellos con consecuencias distintas, como vamos a ver más adelante.

A ello que habría que agregar la problemática disciplinaria de los regímenes especiales, como docentes estatales, sector salud, y personal de establecimientos penitenciarios, para citar los casos más frecuentes.

Decía que la NLSC tenía vocación integradora, razón por la cual el legislador tuvo el cuidado de contemplar una *vacatio legis* para la entrada en vigencia del régimen disciplinario —el Título V de la Ley— que quedó fijada para el 14 de setiembre de 2014; es decir tres meses posteriores a la publicación de su Reglamento —el 14 de julio de 2014—.

Además, en otra disposición complementaria final se facultó a SERVIR para que pudiera dictar normas de desarrollo o complementarias para la mejor aplicación del marco legal que regulaba el régimen disciplinario.

¿Qué novedades contemplaba este régimen disciplinario que hacía necesaria esta *vacatio legis*? ¿Acaso fue suficiente este tiempo para que los operadores del régimen conocieran sus principales reglas de funcionamiento?

Sin lugar a dudas, los aportes centrales de la NLSC en materia de régimen disciplinario, son tres, a mi juicio: (i) uniformiza el sistema de faltas y sanciones (tipificación y criterios legales para su aplicación), (ii) desdobla el procedimiento sancionador (investigación y sanción), y, (iii) regula en forma integral el procedimiento administrativo sancionador (PAD) (autoridades, instancias, plazos de prescripción, formas de impugnación, y consecuencias accesorias, como la inhabilitación y registro de las sanciones).

El avance respecto al *status quo* anterior es significativo: por ejemplo, en el sistema de faltas, las diferencias son sensibles —y digo son, porque bajo ciertos supuestos las normas a aplicarse pueden ser las "antiguas"—, dado que en los casos de trabajadores sujetos al régimen legal de la LPCL o del antiguo decreto legislativo 276, la situación es casi equiparable, pues el catálogo de faltas es bastante similar, por una razón histórica: la 276 recogió casi todo el elenco de faltas de la ley 22126 de estabilidad en el trabajo.

Sin embargo, por el lado del sistema de faltas y sanciones del régimen legal del CAS y del Código de Ética, tenemos un sistema atípico que recoge faltas genéricas (incumplimiento injustificado de obligaciones o de obligaciones normativas aplicables al servicio, función o cargo), en el primero; y en el segundo, inconductas definidas en contraposición a principios (respeto, probidad, eficiencia), deberes (neutralidad, transparencia y responsabilidad), o prohibiciones éticas, por ejemplo.

Otro ejemplo bastante ilustrativo es el de la diversidad de plazos prescriptorios, que incluso ameritó la emisión de un precedente vinculante por parte del Tribunal, que consolidó el tratamiento de la prescripción dentro de los distintos regímenes legales que se aplicaban —y aplican aún— dentro del ámbito del Sector Público.

Así, mientras en el régimen legal del decreto legislativo 276 y del denominado Código de Ética de la Función Pública, los plazos prescriptorios oscilaban entre uno y tres años, respectivamente, en el caso de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada (LPCL), se aplicaba el conocido principio de inmediatez, que obviamente difería de los estándares de temporalidad anteriormente referidos, pues en este caso se aplicaba criterios de razonabilidad y proporcionalidad en atención al caso concreto.

Por ello el principal aporte o innovación que trae la NLSC es que terminarían aplicándose estándares y parámetros "flat", claramente uniformes en materia de faltas y sanciones, prescripción, etc. Pero ¿cómo se daría esta transición?

Uno de los aspectos más característicos —y controvertidos— de la NLSC es su progresividad; pues se entiende que las entidades deben cumplir ciertas condi-

ciones para su incorporación a la NLSC (adecuación de instrumentos de gestión, mecanismos de compensación, normas de capacitación, etc.), pero lo que se aplica *ipso facto* es el régimen disciplinario, pues vencido el plazo del 14 de setiembre de 2014, las entidades indefectiblemente deben aplicar las normas del Título V de la Ley, y las demás correspondientes a nivel reglamentario.

Esta problemática, que no es otra que la aplicación de normas en el tiempo ha tratado —y lo digo objetivamente— de ser resuelta a través de una Resolución de Presidencia Ejecutiva de SERVIR, la famosa 02-2015, que como señalamos al inicio de esta intervención, había sido facultada expresamente por el Reglamento General de la Ley, para emitir normas de desarrollo con rango administrativo para la mejor aplicación de la Ley.

¿Cuáles son las reglas de aplicación en el tiempo que fija la Directiva?

Primero, se señala que los PAD instaurados antes del 14 de setiembre de 2014 se rigen por las normas sustantivas y procesales vigentes al momento de instauración hasta que se resuelva el o los recursos de apelación que interpongan los administrados contra los actos que ponen fin al PAD.

Segundo, para los PAD instaurados desde el 14 de setiembre de 2014, por hechos cometidos con anterioridad a esa fecha, se aplicará las reglas procesales previstas en la NLSC y su Reglamento y las reglas sustantivas aplicables al momento en que ocurrieron los hechos infractorios.

Tercero, para los PAD instaurados desde el 14 de setiembre de 2014, por hechos cometidos a partir de esa fecha, se les aplicará en su integridad las normas procesales y sustantivas previstas en la NLSC y su Reglamento.

Finalmente, la Directiva 002-2015 precisa que si en segunda instancia administrativa —léase el Tribunal— se declarase la nulidad parcial o total de lo actuado, se seguirá el criterio señalado en el punto segundo; es decir, se aplicará las normas procedimentales de la NLSC y su Reglamento, e igualmente las sustantivas vigentes a la ocurrencia de los hechos infractorios.

Por otra parte, precisa la Directiva, que el punto de inicio del PAD, de instauración, surte efectos desde que la resolución o el acto de inicio que contiene la imputación de cargos sea notificado al servidor.

En consecuencia, los criterios aplicables para formular la imputación de cargos, serían los siguientes:

En primer lugar, como queda claro, la NLSC acoge la *regla de oro* en materia administrativa sancionadora, que es la aplicación de la normativa sustancial vigente al momento en que ocurrieron los hechos infractorios, salvo que la norma posterior resulte más favorable (art. 230°, inciso 5, LPAG).

En segundo lugar, siguiendo otra regla de alcance general, respecto a la aplicación inmediata de las normas procesales, para los casos de PAD instaurados desde el 14 de setiembre de 2014, la Directiva acoge dicho criterio, con lo cual se aplicarían las normas procesales contenidas en la NLSC y su Reglamento desde esa fecha.

Partiendo de estas premisas, es importante analizar qué aspectos normativos del PAD la Directiva califica como sustantivos o procesales, a fin de determinar las reglas aplicables para las imputaciones de cargos que deban formular las entidades públicas, observando las reglas del debido proceso.

Así, para la Directiva son normas procesales, aquellas que tienen que ver con:

a) Autoridades competentes del PAD.
b) Etapas o fases del PAD y plazos procesales.
c) Formalidades exigidas para la emisión de actos procesales.
d) Reglas para la actividad probatoria y ejercicio del derecho de defensa.
e) Medidas cautelares.
f) Plazos de prescripción.

Por otra parte, para la Directiva son normas sustantivas las siguientes:

a) Los deberes, obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades y derechos de los servidores.
b) El sistema de faltas.
c) Las sanciones: tipos, determinación, graduación y eximentes.

Con estas pautas, a mi juicio, las entidades públicas operadoras deben estar en aptitud de aplicar correctamente las normas disciplinarias exigidas para la instauración del PAD: primero, realizando la operación lógica de ubicar en el tiempo los hechos infractorios, a fin de verificar que no hayan prescrito, segundo, determinar la normativa sustancial aplicable, en especial, la *norma de subsunción*, que implica la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones a imponerse, para lo cual debe existir una exacta correspondencia entre los supuestos fácticos verificados y el o los supuestos normativos calificados como faltas.

Para lo segundo es indispensable que la inconducta a imputarse si está referida a incumplimiento de obligaciones de trabajo, como la conceptualiza el artículo 25°, inciso a) de la LPCL, o de negligencia en el ejercicio de las funciones asignadas al servidor, como la tipifica los incisos a) y d) de los artículos 21° y 28° de la 276 o su Reglamento, que: (i) exista una expresa remisión a la norma —por ejemplo prevista en el ROF o MOF de la entidad— en la que se le atribuya al servidor dicha función, (ii) precisar qué norma del ordenamiento jurídico se habría afectado con la inconducta (deberes, obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades).

Ambos criterios han sido recogidos en la jurisprudencia del TC y por ende, en la jurisprudencia del Tribunal del Servicio Civil, entendiéndose que las faltas disciplinarias de incumplimiento de obligaciones de trabajo o de negligencia en el ejercicio de las funciones encomendadas al servidor constituyen cláusulas de remisión que requieren de parte de la administración el desarrollo de reglamentos normativos que permitan delimitar el ámbito de aplicación de la potestad sancionadora del Estado-empleador.

No pueden tratarse, por ello, como recoge la jurisprudencia, de disposiciones genéricas, o indeterminadas o imprecisas, que impidan al servidor ejercer su dere-

cho de defensa, con lo cual la sanción impuesta, sería claramente inconstitucional, por atentar contra el principio de legalidad consagrado en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución.

Con estas pautas, desarrolladas por la Directiva, se ha podido encauzar los PAD instaurados por la mayor parte de entidades públicas, y con ello, garantizar razonablemente en el mediano plazo el tránsito de los antiguos regímenes disciplinarios a lo que en su momento —confiamos que así será – el régimen general del PAD previsto en la NLSC.

Ello no obstante, este ansiado tránsito en materia disciplinaria no ha estado exento de dificultades, puesto que en el día a día de las entidades vienen presentándose problemas de aplicación, debido a que la reglamentación desarrollada por la Directiva 002-2015 no ha podido suplir algunos vacíos que dejaron la propia NLSC y su Reglamento, en especial dos temas que son especialmente sensibles para el Estado-empleador.

Estos temas son: (i) primero, el vacío dejado por la derogatoria del sistema de faltas y sanciones y el procedimiento regulado por el Código de Ética y su Reglamento, y, (ii) segundo, la forma de cómputo del plazo prescriptorio para el inicio del PAD, elemento clave en el nuevo esquema disciplinario regulado por la NLSC y su Reglamento; ambos aspectos materia de recientes Resoluciones de Sala Plena del Tribunal, que explicaremos seguidamente:

Comencemos con el ordenamiento sancionador del Código de Ética, que como todos sabemos, es un ordenamiento transversal que abarcaba a todo el espectro de regímenes laborales a cargo del Estado-empleador, 276, 728, CAS, así como a ciertos directivos que desempeñaban funciones a nombre del Estado.

La particularidad de este régimen, como les comentaba anteriormente, era que recogía un sistema de faltas y sanciones atípico, que se definía en función a principios, deberes y prohibiciones éticas, con lo cual cualquier infracción a los mismos, era tipificada como falta pasible de sanción en la Ley, delegándose en el Reglamento en el Titulo IV, Capítulos I y II, la graduación de las sanciones y la regulación del procedimiento sancionador.

Así, las sanciones que preveía este régimen eran:

a) Amonestación;
b) Suspensión;
c) Multa de hasta 12 UIT;
d) Resolución contractual o despido;

Asimismo, estas sanciones se aplicarían en función al tipo de vínculo contractual que los servidores tenían con la entidad, de modo tal que las sanciones aplicables a los que tenían vínculo laboral vigente se les impondría sanciones de amonestación, suspensión hasta por un año, y destitución o despido, según se tratara del régimen legal del 276 o 728, respectivamente.

Por el contrario, si se trataba de personas que desempeñaran función pública, serían pasibles de las sanciones de multa o resolución contractual.

Si bien la idea era que este ordenamiento atravesara todo el Sector Público, en la práctica funcionó como un sistema subsidiario, que operaba cuando ya no era posible sancionar con el 276 o el 728, puesto que el Código de Ética contemplaba un plazo prescriptorio más extenso, que era de tres años computados desde que la Comisión de Procesos Disciplinarios tomara conocimiento de la comisión de la infracción.

Es más, como consecuencia de un criterio que dejó establecido el Colegiado anterior, presidido por el doctor Jaime Zavala, la jurisprudencia del Tribunal entendió que no era posible formular imputación simultánea por un mismo hecho, cuando el mismo estuviera contemplado en dos regímenes legales diferentes; por ejemplo, 728 y Código de Ética, o CAS y Código de Ética, por cuanto —se sostenía— se estaría afectando el derecho de defensa del servidor, al tener que hacer frente a un PAD instaurado en base a regímenes legales distintos, que contemplaban distintas regulaciones procesales y plazos de prescripción diferentes.

Este criterio, que no comparto, estaba vigente cuando asumimos nuestra gestión, fue finalmente positivizado en una disposición transitoria de la NLSC, que prohibió la aplicación simultánea del régimen disciplinario regulado en la NLSC y las normas del Código de Ética o su Reglamento para una misma conducta infractora en el mismo procedimiento disciplinario.

Con ello, a mi juicio, estábamos presenciando la crónica de una muerte anunciada, pues de régimen transversal pasó a ser un régimen incompatible con el de la NLSC, por lo que en una disposición complementaria derogatoria del Reglamento General de la Ley —porque el régimen de faltas, sanciones y procedimiento del Código de Ética tenía rango de Decreto Supremo— se optó por la derogación del artículo 4° y los Títulos I, II, III y IV del Reglamento del Código de Ética.

Sin embargo, el problema es que a diferencia de la precisión que se introdujo respecto a la *vacatio legis* del Título V de la NLSC referido a régimen disciplinario y procedimiento sancionador, en el sentido que entraría en vigencia a los tres (3) meses de publicado su Reglamento, que ocurrió el 14 de junio de 2014, la acotada disposición complementaria derogatoria no fijó ningún plazo para su entrada en vigencia, con lo cual se aplicaba la regla general contenida en nuestra Constitución en el art. 109°, que sería al día siguiente de su publicación; es decir, el citado 14 de junio de 2014.

Como todos sabemos, constituye un principio rector de la potestad sancionadora, como ha señalado el TC para que se pueda atribuir la comisión de una falta, debe sujetarse al principio de legalidad, lo que se traduce en las tres exigencias que señala la doctrina constitucional: (i) existencia de una Ley (*lex scripta*), (ii) que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y, (iii) que la ley tipifique con claridad y precisión el hecho infractorio (*lex certa*).

Como queda claro, si el marco normativo que posibilitaba la aplicación de sanciones conforme al Código de Ética, fue derogado con efectividad al 14 de junio de 2014, si la entidad aplicó sanciones por hechos ocurridos tanto antes de dicha fecha, como con posterioridad, no tendría marco normativo ni para formular la imputación de cargos, por no estar vigente el régimen de faltas y sanciones, ni para llevar adelante el PAD, por cuanto las normas procedimentales también habrían quedado sin efecto.

El problema de fondo es que al no haberse previsto en forma expresa la ultra-actividad de las disposiciones del Código de Ética en materia disciplinaria, ante la inexistencia de una norma de rango legal que así lo establezca, se deberá observar el principio de legalidad y de seguridad jurídica.

Este vacío legal ha intentado ser suplido por la Directiva 02-2015, y por una modificatoria de la Directiva en junio del presente año, en la cual se ha adicionado un párrafo indicando que tanto el procedimiento como las sanciones de la NLSC son de aplicación para las infracciones del Código de Ética, lo cual, dicho sea de paso, rompería también el principio de no aplicación de normas de naturaleza y ámbitos de aplicación distintos, previstos en la antes acotada disposición transitoria de la NLSC, ya que, como hemos advertido en nuestro último plenario, a diferencia del Código de Ética, el régimen disciplinario de la NLSC no resulta aplicable a los locadores de servicios.

Por lo tanto, la posición actual del Tribunal, y en ello somos conscientes que no se trata de dejar sin sanción actos contrarios a la normatividad antes referida, que ha sido expresamente derogada, es que no corresponde aplicar sanción alguna conforme a las normas del Código de Ética, por lo que se tendría que declarar la nulidad de la sanción impuesta.

Entendemos que el Poder Ejecutivo está trabajando una iniciativa legal que subsane este vacío legal, a fin de contar con un marco normativo que permita cubrir los estándares de seguridad jurídica que precisan tanto los servidores civiles como el Estado-empleador para la gestión de sus PAD conforme a las normas del debido proceso.

Toca ocuparnos en los minutos siguientes del tema de la prescripción, que también ha sido materia de otro Acuerdo Plenario del Tribunal.

Como había señalado al inicio, antes de la entrada en vigencia de la NLSC existían distintos plazos prescriptorios, dependiendo del régimen legal al que estuviera adscrito el servidor o trabajador, según el caso.

Asimismo, también existían distintos criterios para la forma de cálculo del inicio del plazo prescriptorio; por ejemplo, dentro del régimen de la 276, el plazo era de un (1) año, computado desde que la Comisión de Procesos Disciplinarios tomara conocimiento de los hechos, en tanto que dentro del régimen del 728, regía la aplicación del principio de inmediatez, conforme al art. 31° de la LPCL, que no fijaba ningún plazo especifico, siendo materia de desarrollo jurisprudencial en función a parámetros de proporcionalidad y razonabilidad.

Por el contrario la NLSC y su Reglamento desarrollaron con bastante precisión no sólo los plazos aplicables, sino los criterios para su cómputo en los artículos 94° y 97°, respectivamente, los cuales fueron complementados por la Directiva 002-2015.

¿Qué señalaban estas normas?

La NLSC señalaba que el plazo aplicable para instaurar —después veremos que este momento debía precisarse un poco más— era de tres (3) años contados a partir de la comisión de la falta, y de uno (1) a partir de tomado conocimiento por la ORRHH de entidad o la que hiciera sus veces.

El Reglamento por su lado, disponía que la facultad para determinar la existencia de faltas disciplinarias e "instaurar" el PAD respectivo, prescribía a los tres (3) años calendario de cometida la falta, y ahí se presentó el problema, en que la norma reglamentaria "precisó" que "salvo que durante ese período, la ORHH o la que haga sus veces, hubiera tomado conocimiento de la misma".

En este último supuesto, para la norma reglamentaria, la prescripción operaría un (1) año calendario después de esa toma de conocimiento, siempre que no hubiera transcurrido el plazo anterior.

Esta aparente disparidad de criterios, planteaba distintos escenarios interpretativos, pues si nos ateníamos a lo señalado en el Reglamento, que a nuestro juicio, propone una lectura más coherente y razonable de estos plazos prescriptorios, especialmente permite un tratamiento lógico a ambas lecturas.

Nos explicamos:

Como se puede apreciar, en los casos en que tuviéramos cada supuesto en forma independiente, no existiría mayor problema, pues se aplicaría el plazo correspondiente, sea el de la comisión de la falta (tres años), o el de un (1) año, desde el momento que la ORHH o la que hiciera sus veces, tomara conocimiento de la falta.

El problema claramente se presenta cuando concurren o más bien se superpone estos plazos, que es la situación que habría previsto el Reglamento, por lo que la solución me parece adecuada, en tanto no estaría colisionando con la norma legal, por cuanto:

a) El plazo de un (1) año operaría como un plazo adicional, siempre y cuando no hubiera vencido el plazo anterior de tres años, con lo cual el efecto, sería que el plazo total pudiera ampliarse a casi cuatro (4) años.

b) En el supuesto contrario, es decir, si la ORHH tomara conocimiento antes de los tres (3) años se aplicaría el plazo de (1) año, y no el de tres (3), tomando la regla del artículo 2122° del Código Civil, que prefiere el plazo más corto.

Precisamente éste es el criterio adoptado por el Tribunal del Servicio Civil en el Plenario que les comentaba, con lo cual queda reafirmado el criterio seguido por el Reglamento.

Por otra parte, las normas antes citadas planteaban otra situación, respecto del acto que daría inicio a la instauración del PAD una vez que la entidad tomara conocimiento de la falta, y cuáles serían las autoridades competentes para recibir la denuncia, pues todos sabemos que a nivel del Sector Público, se reciben denuncias a través de las Secretarías Generales o de los OCI, y éstas a su vez, son derivadas a la ORHH o a la Secretaría Técnica de la entidad.

A nuestro juicio, y así lo ha recogido el Plenario, en observancia del principio de legalidad, tanto la NLSC como su Reglamento, reconocen como autoridades competentes para tramitar el PAD a las siguientes:

a) El jefe inmediato del presunto infractor.
b) El jefe de recursos humanos o quien haga sus veces.
c) El titular de la entidad; y,
d) El Tribunal del Servicio Civil.

En dicho artículo se menciona a la Secretaría Técnica como un organismo de apoyo a las citadas autoridades del PAD, mas no como una autoridad competente para recibir denuncias, no obstante que pueda estar adscrita a la ORHH.

Finalmente, un último punto y nuestras palabras finales relacionadas con el plazo de duración del procedimiento disciplinario, y desde cuando se considera que se considera concluido el PAD.

Tanto la NLSC como su Reglamento son claros al señalar que el plazo de duración es de un (1) año, computado desde la notificación al trabajador del acto de inicio del procedimiento. No hay ninguna duda al respecto.

El problema es que este nivel de precisión que permite determinar el inicio del PAD, desde su instauración formal, no ha sido recogido, pues para la NLSC se remite al momento de emisión de la resolución de sanción, en tanto que el Reglamento lo refiere al momento de notificación de la comunicación que impone la sanción o archiva el PAD; este último criterio es acogido por la Directiva.

Por nuestra parte, atendiendo al principio de jerarquía normativa, recogido en el artículo 51° de la Constitución, hemos optado por preferir la norma legal sobre la reglamentaria, por lo que el inicio del cómputo del plazo prescriptorio operaría a partir de la emisión de la resolución que resuelve imponer la sanción o archivar el procedimiento.

Salvo mejor parecer. Muchas gracias por su atención.

*Este libro se terminó de imprimir*
*en los talleres de Multigrafik S.A.C.*
*el mes de octubre de 2016.*